

Drittes Buch.

---

Die Handelsgeschäfte.

---



## Abschnitt 1.

# Allgemeine Grundsätze.

(Von Herrn Professor Dr. Regelsberger zu Breslau.)

## I. Von der rechtlichen Regelung der Handelsgeschäfte im allgemeinen.

### § 237.

Die Feststellung des Gegenstands und Umfangs des Handelsrechts hat im früheren (§§ 13—17) Anlass gegeben, den Begriff des Handelsgeschäfts und die allgemeinen Eintheilungen der Handelsgeschäfte in absolute und relative, in einseitige und zweiseitige zu erörtern. Nunmehr sind die Rechtssätze zu entwickeln, unter deren Herrschaft die Handelsgeschäfte nach Dasein und Wirkung stehen. Indes darf hier eine erschöpfende Darstellung nicht erwartet werden. Das Handelsrecht und insonderheit unser Handelsgesetzbuch bescheiden sich, eine Anzahl einzelner rechtlicher Bestimmungen theils für alle, theils für gewisse Handelsgeschäfte aufzustellen, und überlassen im übrigen die Regelung dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Und in der That ist ein Bedürfniss nach besonderen Normen für die Handelsgeschäfte nur in beschränktem Umfange vorhanden, nur insoweit als die Lebensbedingungen des Handelsverkehrs von denen des allgemeinen bürgerlichen Verkehrs abweichen. Man würde daher irren, wenn man die berührte Unvollständigkeit des positiven Handelsrechts auf Rechnung unseres unvollkommenen Rechtszustandes setzen wollte. Im Gegentheil, die wenig befriedigende Beschaffenheit unseres deutschen Civilrechts oder vielmehr unserer deutschen Civilrechte hat der Handelsgesetzgebung manche Vorschrift abgezwungen, welche mit der Schaffung eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für ganz Deutschland entweder wegfallen oder wenigstens aufhören wird, eine besondere handelsrechtliche zu sein. Der Handelsverkehr ist nach dem Ausspruch eines scharfsinnigen Juristen in vielen Dingen der Pionier für die allgemeine Rechtsentwicklung, und es bildet nur eine Frage der Zeit, ob der

allgemeine bürgerliche Verkehr für die Aufnahme von Rechtsbestimmungen reif ist, welche im Handelsverkehr schon längere Zeit eine erspriessliche Herrschaft ausüben.

Rasche Begründung und Abwicklung der Geschäfte, Befreiung von lästigen Formen und andern bevormundenden Vorschriften, Unzweideutigkeit des Inhalts und Ergänzung des Parteiwillens aus Sitte und Uebung im Verkehr, erleichterte Kreditnahme und Sicherung der Krediterteilung, dies sind in Verbindung mit einer schleunigen Rechtshilfe die Bedürfnisse, welche im Handelsverkehr besonders dringend Befriedigung erheischen.

Unser Handelsgesetzbuch sucht diesen Anforderungen zwar nicht allein aber doch vornehmlich durch diejenigen Bestimmungen gerecht zu werden, welche im ersten Titel des vierten Buchs und zwar im zweiten, dritten und vierten Abschnitt zusammengestellt und für die Handelsgeschäfte überhaupt berechnet sind, während die Titel 3 bis 5 desselben Buchs die besondern Regeln für einzelne Arten von Handelsgeschäften bringen. Eine besonders bunte Reihe von Vorschriften enthält unter der Ueberschrift „Allgemeine Bestimmungen über Handelsgeschäfte“ der zweite Abschnitt des ersten Titels (Art. 278—316); er ist ein wahrer *titulus de diversis regulis juris*, ein Gemisch von obligatorischen und dinglichen Rechtssätzen. Von den beiden folgenden Abschnitten behandelt jeder einen abgeschlossenen Gegenstand, der dritte die Abschliessung der Handelsgeschäfte, der vierte ihre Erfüllung.

Was den Inhalt der allgemeinen handelsrechtlichen Bestimmungen anlangt, so galt es bei Abfassung des H.G.Buchs in erster Linie, gewisse Auswüchse des römischen Rechts abzuschneiden, welche vielleicht in den traurigen wirtschaftlichen Zuständen der späteren römischen Kaiserzeit eine Rechtfertigung besaßen, bei uns aber überwiegend nur der Chicane und schlechten Spekulation Vorschub leisten und die sich gleichwohl nicht nur im gemeinen Recht erhalten, sondern auch, wenigstens theilweise, in die Partikulargesetzgebung Eingang verschafft haben (a. 281, 286, 295, 299).

Andere Rechtssätze suchen dem Handel die erforderliche Freiheit der Bewegung zu sichern. Es gehören dahin die Regeln über die Formlosigkeit der Handelsgeschäfte, über die Erweiterung des Zinsmaximums, über die Gültigkeit und erleichterte Uebertragung von einfachen Verpflichtungsscheinen und verwandten auf schriftlicher Grundlage beruhenden Forderungen (a. 284 Abs. 1, a. 292, 293, 300—305, 309, 317).

Bei der engen Verkettung der Verfügungen in einem Handelsgewerbe erweist sich besonders störend jede Unsicherheit über die Entstehung eines Rechtsgeschäfts und über die daraus entspringenden Wirkungen. Auch verträgt sich die Weitwendigkeit und ängstliche Abwägung der Vereinbarung nicht mit der gebotenen Raschheit der Abmachungen. Der Kaufmann stellt im einzelnen Fall das im Verkehr Uebliche als selbstverständlich in Rechnung, sofern nicht das Gegentheil bedungen ist. Dieser Richtung dient die Mehrzahl der allgemeinen Vorschriften, sei es dass sie den Abschluss der Verträge gegenüber den unverbindlichen Verhandlungen scharf abgrenzen (a. 318—323) oder die Berechtigung

dazu in zweifelhaften Fällen feststellen (A. 276, 296—298) oder den Inhalt nach Gegenstand, Ort und Zeit bestimmen (A. 280—285, 287—291, 324—336). Unterstützend wirken hier die allgemeinen Auslegungsvorschriften in A. 278 und 279 mit.

Auf die Belebung des kaufmännischen Umsatzes zielt ab die Gewährleistung des gutgläubigen Eigenerwerbs, auf die Erleichterung des Kredits die Gewährleistung gutgläubigen Pfanderwerbs, auf die Sicherung und Beschleunigung des Eingangs von Ausständen die Regelung des kaufmännischen Faustpfands- und Zurückbehaltungsrechts (A. 306—316).

Es ist die Regel, dass die allgemeinen Bestimmungen des H.G.Buchs über die Handelsgeschäfte Anwendung finden, gleichviel ob beide Vertragstheile zu den Kaufleuten gehören oder nur einer oder keiner. Es ist ferner die Regel, dass diese Bestimmungen auch bei einseitigen Handelsgeschäften ihre Herrschaft auf beide Vertragstheile erstrecken (A. 277). Beide Regeln haben Ausnahmen und es lassen sich unter den abweichenden Vorschriften vier Gruppen unterscheiden:

1. Einige Rechtssätze gelten bei einseitigen Handelsgeschäften nur für denjenigen Theil, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist (A. 280, 281, 282, 288);

2. Andre nur für die von einem Kaufmann geschlossenen Geschäfte (A. 290, 292 Abs. 2, A. 297, 300, 304, 306, 323; vgl. auch A. 272 Abs. 2, A. 273, 274 und die AA. 378, 388, 420);

3. A. 291 fordert auf beiden Seiten Kaufmannseigenschaft, nicht aber, dass gerade ein zweiseitiges Handelsgeschäft vorliegt, obwohl dies regelmässig der Fall sein wird;

4. Gewisse Rechtssätze endlich sind auf zweiseitige unter Kaufleuten geschlossene Handelsgeschäfte beschränkt (A. 289, 309—311, 313—316).<sup>1)</sup>

Oben wurde der Einbusse gedacht, welche dem besonderen Handelsrecht von der Entwicklung des allgemeinen bürgerlichen Rechts droht. Dieser Gebiets-schmälerung hat sich auch das H.G.Buch nicht zu entziehen vermocht. Eine Anzahl der erwähnten handelsrechtlichen Bestimmungen war schon zur Zeit der Entstehung des H.G.Buchs in verschiedenen Partikularrechtsgebieten Gemeingut des allgemeinen Verkehrs geworden, einige hatten auch in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis Anerkennung gefunden. Die Aufnahme in das H.G.Buch hat zunächst dort im Rechtszustand keine Veränderung hervorgebracht und hier nur zur Befestigung beigetragen. Durch die Erhebung des H.G.Buchs zum Reichsgesetz aber sind diese Vorschriften dem Einfluss der Partikulargesetzgebung entrückt und bilden nicht mehr gemeinsames sondern gemeins Recht für Deutschland. Inzwischen hat die Reichsgesetzgebung mehrere handelsrechtliche Vorschriften dem allgemeinen bürgerlichen Recht einverleibt (Gesetz über die vertragsmässigen Zinsen vom 14. November 1867, Einführungsgesetz zur R.Civ.P.O. § 17), und dieser Ausgleichsprozess wird durch das neue deutsche Civilgesetzbuch mächtige Förderung erhalten.

<sup>1)</sup> Goldschmidt, Hdb. I § 45 Not. 5—8.

## II. Die Auslegung der Handelsgeschäfte.<sup>1)</sup>

### § 238.

Das gesammte menschliche Denken und Wollen gewinnt die Fähigkeit, von Andern aufgenommen zu werden, nur durch die Verkörperung in Worten oder Handlungen, durch die Erklärung, dieses Wort in dem weiteren Sinne jeder Aeusserung genommen. An diese körperliche Erscheinung sind wir gewiesen, um die Gedanken eines Andern zu erkennen, und jeder spielt den Ausleger, der mit einem Andern in einen Gedankenaustausch tritt. Je gedrängter die Aeusserungsmittel, je glücklicher die Wahl der Aeusserungsform, um so leichter die Aufgabe der Auslegung, erspart wird sie nie; nicht blos dunkle Worte bedürfen der Auslegung.

Im Gesetz tritt uns der Wille des Gesetzgebers, im Rechtsgeschäft der unter der Guttheissung des Gesetzes rechtschöpferische Wille der Privatpersonen entgegen. Die Bahnen, in denen sich die Auslegung der Rechtsgeschäfte bewegt, treffen zwar vielfach mit den Wegen der Gesetzesauslegung zusammen, ganz decken sie sich damit nicht. Jene sind beschränkter als diese. Warum? das wird uns bald deutlich werden. Diese Verschiedenheit wird nicht selten verkannt zum Schaden bald dieser bald jener Auslegung.

Der Wege, durch welche sich der Wille in die Aussenwelt Bahn brechen kann, sind mannigfache, nicht blos Rede und Schrift. Darf die Auslegung der Rechtsgeschäfte, mit welcher wir es hier allein zu thun haben, die Gesammtheit der Aeussungsmomente heranziehen und aus ihr den Willen der Parteien als Inhalt des Rechtsgeschäfts feststellen ohne Beschränkung auf dasjenige, was zunächst von den Parteien zum Ausdruck ihres Wollens gewählt wurde?

Die Gesetzgebungen nehmen zu dieser Frage in verschiedener Weise Stellung. Manche binden den auslegenden Richter an die gewöhnliche Bedeutung der Worte und Zeichen, deren sich die handelnden Personen bedient haben, und lassen nur bei der Dunkelheit einer streitigen Erklärung die Berücksichtigung einer vom Erklärenden bei anderer Gelegenheit gemachten deutlichen Aeusserung seines Willens zu.<sup>1a)</sup> Auf einem freieren Standpunkt steht das deutsche

<sup>1)</sup> Ueber die Auslegung der Rechtsgeschäfte handelt vortrefflich Brinz, Pand. 1. Aufl. §§ 352—354.

<sup>1a)</sup> So das preussische Landrecht I 4 §§ 65—74. Vorsichtiger das sächsische

H.G.Buch. Im Einklang mit dem klassischen, von den Bedürfnissen eines lebhafteren Verkehrs durchdrungenen römischen Recht<sup>2)</sup> stellt es die Regel auf: **der Richter soll bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte den Willen der Kontrahenten erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks haften.**<sup>3)</sup> Die Schnelligkeit des Verkehrs, sagen die Motive zu A. 214 des preussischen Entwurfs, bringt es mit sich, dass bei dem Abschluss der Geschäfte weniger genau auf die Form (des Ausdrucks) geachtet werden könne und dass jeder Theil mehr als sonst der Redlichkeit des andern vertrauen und erwarten müsse, derselbe werde sich nicht auf einen nicht ganz sorgfältig gewählten Ausdruck gegen den wahren Sinn des Vertrags berufen.

Nach dem in A. 1 des H.G.Buchs geregelten Verhältniss der Rechtsquellen zu einander können die in den Landesrechten<sup>4)</sup> enthaltenen Vorschriften über die Auslegung der Rechtsgeschäfte auf die Beurtheilung von Handelsgeschäften nur insoweit Anwendung finden, als sie nicht mit dem grundsätzlichen Standpunkt des H.G.Buchs in Widerspruch stehen.<sup>5)</sup> Zu den anwendbaren Normen gehören insonderheit diejenigen Bestimmungen, welche dem Richter eine Wegleitung geben, wenn der Parteiwille aus dem gesammten zugänglichen Auslegungsmaterial mit Sicherheit nicht zu erkennen ist. Indes entbehrt auch in dieser Richtung das H.G.Buch nicht aller Regeln (A. 279, 280, 284 Abs. 2, 3, A. 285 u. a.), und diese haben selbstverständlich vor den landesrechtlichen den Vorrang.

Hiezu ist folgendes zu bemerken. 1. Die Auslegung einer Willenserklärung hat sich zunächst an die Worte, Zeichen oder Handlungen zu halten, welche der Verfügende in der Absicht gesprochen, gesetzt oder vollzogen hat, um seinen Willen kund zu geben. Insoweit diese Aeusserungsmittel nach allgemeiner Uebung dazu geeignet sind, den betreffenden Willen zur Erscheinung zu bringen, nennt man die Willenserklärung eine ausdrückliche, man würde sie besser eine unmittelbare nennen, im Gegensatz zur stillschweigenden oder mittelbaren. Die

bürgerl. G.Buch § 809: „Wenn die Worte eines Vertrags deutlich sind, so ist der Sinn anzunehmen, welchen sie geben, ausgenommen wenn bewiesen werden kann, dass alle bei dem Vertrag Betheiligten damit einen andern Sinn verbunden haben.“

<sup>2)</sup> Papin. L. 219 V. S. 50, 16: In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectare placuit. Pomp. L. 6 § 1 C.E. 18, 1. Const. 1, 3, 5 plus valere 4, 22. Allerdings kommt auch eine entgegengesetzte Behandlung vor. L. 19 de usu leg. 33, 2: Interdum plus valet scriptura quam peractum (quod actum?) sit. Sie fand bei letztwilligen Verfügungen Anwendung, wenn sich der Erblasser eines Ausdrucks von feststehender Bedeutung bedient hatte, der auf seinen wirklichen Willen (propositum) gar nicht passte. Denn: rerum vocabula immutabilia sunt L. 4 legat. I, L. 7 § 2 suppell. leg. 33, 10. Wer auf den Ausspruch der L. 19 cit. die Regel für die Auslegung der Rechtsgeschäfte überhaupt gründet, tritt mit dieser Stelle selbst (interdum) und mit dem übrigen Inhalt der Quellen (vgl. auch L. 3 de reb. dub. 34, 5) in Widerspruch.

<sup>3)</sup> H.G.B. A. 278. Uebereinstimmend Code civ. art. 1156: „On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.“ Art. 1163.

<sup>4)</sup> Unter den Landesrechten wird von mir fortan das sog. gemeine Recht mitbegriffen.

<sup>5)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 87 S. 268. Hahn, Komm. zu A. 278 §§ 2, 3.

ausdrückliche Willenserklärung tritt regelmässig in mündlichen oder schriftlichen Worten auf. Das Wort ist nicht immer ein zuverlässiger Führer zu dem Gedanken. Vor allem nicht, wenn es mehrdeutig ist. Aber selbst das an sich klare Wort entspricht zuweilen nicht dem Gedanken des Sprechenden, bringt seinen Willen nicht zum vollkommenen Ausdruck.

Auch bei Handelsgeschäften gilt zwar der Satz: kein Wille ohne Erklärung, und der Richter ist nicht befugt, den Parteiwillen zu ergänzen.<sup>6)</sup> Dies kann nur ein Rechtssatz, welcher bestimmt, was in Ermanglung einer Partei-beliebung Rechtens sein soll. Aber der Richter ist bei Handelsgeschäften so berechtigt als verpflichtet, bei den Worten, in welche der rechtsgeschäftliche Wille zunächst gekleidet wurde, nicht stehen zu bleiben, vielmehr aus den gesammten Umständen, den dem Geschäftsabschlusse vorangehenden, den gleichzeitigen und möglicherweise den nachfolgenden den Sinn zu ermitteln, welchen der Verfägende mit seinen Worten verbunden hat. Nicht der mangelnde, wohl aber der unvollkommene Willensausdruck ist unschädlich, wenn andere Momente erläuternd eingreifen.<sup>7)</sup>

Was mittelbarer Willensausdruck sein kann und welche sonstigen Umstände bei der Erforschung des Parteiwillens bedeutungsvoll werden können, lässt sich bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen auch nicht mit annähernder Vollständigkeit beschreiben. Hier hat die sachgemässe Erwägung des einzelnen Falls Mass und Ziel zu geben. Nach der Regel, dass Jemand sagt, was er will und will was er sagt, ist es nicht gerechtfertigt, ohne einen hinreichenden in andern Umständen liegenden Anlass von der an sich klaren Wortbedeutung abzuweichen. Aber die Stellung des Erklärenden, Ort und Zeit der Erklärung, Zweck des Geschäfts,<sup>8)</sup> vorausgegangene Unterhandlungen,<sup>9)</sup> bisherige Art der Erfüllung<sup>10)</sup> u. s. w. können mit genügender Deutlichkeit einen mit dem Wortsinn nicht übereinstimmenden Parteiwillen erkennen lassen. Wenn z. B. eine Papierfabrik ein Honorar für den Nachweis verspricht, dass und wie Strohstoff in einer für weisses Papier verwendbaren Gestalt angefertigt werden könne, so ist nach den Umständen der Vorbehalt zu unterstellen, dass die Verwerthung des nach-

<sup>6)</sup> R.O.H.G. XI Nr. 1 S. 3. Bedenklich R.O.H.G. XXII Nr. 86 S. 371: „Was die Interessenten für einen nicht vorgesehenen Fall nach den Zwecken ihres Geschäfts und der herrschenden Auffassungsweise gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille, welcher der subsidiarischen Gesetzesregel vorgehen muss.“ Anders natürlich, wenn die Parteien auf das arbitrium boni viri abgestellt haben. R.O.H.G. XVI Nr. 109 S. 427: „(Es) ist . . . sehr wohl denkbar, dass nach dem Willen der Kontrahenten erforderlichenfalls eine verständige richterliche Arbitrirung ergänzend einzutreten habe.“

<sup>7)</sup> Ein Beispiel aus dem römischen Recht in L. 125 V. S. 50, 16.

<sup>8)</sup> R.O.H.G. XI Nr. 133 S. 438.

<sup>9)</sup> R.O.H.G. III Nr. 73 S. 343 (Erklärung des Lebensversicherungsvertrags, der Police, aus dem Versicherungsantrag, Deklaration).

<sup>10)</sup> R.G. II Nr. 16 S. 51 (Erfüllung einer vertragsmässigen Alimentationsverbindlichkeit während 22 Jahren) R.O.H.G. IX Nr. 108 S. 386. Dernburg, preuss. P.R. I § 117: „vorausgesetzt dass nicht blos geschäftliche Coulanz oder Nachsicht, sondern der Wille, ihren Verpflichtungen nachzukommen, ersichtlich die Parteien bestimmte.“



gewiesenen Stoffs in der Fabrikation in gewinnbringender Weise möglich sei (R.O.H.G. III Nr. 39 S. 184). Und das Versprechen des Verkäufers, den Käufer nicht auszuklagen, wenn er auch noch so lange mit der Zahlung im Rückstand bliebe, stellt ebenso wenig als die Uebereinkunft, der Käufer solle zahlen, wenn es ihm passe, die Erfüllung der Zahlungspflicht in die reine Willkür des Käufers, sondern begründet nur für den Verkäufer die Verpflichtung zur thunlichsten Nachsicht, über deren Dauer in letzter Linie das richterliche Ermessen zu entscheiden hat.<sup>11)</sup>

2. Die Berücksichtigung einer Erläuterung des Geschäftswillens, welche ausserhalb des nächsten unmittelbaren Ausdrucks desselben liegt, verbietet sich bei denjenigen Willenserklärungen, für welche eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, z. B. bei dem Wechsel. Hier fällt nur diejenige Willensbethätigung in Betracht, welche in der vorgezeichneten Form Ausdruck gefunden hat. So wenig als die Feststellung des Parteiwillens hier auf blossе Vermuthungen gebaut werden darf, ist das Zurückgehen auf eine von den Betheiligten etwa nebenher getroffene Vereinbarung oder auf sonstige zur Ermittlung des Parteiwillens geeignete Umstände zulässig.<sup>12)</sup>

Dagegen findet die Behauptung, dass stillschweigende Willenserklärungen nicht derselben freien Auslegung theilhaftig sind wie die ausdrücklichen, weder in allgemeinen Erwägungen noch in Wortlaut oder Stellung des A. 278 noch in den Motiven zum preussischen Entwurf eine genügende Rechtfertigung. Das zweite Glied des A. 278: „nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften“ geht nur von der regelmässigen Erscheinung der Willenserklärungen, von der Wortform aus und beabsichtigt nicht eine Einschränkung des vorausgehenden Satzes.<sup>13)</sup>

Eine Ausnahme von der freien Bewegung der Auslegung findet ebensowenig Platz bei der Beurtheilung von Vergleichen, Verzichten und Strafverabredungen, insofern sie Handelsgeschäfte sind. Abweichende Bestimmungen der Landesrechte können gegenüber dem grundsätzlichen Standpunkt des H.G.Buchs keine Anwendung finden.<sup>14)</sup> Der gegentheiligen Behauptung liegt häufig eine Begriffsverwechslung zu Grunde. Dass der Vergleich oder Verzicht nur dasjenige um-

<sup>11)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 10 S. 51; vgl. R.O.H.G. II Nr. 44 S. 185; R.O.H.G. X Nr. 49 S. 233; XIX Nr. 123 S. 419 u. a.

<sup>12)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 67 S. 202 und die dort angeführten Entscheidungen.

<sup>13)</sup> A. M. R.O.H.G. VII Nr. 75 S. 287, wogegen mit Recht Thöl § 248 Not. 3. Die praktische Tragweite dieser verschiedenen Auffassung des A. 278 ist nicht sehr erheblich, da in den meisten Fällen, wo gemäss diesem Rechtssatz eine stillschweigende Willenserklärung unterstellt werden kann, diese Auslegung auch den A. 279 zur Stütze haben wird. Vgl. über die Deutung des Schweigens R.O.H.G. XIV Nr. 115 S. 372, Nr. 121 S. 395; XV Nr. 34 S. 96, Nr. 109 S. 399; XXIII Nr. 18 S. 56.

<sup>14)</sup> Uebereinstimmend R.O.H.G. I Nr. 2 S. 21 für Strafverabredungen. Dagegen ist zur Begründung an sich richtiger Entscheidungen der unrichtige Satz, dass Strafverabredungen einschränkend auszulegen seien, angezogen in R.O.H.G. IX Nr. 107 S. 379; XIII Nr. 125 S. 388; XIV Nr. 87 S. 269.

fasst, was die Parteien beim Vertragsabschluss erweislichermassen im Auge hatten,<sup>15)</sup> und dass ein Verpflichtungsgeschäft, wenn alle andern Behelfe zur Ermittlung des Parteiwillens ein zweifelloses Ergebniss nicht liefern, zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen ist, das sind Sätze, deren Geltung auch bei Handelsgeschäften keinem Bedenken unterliegt. Die Pflicht des Richters, den wirklichen Parteiwillen mit allen zu Gebote stehenden Hilfsmitteln der Auslegung zu erforschen, leidet dadurch keine Beschränkung.

3. Die Verträge empfangen ihren Inhalt aus dem **übereinstimmenden Willen** der Parteien, soweit sich derselbe innerhalb der vom positiven Recht gezogenen Schranken bewegt. Demnach ist für die Auslegung von Verträgen nicht allein entscheidend, welchen Sinn der Erklärende mit seinen Worten verbunden hat. Der Vertragswille fällt damit nur dann zusammen, wenn der andre Vertragstheil die Erklärung in demselben Sinn aufgefasst hat oder — was dem gleichsteht — nach den gesammten beim Geschäftsabschluss ihm bekannten Umständen aufzufassen musste.<sup>16)</sup> Wessen Auffassung beim Vertragsschluss durch Mittelspersonen entscheidet, wird im folgenden Paragraphen besprochen. Trafen nachweisbar die vertragsschliessenden Personen in dem Verständniss einer Willenserklärung zusammen, so ist damit der Vertragswille festgestellt; die Auslegung kann darüber nicht hinaus, mag dieses Ergebniss der gewöhnlichen Wortbedeutung oder der im Verkehr herrschenden Auffassung entsprechen oder nicht. Spätere Vereinbarung über den Sinn eines früheren Gedings ist nach Vertragsgrundsätzen bindend.

Die auf diesem Wege gewonnene Vertragsauslegung gilt auch für und gegen die Rechtsnachfolger der ursprünglichen Vertragsparteien, die Gesamt- und Sonderrechtsnachfolger, nicht minder für und gegen die Konkursgläubiger. Dagegen ist die übereinstimmende Auffassung der Vertragsschliessenden nicht schlechthin massgebend für dritte Personen, welche wie die Bürgen oder Pfandgeber zu Gunsten des unter jenen begründeten Rechtsverhältnisses Rechte bestellt haben. Denn wofür solche Personen und in welchem Umfang sie Rechte begründeten, ist aus ihrem eignen Geschäft und dem zu Grunde liegenden Geschäftswillen zu beurtheilen.

4. Häufig wird der Auslegung nicht gelingen, über die Wahrscheinlichkeit hinauszukommen. Dies schadet der rechtlichen Geltung ihres Ergebnisses nicht. Die Grenze zwischen Wahrscheinlichkeit und Gewissheit ist auf dem Gebiete der thatsächlichen Feststellung immer eine fließende. Da muss das Glaubwürdige für das Wirkliche genommen werden, soll nicht das Urtheil in vielen Fällen in ein non liquet und damit in eine Abweisung der Rechtsansprüche auslaufen, was dem Verkehr wenig zusagen würde.<sup>17)</sup> Uebrigens greifen manche positive Vorschriften unterstützend ein.

<sup>15)</sup> Wächter, Würtemb. Privatr. II S. 648 fg.

<sup>16)</sup> Hierüber ist zu vergleichen die Ausführung in § 241.

<sup>17)</sup> L. 24 (25) de reb. dub. 34,5: id quod credible est cogitatum, credendum est. L. 114 R. J. 50, 17: In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.

a. Niemand kann in zweifelhaften Fällen zu seinen Gunsten eine Deutung seiner Handlungsweise in Anspruch nehmen, wonach er sich einer Arglist, eines Verstosses gegen Treu und Glauben schuldig gemacht haben würde, es müsste denn sein, dass der andere Theil diese Absicht des Handelnden sofort durchschaut hat und daher auf den scheinbaren rechtlichen Erfolg nicht rechnen konnte.<sup>18)</sup> Das Durchschauenkönnen steht hier dem Durchschauhabe nicht gleich, denn Arglist hebt sich nicht gegen Nachlässigkeit. Diese Auslegungsvorschrift erstreckt sich über das Gebiet der Mentalreservation hinaus.

b. Von grösserer Tragweite ist die Ergänzung, welche die Auslegung der Parteihandlungen in der Sitte und Uebung des Verkehrs findet. Von Altersher wurde bei Zweideutigkeit einer wörtlichen Erklärung, einer sonstigen Handlung oder Unterlassung als bestimmender Wille dasjenige unterstellt, was unter gleichen Verhältnissen in der Mehrzahl der Fälle gewollt zu werden pflegt. Dies bildet schon ein wesentliches Element im römischen *bonae fidei iudicium*.<sup>19)</sup> Zahlreiche Stellen des römischen Rechts geben der Regel Ausdruck.<sup>20)</sup> Neuere Gesetzgebungen wiederholen sie.<sup>21)</sup> So auch das H.G.Buch A. 279 (oben I S. 47).<sup>22)</sup> Das H.G.Buch hat damit der Auslegungsvorschrift in einem Gebiete die Geltung gesichert, wo sie ganz besonders Berechtigung besitzt. Bestimmter und umfassender als anderwärts bildet sich im Handelsverkehr eine gleiche Sprech- und Handlungsweise, eine gleiche Auffassung, ein gleichmässiges Verhalten gegenüber gewissen Verhältnissen heraus, eine Verkehrs- oder Handels-sitte, ein Geschäfts- oder Handelsgebrauch, eine Handelsgewohnheit, Handelsübung, Handelsusage in diesem Sinn. Darum werden die Erklärungen kurz, häufig mit eingebürgerten Schlagwörtern<sup>23)</sup> gegeben, darum wird eine positive Aeusserung unterlassen, wo das Schweigen „beredt“ ist,<sup>24)</sup> darum fasst der Ge-

<sup>18)</sup> L. 43 § 1 de admin. tut. 26, 7: ut . . . quoniam dolo fecit, non illi succurratur. L. 26 § 1 de pign. et hyp. 20, 1 L. 4 pr. de exc. dol. m. 44,4. Preuss. Ldr. I 4 § 84, R.O.H.G. X Nr. 1 S. 12.

<sup>19)</sup> L. 31 § 20 Aed. Ed. 21, 1: ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire. Der Satz ist zwar nicht allein auf die thatsächlichen Gewohnheiten, aber doch auch auf sie zu beziehen. Vgl. indes Zoll in Iherings Jahrb. XIII S. 431. Ueber das Wesen des *bonae fidei iudicium* gut Hölder in den Göttinger gelehr. Anzeigen 1880 S. 909.

<sup>20)</sup> Statt anderer L. 34 R. J. 50, 17: Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est: aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.

<sup>21)</sup> Preuss. Ldr. I 5 § 267. Sächs. G.Buch § 28 (in nicht sehr geschickter Fassung). Code civ. art. 1159.

<sup>22)</sup> Neben der allgemeinen Hinweisung in A. 279 finden sich noch besondere in A.A. 285, 326, 334, 339, 342, 346, 351, 352, 369, 370 u. a.

<sup>23)</sup> Beispiele: ab hier netto, franko Bahnhof (oder Waggon), bei offener Schifffahrt, freibleibend, frei an Bord, p. Sommer abzunehmen, stellen Ihnen fest an, Pöstchen Zucker, Spezifikation nach Gebrauch. Vgl. die Register zu „Entscheidungen des R.O.H.G.“ unter „Ausdruck“.

<sup>24)</sup> H.G.B. A. 323, 339, 364. Vgl. die angeführten Register unter „Stillschweigen“. Laband in Z. f. H.R. XVII S. 469, 480, 484. Hahn, Comm. zu A. 279 Not. 5. Ueber stillschweigende Annahme eines Vertragsangebots unten § 247.

schäftsmann das Verhalten des mit ihm in Verkehr Stehenden in diesem Sinn und baut darauf seine weiteren Verfügungen.

Nachdem über den Handelsgebrauch als Auslegungsbehelf, über seinen Gegensatz zum Handelsgewohnheitsrecht und über sein Verhältniss zu den ergänzenden Vorschriften des H.G.Buchs an früherem Ort gehandelt ist (Bd. I S. 15—47), bedarf es hier nur noch weniger Bemerkungen.

aa. Die thatsächliche Uebung vermag nicht den mangelnden Parteiwillen zu ersetzen, sondern nur den Mangel im Ausdruck des Parteiwillens unschädlich zu machen. Ihre Verwerthung zur Ermittlung des Geschäftsinhalts ist daher durch die thatsächliche Feststellung bedingt, dass der Wille der Parteien bei dem Geschäftsabschlusse mit dem Inhalt der thatsächlichen Uebung positiv übereinstimmte. Es genügt keineswegs der Mangel eines entgegengesetzten Parteiwillens. Dies ist einer der Punkte, wo die thatsächliche Handelssitte und der ergänzende Handelsrechtssatz aus einander gehen.<sup>25)</sup> Bei jener thatsächlichen Feststellung berechtigt aber die gemeine Uebung zu der Annahme, dass die Parteien mit dem was sie sagten oder thaten, das wollten, was gewöhnlich damit gewollt wird.

bb. Jede Willensrichtung setzt Bewusstsein von dem zu Wollenden voraus. Daher hat die Unterstellung einer Uebereinstimmung des besonderen Geschäftswillens mit dem allgemeinen nur dann Berechtigung, wenn die handelnden Personen von der thatsächlichen Uebung Bewusstsein hatten.<sup>26)</sup> Indes genügt der Wille, im Einklang mit der herrschenden Sitte zu verfügen, und dieser Wille ist durch die Kenntniss vom Inhalt der herrschenden Sitte nicht bedingt.<sup>27)</sup> Es kann Jemand Baumwolle nach Liverpoolscher Konditionen kaufen, ohne dass er die Liverpoolscher Konditionen kennt, wie man ein Grundstück verkaufen kann, um den vielleicht beiden Parteien zur Zeit unbekanntem Preis, welchen ein früherer Eigenthümer dafür bezahlt hat.<sup>28)</sup> Noch mehr. Wer sich mit Geschäften gewisser Art z. B. mit Börsenspekulationen befasst, von dem wird, auch wenn er Nichtkaufmann ist, Vertrautheit mit der in diesem Geschäftszweige herrschenden Uebung oder wenigstens bewusste Unterwerfung unter dieselbe angenommen und sogar die Berufung auf das Gegentheil nicht gehört, sofern nur die Vertrautheit oder Unterwerfung vom Vertragsgegner vorausgesetzt wurde und nach den Umständen vorausgesetzt werden durfte.<sup>29)</sup>

<sup>25)</sup> Die Unterscheidung bietet nicht selten Schwierigkeit, da die betreffenden Erscheinungen häufig einer Entwicklungsreihe angehören, welche mit der regelmässigen ausdrücklichen Vereinbarung anhebt, zur stillschweigenden Vereinbarung übergeht und im Gewohnheitsrecht endigt. Goldschmidt, Hdb. I § 35 Not. 28a. Zweifelsfälle: R.O.H.G. III Nr. 1 S. 1; VI Nr. 83 S. 370; VII Nr. 1 S. 8; XI Nr. 81 S. 243; XII Nr. 94 S. 286; XXII Nr. 49 S. 221, Nr. 86 S. 371.

<sup>26)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 13 S. 78; XII Nr. 94 S. 287; XVI Nr. 60 S. 215; XXII Nr. 32 S. 146.

<sup>27)</sup> R.O.H.G. XIII Nr. 117 S. 370.

<sup>28)</sup> L. 7 § 1, L. 37 C.E. 18, 1. Dernburg pr. P.R. I § 108 Not. 2. So kann auch der von einem unvollmächtigten Stellvertreter geschlossene Vertrag wirksam genehmigt werden, ohne Kenntniss vom Inhalt der Verabredung. R.O.H.G. XV Nr. 19 S. 46.

<sup>29)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 14; VIII Nr. 65 S. 257; XV Nr. 71 S. 251.

cc. Die Handelssitte dient zur Erläuterung theils des gebrauchten Worts, theils des sonstigen Verhaltens der handelnden Personen und lässt erkennen, nicht bloß was mit dem Gesagten gewollt ist, sondern auch was gewollt ist, trotzdem dass es nicht gesagt ist. Insofern sie dort Auslegung des wörtlichen Willensausdrucks bildet,<sup>30)</sup> hier den Mangel des wörtlichen Willensausdrucks unschädlich macht, kann man eine auslegende und eine ergänzende Wirkung unterscheiden.<sup>31)</sup> Wo für die Willenserklärung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, fällt die ergänzende Wirkung weg, nicht die auslegende.

dd. Auch in Ansehung des massgebenden Orts gelten für die thatsächliche Handelsübung andere Grundsätze als für die Anwendung des örtlichen Handelsrechts. Als Regel darf aufgestellt werden, dass jede Partei im Einklang mit derjenigen Verkehrsübung gehandelt habe, welche am Ort der Handlung besteht.<sup>32)</sup> Doch kann aus den Umständen, insbesondere aus der Art des geschlossenen Geschäfts die Unterwerfung unter einen andern Handelsgebrauch hervorgehen.<sup>33)</sup> Vgl. auch H.G.B. A. 327, 336.

5. Für Fälle, in welchen mit den bisher betrachteten Hilfsmitteln zu einem befriedigenden Ergebniss nicht zu gelangen ist, stellen die bürgerlichen Rechte noch einige Weisungen auf, welche jedoch nur als Winke für die Auslegung betrachtet werden dürfen, nicht als starre Vorschriften oder als Ruhekissen, auf welchem sich der Richter die gewissenhafte Erwägung der gesammten Umstände des einzelnen Falls erspart.

a. Zweideutige Ausdrücke sind zum Nachtheil desjenigen auszulegen, welcher sie gebraucht hat.<sup>34)</sup> Diese schon dem römischen Recht angehörige Regel findet in neuerer Zeit eine häufige und berechtigte Anwendung auf Verträge, welche unter allgemeinen für alle einschlagenden Fälle festgestellten Bedingungen geschlossen werden, auf Frachtverträge mit Eisenbahn- und Dampfschiffverwaltungen, auf Verträge mit Versicherungsanstalten u. s. w.<sup>35)</sup>

b. Stehen sich die Wagschalen gleich, so soll die Entscheidung zu Gunsten

<sup>30)</sup> Merkwürdigerweise hat man diese Beziehung dem A. 279 abgesprochen; dagegen mit Recht Lab and in Z. f. H.R. XVII S. 489. Auch das R.O.H.G. hat sich von diesem Fehler nicht ganz frei erhalten, Bd. XI Nr. 124 S. 412; richtig Bd. XXII Nr. 49 S. 221.

<sup>31)</sup> Goldschmidt, Hdb. I § 35 Not. 28 b.

<sup>32)</sup> Vgl. Wächter im Arch. für civ. Pr. XIX S. 114—125. Preuss. Ldr. I 4 § 67. Sächs. G.B. § 810, 811. Code civ. art. 1159, 1160.

<sup>33)</sup> R.O.H.G. II Nr. 76 S. 321; VI Nr. 13 S. 78, Nr. 83 S. 370.

<sup>34)</sup> Die Aussprüche der römischen Juristen verknüpfen die Ungunst der Auslegung mit einer bestimmten Parteirole; bei Kaufverträgen soll den Verkäufer, bei Miethverträgen den Vermiether, bei der Stipulation den Stipulator der Nachtheil zweideutigen Wortlauts treffen. L. 39 de pact. 2, 14 L. 21, L. 33, C. E. 18, 1, L. 26 de reb. dub. 34, 5, L. 38 § 18, L. 99 V. O. 45, 1. Aber nur darum, weil von diesen Vertragstheilen die Fassung des Vertragswortlauts auszugehen pflegte: in quorum potestate fuerit legem apertius conscribere L. 39 de pact. cit. — Preuss. Ldr. I, 5 § 266. Zu wörtlich hat die Stellen des römischen Rechts der code civ. art. 1602 aufgenommen.

<sup>35)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 13 S. 60; V Nr. 53 S. 243; VIII Nr. 56 S. 230; IX Nr. 107 S. 379; XI Nr. 91 S. 272; XIV Nr. 136 S. 437.

des Verpflichteten erfolgen.<sup>36)</sup> Doch kann diese Regel nur auf einseitige Verträge und auf solche Bestimmungen in zweiseitigen Verträgen Anwendung finden, welche nicht unmittelbar die Gegenleistung normiren.

c. Von zwei oder mehreren möglichen Auslegungen soll diejenige den Vorzug erhalten, bei welcher das Geschäft rechtliche Gültigkeit hat.<sup>37)</sup>

---

<sup>36)</sup> L. 47 O. e. A. 44,7. Preuss. Ldr. I, 5 §§ 253, 255, 267, 268, 269. Sächs. G.B. § 813. Code civ. art. 1162. — R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 2; XIII Nr. 125 S. 387; XIV Nr. 87 S. 268.

<sup>37)</sup> L. 12 (13) de reb. dub. 34,5 L. 80 V. O. 45,1. Preuss. Ldr. I, 4 § 74. Sächs. G.B. § 813. Code civ. art. 1157.

### III. Die Personen der Handelsgeschäfte.

#### § 239.

I. Jedes Handelsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft. Jedes Rechtsgeschäft beruht auf einer Willensbethätigung entweder einer Person oder — wie bei Verträgen nothwendig — mehrerer Personen. Dass mehrere Personen zur Hervorbringung eines bestimmten rechtlichen Erfolges zusammenwirken, stempelt das Geschäft noch nicht zum Vertrag; die Genehmigung einer Schuldübernahme durch die sämmtlichen Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft oder durch mehrere Vorstandsmitglieder eines Aktienvereins ist kein Vertrag. Der Vertrag setzt sich nicht aus gleichen, sondern aus verschiedenen, jedoch sich entsprechenden, d. h. auf die Hervorbringung desselben Erfolgs gerichteten Erklärungen zusammen.

II. Für die Errichtung von Handelsgeschäften ist die allgemeine civilrechtliche Handlungs- und Verfügungsfähigkeit erforderlich und genügend.

Wie überhaupt das Handelsrecht aufgehört hat ein Standesrecht zu sein, so bildet auch die Kaufmannseigenschaft des oder der Errichtenden eine allgemeine Voraussetzung der Handelsgeschäfte nicht. Auch Nichtkaufleute können Handelsgeschäfte schliessen. Doch ist die Kaufmannseigenschaft der handelnden Personen nicht immer gleichgültig. Gewisse Rechtsgeschäfte erhalten nur dadurch die Natur von Handelsgeschäften, dass ein Kaufmann der Urheber oder wenigstens einer der Urheber ist (§ 15), und gewisse rechtliche Wirkungen eines Handelsgeschäfts sind durch die Kaufmannseigenschaft eines, zuweilen beider Vertragstheile bedingt (S. 385).

Insoweit schliesst sich das H.G.Buch an, das bürgerliche Recht an. Mit einer Bestimmung geht es über dasselbe hinaus. Es soll weder der Gültigkeit noch der Eigenschaft eines Handelsgeschäfts als solchen hinderlich sein, dass der handelnden Person, sei es wegen ihres Amtes oder Standes, sei es aus gewerbepolizeilichen, steuergesetzlichen oder verwandten Gründen verboten ist, Handel zu treiben oder Handelsgeschäfte zu schliessen (A. 276). Die schützende Kraft dieses Artikels wirkt aber nur gegen Verbote, welche unmittelbar der Person gelten; <sup>1)</sup> die über ein Unternehmen oder über eine gewisse Gattung von

<sup>1)</sup> Beispiel R.O.H.G. XXIII Nr. 74 S. 214. Im H.G.Buch selbst: A. 56, 59, 96, 97, 1. („Ein Prokurist, Handlungsbevollmächtigter, Gesellschafter, darf ohne Genehmigung ... weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen“.)

Geschäften verhängten Verbote werden davon nicht berührt.<sup>2)</sup> Sie umfasst auch nicht die Beschränkungen der privatrechtlichen Handlungs- und Verfügungsfähigkeit wegen Geschlechts, Alters, körperlicher oder geistiger Gebrechen, Verschwendung, Konkursmässigkeit, Hausunterthänigkeit und ähnlicher Zustände.<sup>3)</sup>

Die Kaufmannseigenschaft im Sinne des H.G.Buchs ist lediglich durch den thatsächlichen gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften bedingt und unabhängig von der Erfüllung der besonderen Bedingungen, an welche die landesrechtlichen Gewerbepolizei- oder Gewerbesteuer Gesetze die Kaufmannseigenschaft knüpfen (A. 11).

III. Im Handelsverkehr findet bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften die Mitwirkung von solchen Personen, für welche der rechtliche Erfolg nicht bestimmt ist, in grossem Umfang statt. Fast jede Art von Mittelspersonen, welche die Rechtswissenschaft zu unterscheiden pflegt, ist hier durch feststehende Erscheinungen vertreten. Da der Stellvertreter im Früheren seine Beleuchtung gefunden hat (§§ 69—73) und der Makler sie unten finden wird, erübrigt hier, die Stellung des Boten genauer zu bestimmen.

Der **Bote** meldet eine fremde Willenserklärung und zwar als eine ihm vom Absender anvertraute. Er ist kein mechanisches, aber gleichwohl thatsächliches Werkzeug, dessen sich eine Partei bedient, um ihre Willenserklärung an den abwesenden anderen Geschäftstheil zu übermitteln. Indem der Bote den ihm gewordenen Auftrag vollzieht, bethätigt er zwar seinen Willen, denn Niemand kann ihn dazu zwingen, aber er bethätigt dabei nicht seinen rechtlichen Willen oder seine juristische Handlungsfähigkeit. Er thut dies so wenig als der Nachwächter, welcher die Stunden ausruft, oder das Dienstmädchen, welches uns die

A. 69 Ziff. 1 („Handelsmakler dürfen für eigene Rechnung keine Handelsgeschäfte machen u. s. w., alles dies unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte“).

<sup>2)</sup> Der Verkauf von Losen einer im Inland nicht zugelassenen Lotterie ist trotz A. 276 in allen denjenigen Rechtsgebieten nichtig, welche entweder eine besondere diese Rechtsfolge aussprechende Bestimmung oder den allgemeinen Grundsatz haben, dass jedes gegen ein gesetzliches Verbot streitende Geschäft nichtig ist. Const. 5 de legib. 1, 14. Preuss. Ldr. I, 5 § 68. Sächs. G.B. §§ 79, 793. Code civ. art. 1131, 1133.

<sup>3)</sup> Die Abgrenzung ist im einzelnen Fall nicht immer leicht, noch schwerer sie in eine brauchbare allgemeine Formel zu fassen. Man kann unterscheiden zwischen Verbot (prohibition) und Unfähigkeit (incapacité). Dort sagt der Rechtssatz: du sollst (darfst) nicht; hier: du kannst nicht. Aber der Wortlaut allein entscheidet nicht. Will man den A. 276 auf Verbote aus Rücksichten des öffentlichen Rechts beschränken, so ist bei der Unsicherheit der Grenzlinie zwischen öffentlichem und Privatrecht wenig oder nichts gewonnen. Vgl. Goldschmidt, Hdb. § 44 Not. 8. Zweifelsfälle: H.G.B. A. 215 Abs. 3 (Zusatz des Gesetzes vom 11. Juni 1870) sagt: „Die Aktiengesellschaft darf eigne Aktien nicht erwerben.“ Hat die Uebertretung Nichtigkeit zur Folge, wie R.O.H.G. XVII Nr. 87 S. 384 entschied, oder nur die persönliche Verantwortlichkeit der bei der Zuwiderhandlung beteiligten Mitglieder des Vorstands sowie des Aufsichtsraths (so Hahn zu A. 215 § 6 u. A.)? Sind Versicherungsabschlüsse einer im Inland zum Betrieb nicht ermächtigten Versicherungsanstalt nichtig? Bejaht in Sammlung von Entscheidungen des bayerischen obersten Gerichtshofs in Civilsachen Bd. VI S. 184 f. Der Fall in R.G. I Nr. 47 S. 115 war anders gelagert; der Mangel betraf die Konzession nicht der ausländischen Anstalt sondern ihres Agenten.



Einladung zu einer Abendgesellschaft meldet.<sup>4)</sup> Der Absender des Boten errichtet in eigener Person das Rechtsgeschäft, auf seiner Seite geht nur von ihm eine rechtliche Handlung aus, der Bote ist ihm bloß Handlanger oder Sprachrohr.

Deshalb kann als Bote auch ein rechtlich Handlungsunfähiger (z. B. ein Kind) verwendet werden, deshalb kommt nichts an auf die Auffassung des Boten vom Inhalt des Rechtsgeschäfts,<sup>5)</sup> nichts auf sein Wissen oder Nichtwissen von einem rechtlich erheblichen Umstand (z. B. Fehlerhaftigkeit der Sache), nichts auf sein redliches oder unredliches Bewusstsein. Darum bedarf der Bote keiner Vollmacht, sondern nur des thatsächlichen Auftrags,<sup>6)</sup> es wird ihm keine rechtliche Macht verliehen wie dem Stellvertreter. Darum treten auch rechtliche Wirkungen aus dem Geschäft nie für den Boten ein.

Andererseits kann sich eines Boten zum Vertragsabschluss nur ein Handlungsfähiger bedienen, weil der Absender rechtlich handelt,<sup>7)</sup> seine Berufstellung (ob Kaufmann oder Nichtkaufmann), seine Auffassung, sein Wissen, seine Redlichkeit sind entscheidend. Der rechtliche Erfolg des Geschäfts, soweit er auf diese Seite fällt, Erwerb, Verlust, Verpflichtung, Befreiung entsteht unmittelbar und nur in seiner Person.

Ein Bote kann beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts in zweifacher Weise Verwendung finden und dieser Unterschied ist nicht ohne rechtliche Erheblichkeit. Seine Aufgabe geht dahin, der andern Vertragspartei die Willenserklärung des Absenders entweder schriftlich in der ihm übergebenen Aufzeichnung zu behändigen oder in selbstgeschaffener Mittheilungsform, regelmässig mündlich, zu berichten. Dort ist der Bote Transport-, hier Erklärungswerkzeug, dort Briefträger, hier lebendiger Brief, dort schafft die den Körper des Geschäfts (allein oder zugleich) bildende Erklärung der Absender, hier der Bote. Deshalb ist dort nur von Bedeutung, dass die Erklärung an den Adressaten gelangt, gleichgültig durch wen (z. B. der Brief, welchen der Postbote verliert, wird durch eine andere Person dem Adressaten überbracht). Hier dagegen hat allein die Berichterstattung des Boten verbindliche Kraft, nicht die eines Dritten, welcher vielleicht Ohrenzeuge bei der Beauftragung des Boten war.<sup>8)</sup> Der Briefträger gehört zu den Transport-, die Telegraphenanstalt zu den Erklärungswerkzeugen.

<sup>4)</sup> L. 15 de const. pec. 13, 5: ministerium tantummodo praestare videtur.

<sup>5)</sup> Nicht einmal für den Punkt entscheidet das Verständniss des Boten, bezüglich dessen der Absender ihm die Wahl gelassen hat; denn dem andern Vertragstheil gegenüber ist der Bote nur Sprachrohr. A. M. Schliemann in Z. f. H.R. XVI S. 22. Aber wie wenn ein Kind als Bote verwendet ist?

<sup>6)</sup> R.O.H.G. IX Nr. 108 S. 385.

<sup>7)</sup> Der Absender ist der Kontrahent. Diesen Ausdruck auf den Vertretenen anzuwenden im Gegensatz zum Vertreter heisst die Sache auf den Kopf stellen. Contrahere ist handeln, die Handlung vollzieht der Vertreter. Man vermeidet übrigens besser den Ausdruck Kontrahent auch für den Vertreter.

<sup>8)</sup> Dahin stellt in trefflicher Ausführung E. Zimmermann, Stellvertr. negot. gest. S. 19 fg. den richtigen Kern der Untersuchung Schliemanns (Z. f. H.R. XVI S. 1 fg.) fest. In ähnlicher Weise unterscheidet Kühn in Iherings Jahrb. XVI S. 19 zwischen Erklärungsträger und Erklärungsperson.

Dem Boten kann in der einen wie in der anderen Eigenschaft vom Absender bezüglich der Erklärung eine gewisse Wahl, ob abgeben oder nichtabgeben, ob ja oder nein, oder 10 oder 15 u. s. w. überlassen sein, ohne dass er aus der Sphäre eines Boten heraustritt, wenn er nur, was allein entscheidet, dem Adressaten das Ergebniss seiner Wahl als die Entscheidung des Absenders meldet.<sup>9)</sup>

Ein Vergleich dieser Ausführung mit der an früherem Ort gegebenen Schilderung der Stellvertretung wird überzeugen, dass die Unterscheidung von Boten und Stellvertreter gute Berechtigung hat und keineswegs undurchführbar ist, wie neuerdings uns wieder versichert wird.<sup>10)</sup> Die Unterscheidung hat noch eine weitere Bedeutung, welche freilich nicht Alle einräumen werden.

Die Behauptung des Beklagten, er habe bei dem Geschäft, aus welchem er als Partei in Anspruch genommen wird, nur als Bote mitgewirkt, ist Klagsablehnung und die Beweislast fällt dem Kläger zu. Denn mit den thatsächlichen Anführungen des Beklagten sind die Klagthaten nicht vereinbar.<sup>11)</sup> Anders dagegen wenn der Beklagte einwendet, beim Geschäftsabschluss nur als Stellvertreter gehandelt zu haben. Hier gibt er zu, was die Klage behauptet, dass er das Geschäft geschlossen hat; er behauptet nur ein weiteres, dass er das Geschäft im fremden Namen geschlossen habe. Damit bewegt er sich im Gebiet der Einrede, worüber die Beweislast ihm zukommt.<sup>12)</sup>

Endlich ist noch zu bemerken: Wer auftragslos einem Andern die angebliche Willenserklärung eines Dritten überbringt, haftet dem dadurch Geschädigten nach Deliktgrundsätzen, gemeinrechtlich mit *actio doli*. Für eine weitergehende Haftung, wie sie für den Pseudostellvertreter besteht (§ 173), fehlt hier die besondere Satzung; aus allgemeinen civilrechtlichen Gesichtspunkten ist sie nicht abzuleiten.

<sup>9)</sup> Auf einen solchen Boten liesse sich zutreffender als beim Stellvertreter die Thöl'sche Formel anwenden, er erzeuge dem Prinzipal einen bestimmten Willen. Indes erscheint die Vorstellung von der Hineintragung eines Willens in eine andere Person überhaupt nicht empfehlenswerth. Auch das „Kontrahiren in fremder Person“ (Thöl § 70 Anm.) verdient keinen Beifall.

<sup>10)</sup> Behrend, Hdlsr. § 49 Note 1, der damit in einen Savigny'schen Fehler zurückfällt.

<sup>11)</sup> Hierüber dürfte eine abweichende Ansicht kaum bestehen. Vgl. Römer im Arch. für civ. Prax. Bd. 62 S. 161. Thöl § 72 a. E. meint, man müsse sich im Zweifelsfalle, ob Stellvertretung oder Botendienst, für das letztere entscheiden.

<sup>12)</sup> Einverstanden Maxen, Beweislast S. 104, Laband in Z. f. H.R. X S. 214 Not. 51. Auch wohl Thöl § 74 Not. 10. Seuffert, Arch. I Nr. 193 (Oldenb.) XXI Nr. 162 (Wolfenb.) XXIX Nr. 277 (Celle) XXXII Nr. 84 (München). A. M. Römer im Arch. f. civ. Prax. Bd. 62 S. 160. R.O.H.G. XXII Nr. 50 S. 224, R.G. II Nr. 53 S. 195; III Nr. 38 S. 122. Hier wie bei andern Beweislastfragen über das sog. qualifizierte Geständniss wird übersehen, dass der Beweis über thatsächliche, nicht über Rechtsbehauptungen auferlegt wird. So kommt es, dass vielfach dem Kläger zum Beweis gestellt wird, was der Beklagte nicht bestritten hat. Zur Begründung der richtigen Beweislastvertheilung hat man gar nicht nöthig, sich auf die Vermuthung für das Vertragsschliessen in eigenem Namen zurückzuziehen.

## IV. Der Abschluss der Handelsgeschäfte.

### A. Wille und Willenserklärung.

#### § 240.

#### 1. Die Mängel des Willens und der Willenserklärung an sich.

In den Rechtsgeschäften besitzen die Rechtssubjekte die von der Rechtsordnung anerkannten Mittel, um die zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse dienenden rechtlichen Wirkungen hervorzurufen, Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen, bestehende zu übertragen, zu ändern oder aufzuheben. Der Privatwille hat zwar keine rechtschöpferische Allmacht, er ist für die Erzeugung von Rechtsfolgen in die von der Rechtsordnung gezogenen Schranken gebannt. Immerhin ist er in den Rechtsgeschäften ein wirkendes Element, man mag ihm die Führerrolle zusprechen oder die bescheidenere Stellung eines Hilfsorgans anweisen, man mag ihm die Richtung auf einen Rechtserfolg oder auf eine thatsächliche, wirtschaftliche oder soziale Wirkung unterstellen.<sup>1)</sup> Die Lehre vom Rechtsgeschäft schliesst daher die Lehre vom rechtsgeschäftlichen Willen, vom Einfluss des Beweggrunds auf das Rechtsgeschäft und vom Verhältniss zwischen Wille und Erklärung in sich.

Das Handelsrecht hat über alle diese Punkte, von ganz vereinzeltten Vorschriften abgesehen (z. B. A. 813 des H.G.B.) eigene Bestimmungen nicht; es findet hier seine Ergänzung im allgemeinen bürgerlichen Recht. Aus diesem Grunde kann, ja muss sich die Darstellung des Handelsrechts bescheiden für

<sup>1)</sup> Der Begriff des Rechtsgeschäfts und die Bedeutung des Privatwillens für dasselbe bildet zur Zeit den Gegenstand eines äusserst lebhaft geführten Streits, der seine Wellenlinien bereits über die Grenzen der Privatrechtswissenschaft hinaus erstreckt. Einen Ueberblick gibt Windscheid, P. § 69 Not. 1, § 75 und in der Abhandlung „Wille und Willenserklärung“, Akad. Programm 1878 (abgedruckt im Arch. für civ. Pr. Bd. 63 Abh. 3). Aus der späteren Literatur ist zu erwähnen: Kohler in Iherings Jahrb. XVI Abh. VII; Zitelmann, ebenda Abh. VIII und in „Irrthum und Rechtsgeschäft“ 1879 S. 229 fg.; Kohler in Iher. Jahrb. XVIII S. 133 fg.; Lenel, ebenda XIX Abh. V.; Pernice in Z. f. österr. H.R. VII S. 465 fg. und in Z. f. H.R. XXV S. 77 fg. Bülow im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 Abh. V, namentlich Not. 47, 51, 52. Wach, ebenda S. 238 fg.

diese Lehren auf die Bearbeitungen der allgemeinen Civilrechte zu verweisen; denn bei der Mannigfaltigkeit unseres gegenwärtigen Privatrechtszustands lässt sich eine einigermaßen befriedigende Erörterung der in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden Grundsätze in den Rahmen eines Handbuchs nicht einfügen und für die ausschliessliche Entwicklung der gemeinrechtlichen Lehre besteht das geringste Bedürfniss, da hiefür die literarischen Hilfsquellen am reichlichsten fliessen. Es soll nur eine Ausnahme gemacht werden für die Lehre von den Mängeln des rechtsgeschäftlichen Willens und im Zusammenhang damit für die Lehre vom Mangel der Willensübereinstimmung bei Verträgen. Der Grund dieser Ausnahme liegt darin, dass die rechtliche Behandlung dieser Mängel für ein grosses Gebiet von Rechtsgeschäften, welche man, wenn auch nicht ganz befriedigend, Verkehrsgeschäfte nennen kann<sup>2)</sup> und zu denen die Handelsgeschäfte zweifellos gehören, nicht unerheblich von der Behandlung bei andern rechtlichen Verfügungen abweicht. Ueber das Mass der Abweichung besteht aber grosse Meinungsverschiedenheit und selbst an solchen fehlt es nicht, welche jede Abweichung in Abrede stellen.

Es sollen zunächst die Erscheinungen dieser Mängel bei der Errichtung von Rechtsgeschäften betrachtet werden. Die Schilderung ihrer Wirkung auf das Rechtsgeschäft bleibt dem folgenden Paragraphen vorbehalten.

I. Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen (im weitern Sinn § 238). Jede Erklärung beruht auf einer Willensbethätigung. Wem mittelst körperlicher Uebewältigung (*vis absoluta*) die Hand zur Niederschrift geführt wurde, von dem kann man nicht sagen, dass er eine Erklärung abgegeben habe, und auch der laut Träumende erklärt nicht. Der Mangel jedes Zusammenhangs zwischen dem Willen der Person und der durch ihre Körperwerkzeuge hervorgebrachten Wirkung in der Aussenwelt liegt hier auf der Hand.

Weniger einleuchtend und nicht in demselben Masse vorhanden ist dieser Mangel in folgenden Erscheinungen.

A. Der Bote, dessen sich Jemand zur Schaffung seiner Willenserklärung, mithin als Erklärungswerkzeug (S. 397) bedient, gibt absichtlich oder unabsichtlich eine mit seinem Auftrag sachlich nicht übereinstimmende Erklärung ab, der Telegraph meldet Verkaufen statt Kaufen, der Bote sagt 29 statt 21.<sup>3)</sup>

Der Absender des Boten hat die Abgabe einer Erklärung gewollt, hierin die Abweichung vom vorigen Fall; er hat aber nicht die Abgabe dieser Erklärung gewollt, hierin die Uebereinstimmung.

B. Jemand, im Begriff eine Willenserklärung abzugeben, bringt aus Versehen, in Zerstreutheit einen Ausdruck hervor, der den Willen, welchen er hat,

<sup>2)</sup> Ich verstehe darunter den Gegensatz zu den familienrechtlichen Geschäften und den letztwilligen Verfügungen. Windscheid, P. §§ 75, 76, 77 bezeichnet als die der abweichenden Behandlung unterliegenden Rechtsgeschäfte die Verträge. Damit ist zwar eine festere Abgrenzung gewonnen; ich halte sie aber für zu eng und zu weit, da einerseits nicht blos Verträge und andererseits nicht alle Verträge darunter fallen.

<sup>3)</sup> Dieser Fall wird in der Regel in diesem Zusammenhang nicht behandelt. Das scharfe Auge von Brinz P. (1. Aufl.) S. 1397 hat die Zugehörigkeit richtig erkannt.

nicht erkennen und dagegen auf einen Willen schliessen lässt, den er nicht hat: er verspricht sich, verschreibt sich, vergreift sich (z. B. bei der Tradition).

Die Sachlage ist der unter Ziff. 1 behandelten ähnlich.<sup>4)</sup> Auch hier ist die Abgabe einer Erklärung gewollt und ist nicht diejenige Erklärung gewollt, deren äussere Erscheinung vorliegt. Dass aber die Worte, Zeichen oder sonstigen Aeusserungen von demjenigen nicht gewollt sind, als dessen Willensausdruck sie sich ausgeben, verdunkelt sich hier dadurch einigermassen, dass diese Worte, Zeichen u. s. w. der von der Einwirkung einer andern Person unabhängigen Körperbewegung eines im allgemeinen seiner Geisteskräfte mächtigen Menschen ihr Dasein verdanken.<sup>5)</sup> Man kann den Fall als **Verirrung in der Erklärung** bezeichnen, wie ihn die Römer, freilich nicht ihn allein, unter *error* fassen.

II. Die rechtsgeschäftliche Erklärung wird nicht blos durch den Willen des Erklärenden geschaffen, sie ist zugleich der Ausdruck eines Willens, der auf einen ausserhalb der Erklärung liegenden Zweck, auf eine rechtliche Wirkung gerichtet ist. Dieser doppelte Wille in der rechtsgeschäftlichen Erklärung muss auseinander gehalten werden; jener ist der Erklärungswille, dieser der erklärte Wille, der Wirkungswille, die Absicht. Beide können von verschiedenen Personen ausgehen. So wird beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit Hilfe eines Boten als Erklärungswerkzeugs die massgebende Erklärung vom Boten geschaffen, aber der Wirkungswille des Absenders erklärt. Die auftragsgemässe Ausführung der Botenerklärung ersetzt die eigne Erklärung des Absenders.<sup>6)</sup>

<sup>4)</sup> Beide Fälle in L. 9 § 2 de her. inst. 28,5: *puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus . . . si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere. L. 9 § 3 eod.*

<sup>5)</sup> Wie entsteht eine derartige Körperbewegung? Das ist ein dunkler Punkt, dessen Aufklärung wir von der Psychologie oder vielleicht Physiologie zu erwarten haben. Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1393, 1394, 1399 führt sie auf eine Kraft zurück, welche „man kann sagen mechanisch“ die Zunge, die Feder, die Hand führt, eine den Handelnden unfrei bewegendende Macht, eine Kraft, die keinen Namen hat. Die Wirkung in der Aussenwelt werde vollbracht in momentaner Besinnungs- oder Bewusst- also Willenslosigkeit. Hölder, krit. V.J.Schr. XIV S. 565 nennt es ein Walten des Zufalls; die Bewegung ursprünglich von einem bewussten Entschlusse ausgehend, entziehe sich in ihrem Verlauf der Beherrschung und Leitung durch denselben infolge fremdartiger sie modifizirender Einflüsse. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 328, 331, 341, 359 fg. spricht vom mangelnden Bewusstsein bezüglich des eigenen Thuns. Trotz dieser Uebereinstimmung ist noch nicht zweifellos, ob ein Zurücktreten des Willens bei der fraglichen Körperbewegung in dem ausgedehnten Maasse stattfindet. Bedenken gegen die Annahme einer momentanen Bewusst- und Willenslosigkeit bei Mandry, krit. V.J.Schr. XIV S. 380 Pernice, Z. f. H.R. XXV S. 133. — Geht man davon aus, dass die geschehene Aeusserung überhaupt nicht auf einem Willensakt beruht, so ergibt sich ein Unterschied der Verirrung in der Erklärung von der absichtlichen falschen Meldung eines Boten.

<sup>6)</sup> Von hier aus lässt sich der Unterschied zwischen dem Boten als Erklärungswerkzeug und dem Stellvertreter schärfer fassen. Jener vertritt den Geschäftsherrn in der tatsächlichen Handlung der Erklärung, dieser in der rechtlichen Handlung, in der Bethätigung des Wirkungswillens. Auch der Stellvertreter kann durch das Mittel eines Boten erklären, z. B. telegraphisches Angebot des Prokuristen Namens des Prinzipals, aber er lässt alsdann seinen Willensentschluss erklären, welcher die eigene rechtliche Willensbethätigung des Prinzipals ersetzt.



Eine Erklärung (als Handlung) ohne den Erklärungswillen ist so wenig denkbar als eine Wirkung ohne Ursache. Wohl aber ist denkbar und kommt vor, dass Jemand eine Erklärung abgibt, deren Inhalt auf eine ihm nicht inwohnende Absicht und zwar als ihm inwohnend hinweist. Wo demnach von mangelnder Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung gesprochen wird, da ist unter dem Willen der erklärte Wille, der Wirkungswille, die Absicht gemeint.

Das Auseinandergehen von Wille und Erklärung kann mit Bewusstsein des Erklärenden und von ihm beabsichtigt eintreten oder sich unwillkürlich, unbewusst einschleichen.

A. Die bewusste Abweichung. — Jemand gibt eine Erklärung ab, welche auf einen ihm mangelnden Wirkungswillen hinweist, im Bewusstsein von dieser Richtung. Er thut dies entweder

1. zu einem harmlosen Zweck, im Scherz, beim Unterricht, auf der Bühne;<sup>7)</sup> man pflegt zu sagen: nicht im Ernst — oder

2. in der verwerflichen Absicht, in demjenigen, an welchen die Erklärung gerichtet ist, die irrthümliche Vorstellung zu erwecken, als ob er den erklärten Wirkungswillen habe. Dies ist der Fall der sog. **Mentalreservation**.

Zu ihr steht in naher Verwandtschaft

3) die **Simulation**. Hier wie dort wird absichtlich zur Täuschung Anderer der äussere Thatbestand einer rechtlichen Handlung geschaffen ohne den Willen, die demselben entsprechende rechtliche Wirkung hervorzurufen. In der That ist, so viel ich sehe, für einseitige Rechtsgeschäfte ein Unterschied zwischen Mentalreservation und Simulation nicht zu machen.<sup>8)</sup> Man spricht von Simulation insonderheit, wenn zwei (oder mehr) Personen in bewusster Uebereinstimmung äusserlich einen Vertrag schliessen ohne die Absicht die diesem Handeln entsprechende rechtliche Wirkung ins Leben zu rufen, jedoch in der Absicht, in Andern die Meinung von der Erzeugung dieser Wirkung zu erwecken. Es täuscht nicht ein Vertragstheil den andern wie bei der Mentalreservation, sondern beide täuschen im Einverständnis Dritte.<sup>9)</sup>

<sup>7)</sup> L. 3 § 2 O. e. A. 44,7: per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa. Varro de lingua lat. VI v. Spondere: jocandi causa . . . in tragoedia. Vgl. L. 24 de testm. mil. 29,1.

<sup>8)</sup> A. M. Kohler in Iherings Jahrb. XVI S. 98: „Die Simulation hat mit der Mentalreservation nichts gemein. Diese enthält einen Widerspruch zwischen der Willensbethätigung und dem rein psychologischen innern Seelenakt. Die Simulation beruht darauf, dass von der gesammten Willensaktion von den Parteien Dritten nur ein Stück kund gegeben wird.“ Bei der Unsicherheit des Gebiets der „gesammten Willensaktion“ ist diese Unterscheidung nicht haltbar. Ein rein innerlich gebliebener Seelenakt ist rechtlich allerdings bedeutungslos, aber darauf schränkt der herrschende Sprachgebrauch die Mentalreservation nicht ein. Vgl. Schlossmann, Vertrag S. 105 Not. 2. Windscheid § 75 Not. 1 b, 2 a.

<sup>9)</sup> Ihering, Geist des röm. Rechts II § 46 zwischen Not. 684 und 685; III § 58 bei Not. 383; Jahrb. für Dogm. IV S. 74. Ueber den Gegensatz zum typischen Scheingeschäft, welchen Ihering am ersteren Ort behandelt, vgl. Bechmann, Kauf I S. 215; Degenkolb, Einlassungszwang S. 236 fg.

Hiebei ist entweder überhaupt kein Vertrag gewollt, so dass nach Absicht der Parteien dem Geschäft jeder rechtliche Gehalt abgehen soll,<sup>10)</sup> oder es ist von ihnen ein anderer Vertrag gewollt als worauf ihre Handlung hinweist.<sup>11)</sup> Dort vollziehen sie ein — juristisch — leeres Geschäft, hier ein verdecktes.<sup>12)</sup>

B. Die unbewusste Abweichung zwischen Wille und Erklärung hat ihren Grund in einer unrichtigen Vorstellung des Erklärenden über einen der Umstände, unter welchen er die Erklärung abgibt, in einem Irrthum, error oder ignorantia. Der Erklärende wollte die Worte, Zeichen oder Handlungen, welche durch ihn in die Aussenwelt getreten sind, erzeugen; er hatte den Erklärungswillen. Aber er wollte nicht dasjenige, was die Worte u. s. w. unter den obwaltenden ihm wenigstens nicht völlig bekannten Umständen bedeuten; es fehlte ihm der erklärte Wille. Er sagte ja und wollte ja sagen, meinend es handle sich um ein Darlehen von 100 M., während er um eine Schenkung von diesem Betrag angegangen ist; er unterschreibt eine Verzichturkunde in dem Glauben, dass darin die Einwilligung vorbehaltlich seines Rechts ausgesprochen sei; er unterlässt eine Einsprache gegen die Neuerung auf dem Nachbargrundstück aus Unkenntniss, dass dieselbe auf eine Aenderung des Wasserlaufs gerichtet ist (L. 20 de aqua et aq. pluv. 39, 3).

III. Der Mangel der Willenserklärung kann noch weiter zurückliegen. Es sagt Jemand, was er will, aber er würde den Willen nicht gefasst, sich zum Kauf, zur Eigenthumsübertragung nicht entschlossen haben, wenn er von einem gewissen Umstand Kenntniss oder das richtige Bewusstsein gehabt hätte, wenn ihm nicht für den Fall der Weigerung mit einem Uebel gedroht gewesen wäre. Der Handelnde ist dort durch Irrthum, sei dieser unwillkürlich entstanden oder absichtlich hervorgerufen, hier durch Drohung zum Willensentschluss und dessen Erklärung bestimmt worden. Der Mangel liegt im **Beweggrund** oder **Motiv**.

Der Irrthum im Beweggrund und der unter II B. betrachtete Irrthum über die Bedeutung (den Inhalt) der Erklärung können sich nahe berühren, so in der unrichtigen Vorstellung über Eigenschaften des Vertragsgegenstandes.<sup>13)</sup>

IV. Der Vertrag entsteht aus der Einigung des rechtsgeschäftlichen Willens beider Parteien (consensus). Fehlt auf einer Seite der Erklärungswille oder die Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, so wird regelmässig auch die Willenseinigung fehlen.<sup>14)</sup> Es kann aber die Willenseinigung fehlen trotz der

<sup>10)</sup> Beispiel: Scheinverkauf einer Sache, um sie dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen. R.O.H.G. XXIV Nr. 85 S. 323. Ferner L. 4 § 5 de in diem addit. 18,2.

<sup>11)</sup> Beispiel: Schenkung unter der Maske des Verkaufs. L. 36 C.E. 18,1.

<sup>12)</sup> Vgl. Arnold, Prakt. Erörterungen Nr. XXII: „Versteckte Verträge.“

<sup>13)</sup> Daher auch die Meinungsverschiedenheit über die Zutheilung. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 436 fg., 459, 549 geht m. E. darin zu weit, wenn er hier immer nur einen Irrthum im Beweggrund annimmt. Vgl. Brinz, P. (1. Aufl.) § 317. Ihering, Geist II § 43 bei Not. 585 u. 586.

<sup>14)</sup> Regelmässig, nicht nothwendig. Einen Fall, wo auf jeder Seite die Erklärung nicht mit dem Willen stimmte und doch beide dasselbe wollten und erklärten, berichtet Seuffert, Arch. XIX Nr. 14.

normalen Beschaffenheit jeder einzelnen Willenserklärung, indem die beiden Willen aus einander gehn. Von praktischem Interesse ist das Auseinandergeh'n des Wollens beider Theile bei scheinbarer Uebereinstimmung der Willenserklärungen. Hier werden sich die Vertragschliessenden häufig des Vorhandenseins der Nichtübereinstimmung zunächst nicht bewusst. Darum bringen die Quellen den dissensus mit dem error in Zusammenhang.<sup>15)</sup> Die Neueren sprechen hier von Missverständniss. Ein solches schleicht sich leicht ein, wenn sich jeder Theil zur Bezeichnung des besonderen Vertragsgegenstandes eines allgemeinen Gattungsnamens bedient (Grundstück, Wagen, Klavier u. ä.).

### § 241.

## 2. Rechtliche Bedeutung der Mängel in Handelsgeschäften.

Zum Thatbestand eines Rechtsgeschäfts gehört: der Wille, eine bestimmte rechtliche Wirkung hervorzurufen,<sup>1)</sup> die Erklärung dieses Willens, beim Vertrag überdies die Willenseinigung.

Man sollte nun erwarten, dass ein Geschäft der rechtlichen Geltung entbehrt, wenn entweder die Erklärung fehlt oder die vorhandene Erklärung dem Willen des Erklärenden nicht entspricht; dass ferner der beabsichtigte Vertrag sich zerschlägt, wenn eine Willenseinigung nicht stattgefunden hat.

In der That hat das positive Recht diese Folgerungen grundsätzlich anerkannt, aber zugleich Ausnahmen und zwar gerade für dasjenige Gebiet, dem die Handelsgeschäfte angehören. Wir haben daher Regel und Ausnahme zu unterscheiden.

<sup>15)</sup> L. 9 pr. 1 § 1 C.E. 18,1, L. 34 pr. de poss. 41,2, L. 57 O. e. A. 44,7. Errare Irren heisst auch fehl gehen, sich verfehlen. Vgl. hierzu Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1401 bis 1403. Windscheid, P. § 77. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 419—429.

<sup>1)</sup> Man bestreitet in neuerer Zeit, dass der Wille gerade auf die Rechtsfolge gerichtet sein müsse. Vgl. die Literatur im vorigen Paragraphen Not. 1. Es wird eingewendet, dass die rechtliche Verwirklichung der Kauf-, Mieth-, Darlehnsabsicht u. s. w. im einzelnen und die Summe der an ein Rechtsgeschäft sich knüpfenden rechtlichen Wirkungen in den wenigsten Fällen im Bewusstsein und in der Absicht des Handelnden liege. Das ist gewiss wahr, aber darum noch nicht wahr, dass die Absicht des Handelnden bezüglich der Rechtsfolgen völlig entbehrlich sei. Wer den Willen hat zu kaufen, zu miethen u. s. w., der will dies nach Maassgabe des zur Anwendung kommenden Rechts. Will er dies nicht, und zwar nicht blos im Stillen seines Herzens sondern erkennbarermaassen, so bringt er das entsprechende Rechtsgeschäft nicht hervor, er vollzieht eine *protestatio facto contraria*. Sonach ist die Annahme, dass der Urheber eines Rechtsgeschäfts damit eine rechtliche Wirkung beabsichtige, wohl berechtigt. Diese Absicht kann allerdings eine allgemeine und bezüglich des Einzelnen unbestimmte sein. Zitelmann in Iherings Jahrb. XVI S. 396 und in Irrthum und Rechtsgeschäft S. 235, 276, 517. Hölder in Z. f. H.R. XXIV S. 602. Die Schwierigkeit, für jedes Rechtsgeschäft das Minimum von Rechtsfolgen aufzuzeigen, dessen Wollen unentbehrlich ist, löst sich im praktischen Leben weit einfacher als der Theoretiker auszumalen liebt; es liegt von dem „Wollen des bestimmten Rechtsinstituts“ von der Bezeichnung des beabsichtigten „wirthschaftlichen Erfolgs“ und der „individualisirenden Punkte“ (Kohler in Iherings Jahrb. XVIII S. 149, 155—157) nicht weit ab. Vgl. R.O.H.G. XIX Nr. 14 S. 49. Die bekämpfte Ansicht kommt beim fiduziarischen Rechtsgeschäft (S. 400) in Schwierigkeit.



I. Regel: Damit ein Rechtsgeschäft entstehe, muss die Erklärung und das Erklärte gewollt sein, und damit ein Vertrag zu Stande komme, muss Willenseinigung unter den Parteien vorliegen.

Ueber diesen grundsätzlichen Standpunkt lassen die Quellenzeugnisse keinen Zweifel.<sup>2)</sup>

Freilich bietet die Anwendung im einzelnen manche Schwierigkeit. Da indes Eigenthümlichkeiten für die Handelsgeschäfte in dieser Richtung nicht bestehen, so mögen folgende Andeutungen genügen.

1. Die Abweichung von Wille und Erklärung sowie der Mangel im Einverständnis haben die tiefgreifende Wirkung auf das Geschäft nur dann, wenn sie einen wesentlichen Punkt betreffen. Für das Urtheil, ob ein Punkt des Geschäfts zu den wesentlichen zähle, ist weder die allgemeine Beziehung desselben (auf Person, Gegenstand, Eigenschaft u. s. w.) noch die subjektive Auffassung des Handelnden massgebend, daher auch die übliche Unterscheidung von *error in persona*, *corpore*, *substantia* u. s. w. wenig förderlich. Um zu einem richtigen Ergebniss zu gelangen, muss das individuelle Geschäft in seiner Gesamterscheinung ins Auge gefasst und geprüft werden, ob nach der Bedeutung, welche bei solcher Sachlage dem fehlerhaften Punkt im Verkehr beigelegt zu werden pflegt, anzunehmen ist, das Geschäft sei nicht gewollt.

In dieser Beziehung kommt in Betracht, dass der Wille der handelnden Personen selbst in Beziehung auf sog. Hauptbestandtheile des Geschäfts nicht immer gleich bestimmt und individualisirt ist. Beim Baarkauf ist die Individualität des Käufers dem Verkäufer regelmässig gleichgültig, beim Kreditverkauf nicht.<sup>3)</sup> Bei der Pfandbestellung fasst der Gläubiger nicht sowohl die Individualität der Sache als ihre Tauglichkeit zur Sicherstellung ins Auge.<sup>4)</sup> Bei dem Kauf von Alterthümern oder Kunstwerken sieht der Käufer weit weniger auf den Stoff als dies bei andern Sachen der Fall zu sein pflegt.<sup>5)</sup> Im Grosshandel kann eine Eigenschaft wesentlich (sog. Klassifikationsfaktor) sein, welche für den Kleinverkehr diese Bedeutung nicht besitzt<sup>6)</sup> u. s. w.

<sup>2)</sup> L. 3 de reb. dub. 34,5: Qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. L. 9 pr. — § 4 de her. inst. 28,5 § 23 Inst. de inut. stip. 3,19, L. 9 pr. C.E. 18,1, L. 37 § 6 A. R. D. 41,1, L. 57 O. e. A. 44,7: In omnibus negotiis contrahendis . . . si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Ein reiches Quellenmaterial bringt bei Zitelmann in Iherings Jahrb. XVI S. 422 fg. Man vgl. aber damit Kohler ebenda XVIII S. 137—142 und wiederum Lenel ebenda XIX S. 244 Not. 117. Auch die mannigfachen Eide, dass ernstlich gewollt sei, sind beachtenswerth. Ihering, Geist III § 57 Not. 376. — Preuss. Ldr. I, 4 §§ 52—57, 75—83. — Sächs. G.B. §§ 91, 92, 95, 828—830, 832, 837 fg.

<sup>3)</sup> Seuffert, Arch. III Nr. 165; V Nr. 271; VII Nr. 19; XI Nr. 220; XVIII Nr. 224; XXVII Nr. 215.

<sup>4)</sup> Dernburg, Pfd. I S. 195.

<sup>5)</sup> Savigny, System Bd. III S. 280 Not. i.

<sup>6)</sup> Post, Bremer Privatr. I S. 204. Im allgemeinen sind zu vgl. Brinz, Pand. (1. Aufl.) §§ 317—319. Windscheid §§ 76, 77. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 527 fg. — Dernburg, pr. P.R. I §§ 104, 108. Förster, pr. P.R. § 30.

2. Die Wirkung des Mangels sei es an der Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung oder an Einverständniss über einen wesentlichen Punkt ist Nichtigkeit des Geschäfts, welche jedoch nach manchen Rechten in gewissen Fällen nur eine relative ist.<sup>7)</sup>

II. Die Ausnahme. — Dass Jemand sagt, was er will, und will, was er sagt, bildet nach der Erfahrung des Lebens die Regel. Wer sich auf die Nichtübereinstimmung von Erklärung und Wille oder auf den Mangel des Erklärungswillens beruft, hat jedenfalls den Beweis zu übernehmen. Der ohnehin falsche Satz, dass Negativen nicht zu beweisen sind, darf hieran nicht irre machen.<sup>8)</sup> Wird dagegen die Gültigkeit eines Vertrags wegen Mangels des Einverständnisses bestritten, so fällt die Beweislast demjenigen zu, der aus dem Vertrag ein Recht oder eine Befreiung herleitet.

Indess ist die Frage, ob überall sich Jemand der verbindlichen Kraft seiner Erklärung durch den Nachweis entziehen kann, dass er nicht gewollt was er gesagt hat, und ob immer die Behauptung gehört wird, der eine Vertragstheil habe mit seiner Erklärung einen andern Sinn verbunden als sein Mitkontrahent.

Es ist dies trotz des allgemeinen Wortlauts der Quellenaussprüche zu verneinen. Aus Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs wird zuweilen der Urheber einer Erklärung an den Inhalt derselben gebunden, obwohl er ihn nicht gewollt hat und wie wenn er ihn gewollt hätte, und aus gleichen Rücksichten wird zuweilen der Vertrag trotz mangelnder Willenseinigung als gültig behandelt. Man darf nicht sagen, es werde in diesen Fällen ein Wille oder das Einverständniss fingirt; die Fiktion schafft doch keinen wirklichen Boden. Der wahre Sachverhalt besteht vielmehr darin, dass vom positiven Recht ausnahmsweise an die äussere Erscheinung einer Erklärung eine rechtliche Wirkung geknüpft wird, welche der Regel nach nur der vom Willen getragenen und erfüllten Erklärung zukommt. Es ist also nicht an dem, dass das positive Recht überall nur nach der Erklärung die Rechtsfolgen bemisst ohne Rücksicht auf das Verhältniss derselben zum Willen des Handelnden. Einen solchen hyperformalistischen und grobrealistischen Standpunkt hat selbst das römische Recht, das die Festigkeit des Verkehrs so sehr in den Vordergrund stellte, zu keiner Zeit eingenommen, auch nicht für die Formalkontrakte;<sup>9)</sup> ebensowenig ist er dem heutigen Recht eigen.<sup>10)</sup>

<sup>7)</sup> H.G.B. § 813: „ . . . ist der Vertrag für den Versicherer unverbindlich.“ Ueber preussisches Recht Dernburg, pr. P.R. I § 108 a. E. Förster § 30 Not. 16. Für das österreichische Recht Exner, Tratition S. 285. Selbst für das gemeine Recht legen einige Schriftsteller dem Irrthum über die Wesenheit der Sache nur relative Nichtigkeit bei. Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1409 unten S. 1643. Schlossmann, Zwang S. 18, Not. 26. Im römischen Recht hat diese Meinung m. E. keine Stütze.

<sup>8)</sup> Ausdrücklich preuss. Ldr. I, 4 §§ 53—55. Dazu Förster pr. P.R. § 32.

<sup>9)</sup> L. 3 § 2 O. e. A. 44,7: Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur. L. 83 § 1 V.O. 45,1, L. 137 § 1 eod.

<sup>10)</sup> Preuss. Ldr. I, 4 § 52. Oesterr. G.B. § 869. Sächs. G.B. §§ 91, 828, 829. Zürcher G.B. § 934. Auch das Wechselrecht unterliegt keiner andern grundsätzlichen Behandlung. Thöl, Wechselr. §§ 79, 92. R.O.H.G. XIV Nr. 57 S. 173, XIX Nr. 9

Auf der andern Seite wird man mit dem starren Festhalten am Willensdogma weder dem Leben noch richtig verstanden den Quellen<sup>11)</sup> gerecht.

Wie weit gehn nun die Abweichungen vom grundsätzlichen Standpunkt? Ich schreite vom Unbestrittenen zum Bestrittenen vor.

**A. Die Mentalreservation.** Es kommt in erster Linie darauf an, ob derjenige, an welchen die Erklärung gerichtet war, die beabsichtigte Täuschung durchschaute oder nicht.

Im erstern Fall gelangt die Regel von der Unverbindlichkeit der mit der Absicht nicht übereinstimmenden Erklärung zur ungeschmälernten Geltung.<sup>12)</sup> Den Erklärungsempfänger gegen die Arglist in Schutz zu nehmen, liegt kein Grund vor, wenn er wusste, dass er es nur mit leerem Gefunker zu thun habe.

Wurde dagegen der Erklärungsempfänger verleitet, den Schein für die Wirklichkeit zu nehmen, so findet die Berufung des Erklärenden auf den Mangel rechtlicher Absicht kein Gehör. Dies selbst dann, wenn dem Getäuschten ein

---

S. 33. Beachtenswerth die germanistischen Untersuchungen von Brunner in Z. f. H.R. XXII Abh. 1, 2, 5 und Ergebniss S. 510 fg.; Bd. XXIII Abh. 5. Stobbe, deutsch. Privatr. § 171 Not. 21.

<sup>11)</sup> Bei der Zusammensetzung der römischen Rechtsquellen, insonderheit der Digesten geben allgemein lautende Aussprüche gegen das Vorkommen von Ausnahmen kein zuverlässiges Zeugnis. Wer übrigens die Allgemeingültigkeit der auch hier als prinzipieller Ausdruck anerkannten Stellen behauptet, darf sie der L. 15 § 1 C.E. 18,1 nicht bestreiten. Schlossmann, Vertrag S. 115 fg. Dass die römischen Juristen der Berufung eines Vertragstheils, er habe etwas nicht gewusst oder gesehen und darum nicht gewollt, nicht ohne weiteres Folge geben, zeigen so manche Entscheidungen. L. 43 § 1 C.E. 18,1 (es gilt in die Stipulation nicht eingeschlossen: in quo se ipse decipiebat). L. 29 locati 19,2 (der Pächter bestreitet, dass er sich auch zur Bewachung des Waldes verpflichtet habe; aber obwohl der Wortlaut diese Auffassung zulässt, wird er damit nicht gehört, er musste nach den Umständen den weitergehenden Sinn der vom Verpächter entworfenen Vertragsbestimmung erkennen). L. 38 pr. de solut. 46,3 (jeder Verständige muss wissen, dass bei der Aufnahme eines solutionis causa adjectus der stillschweigende Vorbehalt gemacht wird: si in eadem causa maneat). Dabei erwäge man, dass die freie Stellung in der Beweiswürdigung dem römischen Richter die Möglichkeit bot, durch Anspannung der Beweisforderungen der Berufung auf derartige anomale Vorkommnisse die Berücksichtigung abzuschneiden: man glaubte ihr nicht. L. 12 de transact. 2,15 (Non est ferendus rlq.) und arg. a contr. L. 11 pr. C.E. 18,1. Auf diesen Zusammenhang der Beweisbarkeit mit der rechtlichen Erheblichkeit haben Bähr, Anerkennung § 19 Not. 3, Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1404 hingewiesen. Und als Fingerzeig, welche Stellung die römische Jurisprudenz zu einem Widerstreit zwischen der reinen Rechtskonsequenz und den Forderungen des Verkehrsinteresses genommen hat, kann immerhin die Behandlung der Vollmachtserlöschung gegenüber gutgläubigen Dritten dienen. Vgl. die Zusammenstellung der Entscheidungen bei Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 401 fg. Diejenigen, welche der Mangel der Quellenmässigkeit von der Billigung des im Text vertretenen Standpunktes zurückschreckt, und die zur Befriedigung des Rechtsgefühls auf das negative Vertragsinteresse verweisen, mögen sich doch die Frage vorlegen, ob dieser Anspruch auf so sicherem quellenmässigen Grunde ruht.

<sup>12)</sup> Aus diesem Grund bezweifle ich, ob die jetzt beliebte Rechtfertigung für die abweichende Behandlung der Mentalreservation ausreichend ist, Niemand könne sich darauf berufen, gelogen zu haben.

Mangel an Aufmerksamkeit zur Last fällt, so lange nur der Erfolg der Täuschung noch glaubhaft ist.<sup>13)</sup>

B. Die in bewusster Weise ohne den Erklärungswillen abgegebene Erklärung soll, wenn dabei ein **harmloser Zweck** zu Grunde liegt (vor. Paragraph II. A. 1), nach den Quellen der rechtlichen Wirkungen entbehren.<sup>14)</sup> In der Regel werden die Umstände, unter denen die Erklärung abgegeben wird, den mangelnden Ernst erkennen lassen. Wie aber, wenn dies dem Empfänger der Erklärung der erforderlichen Aufmerksamkeit (H.G.B. A. 282) ungeachtet nicht erkennbar war? Das preussische Landrecht macht den Urheber eines „ungebührlichen Soherzes“ dem getäuschten Erklärungsempfänger für Schadenersatz (negatives Vertragsinteresse) haftbar.<sup>15)</sup> Nach gemeinem Recht wird überhaupt der Einwand des mangelnden Ernstes nicht gehört, wenn sich zu der angegebenen Voraussetzung die weitere gesellt, dass der Erklärende die Täuschung in grober Nachlässigkeit veranlasst hat. Hiezu berechtigt die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus in der Wirkung ausserhalb der Deliktsverschuldung.<sup>16)</sup> Dass die eigne Nachlässigkeit des Erklärungsempfängers die Behaftung des Erklärenden bei dem Inhalt seiner Erklärung ausschliesst, unterscheidet diesen Fall der rechtlichen Behandlung nach von der Mentalreservation (A).

C. Zu den **simulirten Geschäften** nehmen die Civilrechte in übereinstimmender Weise Stellung. Das vorgegebene Rechtsgeschäft gilt nicht, das möglicherweise darunter verdeckte nur dann, wenn trotz der Verschleierung sämtliche formellen und materiellen Erfordernisse seiner Entstehung vorliegen. Nun wird der Weg der Simulation gerade deshalb häufig eingeschlagen, weil ein rechtliches Erforderniss des beabsichtigten Geschäfts nicht erfüllt werden kann oder will. Wo dies der Fall ist, ermangelt auch das verdeckte Geschäft der Gültigkeit.<sup>17)</sup>

Die Nichtigkeit des simulirten Geschäfts ist eine absolute; sie kann gegen Dritte und von ihnen geltend gemacht werden.<sup>18)</sup> Die Geltendmachung entfällt aber gegenüber denjenigen Dritten, welche auf Grund des simulirten Geschäfts

<sup>13)</sup> Der Mentalreservation unter der angeführten Voraussetzung die Berücksichtigung zu verweigern, billigen so viel ich sehe alle Schriftsteller, viele ohne zu merken, dass sie damit in das angeblich ausnahmslose Prinzip ein Loch stossen. Und doch ist die Quellenmässigkeit auch nicht die stärkste Seite dieser Ansicht. L. 1 § 1 de pign. act. 13,7. L. 30 pr. ad SC. Vell. 16,1. Seuffert, Arch. V Nr. 146. — Ueber das preuss. Recht Dernburg, pr. P.R. I § 104. R.O.H.G. X Nr. 1 S. 12.

<sup>14)</sup> Vgl. die Stellen in § 240 Not. 7. Preuss. Ldr. I, 4 § 52. Sächs. G.B. § 91.

<sup>15)</sup> Landr. I, 4 § 56. Dernburg, pr. P.R. I § 104 Not. 2. Vgl. jedoch Windmüller in Gruchots Beiträgen X S. 164.

<sup>16)</sup> Ihering in seinen Jahrb. IV S. 74. Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 18 Not. 17 S. 35 (Archiv für civ. Pr. 63 S. 88 Not. 19 S. 103). Mommsen, Ueber die Haftung der Kontrahenten S. 99. Seuffert, Arch. XXXV Nr. 269.

<sup>17)</sup> L. 5 § 5, L. 7 § 6 de donat. i. v. e. u. 24,1. In dieser Anwendung berührt sich die Simulation mit dem rechtsgeschäftlichen Schleichweg. Vgl. Not. 29 a. E.

<sup>18)</sup> So ist der Schuldner berechtigt und bei Vermeidung nochmaliger Zahlung gehalten, dem Scheincessionar die Einrede der simulirten Cession entgegenzuhalten. Regelsberger im Archiv für civ. Prax. Bd. 63 S. 174 fg. R.O.H.G. XXIV Nr. 85 S. 326.

im Vertrauen auf dessen Ernstlichkeit einen lästigen Erwerb gemacht oder Zahlung geleistet haben. Dieser Annahme steht zwar kein unmittelbarer Beleg in den Quellen, wohl aber die Analogie aus der rechtlichen Behandlung der Täuschung über das Dasein einer Vollmacht stützend zur Seite.<sup>19)</sup>

Vom simulirten Geschäft sind zwei äusserlich verwandte Erscheinungen zu unterscheiden, für welche ich die Bezeichnungen „fiduziarisches Geschäft“ und „rechtsgeschäftlicher Schleichweg“ vorgeschlagen habe<sup>20)</sup> und auch jetzt verwenden werde.

1. Das **fiduziarische** Geschäft kennzeichnet sich dadurch, dass ein Rechtsgeschäft in der Absicht, dessen rechtliche Wirkung hervorzurufen, errichtet wird, jedoch in dem ausgesprochenen Vertrauen, dass die dadurch begründete rechtliche Macht nur zu einem beschränkten Zweck gebraucht werde, z. B. Eigenthums- oder Forderungsabtretung zu Pfandzwecken, Cession oder Eigenthumsindossament zu Inkassozwecken, Sicherheits- oder Depotwechsel.<sup>21)</sup>

Bei dem fiduziarischen Geschäft deckt sich die Erklärung mit der rechtlichen Absicht des Erklärenden, es deckt sich nur nicht die beabsichtigte rechtliche Wirkung mit dem von den Parteien verfolgten praktischen, wirthschaftlichen oder sozialen Zweck, jene geht über diesen hinaus. Der Grund, warum die Parteien zur Verwirklichung des praktischen Zwecks sich einer nicht vollkommen angemessenen Rechtsform bedienen, liegt, von Missgriffen abgesehen, entweder in dem Mangel einer solchen Rechtsform (Beispiele: die Fiducia im alten römischen, der Sicherheitswechsel im heutigen Recht) oder in praktischen Unzuträglichkeiten, welche mit der näher stehenden Rechtsform verbunden sind (z. B. Besiztentbehmung beim Faustpfand).

Da der praktische Zweck dem Thatbestand des Rechtsgeschäfts nicht angehört, so ist die Gültigkeit und Wirksamkeit des fiduziarischen Rechtsgeschäfts in dem seiner Gattung zukommenden Umfang nicht zu bezweifeln. Ein Missbrauch der rechtlichen Macht und des Vertrauens (fiducia) erzeugt unter Umständen eine obligatorische Verpflichtung zum Schadenersatz.<sup>22)</sup> Die Nothwendigkeit, das simulirte und das fiduziarische Geschäft auseinander zu halten, springt in die Augen.<sup>23)</sup>

<sup>19)</sup> Dernburg, pr. P.R. I § 104 Not. 7. Kohler in Iherings Jahrb. XVI S. 128. Mommsen, Haftung S. 100. R.O.H.G. XX Nr. 72 S. 275 (eine Scheinzeichnung von Aktien, im Einverständniss mit dem Gründungskomitée abgegeben, wurde der Aktiengesellschaft gegenüber für verpflichtend erklärt). Schweizer, Obligat.R. A. 16 Abs. 2: „Dem gutgläubigen Dritten, welcher ein schriftliches Schuldbekennniss besitzt, kann der Schuldner nicht die Einrede der Simulation entgegensetzen.“

<sup>20)</sup> Archiv für civ. Prax. Bd. 63 S. 173.

<sup>21)</sup> Gai II 60; III 110, 111, 215, 216. L. 91 de solut. 46,3. R.O.H.G. III Nr. 88 S. 432; XIII Nr. 82 S. 236, Nr. 130 S. 412; XVI Nr. 20 S. 65; XIX Nr. 43 S. 131, Nr. 111 S. 384. Vgl. auch Brunner in Z. f. H.R. XXII S. 517.

<sup>22)</sup> Wir haben eine Analogie in der Stellung des Prokuristen mit beschränktem Auftrag. Vgl. oben § 70 Bd. I S. 283.

<sup>23)</sup> In sehr vielen Fällen wird ein Rechtsgeschäft z. B. eine Cession, ein Indossament als simulirt bekämpft, wo ein fiduziarisches Rechtsgeschäft vorliegt. R.O.H.G. I Nr. 79

2. Zuweilen dient den Parteien ein Rechtsgeschäft dazu, um auf einem Umwege einen praktischen Zweck zu erreichen, dessen Verwirklichung auf dem nächstliegenden Wege gesetzlichen Hindernissen begegnet. Ich nenne dies einen rechtsgeschäftlichen Schleichweg.<sup>24)</sup>

Wille und Erklärung stehen in Einklang. Hierin die Uebereinstimmung mit dem fiduziarischen und der Gegensatz zu dem simulirten Geschäft. Auch besteht kein Missverhältniss zwischen dem rechtlichen Mittel und dem praktischen Zweck, wenigstens nicht nothwendig. Das Bedenken, auf welches die rechtliche Anerkennung eines solchen Geschäfts stösst, liegt gleichwohl in dem praktischen Zweck. Es kann das Gesetz einem gewissen praktischen Zweck entgegengetreten und daher jedes Rechtsgeschäft mit seinem Verbot oder mit sonstiger Schranke belegen, welches sich als Mittel zu jenem Zweck darstellt (z. B. Intercession). Wo dieser umfassende Inhalt eines Gesetzes feststeht, da deckt ein Geschäft der Umstand nicht, dass der Wortlaut des Gesetzes das Verbot oder Gebot nur für eine andere Rechtsform aufstellt. Dieses Handeln gegen den Inhalt des Gesetzes ohne Verletzung seines Wortlauts heisst rechtswidrige Umgehung des Gesetzes, in den Quellen in fraudem legis agere.<sup>25)</sup> Ein Geschäft, welches eine solche Umgehung enthält, unterliegt derselben Rechtsfolge (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit u. s. w.) wie das umgangene Geschäft.<sup>26)</sup> Nur insoweit sind die rechtsgeschäftlichen Schleichwege rechtlich missbilligte Geschäfte. Der Umstand allein, dass auf einem Umweg ein praktischer Zweck angestrebt<sup>27)</sup> oder dass der Eintritt des Thatbestands für ein beschränkendes Gesetz vermieden wird,<sup>28)</sup> stempelt sie dazu noch nicht.

Ob eine rechtswidrige Gesetzesumgehung vorliege, ist eine Frage der Gesetzesauslegung, deren Lösung unter Umständen grosse Schwierigkeiten hat.<sup>29)</sup>

S. 276; VI Nr. 10 S. 52—62; X Nr. 31 S. 156; Nr. 88 S. 386 (nicht unbedenklich); XIII Nr. 100 S. 301; XXI Nr. 38 S. 118; XXIV Nr. 3 S. 14. Hart an der Grenze der Simulation steht der Fall in R.G. IV Nr. 27 S. 101.

<sup>24)</sup> Beispiel: Jemand will einem Haussohn das gewünschte Darlehn geben; um der Beschränkung des SC. Macedonianum zu entgehen, verkauft er dem Haussohn eine Sache von Werth unter Kreditirung des Kaufpreises L. 3 § 3 ad SC. Mac. 14,6. Die meisten deutschen Partikularrechte verlangen zur Begründung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen die Uebertragung der Sache in die Gewahrsam des Gläubigers. Damit nun der Verpfänder der Sache während der Zeit, da sie Sicherheit bietet, nicht entzogen muss, wird sie dem Gläubiger ins Eigenthum übertragen unter Verabredung der Rückübertragung.

<sup>25)</sup> L. 29 L. 30 de legib. 1,3. Const. 5 de legib. 1,14: Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem.

<sup>26)</sup> R.O.H.G. X Nr. 44 S. 210; XIV Nr. 91 S. 280; XV Nr. 20 S. 49 (Umgehung der mit actio Pauliana anfechtbaren unmittelbaren Befriedigung eines Gläubigers durch Verkauf einer Sache an den Gläubiger mit Kompensation des Kaufpreises).

<sup>27)</sup> R.O.H.G. XXIII Nr. 64 S. 185.

<sup>28)</sup> Thöl § 213 III.

<sup>29)</sup> Hier ist der mehrfach besprochene Fall zu nennen, dass zur Sicherung eines Gläubigers das Eigenthum an einer beweglichen Sache übertragen wird, um die zur Begründung des Pfandrechts unerlässliche Herausgabe aus der Gewahrsam zu ersparen. Liegt der Aufstellung des Faustpfands als einziger Pfandform für bewegliche Sachen der

Es vollziehen sich hiebei zuweilen Wandlungen im Recht ohne Aenderung des Gesetzesbuchstabens. Ein Verbotsgesetz schwächt sich im Lauf der Zeit ab und überlebt sich, so dass in dem Rechtsgeschäft, das ehemals als verpönter Schleichweg galt, nunmehr eine zulässige Vermeidung des gesetzlichen Thatbestands erblickt wird.<sup>30)</sup>

D. Die Wirkungen der Verirrung in der Erklärung (vor. § I, B), der unbewussten Abweichung zwischen Wille und Erklärung (vor. § II, B) und des Missverständnisses (vor. Paragraph Ziff. IV) können gemeinsam festgestellt werden, weil diese Erscheinungen der geschilderten Verschiedenheit ungeachtet Verwandtschaft besitzen, worauf auch die Zusammenfassung unter der römischen Bezeichnung *error* hinweist.

Sobald der Vertragsgegner den Fehler erkannte, hat die fehlerhafte Erklärung für ihren Urheber keine verbindliche Kraft; es kommt demnach die regelmässige Wirkung des Mangels zur Geltung. Dem Erkennen steht das Erkennensollen gleich,<sup>31)</sup> und für dieses Erkennensollen kommen nicht bloss die ausdrücklichen Mittheilungen in Betracht, sondern auch sämtliche dem Erklärungsempfänger zur Zeit des Geschäftsabschlusses bekannte Umstände, und nicht bloss die bekannten sondern auch diejenigen, welche nach Lage der Sache bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit nicht hätten unbekannt bleiben können.<sup>32)</sup> Diese Gleichstellung ist da zweifellos berechtigt, wo es sich

allgemeine Rechtssatz zu Grunde, dass die Belastung des beweglichen Vermögens Dritten gegenüber äusserlich erkennbar sein müsse, dann enthält jene Eigenthumsübertragung eine rechtswidrige Gesetzesumgehung. Dieser Standpunkt ist vertreten in einem Urtheil des Appellationssenats Mannheim vom 6. Novbr. 1876 (Z. f. franz. Civ.R. Bd. VIII S. 347 fg.) und in ausführlicher Begründung von Hellwig im Arch. für civ. Prax. Bd. 64 S. 369 fg. Entgegengesetzt entschied das R.G. II Nr. 44 S. 168. In einem verwandten Fall (II Nr. 45 S. 173) hat das R.G. einen simulirten Kauf mit verschleiertem Pfandvertrag angenommen.

<sup>30)</sup> Beispiele aus dem römischen Recht bei Ihering, Geist II § 44 bei Not. 640, III § 57, aus der fränkisch-romanischen Zeit bei Brunner in Z. f. H.R. XXII S. 520, 525. — Ueber das Handeln in fraudem legis überhaupt Thöl, Einleitung in das deutsche Privatr. § 65. Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1392. Kohler in Iherings Jahrb. XVI S. 140 fg. und Hellwig a. a. O.

<sup>31)</sup> Die Gleichstellung des Wissens mit dem Wissensollen ist im H.G.B. mehrfach ausgesprochen: Art. 25 Abs. 3 Art. 46, Abs. 2 Art. 115, 347 Abs. 2 und 4, Art. 395, 408 u. a. Vgl. L. 19 SC. Mac. 14,6, L. 1 § 2, L. 14 § 10 Aed. Ed. 21,1, L. 7 § 2 pro emptore 41,4.

<sup>32)</sup> Wenn ein Droguehändler von einem Kleinfärber den brieflichen Auftrag auf Lieferung von 1 Ctr. Indigo empfängt, wenn einem Fräulein Albertine Patti, welche von ihrer Gesangkunst bisher nur im häuslichen Kreise Proben ablegte, telegraphisch die Aufforderung zugeht, im nächsten Hofburgkonzert in Wien gegen ein Honorar von 5000 Frkn. mitzuwirken, wenn bei einem Börsenagenten 100 Stück dreiprozentige Staatsbahnprioritäten mit dem Limite von 105 bestellt werden, während der Kurs der dreiprozentigen auf 76 und der Kurs der fünfprozentigen auf 105 steht u. s. w.: dann ist das Verfahren in der Willensmittheilung für jeden, der Augen hat zu sehen, auf der Hand liegend. Wer gleichwohl den Verstoss übersieht und der äusseren Erscheinung folgt, kann, von einer Arglist des Gegners abgesehen, aus seiner Täuschung keinerlei Deckung ableiten. L. 15 § 1 C.E. 18,1. Vgl. auch H.G.Buch A. 337: „erkennbar“.

um einen ausnahmsweisen Schutz gegen die Nachtheile aus einer Täuschung handelt.

Auch dann tritt diese Wirkung ein, wenn das Versehen oder der Irrthum in der Erklärung oder wenn der mit der Erklärung verbundene absonderliche Sinn von dem Erklärungsempfänger weder erkannt wurde noch erkannt werden konnte, mit der einen Ausnahme, dass die Täuschung durch eine grobe Nachlässigkeit des Erklärenden verursacht wurde. Hier wie anderwärts ausserhalb der Deliktthatbestände ist die grobe Nachlässigkeit von derselben Rechtsfolge begleitet wie die Arglist; ein so grober Irrthum wird nicht geglaubt und nicht berücksichtigt.<sup>33)</sup>

Die unter A—D vorgetragenen Abweichungen von der strengen Rechtskonsequenz lassen sich in den Satz zusammenfassen: Jeder, der in Verkehrsverhältnissen eine Willenserklärung abgibt, wird bei demjenigen Sinn behaftet, in welchem sie der Empfänger der Erklärung nach den gesammten ihm zur Zeit des Geschäftsabschlusses bekannten oder als bekannt vorauszusetzenden Umständen verstanden hat oder hätte verstehen sollen, und es wird die Abweichung dieses Sinnes von dem Willen des Erklärenden dann nicht berücksichtigt, wenn der Erklärende die Täuschung des Erklärungsempfängers entweder arglistig oder in grober Nachlässigkeit herbeigeführt hat.

In diesem Punkt berührt sich die Lehre von der Gültigkeit der Handelsgeschäfte mit der Lehre von der Auslegung. Der Unterschied ist aber folgender: Die Auslegung hat die Ungewissheit des Sinns einer Erklärung zur Voraussetzung, während die Beurtheilung, welche auf dem angeführten Rechtssatz fusst, über die Willensmeinung des Erklärenden hinwegschreitet.<sup>34)</sup>

### § 242.

## 3. Von der Haftung für den wegen Irrung beim Vertragschluss entstehenden Schaden.

Die im bisherigen entwickelten Grundsätze über die Auslegung und über die rechtliche Beurtheilung der Willenserklärungen schliessen keineswegs aus, dass ein Vertrag wegen Mangels in der Willenserklärung oder wegen Missverständnisses sich zerschlägt. Es braucht nur an den Fall erinnert zu werden, dass

<sup>33)</sup> Regelsberger, *Civl. Erörter.* I S. 19. Windscheid, *Wille und Willenserklärung* § 11 und *Pand.* § 76 Not. 3a. Mommsen, *Haftung* S. 102 fg., 175 fg. Pernice in *Z. f. H.R.* XXV S. 129, 136. Oesterr. G.B. § 876: „Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum schuld ist, so besteht der Vertrag, es wäre denn, dass dem annehmenden Theil der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen musste.“ Abweichend das preussische Recht. *Landr. I*, 4 §§ 78—80, aber auch § 82. Dernburg, *pr. P.R.* I § 109. Nach gemeinem Recht von jeder Verschuldung des Erklärenden abzusehen, wie Bähr in *Iherings Jahrb.* XIV S. 400 fg. vertheidigt, entbehrt jedenfalls im geltenden Recht der Stütze.

<sup>34)</sup> Aus der Praxis: Seuffert, *Arch.* III Nr. 141; VIII Nr. 26; XIV Nr. 16; XVIII Nr. 227; XXIV Nr. 230; XXV Nr. 227; XXIX Nr. 215, 229; XXXII Nr. 87; XXXIV Nr. 189. *R.O.H.G.* VII Nr. 1 S. 13; XV Nr. 71 S. 251.



der Telegraph eine Willenserklärung verstümmelt übermittelt.<sup>1)</sup> An diese Erscheinung knüpft sich ein weiteres juristisches Interesse dann, wenn ein Vertragstheil in Unkenntnis von der Nichtigkeit und bauend auf die Gültigkeit des Vertrags Verfügungen trifft, kostenverursachende Erfüllungshandlungen vornimmt, Verpflichtungen Dritten gegenüber eingeht, anderweitige günstige Erwerbsgelegenheiten von der Hand weist u. s. w. und dadurch in Schaden kommt. Besteht hier ein Anspruch auf Ersatz gegen den andern Vertragstheil, der durch sein Verhalten zu dieser Täuschung den Anstoss gegeben hat?

Die Frage ist zu verneinen, wenn der Geschädigte bei Anwendung der gebotenen Vorsicht die Nichtigkeit wahrnehmen konnte. Die Folgen seiner Nachlässigkeit werden ihm nicht abgenommen. Im entgegengesetzten Fall aber spricht für Schadloshaltung die Billigkeit und im weiteren Hintergrund die Rücksicht auf den Schutz des gutgläubigen Verkehrs. Um so grössere Schwierigkeiten bietet die rechtliche Begründung eines solchen Anspruchs.

Zunächst treten die Deliktsansprüche in Erwägung. Nach der Beschaffenheit der Schädigung, welche sich nicht an einem bestimmten körperlichen Gegenstand sondern am Vermögen im Ganzen vollzieht, kann nur die *actio doli* in Frage kommen. Wie aber früher ausgeführt, so ist der Vertrag nicht ungültig, wenn ein Vertragstheil den Gegner absichtlich oder in grober Nachlässigkeit über den Inhalt seiner Erklärung irregeführt hat.<sup>2)</sup> Daher ist vom Deliktsstandpunkte gerade derjenige Schutz nicht zu rechtfertigen, für welchen das Bedürfniss besteht.

In dieser Richtung erweist sich auch die Theorie von der *culpa in contrahendo* als unzureichend, von ihrem rechtlichen Untergrund ganz abgesehen. Ihr Grundgedanke ist, dass das Gebot der vertragsmässigen Sorgfalt für werdende wie für gewordene Kontraktverhältnisse gilt und dass eine Verletzung derselben hier wie dort die Kontraktklage begründet. Diese Theorie sieht sich vor die Alternative gestellt, entweder am Schuldbegriff festhaltend hinter dem praktischen Bedürfniss zurückzubleiben oder den Schuldbegriff in der Anwendung zu verflüchtigen und thatsächlich preiszugeben.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Einen solchen praktischen Fall (Weil contra Oppenheim Ihering, Jahrb. IV S. 6) verdankt die deutsche Rechtswissenschaft die Anregung zur Untersuchung der im Text behandelten Frage. Ein anderer Fall in Seuffert, Arch. XXX Nr. 116. Eine Zusammenstellung der Ansichten gibt Hauser in Z. f. H.R. XII S. 62 Not. 49.

<sup>2)</sup> Darum kann die Frage auf sich beruhen bleiben, ob die *actio doli*, sei es auch nur als *actio in factum*, auf *culpa lata* gestützt werden kann, wie Mommsen, Haftung S. 210 fg. behauptet.

<sup>3)</sup> Die Theorie von der *culpa in contrahendo* wurde zunächst von Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. IV Abh. 1 in gründlicher vielseitig anregender Ausführung entwickelt. Nicht der Letzte, welcher das Unbefriedigende seiner Zurechtlegung erkannte und erklärte, war Ihering selbst (das Schuldmoment im röm. Privatr. S. 38 Not. 73 und Jahrb. XIII S. 404 fg.), welcher dadurch seinem Verdienste um Aufhellung der schwierigen Frage ein neues hinzugefügt hat. Ueber die Schwäche der quellenmässigen Begründung vgl. Zimmermann, Stellvertretende *negotiorum gestio* S. 289, Mommsen, Haftung des Kontrahenten S. 12, 76.

Gibt es nun einen Rechtssatz, welcher ohne Rücksicht auf subjektive Verschuldung denjenigen für ersatzpflichtig erklärt, welcher durch seine Vertragsunterhandlung die Gegenpartei in die irrthümliche aber entschuld bare Meinung von der gültigen Entstehung des Vertrags und dadurch mittelbar in Schaden versetzt hat?

Ich glaube, die Frage muss vom Standpunkt des gemeinen Rechts bejaht werden.<sup>4)</sup> Zwar lässt sich der Rechtssatz aus dem römischen Recht nicht nachweisen,<sup>5)</sup> obwohl ihm die gesammte Entwicklung der bonae fidei Kontrakte sowie die analoge Haftung bei Ungültigkeit des Vertrags wegen Verkehrs unfähigkeit oder Nichtexistenz des Gegenstands entschieden günstig sind. Der Rechtssatz wurzelt vielleicht mehr in deutscher Rechtsanschauung, wonach der Urheber eines Schadens ersatzpflichtig ist, es mag ihm eine Verschuldung zur Last fallen oder nicht,<sup>6)</sup> und verdankt seine Herausbildung dem neueren Rechts- und insonderheit Handelsverkehr. Unser Rechtssatz und die gesetzliche Gewährleistungspflicht des Stellvertreters für die Richtigkeit seiner Vollmacht<sup>7)</sup> sind Schösslinge desselben Grundgedankens.<sup>8)</sup>

<sup>4)</sup> Ueber die Existenz des Ersatzanspruchs sind eine grosse Zahl von Schriftstellern einverstanden, über die rechtliche Zurückführung und den Umfang desselben gehen ihre Meinungen auseinander. Windscheid, P. § 307 Not. 5, § 309 Not. 5 (wo reiche Literaturnachweise). Goldschmidt, Handb. I 2 S. 547 Not. 10—12 und Z. f. H.R. XIII S. 335. Bruns in Holtzendorffs Encyclopädie, das heut. röm. Recht § 57 a. E. Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1587. Drechsler, Ueber den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen S. 61. Auch Ihering darf nach Jahrb. XIII S. 406 hieher gezählt werden. Ebenso Thöl § 237 Not. 8, 26 für den Fall der Vereitelung des Vertrags durch einen dem Antragsempfänger unbekanntem Widerruf.

<sup>5)</sup> Eine Stelle enthielte eine Bestätigung, L. 21 § 2 A.E.V. 19,1, wenn die verneinende Lesart (emtionem non esse) die Glaubwürdigkeit für sich hätte; das hat sie aber nicht. Vgl. Mommsen in seiner Digestenausgabe. Die von manchen Schriftstellern angezogenen L. 34 de dolo m. 4,3, L. 16 § 1 praescr. verb. 19,5 haben Arglist zur Voraussetzung. Die meisten Juristen berufen sich auf diejenigen Aussprüche, welche Ihering für seine Theorie von der culpa in contrahendo verworthen hat. Diese Aussprüche haben aber einen andern Thatbestand zur Grundlage, nämlich die Nichtigkeit des Vertrags wegen Verkehrs unfähigkeit oder Nichtexistenz des Gegenstands. Und selbst in dieser Beschränkung wird die Haftpflicht nicht ausnahmslos anerkannt. L. 57, L. 58 C.E. 18,1; dazu Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1652.

<sup>6)</sup> Meibom, Das deutsche Pfandr. S. 371. Stobbe, Deutsch. P.R. § 200 Not. 8 fg. Code civ. art. 1382.

<sup>7)</sup> H.G.B. A. 55, 298 Abs. 2. W.O. A. 95. Verschuldung des Vertreters bildet dabei keine Voraussetzung. Die entgegengesetzte Ansicht von Laband in Z. f. H.R. X S. 234 hat im Gesetz keine Stütze.

<sup>8)</sup> Ich habe früher (Civilr. Erört. I S. 33) versucht, dem Ersatzanspruch durch die Unterstellung eines stillschweigenden Garantievertrags einen normalen Untergrund zu geben. Unrömisch ist diese Zurechtlegung nicht gedacht. Stillschweigende Verträge begegnen in den Quellen nicht selten und unter Verhältnissen, wo die Annahme nicht minder weit hergeholt ist. L. 13 § 11, L. 14 locati 19,2; L. 13 § 2 commod. 13,6; Const. 2 de pact. 2,3. Auch fügen sich dieser Auffassung gut die einzelnen praktischen Sätze über diese Haftpflicht, namentlich die Sätze im Text Ziff. 4—6. Allein ich gebe zu, dass die Unterstellung eines Vertrags von dem Vorwurf der Willkürlichkeit nicht

Die Stellung der Partikularrechte zur vorliegenden Frage ist verschieden.<sup>9)</sup> Bedingung und Umfang dieser Haftung sind gemeinschaftlich folgende.

1. Der Vertrag muss der äussern Erscheinung nach zu Stande gekommen sein und der Grund der Nichtigkeit lediglich im Mangel der Willenseinigung liegen.

2. Dieser Mangel muss dem Geschädigten zur Zeit, da er die schädigenden Verfügungen traf, unbekannt gewesen und diese Unkenntnis eine entschuld- bare sein.

3. Die Täuschung muss von dem andern Vertragstheil veranlasst sein; sie muss ihm zugerechnet werden können, wenn auch nicht zur Schuld.<sup>10)</sup>

4. Die Haftpflicht entsteht nur für einen verpflichtungsfähigen Vertrags- theil. Das Gesetz, welches die Verpflichtungsunfähigen gegen die rechtlichen Folgen eines im übrigen fehlerfreien Vertragsschlusses in Schutz nimmt, würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es einem fehlerhaften Vertrags- abschlusse für den Verpflichtungsunfähigen verbindliche Wirkung beilegte. Der gesetzliche Ersatzanspruch ist nicht anders zu behandeln als wenn sich der Urheber des Schadens ausdrücklich zur Haftung verpflichtet, ein Garantiever- sprechen abgelegt hätte.<sup>11)</sup>

5. Am zweifelhaftesten ist der Inhalt des Ersatzanspruches, ob Erfüllungs-

---

frei ist. — Bei Windscheid, P. § 307 Not. 5 findet sich am bestimmtesten der Satz ausgesprochen: „Jeder Vertragsschliessende muss einstehen für die nachtheiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf den Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insofern dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und zu kennen nicht verpflichtet ist.“ Vgl. auch § 309 Not. 5. — Mommsen, Haftung S. 79, 112 hat einen von Scheurl in Iherings Jahrb. II S. 274 angeregten Gedanken wieder aufgegriffen; er sucht mit dem Gesichtspunkt des Mandats zu helfen. Ist dies weniger willkürlich als mein Garantiever- sprechen? oder überhaupt etwas anderes?

<sup>9)</sup> Das preussische Landrecht (I, 4 §§ 78, 79) fordert Verschuldung. Dernburg, pr. P.R. II § 16. Ebenso das sächs. G.B. § 844 und das schweiz. Obligationenrecht A. 23. Alb. Schneider, Das schweiz. Obl.R. S. 52. — Nach österr. Recht kann der Irrgeführte den Vertrag als gültig behandeln. Bürg. G.B. § 871. Unger, österr. P.R. II § 89 Not. 14 fg. Die französische Jurisprudenz vertritt die im Text entwickelte Haft- pflicht und leitet sie aus Code civ. art. 1382 ab. Pardessus, cours de droit comm. I no. 250. Delamarre et Lepoitvin, traité théorique et pratique de droit comm. I no. 107.

<sup>10)</sup> Windscheid, P. § 309 Not. 7 und 8 macht eine Ausnahme bei der Zustellung der Willenserklärung durch eine Mittelsperson für den Fall, dass die Mittelsperson die Erklärung wissentlich falsch mittheilt oder dass die Verstümmelung der Mittheilung auf Umständen beruht, welche ausser aller Berechnung liegen. Ich lasse dahin gestellt, ob die beiden Ausnahmen in dieser Fassung haltbar sind. Aber gewiss können die Umstände in dem einen und dem andern Fall so gelagert sein, dass der Gegner nicht als der Ver- anlasser der Täuschung betrachtet werden kann.

<sup>11)</sup> Ihering in seinem Jahrb. IV S. 55. Bähr ebenda XIV S. 408. Mommsen, Haftung S. 85. Die Römer würden eine *actio in factum quasi ex contractu* gegeben haben. Arg. L. 8 § 1 de relig. 11,7: cum quasi ex emto actionem contineat. L. 3 § 14 ad exhib. 10,4. L. 6 de rescind. vend. 18,5. Auch der unmündige negotiorum gestor haftet nur für den Betrag seiner Bereicherung. L. 3 § 4 de negot. gest. 3,5.

interesse oder negatives Vertragsinteresse. Für das Erfüllungsinteresse spricht die analoge Haftpflicht bei Ungültigkeit des Vertrags wegen Nichtexistenz oder Verkehrsunfähigkeit des Gegenstandes, für welche allerdings diese Richtung auch nicht unbestritten ist.<sup>12)</sup> Dagegen aber scheint es billig, bei einem Ersatzanspruch, der wenn überhaupt in einer Schuld des Pflichtigen, so äusserstenfalls in einer geringen Fahrlässigkeit wurzelt, nicht über die Abnahme des erwachsenen Schadens hinauszugehen.<sup>13)</sup> Dass das negative Vertragsinteresse wegen der Schwierigkeit des Beweises ein praktisch unbrauchbarer Begriff sei, ist eine zu weit gehende Behauptung.

Für den Umfang der Ersatzpflicht ist noch ein Doppeltes zu beachten.

Die Berechnung des durch die Hoffnung auf den brüchigen Vertrag entgangenen Gewinns ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen.<sup>14)</sup> Andererseits überschreitet der zu vergütende Betrag auf keinen Fall die Höhe des Erfüllungsinteresses. Denn der Anspruch des getäuschten Vertragstheils, besser gestellt zu werden, als er bei Gültigkeit des Vertrags stehen würde, würde gegen die Billigkeit verstossen.<sup>15)</sup> Aus derselben Erwägung ist dem Ersatzpflichtigen die Befugniss zuzugestehen, sich durch die Erfüllung des Vertrags von dem Anspruch auf Leistung des negativen Vertragsinteresse zu befreien (*facultas alternativa*). Nur ist nicht zu übersehen, dass sich der Erfüllungsanspruch durch in Mitte liegende Vorgänge über den ursprünglichen Leistungsgegenstand erweitert haben kann (z. B. durch kostspielige Hin- und Hersendungen).

6. Der Ersatzanspruch vererbt sich und verjährt nach den Grundsätzen der Nichtdeliktsansprüche.

## § 243.

### B. Vorbereitende Handlungen.

Der Vertrag ist das Ergebniss einer Mehrheit von Handlungen. Ihre Zahl ist nicht immer dieselbe. Auch stehen sie sich an rechtlicher Bedeutung nicht gleich. Man unterscheidet Traktate, Vorvertrag, Punktation, Antrag und Annahme. Eine besondere Natur haben die Handlungen solcher Personen, welche weder als Partei noch als Gehilfen einer Partei (als Boten, Stellvertreter, Beistände, Mäkler) beim Vertragsabschluss mitwirken, die Vertragszeugen und die

<sup>12)</sup> Einige Stellen zeugen deutlich für das Erfüllungsinteresse (L. 4 L. 70 C.E. 18,1, L. 39 § 3 de evict. 21,2, L. 4 quib. ad. libert. 40,13 Const. 25 de evict. 8,44 (45). L. 5 de hered. vel act. vend. 18,4), keine in derselben Weise für das negative Vertragsinteresse.

<sup>13)</sup> Nach Handelsrecht hat allerdings der Vertragstheil, welcher durch einen unbefullmächtigten Vertreter zu einem unwirksamen Vertrag verleitet wurde, den alternativen Anspruch auf Erfüllung oder Schadenersatz. H.G.B. A. 55. Nach W.O. A. 95 kann nur das Erfüllungsinteresse gefordert werden. Vom gesetzgeberischen Standpunkt mag sich namentlich die erstere Bestimmung empfehlen, beide aber sind positiver Natur. Dernburg, pr. P.R. II § 16 a. E.

<sup>14)</sup> A. M. Mommsen, Haftung S. 80.

<sup>15)</sup> Bähr in Iherings Jahrb. VI S. 306.

mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Urkundspersonen (Richter, Notar, Gemeindebeamte). Wir fassen hier nur die Parteihandlungen ins Auge.

I. Die **Traktate**,<sup>1)</sup> Vertragsunterhandlungen, Vertragsberedungen sind die Besprechungen der Parteien über einen einzugehenden Vertrag, welche einen bestimmten fertigen Willensentschluss der Erklärenden nicht enthalten. Sie entbehren der verbindlichen Kraft. Solche Verhandlungen können dem Vertragsantrag vorausgehen oder sich zwischen Antrag und Annahme schieben. Ihr Inhalt ist mannigfaltig: Erkundigung über die Geneigtheit zur Stellung eines Antrags (Einladung zu Anträgen) oder zur Abänderung eines gestellten Antrags, Erkundigungen über den Gegenstand des beabsichtigten Vertrags in Haupt- und Nebensache, über sonstige Vertragspunkte u. s. w.

Auch ein Einverständniß über einzelne Punkte des einzugehenden Vertrags gehört dem Bereich der unverbindlichen Traktate an, wenn die beabsichtigte Vereinbarung über andere Punkte noch aussteht, und zwar auch dann, wenn die noch nicht vereinbarten Punkte keine wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts betreffen z. B. die Art, wie der festgestellte Kaufpreis bezahlt werden soll. Es liegt in diesem Stadium noch kein fertiger Willensentschluss bezüglich des Gesamtvertrags vor.<sup>2)</sup> Hier leistet auch die ergänzende Rechtsregel keine Aushilfe; denn es ist nicht ihre Aufgabe, die Parteien in ein Vertragsverhältniß zu zwingen, das sie nicht wollen.

Dasselbe gilt, wenn die versuchte Vereinbarung über einen oder über einzelne Punkte misslungen ist.<sup>3)</sup>

Indes ergibt sich aus dem Gesagten eine Beschränkung. Ein Punkt, dessen Regelung noch vorbehalten oder misslungen ist, kann nicht bloß nach der Gattungseigenschaft des Geschäfts sondern auch in der Werthschätzung der Parteien von untergeordneter Bedeutung sein, so dass die Einigung über denselben den auf den Eintritt in das Vertragsverhältniß gerichteten Willen der Parteien nicht bedingt.<sup>4)</sup> Wo dies nachweisbar der Fall ist, liegt ein Vertragsabschluss vor, und wenn eine nachträgliche Vereinbarung über den noch unregelmäßigten Punkt nicht zu stande kommt, so empfängt er seine Regelung aus der ergänzenden Rechtsvorschrift oder durch das richterliche Ermessen.<sup>5)</sup>

II. Der **Vorvertrag** oder das *pactum de contrahendo*.<sup>5a)</sup> — Es gibt eine rechtliche Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrags. Die Quelle dieser Ver-

<sup>1)</sup> Thöl § 235 Ziff. 2. Regelsberger, Civilr. Erört. I S. 128 fg.

<sup>2)</sup> L. 9 pr. C.E. 18,1: *sive in ipsa emtione dissentiant sive in pretio sive in quo alio, emtio imperfecta est.* Seuffert, Arch. XXXVI Nr. 187 und dort cit. — Preuss. Ldr. I 5 § 125.

<sup>3)</sup> R.O.H.G. I Nr. 19 S. 73 (Viermonat- oder Sechsmonatstratten).

<sup>4)</sup> Es handelt sich z. B. um eine unbedeutende Dargegabe.

<sup>5)</sup> Windscheid, P. § 310 Not. 6 mit § 386 Not. 4 und § 399 a. E. — Ueber die Vereinbarung der schriftlichen Verabfassung eines mündlich geschlossenen Vertrags siehe § 249 III.

<sup>5a)</sup> Thöl § 246, Windscheid, P. § 310 I. Brinz, P. (1. Aufl.) § 364. Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrags. Göppert in der Münchner krit. V.J.Schr. XIV S. 400—428. Stobbe, Deutsch. Privatr. § 173 X. Dernburg, Preuss. P.R. II § 43.

pflichtung kann Rechtsvorschrift<sup>6)</sup> oder Rechtsgeschäft sein, das Rechtsgeschäft letztwillige Verfügung<sup>7)</sup> oder Vertrag.<sup>8)</sup> Ein Vertrag dieses Inhalts wird Vorvertrag oder pactum de contrahendo genannt.

1. Der Vorvertrag steht unter den allgemeinen Vertragsgrundsätzen. Wesentlich ist für ihn die Absicht, eine rechtliche Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrags, sei es für beide Theile oder für einen derselben zu begründen. Ob diese Absicht vorliegt, ist im einzelnen Falle wohl zu prüfen.<sup>9)</sup>

2. Inhalt des Vorvertrags ist die Verpflichtung zur Leistung der erforderlichen Mitwirkung bei dem in Aussicht genommenen Vertragsschluss. Um eine solche Verpflichtung zu erzeugen, muss im Vorvertrag der Inhalt des Hauptvertrags soweit festgestellt sein, dass die Art und das Maass der durch den Hauptvertrag zu schaffenden Belastung einer Partei nicht von der unbeschränkten Willkür des Gegners abhängt.<sup>10)</sup> Wieviel vom Inhalt des Hauptvertrags demnach im Vorvertrag bereits geregelt sein muss, lässt sich nur mit Hinblick auf die besondere Art des Hauptvertrags bestimmen.<sup>11)</sup>

3. Der Vorvertrag ist an eine bestimmte Form nicht gebunden, auch nicht der Vorvertrag zu einem formellen Hauptvertrag (pactum de cambiando). Hievon besteht nur dann eine Ausnahme, wenn für den Hauptvertrag vom Gesetz eine Form zu dem Zweck vorgeschrieben ist, durch sie auf die Willensentschliessung der Parteien einzuwirken, dieselben vor Uebereilung zu schützen.<sup>12)</sup>

6) H.G.B. A. 422, 522. Ueber römisches Recht Göppert S. 408 fg., über deutsches Stobbe § 168 I.

7) Zu Darlehen: L. 108 § 15 legat. I L. 11 § 15 legat. III. Zum Kauf oder Verkauf: L. 5 pr. § 1 A.E.V. 19, 1 L. 49 § 8 § 9 L. 66 legat. I L. 30 § 3 legat. III.

8) Versprechen des Nachschusses bei einer Verpfändung Thöl § 314 Not. 4.

9) Der Kauf zur Probe enthält keinen Vorvertrag. H.G.B. A. 341. Vgl. auch Bähr, Anerkennung § 18 Not. 14: „Sicherlich werden unzählige Verabredungen (eines Austausches gegenseitiger Leistungen) gar nicht in der Bedeutung eines eigentlichen Vertragsschlusses . . . sondern nur als Vorbereitung für das lediglich in dem Austausch sich realisirende Rechtsgeschäft eingegangen.“ Derselbe in der Münch. krit. V.J.Schr. XVIII S. 335 fg.

10) Göppert a. a. O. S. 417.

11) Beispiele von Vorverträgen, die wegen mangelnder Bestimmtheit als ungültig erklärt wurden: R.O.H.G. IX Nr. 14 S. 38 (Vorvertrag zur Eingehung einer Handelsgesellschaft ohne Feststellung der Gewinn- und Verlustantheile); Bd. XI Nr. 1 S. 1 (zur Lieferung von mehreren hundert Dutzend Concertinos). Dagegen wurde für gültig erklärt das Uebereinkommen für das jeweilige Guthaben vom Schuldner Cigarren zu entnehmen. R.O.H.G. XVII Nr. 47 S. 218.

12) Die Schwierigkeit der Feststellung, ob eine Formvorschrift den angegebenen Zweck verfolge, ist noch kein Beweis ihrer Unrichtigkeit. Die Unterscheidung Degenkolbs S. 34 fg. scheint mir keine Verbesserung zu sein. Wo das Gesetz die Gültigkeit des Hauptvertrags von der gerichtlichen Bestätigung abhängig macht, ist die vorläufige Bindung der Parteien ungfährlich und darum nicht zu beanstanden. Ihering in seinen Jahrb. I S. 300. Ausführliches bei Regelsberger, Civilr. Erört. I S. 139 fg. Aus der Praxis: Seuffert, Arch. III Nr. 35; XXII Nr. 127; XXVII Nr. 115 (kurhess. Recht); XII Nr. 261 (Oberpfälzer und Nassauer Recht); XVIII Nr. 203 (Eutiner Recht); XX Nr. 221; XXV Nr. 228 (hannov. Recht). In den meisten dieser Erkenntnisse wird allerdings eine

Eine derartige Formvorschrift gilt auch für den Vorvertrag, da sich die Annahme von selbst verbietet, dass der Gesetzgeber der Vereitelung seiner Absicht eine Thüre offen lassen wollte.

4. Der Verpflichtete ist berechtigt, die Eingehung des Hauptvertrags zu verweigern, wenn der Berechtigte nicht sämtliche ihm obliegende Vertragsbedingungen erfüllt (z. B. die Sicherheitsbestellung für das versprochene Darlehn), nicht aber wenn andere Umstände eingetreten sind, bei deren Voraussicht er die Verpflichtung nicht übernommen haben würde; die *clausula rebus sic stantibus* versteht sich hier wie bei andern Schuldverträgen nicht von selbst. Indes haben mehrere Partikularrechte einen dem Verpflichteten günstigeren Standpunkt,<sup>13)</sup> und auch die gemeinrechtliche Praxis neigt wenigstens bei dem Darlehnsversprechen dahin, dass der Verpflichtete die Erfüllung seiner Zusage von der Stellung hinreichender Sicherheit abhängig machen könne, wenn sich die Vermögenslage des Darlehnsfordernden in der Zwischenzeit in einer die Rückzahlung gefährdenden Weise verschlechtert hat.<sup>14)</sup>

5. Auf die Leistung der Mitwirkung zur Errichtung des Hauptvertrags ist die Klagbitte zu richten und das Urtheil zu stellen. Auch in der Urtheilsvollstreckung gelten für den Vorvertrag keine abweichenden Grundsätze.

Dies die Regel. Allein die besondere Natur des einzelnen Vorvertrags kann eine Umwandlung der Naturalleistung in die Interesseleistung begründen entweder in der Exekutionsinstanz oder schon infolge der Weigerung des Pflichtigen, den Hauptvertrag einzugehen.<sup>15)</sup>

andere Frage entschieden, die Gültigkeit einer Strafverabredung, welche einem formlos geschlossenen, aber feierlicher Fertigung bedürftigen Vertrag beigefügt wurde. Beide Rechtsfragen gehen aber auf denselben Punkt zurück, ob ein vertragsmässiger Zwang bezüglich eines formellen Vertrags zulässig ist, so lange die Erfüllung des Formerfordernisses fehlt. Thöl § 241 bei Not. 3 u. 4. Stobbe in Iherings Jahrb. XII S. 222 fg.

<sup>13)</sup> Preuss. Ldr. I 11 §§ 656, 657 mit I 5 §§ 377—384. Oesterr. G.B. § 936. Sächs. G.B. §§ 1174, 1261.

<sup>14)</sup> O.A.G. München in Seuffert, Arch. XXX Nr. 111. R.O.H.G. in Entsch. Bd. XXIII Nr. 48 S. 137 (auch in Seuffert, Arch. XXXIV Nr. 5). In dem letzteren Erkenntniss wird folgender über die Vorverträge hinausgehende Satz aufgestellt: Nach der im Verkehr, insbesondere im kaufmännischen Verkehr bestehenden Auffassung bilde bei jedem nicht sofort zur Ausführung gelangenden Kreditgeschäft eine Voraussetzung wirksam bleibender Verbindlichkeit, dass nicht vor Ausführung der Kreditzusage Umstände in der Vermögenslage des Kreditberechtigten bekannt werden, welche die Gewährung des Kredits für den Kreditgeber gefährlich erscheinen lassen, so dass angenommen werden darf, der Versprechende würde sich bei Kenntniss dieser Verhältnisse zu dem Geschäftsabschluss nicht verstanden haben. Es wird also nicht gefordert, dass die gefährdende Vermögenslage nach dem Geschäftsabschluss eingetreten ist; es genügt, dass sie erst in dieser Zeit dem Kreditversprechenden bekannt wurde. Der Satz ist noch genauerer Begründung bedürftig. Vgl. Göppert a. a. O. S. 426—429.

<sup>15)</sup> Noch jetzt bin ich der Ansicht, dass dem aus einem Darlehnsversprechen Verurtheilten nicht Hab und Gut verkauft werden kann, um ihn zum Gläubiger zu machen. Auch hat derjenige, welchem ein Darlehn versprochen ist, bei Weigerung der Erfüllung m. E. die Befugniss, sein Geldbedürfniss anderweit zu decken und den Pflichtigen auf das allenfallsige Interesse zu belangen. Seuffert, Arch. XXXIII Nr. 112 u. cit. A.

6. Der Anspruch aus dem Vorvertrag unterliegt gemeinrechtlich der gewöhnlichen Verjährung.<sup>16)</sup> Die Zulässigkeit seiner Uebertragung im Wege der Cession kann nur von Fall zu Fall beurtheilt werden; sie ist zu verneinen, wenn im Hauptvertrag der aus dem Vorvertrag Berechtigte eine Verpflichtung zu übernehmen hat oder wenn der Inhalt der vom Verpflichteten zu versprechenden Leistung durch die Persönlichkeit des Gläubigers bestimmt wird.<sup>17)</sup> In ähnlicher Weise bestimmt sich verschieden die Vererblichkeit von Recht und Pflicht aus dem Vorvertrag.<sup>18)</sup>

7. Keine Gattung von Verträgen schliesst den Vorvertrag aus.<sup>19)</sup> Am häufigsten findet er bei Real-<sup>20)</sup> und Skripturverträgen<sup>21)</sup> Anwendung. Auch die vertragsmässige Verpflichtung zum Abschluss eines Konsensualvertrags kommt vor.<sup>22)</sup> Nur ist zu bemerken: Wo zur Entstehung der Hauptobligation nichts mehr zu verabreden ist, sondern die einseitige Willenserklärung einer Partei

M. Windscheid, P. § 370 Not. 18. Auf der andern Seite geht Brinz, P. (1. Aufl.) § 364 zu weit, der aus allen Vorverträgen nur einen Interesseanspruch entspringen lässt. Auch nach Göppert a. a. O. S. 409 fg. verwandelt sich die Verpflichtung aus jedem Vorvertrag bei dauernder Erfüllungsweigerung in eine Geldschuld; so allerdings das preuss. Ldr. I 5 §§ 408—410.

<sup>16)</sup> Nach österr. und sächs. Recht in einem Jahr. Oesterr. G.B. § 936. Sächs. G.B. §§ 1174, 1261.

<sup>17)</sup> Die Cession des Anspruchs aus einem Darlehnsversprechen auf Auszahlung des Darlehns und die gerichtliche Beschlagnahme dieses Anspruchs wurden für unzulässig erklärt. Seuffert, Arch. XIX Nr. 35; XXV Nr. 19; XXVI Nr. 212. Im letztangeführten Erkenntniss wurde auch den Konkursgläubigern das Recht abgesprochen, auf Grund des vom Gemeinschuldner empfangenen Darlehnsversprechens die Auszahlung zu verlangen. Der Ausschluss der Cession hat seine gute Berechtigung in der Erwägung, dass dem Darlehnsversprecher nicht gegen seinen Willen eine andere Person als Darlehnschuldner aufgedrängt werden kann. Erblickt man mit vielen Juristen in der Verabredung auf Geben und Nehmen des Darlehns den (konsensualen) Darlehnsvertrag selbst, so gewinnt der Anspruch des Entleiher die Natur einer nackten Geldforderung, gleich der Forderung auf den Kaufpreis, deren Cession einem Hinderniss nicht begegnet, weil dadurch die Person des Darlehnschuldners nicht verändert wird. — Nicht zu verwechseln mit der Cession des Anspruchs aus dem Darlehnsvorvertrag ist die Ueberweisung eines Dritten als Empfangsberechtigten. Durch die Auszahlung der Darlehnssumme an diesen entsteht das Darlehnsverhältniss zwischen dem Darleiher und demjenigen, welchem das Darlehn versprochen wurde. Seuffert, Arch. XVII Nr. 244.

<sup>18)</sup> Unvererblich ist z. B. der Vorvertrag über die Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft, wenn nicht bestimmt war, dass die Gesellschaft auch mit den Erben des Verstorbenen geschlossen oder fortgesetzt werden soll. H.G.B. A. 123 Nr. 2.

<sup>19)</sup> Ueber dingliche und familienrechtliche Vorverträge Degenkolb S. 18, 31.

<sup>20)</sup> Ob die gegenseitige Verpflichtung zum Geben und Nehmen eines Darlehns den Inhalt eines Darlehnsvorvertrags oder den Darlehnsvertrag selbst begründe, ist eine sehr bestrittene Frage. Nachweise bei Windscheid, P. § 312 Not. 5, § 371 Not. 6. Dazu Storch, Der heutige Darlehnsvertrag 1878.

<sup>21)</sup> R.O.H.G. XXI Nr. 106 S. 327 (pactum de cambiando).

<sup>22)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 87 S. 364 (Vorvertrag zu einem Versicherungsvertrag). Vgl. auch die Citate in Not. 11.



genügt, liegt kein Vorvertrag sondern ein bedingter oder auch unbedingter Hauptvertrag vor.<sup>23)</sup>

III. Die Punktation.<sup>23a)</sup> — Der Ausdruck wird in verschiedenem Sinn gebraucht. Immer bezieht er sich auf die Niederschrift einer Vereinbarung, die der Vollkommenheit noch entbehrt.

Die Unvollständigkeit kann betreffen:

1. die materielle Uebereinkunft. Die Punktation enthält die Aufzeichnung derjenigen Punkte eines Vertrags, über welche unter den Parteien ein Einverständniss erzielt ist. Die Niederschrift an sich verleiht dem Geschäft kein höheres Maass rechtlicher Geltung. Desshalb bestimmt sich die Bedeutung einer Punktation in diesem Sinn nach den unter I entwickelten Regeln. Bei der Entscheidung der Thatfrage, ob die Parteien eine alle wesentlichen Punkte umfassende Vereinbarung trotz der mangelnden Einigung über Nebepunkte als bindendes Geschäft betrachtet haben, fällt zu Gunsten der Bejahung der Umstand, wenn auch nicht als allein maassgebend, ins Gewicht, dass die über das Vereinbarte gefertigte Aufzeichnung ohne Vorbehalt von den Parteien unterschrieben wurde. Die Unterschrift gilt im Verkehr als Zeichen der bindenden Absicht. Immerhin streitet dafür nur eine thatsächliche, keine Rechtsvermuthung.<sup>24)</sup>

2. Der materiell vollendete und zur Aufzeichnung gebrachte Vertrag bedarf zur Vollendung der Einkleidung in eine andere Form. Die Punktation stellt ein formell unvollkommenes Geschäft dar.

Hier ist zu unterscheiden, ob die mangelnde Form durch Parteibeliebung oder durch Rechtsgeschäft zum Entstehungselement des Vertrags erhoben ist.

a. Wo freie Willensentschliessung der Parteien die Vollendung des Geschäfts von der Beifügung der Form abhängig gemacht hat, da empfängt auch die Punktation ihre Bedeutung aus dem Parteiwillen und wir stehen sonach vor einer Frage der Willensauslegung. Es kann zur Zeit den Parteien die bindende Absicht und damit dem Geschäft die bindende Kraft noch fehlen, dann

<sup>23)</sup> R.O.H.G. XIX Nr. 96 S. 332. Seuffert, Arch. XXIX Nr. 216. Kauf auf Besicht ist kein Vorvertrag; ebensowenig der eigenthümliche Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sog. Spezifikation. R.O.H.G. XVIII Nr. 10 S. 48, XXII Nr. 3 S. 5 u. cit. Römer, Abh. S. 132 fg. Das pactum de retroemendo und de retrovendendo ist nicht Vorvertrag sondern vertragsmässige Begründung des Anspruchs auf Rückerstattung des gezahlten Preises gegen Ausantwortung der Kaufsache bezw. auf Herausgabe der Kaufsache gegen Rückerstattung des Preises. Degenkolb S. 23. Ueber das Ganze Dernburg, Pr. P.R. II § 43 bei Not. 5.

<sup>23a)</sup> Thöl § 247. Windscheid, P. § 310 Nr. 2. Regelsberger, Civil. Erört. I S. 136 fg. Brinz, P. (1. Aufl.) S. 1588 fg. Stobbe, Deutsch. Privatr. § 173 X. Dernburg, Preuss. P.R. I § 106.

<sup>24)</sup> Preuss. Ldr. I 5 § 120. Oesterr. G.B. § 885. Sächs. G.B. § 827. Zürich. pr. G.B. § 915. Einer ausdrücklichen Uebereinkunft bedarf der Ausschluss der verbindlichen Kraft nicht. A. M., wie es scheint Thöl § 247 Nr. 3: „wenn dies besonders vereinbart ist.“ Stobbe § 173 Not. 38.

liegt noch kein Vertrag vor. Es kann aber auch die Absicht der Parteien dahin gehen, dass eine jede verpflichtet sein soll, zur Errichtung desjenigen (formellen) Vertrags mitzuwirken, welcher das beabsichtigte Rechtsverhältniss und dessen Wirkungen (Eigenthumsübergang, Entstehung der Kauf-Obligation u. s. w.) hervorbringen soll. In diesem Falle enthält die Punktation einen Vorvertrag mit einer Klage auf Verlautbarung.

Im Zweifel wird man sich für den Mangel der Gebundenheit zu entscheiden haben.<sup>25)</sup> Die beiderseitige Unterzeichnung der Punktation unterstützt zwar die gegentheilige Auslegung, welche indes an andern Anzeichen scheitern kann.<sup>26)</sup>

b. Die Gesetze, welche für gewisse Verträge die Beobachtung einer bestimmten Form vorzeichnen, verhalten sich zu der vorgängigen unfeierlichen Verabredung nicht in gleicher Weise.

Die einen versagen ihr jede rechtliche Wirkung, so dass sie weder eine Verpflichtung zur Verlautbarung erzeugt, noch die Unterlage für eine Strafverabredung zu bilden vermag. Die Bindung der Parteien soll erst mit der Einkleidung des Uebereinkommens in die vorgeschriebene Form beginnen.<sup>27)</sup>

Nach anderen entspringt aus der unfeierlichen Verabredung eine Verpflichtung zur Mitwirkung behufs Vollziehung der Form. Auch eine diese Verpflichtung verstärkende Strafabrede hat Gültigkeit.<sup>28)</sup>

Ueberall wo das Gesetz durch die Formvorschrift eine Gewähr für die Ernstlichkeit und Ueberlegtheit der Parteiverfügung anstrebt, ist die erstere rein ablehnende Haltung gegenüber allen der vorgeschriebenen Form entbehrenden Abreden anzunehmen.

Die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Punktation kann gar nicht entstehen gegenüber denjenigen Formvorschriften, durch deren Beobachtung nur ein höherer Grad der Wirksamkeit oder die Beweisbarkeit des Vertrags bedingt ist (siehe § 249).

<sup>25)</sup> Gemeinrechtlich spielt hier eine Verordnung Justinians, Const. 17 de fide instrum. 4,21 und pr. Inst. de emtione 3,23 eine wenig befriedigende Rolle. Ueber den Inhalt derselben bestehen drei verschiedene Meinungen: a. Es werde der Punktation die verbindliche Kraft schlechthin abgesprochen (Keller); b. Der Mangel der bindenden Kraft sei im Zweifel anzunehmen (herrschende Meinung); c. Das Gesetz betreffe nicht das rechtliche Gewicht der Punktation sondern die Erfordernisse der Schriftform (Setzer). M. E. entspricht die herrschende Meinung nicht dem Willen Justinians, wohl aber dem heutigen Recht. Vgl. Brinz, P. § 356. Windscheid, P. § 312 a. E. Seuffert, Arch. XXXIII Nr. 295 u. cit.

<sup>26)</sup> R.G. IV Nr. 58 S. 200.

<sup>27)</sup> Beispiele: Die gemeinrechtliche Form für grosse Schenkungen und für die Intercession der Frauen; die meisten partikularrechtlichen Formvorschriften für die Veräusserung von Liegenschaften; H.G.B. A. 174, 208; R.O.H.G. XXIII Nr. 95 S. 291.

<sup>28)</sup> Beispiele: Die Gesetze, welche einen Vertrag an gerichtliche Bestätigung knüpfen; ferner die jetzt unpraktische Bestimmung des preuss. Ldr. I 10 § 17.

## C. Antrag und Annahme.<sup>1)</sup>

### 1. Der Antrag.

#### § 244.

##### a. Voraussetzungen.

Jeder Schuldvertrag besteht aus Versprechen und Annahme. Im einseitigen Schuldvertrag verspricht ein Vertragstheil, im gegenseitigen ein jeder eine Leistung. Gleichwohl reichen zur Begründung eines gegenseitigen Schuldvertrags zwei Willenserklärungen hin, denn es wird hiebei jedes Versprechen gegen ein Versprechen von der andern Seite gegeben, jede Vertragserklärung ist auf Verpflichtung und Berechtigung zugleich gerichtet, drückt m. a. W. sowohl den Willen Schuldner als den Willen Gläubiger zu werden aus.<sup>1a)</sup>

In der Regel kommt ein Schuldvertrag zur Entstehung, indem der eine Theil dem andern den Inhalt des beabsichtigten Geschäfts mit dem Willen mittheilt, dass durch die Zusage des Letztern der Vertrag ins Dasein gelange. Eine Willenserklärung dieses Inhalts heisst **Antrag** (Vertragsantrag, Angebot, Anerbieten, Offerte),<sup>2)</sup> die Zustimmung des andern Theils **Annahme** oder **Acceptation**.<sup>3)</sup> Der Urheber des Antrags wird **Antragender** (Antragsteller, An-

<sup>1)</sup> Thöl §§ 237—239. Endemann § 94. Windscheid, P. §§ 305. — Regelsberger, Civilr. Erört. I §§ 9—24; darüber Goldschmidt in Z. f. H.R. XIII S. 333 fg. Hauser in Z. f. H.R. XII S. 34—126. Brinz, P. (1. Aufl.) § 361. Köppen, Der obligator. Vertrag in Iherings Jahrb. XI S. 139—393 und im Sonderabdruck. Sohm in Z. f. H.R. XVII S. 16—107, 372—375. Schott, Der obligator. Vertrag unter Abwesenden 1873. Kühn in Iherings Jahrb. XVI S. 1—90. Karlowa, Das Rechtsgeschäft S. 17—30. Marsson, Die Natur der Vertragsofferte (Inauguraldissertation) 1879. Die Kommentare zum Handelsgesetzbuch Art. 318—323.

<sup>1a)</sup> Gegen die von Manchen versuchte Zergliederung von Antrag und Annahme in zwei Antrags- und zwei Annahmeerklärungen vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 25 fg.

<sup>2)</sup> Im deutschen H.G.B. hat nach dem Vorgang des preussischen Landrechts I 5 § 78 fg. der Ausdruck Antrag Aufnahme gefunden; er sollte auch im wissenschaftlichen Sprachgebrauch das Fremdwort Offerte ersetzen. Dem H.G.Buch folgen der bayerische Entwurf zu einem bürg. G.Buch Thl. II Art. 8 fg., wo jedoch auch Anerbieten vorkommt, der deutsche Entwurf zu einem Gesetz über Schuldverhältnisse Art. 44 fg., das schweiz. Obligationenrecht Art. 3 fg., während das sächsische G.Buch sich des Wortes Anerbieten bedient. Vorschläge bei Kühn S. 43 Not. 1. Ueber Geschichtliches Marsson S. 13 fg.

<sup>3)</sup> Von Annahme spricht man in Beziehung auf den Vertragsschluss in zweifachem Sinn. Es wird das Versprechen angenommen und der Antrag angenommen. M. a. W., sowohl die Erklärung des Gläubigerwillens als die Genehmigung des Vertragsantrags wird Annahme genannt. Diese Doppelbedeutung übersehend sind einige Schriftsteller zu einer Verrenkung des Antragsbegriffs gekommen; so Brinz § 360, Köppen S. 334, 352, wogegen Marsson S. 16 fg. Damit fällt auch der Begriff der antizipirten Annahme, denn entweder wird nichts antizipirt oder nichts angenommen. Degenkolb, Vorverträge S. 9 unten.

bietender, Offerent) genannt; für denjenigen, an welchen der Antrag gerichtet ist, fehlt es an einer gesetzlichen Bezeichnung, der in der Rechtssprache übliche Ausdruck ist Oblat, er wird hier durch Antragsempfänger ersetzt.<sup>4)</sup>

Nicht bei allen Verträgen, nicht einmal bei allen Schuldverträgen lassen sich Antrag und Annahme, Antragender und Antragsempfänger unterscheiden, z. B. nicht bei denjenigen Verträgen, welche in der Form richterlicher oder notarieller Verlautbarung in die Erscheinung treten, wenn nicht die Willenserklärungen der Parteien in geschichtlicher Folge beurkundet werden sondern das Gesamtergebniss der gemeinsamen Abmachung z. B. bei einem Gesellschaftsvertrag.<sup>5)</sup> Immerhin bildet die Entstehung des Vertrags aus Antrag und Annahme die überwiegende Regel gerade bei Handelsgeschäften, ein Umstand, der rechtfertigt und gebietet der rechtlichen Natur dieser Vertragselemente genauer nachzugehen.

Der **Antrag** ist ein Vorschlag zu einem Vertragsabschluss, aber ein Vorschlag eigenthümlicher Art. Er ist derjenige Vorschlag, durch dessen Annahme der Vertrag der Absicht des Urhebers entsprechend ins Leben tritt.

Hiedurch unterscheidet sich der Antrag von Einladungen zur Stellung von Anträgen. Bei den letzteren will der Vorschlagende selbst die Rolle des Antragsempfängers und damit die Entscheidung über Entstehen oder Nichtentstehen des Vertrags gewinnen.

Wesentliche Erfordernisse des Antrags sind Vollständigkeit des Inhalts und bindende Absicht des Urhebers, nur ausnahmsweise eine bestimmte Form der Erklärung.

1. Vollständig ist der Antrag, wenn er die wesentlichen Punkte des abzuschliessenden Vertrags insoweit bezeichnet, dass mit der zustimmenden Antwort des Antragsempfängers die zur Vollendung des Geschäfts erforderlichen Willenserklärungen vorliegen. Bei Realkontrakten muss damit das Angebot der auszuhändigenden Sache (Geldsumme u. s. w.), bei Skripturverträgen das Angebot des betreffenden Schriftstücks verbunden sein. Die landläufige Fassung des Vollständigkeitserfordernisses, dass ein blosses Ja des Antragsempfängers zur Vollendung des Vertrags genügen müsse, trifft für die meisten, keineswegs für alle Anträge zu.<sup>6)</sup>

<sup>4)</sup> Auch der geschmacklose und sprachwidrige „Oblat“ sollte endlich einmal ausgemerzt werden. Der hier gewählte Ausdruck Antragsempfänger befriedigt, wie ich mir wohl bewusst bin, nicht vollständig, er passt nicht auf den Adressaten, so lange der Antrag ihm noch nicht zugegangen ist. Jeden besseren Ausdruck werde ich dankbar annehmen unter einer Bedingung, dass er unserer deutschen Sprache angehört. Ich frage: wird man sich entschliessen können, die „Offerte“ der „Offerenten“ den „Oblaten“ in ein deutsches Gesetzbuch aufzunehmen? Und wenn nicht, warum sollen sie in der wissenschaftlichen Sprache ihr unschönes Dasein fortführen?

<sup>5)</sup> Degenkolb, Vorvorträge S. 15 erinnert an die heutige Eheschliessung, Marsson S. 82 an zwei gleichzeitige sich deckende Angebote. Vgl. dazu unten § 247 vor Ziff. I.

<sup>6)</sup> Beispiele: Es wird eine Sache öffentlich ausgetoten in der kund gegebenen Ab-

Wesentlich ist nicht nur, was nach der Gattungseigenschaft des Vertrags das Dasein desselben bedingt; auch durch die Parteien, beim Antrag durch den Antragsteller kann eine Bestimmung oder eine Mehrheit von solchen zur wesentlichen oder Haupt-Bestimmung erhoben werden. Desshalb bildet eine telegraphische Antrags- (oder Annahme-)Erklärung, welche auf einen nachfolgenden Brief verweist („Brief Näheres“), ein für sich unverbindliches Stück einer Willenserklärung. Trägt freilich das Telegramm das Gepräge der Vollständigkeit an sich, deutet nichts darauf hin, dass dasselbe durch eine andere mündliche oder schriftliche Erklärung Ergänzung empfangen soll, so ist die wenn gleich vom Erklärenden von vornherein beabsichtigte Erläuterung als selbständige später abgesandte Willenserklärung zu beurtheilen, die möglicherweise an dem Erfolg der vorgängigen Erklärung nichts mehr zu ändern vermag.<sup>7)</sup> Ob dem Erforderniss der Vollständigkeit genügt ist, kann demnach nur mit Rücksicht auf den einzelnen in Aussicht genommenen Vertrag bestimmt werden.

Zulässig ist ein alternativer Antrag zu einem einfachen Vertrag, sowie ein genereller Antrag zu einem Speziesvertrag (vergl. Note 6), womit nur nicht die Anträge zu einem alternativen oder zu einem generellen Vertrag verwechselt werden dürfen.<sup>8)</sup>

2. Der Vorschlag muss von seinem Urheber in der Absicht gemacht sein, dass durch die Annahme der bezeichneten Vertragsgrundlage von Seite des Antragsempfängers der Vertrag zum Abschluss kommt. Nicht dass die Absicht des Erklärenden auf die Herbeiführung eines Vertrags mit dem Adressaten gerichtet ist, kennzeichnet das Willensmoment beim Antrag, denn diese Absicht ist auch mit der Einladung zur Stellung eines Antrags verträglich — sondern dass nach der Absicht des Vorschlagenden die zustimmende Erklärung des Antragsempfängers den Schlussstein zur Errichtung des Vertrags bildet. Es ist also nicht bloß ernstliche sondern bindende Absicht erforderlich.<sup>9)</sup>

Auf den Mangel bindender Absicht weisen Ausdrücke hin wie: frei bleibend,

---

sicht, sie um das Meistgebot, so gering es auch immer sei, abzugeben (Räumung eines Lagers von Ladenhütern). Ein Kaufmann bietet mir von seinem auf 1000 Mille berechneten Cigarrenvorrath das Mille zu M. 60 an und fordert mich auf, den mir genehmen Betrag zu bezeichnen. In beiden Fällen reicht das Ja oder Gut oder Angenommen oder Einverstanden des Antragsempfängers nicht aus, wohl aber die Erklärung, 10, 20, 30 zu geben beziehungsweise zu nehmen. Vgl. Hahn, Komm. zu A. 337 § 5. Auch Kühn S. 41 Not. 2.

<sup>7)</sup> Vgl. § 241 a. E. Aus diesem Grund nicht unbedenklich R.O.H.G. VI Nr. 32 S. 159; richtig Bd. XII Nr. 96 S. 290.

<sup>8)</sup> Nicht genügend aus einander gehalten von Pescatore, Die sog. alternative Obligation S. 83 fg., 89 fg. Vgl. unten § 247, II 1 u. III a. E.

<sup>9)</sup> Gegen die Möglichkeit eines Antrags ohne bindende Absicht vgl. Hauser in Z. f. H.R. XII S. 89 Not. 78.

ohne Verbindlichkeit, ohne Obligo u. s. w.<sup>10)</sup> Es kann dieser Mangel aber auch aus den Umständen hervorgehen.<sup>11)</sup>

a. Er ist anzunehmen, wenn die Erklärung nicht demjenigen gegenüber abgegeben wird, mit welchem der Vertrag zu schliessen wäre. Die Aeusserung an einen Dritten, mit Jemand einen bestimmten Vertrag eingehen zu wollen, ohne die Absicht, den Dritten zur Uebermittlung an den andern Vertragstheil zu beauftragen, bekundet ein unverbindliches Vorhaben oder Thunwollen, ein „Reden vom Wollen“. <sup>12)</sup>

Dem widerstreitet nicht die Möglichkeit eines Antrags an eine dem Antragenden unbekannte, ja selbst an eine zur Zeit individuell unbekannte Person. Beiden Anträgen fehlt es an der erforderlichen Richtung auf die Person des Antragsempfängers nicht.

Dies ist für den ersten Fall zweifellos. Wenn ein Agent von mir ein bestimmtes Angebot erhält für einen Auftraggeber, dessen Namen er nicht nennt, so stelle ich mein Angebot dem mir unbekanntem Auftraggeber und nur ihm.<sup>13)</sup>

Aber auch wenn Jemand erklärt, mit demjenigen aus dem Publikum oder aus einem engeren Kreise einen bestimmten Vertrag abgeschlossen haben zu wollen, welcher eine gewisse Handlung vollzieht, so ist seine Vertragsabsicht nur auf diesen Einen gerichtet. Freilich ist dieser Eine zur Zeit nicht nur dem Antragenden unbekannt (subjektiv ungewiss) sondern überhaupt individuell unbestimmt (objektiv ungewiss), daher Antrag an eine unbestimmte Person. Durch die Bethätigung der im Antrag vorgezeichneten Handlung wird die Ungewissheit gehoben und der Vertrag immer mit einer individuell bestimmten Person geschlossen. Die Gültigkeit des Antrags an eine unbestimmte Person ist durch eine genaue Bezeichnung derjenigen Handlung bedingt, durch welche sich zugleich die Person des Antragsempfängers bestimmt und die Annahme des Antrags verwirklicht.<sup>14)</sup>

Eine Zusammenfassung mehrerer Anträge an eine unbestimmte Person liegt vor, wenn Jemand erklärt, mit allen denjenigen Verträge bestimmten Inhalts

<sup>10)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 34 S. 81. Ueber entgegengesetzte Ausdrücke „fest anstellen, an der Hand lassen“, Bd. VII Nr. 45 S. 178. Die Aufforderung zu einem Vertragsschluss mit der Einleitung: „Wir sind nicht abgeneigt zu kaufen und proponiren u. s. w.“ wurde für einen Antrag erklärt. Seuffert, Arch. XXVII Nr. 107 (A.G. Celle). Ebenso die Fassung: „Ich bin Willens zu kaufen“ in Verbindung mit der Bezeichnung des Schriftstücks als Kaufofferte. Zeitschr. für Zürch. Rechtspf. XXI S. 139 (O.G. Zürich). Vgl. auch die nicht ohne Kritik aufzunehmenden Gutachten der Frankfurter Handelskammer in Z. f. H.R. IV S. 131—138 (Nr. 7 u. 8); ferner ein Erkenntniss des H.A.G. Nürnberg in Z. f. H.R. XII S. 241.

<sup>11)</sup> Seuffert, Arch. IV Nr. 33; XXVI Nr. 244. Schweiz. Obl.R. Art. 6: „... oder wenn sich ein solcher Vorbehalt aus der Natur des Geschäfts oder aus den Umständen als selbstverständlich ergibt.“

<sup>12)</sup> Seuffert, Arch. XXVII Nr. 109. Preuss. Ldr. I 5 § 3. Unbegründete Bedenken bei Schlossmann, Vertrag S. 62. Siehe Windscheid, P. § 309 Not. 8a.

<sup>13)</sup> Auch die Gültigkeit der Annahmeerklärung wird durch die Unkenntniss von der Person des Antragstellers nicht ausgeschlossen. Löhrr, Zentralorgan N. F. Bd. V S. 35.

<sup>14)</sup> Sohm S. 49; Kühn, S. 10.

geschlossen haben zu wollen, welche eine bestimmte Handlung vollziehen. Die Einheit der Erklärung darf über die Mehrheit der Anträge und der beabsichtigten Verträge nicht täuschen.<sup>15)</sup>

Immerhin sind die Anträge an eine unbestimmte Person seltne Erscheinungen und Vorschläge an eine individuell unbestimmte Person in der Regel keine Anträge sondern Einladungen zu Anträgen. Denn nach der Natur der meisten Geschäfte ist dem Antragenden die Persönlichkeit des Vertragsgegners, seine Zahlungsfähigkeit, sein Kredit, seine Geschicklichkeit, sein guter Ruf, seine Berufsstellung u. s. w. nichts weniger als gleichgültig und daher der Wille nicht anzunehmen, sich an denjenigen zu binden, welchen der Zufall ihm zuführt.<sup>16)</sup>

b. Gegen das Dasein des Antragswillens spricht auch der Umstand, dass gleichzeitig an mehrere Personen die gleiche Aufforderung zum Vertragsabschluss gerichtet wurde, wenn nicht nach Beschaffenheit der Aufforderung anzunehmen ist, dass ihr Urheber in so viele Verträge einzutreten beabsichtige als Aufforderungen ergangen sind. So wenn Jemand gleichzeitig mehreren Personen dieselbe Sache zum Kauf (Spezieskauf) anbietet oder auch einen bestimmten Betrag von Sachen, welche nur der Gattung nach bezeichnet sind (Gattungskauf), mag dies öffentlich oder privatim geschehen. Im letztern Fall muss freilich die mehrfache Stellung der Aufforderung dem Adressaten erkennbar gewesen sein z. B. durch die Herstellung der Zuschrift im Wege mechanischer Vervielfältigung; denn andernfalls würde bei entschuldbarer Täuschung des Adressaten der Auffordernde seine Einladung als Antrag gelten lassen müssen (§ 241 a. E.).

c. Es ist zwar mit vielen Verträgen, insbesondere mit dem für den Handelsverkehr wichtigsten Vertrag eine gewisse Unbestimmtheit hinsichtlich der Menge oder Beschaffenheit der Waare sowie hinsichtlich des Preises verträglich (§ 250. IV). Gleichwohl ist gegen die Erfahrung, dass eine Partei Willens sei, sich bezüglich eines solchen Punktes der Willkür ihres Vertragsgegners zu unterwerfen, jeden von demselben beliebten Betrag von jeder Sorte um jeden von ihm bestimmten Preis zu liefern oder abzunehmen. Darum ist die Aufforderung zu einem Vertragsschluss ohne Angabe der Menge und Beschaffenheit der Waare oder ohne genügende Bestimmung des Preises im Zweifel nur eine Einladung zur Antragstellung, kein Antrag.<sup>17)</sup>

<sup>15)</sup> Beispiele liefern der Orderwechsel, das Orderindossament, das Orderaccept, die Blankoanweisung, die Blankocession.

<sup>16)</sup> Das R.O.H.G. VII Nr. 28 S. 107 hat in dem einem Mäkler ertheilten Auftrag, eine bestimmte Partie Waaren zu einem bestimmten Preise zu verstellen, keine Vollmacht zum Abschluss des Verkaufs mit irgend einem vom Mäkler gewählten Käufer sondern nur einen Auftrag zur Ausmittelung eines Kaufantrags erblickt, „da die Person des Käufers dem Verkäufer regelmässig nicht gleichgültig sein kann.“

<sup>17)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 55 S. 242: „Wir lassen Ihnen in zwei Packeten diverse Muster zugehen und theilen Ihnen dazu folgende Preise mit . . . Vielleicht finden Sie hievon etwas für Sie passend u. s. w.“ Hierin fand das R.O.H.G. keinen Antrag; ebensowenig in der Rückäusserung auf die Bestellung des Adressaten: „Wir werden uns bemühen, das von Ihnen gewünschte Quantum zu liefern“ eine Annahmeerklärung.

Die angegebenen Merkmale zur Beurtheilung von Aufforderungen zu Vertragsschlüssen fasst das H.G.Buch mit Bezug auf das Kaufgeschäft im A. 337 zusammen: „Das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchen die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag.“<sup>18)</sup> Der Artikel stellt keine zwingende Vorschrift auf, nicht einmal eine die Freiheit des richterlichen Urtheils beschränkende Vermuthung. Er will nur eine Wegleitung bei Lösung der vorliegenden Auslegungsfrage geben.<sup>19)</sup>

Mit den dort genannten Anerbietungen stehen auf gleicher Linie die öffentlichen Verkaufsanzeigen von Kaufleuten, Buchhändlern und Privatpersonen, die Ankündigungen von Theater-, Konzert-, Ball-, Omnibusunternehmern, der Post-, Eisenbahn- und Telegraphenanstalten.<sup>20)</sup> Die gesetzliche Verpflichtung mancher Anstalten, das ordnungsmässige Ansuchen um Beförderung nicht zurückzuweisen, verleiht der Veröffentlichung der Tarife nicht die Eigenschaft von Vertragsanträgen; sie hat eine andere privatrechtliche Bedeutung.<sup>21)</sup>

Es kann Jemand durch die Weigerung des Ankündigenden, den gewünschten Vertrag einzugehen, in Nachtheil kommen, ähnlich demjenigen, welcher über die Ungültigkeit eines Vertragsschlusses getäuscht wurde. Einen Ersatzanspruch besitzt der Benachtheiligte in der Regel nicht. Selbst wenn für die Weigerung ein triftiger Grund nicht angegeben zu werden vermag, werden die Voraussetzungen für die Haftung wegen arglistiger Vermögensschädigung (*actio doli*) nur bei besonderer Gestaltung der Verhältnisse gegeben sein. Diejenigen Unternehmer jedoch, welche zur Annahme ordnungsmässiger Anträge gesetzlich

<sup>18)</sup> Merkwürdigerweise wird in Frankreich das Gegentheil angenommen, wobei man sich gegen die bedenklichen Folgen mit willkürlichen Einschränkungen hilft. Lyon-Caen et Renault, *précis de droit comm.* no. 633.

<sup>19)</sup> Vgl. die eingehenden Bemerkungen von Hahn zu diesem Artikel.

<sup>20)</sup> Ist die Einladung zur Aktienzeichnung ein Antrag? Verneint vom R.O.H.G. XIV Nr. 97 S. 300. Bejaht vom O.A.G. Lübeck (Seuffert, Arch. XI Nr. 217), O.Trib. Berlin (Seuffert XVI Nr. 216). Es ist Thatfrage, wobei in Betracht kommt, ob die Einladung eine öffentliche oder eine private war. Regelsberger, *Erört.* I S. 52, Hauser in Z. f. H.R. XII S. 43.

<sup>21)</sup> Vgl. Not. 22. Thöl, *Handelsr.* Bd. III (Das Transportgewerbe) S. 90 erblickt in demjenigen Theil des Eisenbahnbetriebsreglements, welcher den Inhalt der abzuschliessenden Frachtverträge bestimmen soll, „Offerten, Anträge in Betreff des Inhalts der von den Eisenbahnen offerirten Frachtverträge.“ Denn der Frachtvertrag werde immer vermittelt eines Frachtbriefs geschlossen, jeder Frachtbrief sei ein ausgefülltes Formular und dieses Formular nehme in seinem stehenden Inhalt auf die Betriebsreglements Bezug. Allein der Frachtvertrag wird nicht durch die Ausfüllung des Formulars von Seiten des Absenders geschlossen sondern erst mit dem Aufdrücken des Expeditionsstempels auf den Frachtbrief (Thöl a. a. O. S. 121). Also ist der Absender der Antragende und der Eisenbahnunternehmer der Antragsempfänger. Goldschmidt in Z. f. H.R. XXVI S. 611 und Thöl selbst S. 150: „Eine Eisenbahn . . . darf . . . den bei ihr beantragten Abschluss eines Frachtvertrags nicht verweigern u. s. w.“, dann S. 152. Ein Angebot liegt allerdings im Betriebsreglement, nämlich auf schriftlichen Abschluss des Frachtvertrags. Vgl. unten § 249 Not. 1a. Ueber einen andern Punkt Thöl III § 75.



verpflichtet sind,<sup>22)</sup> können bei grundloser Weigerung auf Eingehung des Vertrags wie auf Schadenersatz belangt werden.

3. Für manche Anträge ist eine bestimmte Form vorgeschrieben, z. B. für die Aktienzeichnung (H.G.B. A. 208 Abs. 3). Bei formellen Schuldverträgen erstreckt sich das Formerforderniss selbstverständlich auf den Antrag. Zu formlosen Verträgen kann der Antrag auch stillschweigend gestellt werden, z. B. durch Ansichnehmen einer Waare, die um bestimmten Preis öffentlich zum Kauf ausgedoten ist, durch Besetzung eines Platzes in einem Omnibus, auf einem Dampfschiff, an einer Gasthaustafel.<sup>23)</sup>

4. Die Antragstellung ist an eine bestimmte Parteirolle im beabsichtigten Vertrag nicht gebunden. Bei den einseitigen Schuldverträgen kann der Antrag ebensowohl vom künftigen Berechtigten als vom künftigen Schuldner ausgehen, denn der Vertrag ist vorhanden „wenn dasjenige, was der eine Theil fordert, vom andern bewilligt wird“ (preuss. Ldr. I, 5 § 82).<sup>24)</sup>

## § 245.

### b. Die Wirkungen des Antrags.

Der Antrag hat den Zweck, den Adressaten zur Eingehung des anerbötenen Vertrags zu veranlassen; er ist die zum Zweck des Einschlagens ausgestreckte Hand. Der Antrag soll demnach einen Willensentschluss auf der andern Seite hervorrufen. Diese Wirkung ist durch die Kenntniss des Aufgeforderten vom Antrag bedingt. Ein Antrag, welcher seine Adresse nicht erreicht, entbehrt der rechtlichen Wirkung.

Der Antrag erzeugt mit seinem Empfang durch den Adressaten Wirkungen für den Antragenden und für den Antragsempfänger. Den Antragenden versetzt er in einen Zustand der Schwebel, in eine gewisse Gebundenheit. Dem Antragsempfänger gibt er die Möglichkeit, durch seine Zusage den anerbötenen Vertrag ins Leben zu rufen. Unter Umständen kann der Antrag ohne die bethätigte

<sup>22)</sup> H.G.B. Art. 422. Postgesetz für das deutsche Reich vom 28. Oktbr. 1871 § 3. Telegraphenordnung vom 21. Juni 1872 § 2.

<sup>23)</sup> Kühn bei Ihering XVI S. 24.

<sup>24)</sup> Aus dem Wort Offerte hat man gefolgert, dass die Aufforderung zu einer Verpflichtung kein Antrag sein könne, weil hier nichts angeboten werde, ein Beispiel, wie selbstgeschaffene Bezeichnungen zur Quelle von Rechtsregeln gemacht werden. Zur Widerlegung genügt der Hinweis auf die römische Stipulation; die Unterstellung einer antizipierten Annahme ist hier nicht blos willkürlich sondern durch die Formalnatur des Geschäfts ausgeschlossen. Degenkolb, Vorverträge S. 9, 14 fg. Dieser Schriftsteller nimmt für die Realverträge für das Mandat und für die heutige Anweisung eine Unverrückbarkeit der Rolle des Antragenden an. Auch dies wie mir scheint ohne Grund. Warum soll beim Mandat der Antrag nicht vom Auftragsübernehmer ausgehen können? Bei Wechseln und Anweisungen gibt es auch Blankoaccepte, welche wenigstens nach der Vertragstheorie einen Antrag enthalten (R.O.H.G. XIII Nr. 100 S. 300). Was endlich die Real- und andere durch Geben und Nehmen bedingten Kontrakte anlangt, so ist der Antrag des künftigen Verpflichteten dann ermöglicht, wenn er die betreffende Sache bereits in Händen hat. L. 9 § ult. L. 15 R.C. 12,1. Marsson S. 18—22.

Annahme infolge und in Verbindung mit der Nichtablehnung den Vertrag erzeugen (H.G.B. A. 323). Eine Verpflichtung zum Handeln begründet er auch in diesem Falle nicht (vgl. § 247).

Die Gebundenheit, welche der Antragsempfang für den Antragenden zur Folge hat, kann eine stärkere oder schwächere sein, je nachdem dadurch der Antrag bloß annahmefähig oder zugleich unwiderruflich geworden ist. Die Annahmefähigkeit besteht darin, dass — kurz ausgedrückt — das Jawort des Antragsempfängers den Vertrag über ihn ohne sein weiteres Zuthun heraufführt. Die Unwiderruflichkeit verschliesst ihm die Möglichkeit den von ihm selbst geschaffenen Schwebezustand der Annahmefähigkeit willkürlich wieder zu beseitigen. Die Unwiderruflichkeit schliesst die Annahmefähigkeit in sich. Das H.G.Buch A. 318 und 319 spricht von der Gebundenheit im Sinne der Unwiderruflichkeit.

### § 246.

#### c. Erlöschung des Antrags.

Die bestimmungsgemässe Aufhebung des durch den Antragsempfang erzeugten Zustandes der Gebundenheit ist die Annahme, welche den Antrag in den Vertrag überführt. Es gibt aber ausser der Annahme Ereignisse, welche dem Antrag die Geltung rauben. Als solche werden genannt: Ablauf der Antragsfrist, Widerruf, Ablehnung, Tod des Antragenden oder des Antragsempfängers, eintretende Verfügungsunfähigkeit des einen oder des andern Theils. In wie weit diesen Ereignissen die angeführte Wirkung zukommt, ist nunmehr zu untersuchen.

**I. Ablauf der Antragsfrist.** — Die Antragsfrist bezeichnet den Zeitraum, innerhalb dessen allein der Antrag rechtliche Wirkung äussert und nach dessen Umfluss er seine Kraft verliert, wenn er nicht mittlerweile infolge eines andern Ereignisses erloschen ist. Der Ablauf der Frist entzieht dem Antrage nicht bloß die Widerruflichkeit sondern auch die Annahmefähigkeit. An den Ablauf selbst knüpft sich diese Folge ohne Zuthun des Antragenden (eine Ausnahme vorbehalten), und zwar nicht auf Grund eines stillschweigenden oder fingirten oder antizipirten Widerrufs, auch nicht einer stillschweigenden oder fingirten Ablehnung des Antragsempfängers, sondern weil ihm bei der Begründung nur eine zeitlich beschränkte Lebenskraft verliehen wurde.<sup>1)</sup>

Dieser Erlöschungsgrund ist um so wichtiger als alle Anträge zeitlich begrenzt sind. Die Bestimmung der Dauer steht zunächst in der Willkür des Antragenden; in Ermangelung einer drossfallsigen Willensäusserung greifen gesetzliche Vorschriften ein. Es gibt demnach eine gewillkürte und eine gesetzliche Antragsfrist.

**A. Die gewillkürte Frist.** — In der Bemessung der Antragsdauer zieht das Gesetz der freien Willensentschliessung des Antragenden keine Schranke. Das H.G.Buch stellt in den Art. 318 und 319 gesetzliche Antragsfristen auf

<sup>1)</sup> Gegen abweichende Auffassungen z. B. auch Thöls § 237 Ziff. 2: „Der Antrag gilt als zurückgenommen“, vgl. Regelsberger, *Civl. Erört.* I S. 64, 65.

nicht mit zwingender sondern mit bloß ergänzender Geltung.<sup>2)</sup> Der Antragende kann daher die Frist willkürlich kurz oder lang bestimmen. Würde freilich die Frist so kurz gegriffen sein, dass innerhalb derselben eine Antwort nicht möglich ist, so hätte dies die Unwirksamkeit des Antrags selbst zur Folge. Die Antragsfrist kann auch durch Uebereinkunft der Parteien bei der Vertragsunterhandlung festgesetzt beziehungsweise erstreckt werden. Die einseitige wie die vertragsmäßige Bestimmung kann ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden.<sup>3)</sup>

1. Bei der Vertragsunterhandlung unter Abwesenden können auch für die Dauer der mit fester Fristbestimmung gestellten Anträge Zweifel entstehen: ob die Frist mit der Absendung des Antrags oder mit dem Empfang durch den Adressaten beginnt; dann: ob zur Wahrung der Frist die Absendung der Annahmeerklärung genügt oder ob das Eingelangen derselben beim Antragenden in die Frist fallen muss.

In der einen wie andern Richtung ist der Wille des Urhebers der Antragsfrist, bei vertragsmäßiger Feststellung der Wille der Parteien entscheidend<sup>4)</sup> und beim Mangel ausdrücklicher Erklärung aus den gesammten Umständen zu erschliessen. Wenn Anhaltspunkte für das Gegentheil fehlen, so ist anzunehmen, dass der Beginn der Frist an die Absendung des Antrags und die Wahrung derselben an das Eintreffen der Annahmeerklärung beim Antragenden geknüpft sei. Denn mit der zeitlichen Begrenzung seines Antrags bezweckt der Antragende binnen einer ihm bekannten Zeit Gewissheit zu erlangen, ob der Vertrag zu Stande komme oder nicht. Dafür sind aber nur Zeitpunkte dienlich, welche er selbst bestimmt zu ersehen vermag, nicht die immerhin ungewisse Dauer der Beförderung sei es der Antrags- oder der Annahmeerklärung. Indes kann aus der Kürze der Frist, aus der Beschaffenheit des angetragenen Geschäfts, aus der Person des Antragsempfängers u. s. w. ein anderer Wille erhellen.

Beginnt die Frist mit der Absendung der Antragserklärung, so bleibt auf die Dauer derselben eine Verzögerung in der Zustellung ohne Einfluss; sie kürzt nur und vernichtet unter Umständen die dem Antragsempfänger zgedachte Bedenkzeit, möglicherweise den Antrag selbst. Und soll innerhalb der Frist die Annahmeerklärung nicht bloß abgesendet sondern beim Antragenden eingelangt sein, so wird die Entstehung des Vertrags vereitelt, wenn trotz der

<sup>2)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 97 S. 399.

<sup>3)</sup> R.O.H.G. III Nr. 34 S. 161 (Gewährung einer Annahmefrist bis zum Nachmittag bei einem Antrag unter Gegenwärtigen); Bd. VI Nr. 56 S. 245. Beliebt ist die Bestimmung „umgehende Antwort“. Ueber deren Auslegung Zeitschr. für Rechtspf. in Sachsen N. F. XXXIII S. 216. — R.O.H.G. III Nr. 24 S. 116 (Stillschweigende Erstreckung der Frist aus dem nachfolgenden Verhalten der Parteien geschlossen).

<sup>4)</sup> Stufenweise nimmt die Bestimmtheit ab in folgenden Erklärungen: a. Ich gewärtige den Eingang Ihrer Entscheidung binnen 8 Tagen von heute an; b. Ich gewärtige den Eingang Ihrer Entscheidung binnen 8 Tagen; c. Ich gewärtige Ihre Entscheidung binnen 8 Tagen.

rechtzeitigen und ordnungsmässigen Absendung die Annahmeerklärung dem Antragenden verspätet zukommt. Indes ist die Vorschrift des Art. 319 Abs. 2, welche zunächst nur für die gesetzliche Antragsbefristung ausgesprochen ist, auf die gewillkürte zu erstrecken (vgl. S. 437 unten).

Wenn dagegen der Beginn der Antragsfrist an den Empfang der Antragsklärung geknüpft ist und wenn zur Wahrung der Frist die Absendung der Annahmeerklärung genügt, so fällt die Reise der beiden Erklärungen überhaupt nicht in die Frist; eine Verzögerung in der Zustellung verlängert nur den Schwebezustand, in welchen sich der Antragende durch die Stellung des Antrags begeben hat.

2. Ob die gewillkürte Frist den Antrag auf die bezeichnete Dauer bloss annahmefähig oder auch unwiderruflich macht, ist gleichfalls eine Frage der Willensauslegung.<sup>5)</sup> Hat man sich im Zweifelsfall für die schwächere oder für die stärkere Gebundenheit zu entscheiden? Das H.G.Buch gibt der Auslegung keine Wegleitung.<sup>6)</sup> Für Anträge, welche dem allgemeinen Geschäftsverkehr angehören, mag die Unterstellung der blossen Annahmefähigkeit berechtigt sein.<sup>7)</sup> Im kaufmännischen Verkehr wiegt die mit der Widerruflichkeit des Antrags verbundene Gefahr so schwer, dass eine Antragsfrist im Zweifel im Sinne der Unwiderruflichkeit zu verstehen ist, wie denn auch die gesetzliche Frist diese Bedeutung hat (S. 433). Das preussische Landrecht (I, 5 § 103 mit § 91) und das österreichische Gesetzbuch (§ 862) stellen diese Auslegungsregel für alle Angebote auf.

Im Bisherigen ist die rechtliche Zulässigkeit, einen Antrag zum unwiderruflichen zu stempeln, vorausgesetzt. Aber gerade diese Zulässigkeit bereitet

<sup>5)</sup> Wer einen Antrag unter dem Anfügen stellt, dass er acht Tage bei demselben bleiben wolle, spricht einen Verzicht auf den Widerruf aus. Zweideutig ist die Bemerkung, dem Antragsempfänger werde eine Bedenkzeit von acht Tagen gegeben. Was heisst eine Sache Jemand auf gewisse Zeit „fest anstellen“ oder „an Hand lassen“? Bei einem Kaufangebot wird jeder dieser Ausdrücke im Sinne der Unwiderruflichkeit zu deuten sein. Zweifel, ob Kaufangebot oder Verkaufsauftrag in R.O.H.G. VII Nr. 45 S. 178.

<sup>6)</sup> Die Frage wurde in der Nürnberger Kommission erwogen, aber unentschieden gelassen. Es fanden die entgegengesetzten Standpunkte Vertretung. In Protok. S. 567 wurde zu den jetzigen Art. 318, 319 der Zusatz beantragt: „Hat der Offerent eine Bedenkfrist gestattet, so bleibt er bis zum Ablauf derselben an seinen Antrag gebunden.“ Der Vorschlag wurde aus formellen Gründen abgelehnt. S. 572 wurde der Zusatzantrag in folgender Fassung wiederholt: „Ist dem Antrage eine Erklärungsfrist beigefügt, so bleibt der Antragende bis zum Ablauf dieser Frist gebunden.“ Das Schicksal war kein günstigeres, obwohl sich gegen die Begründung kein Widerspruch erhob, dass von der gewillkürten Frist dasselbe gelten müsse, was für die gesetzliche Frist Rechtens sei. Und auch S. 1360 ist ein ähnlicher Einschaltungsvorschlag gefallen, diesmal jedoch aus ganz abweichenden Gründen. Die Einen betrachteten die Unwiderruflichkeit als selbstverständlich, weil sie für die gesetzliche Frist ausdrücklich anerkannt sei; die Andern erklärten vom Standpunkte aus, dass grundsätzlich die Anträge widerruflich seien, die Annahme der Unwiderruflichkeit „höchstens alsdann“ für berechtigt, wenn dies nach dem Wortlaut des Antrags als der Absicht des Antragstellers entsprechend angesehen werden könne.

<sup>7)</sup> So O.A.G. Darmstadt in Seufferts Arch. XXVI Nr. 228.

der juristischen Begründung ernste Schwierigkeiten. Indes nur vom Boden allgemeiner Rechtsprinzipien.<sup>8)</sup> Für das Bereich der Handelsgeschäfte findet sie ihre äussere Stütze in dem Umstand, dass sie für die gesetzliche Antragsfrist im H.G.Buch anerkannt ist. Die Bestimmung des A. 319, der Antragende sei während der Frist an seinen Antrag gebunden, enthält den doppelten Satz, dass auf so lange eine Annahmeerklärung des Antragsempfängers wirksam und ein Widerruf des Antragenden unwirksam ist. Nun darf zwar die gesetzliche Frist nicht auf eine stillschweigende Parteibeliebung zurückgeführt werden. Aber sie ist doch ein Ersatz der letztern und es würde gegen die logische Natur des Gesetzes verstossen, wenn das Ersatzmittel mit stärkerer Kraft ausgerüstet wäre als das zu Ersetzende. Wie man sich daher auch theoretisch die Unwiderruflichkeit zurecht legen mag, vom Standpunkt des H.G.Buchs ist nicht zu bezweifeln, dass sie den gesetzlichen Antragsfristen innewohnt und den gewillkürten innewohnen kann und zwar in dem Sinn, dass der dagegen erhobene Widerruf machtlos ist.<sup>9)</sup>

B. Die gesetzliche Antragsfrist. — Auch ohne ausdrückliche Befristung ist eine immerwährende Dauer des Antrags nicht anzunehmen, da von ganz ausserordentlichen Verhältnissen abgesehen ein verständiger Mensch nicht gewillt ist, sich auf unbestimmte Zeit einem Andern in gewissem Maasse gebunden zu überliefern. Gilt dies schon für den gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr, um wieviel mehr für das kaufmännische Geschäftsleben, wo jeder Schwebezustand lähmend wirkt und die unentbehrliche Bewegungsfreiheit schmälert. Diese Erwägung berechtigt, jeden Antrag als nur auf Zeit gestellt zu betrachten. Aber

<sup>8)</sup> Es sind zwei Fragen auseinander zu halten: 1. Hat die Erklärung des Antragenden, auf den Widerruf zu verzichten, verbindliche Kraft? 2. Schliesst dieser Verzicht die Wirkung des Widerrufs aus (absolute Wirkung) oder erzeugt er nur für den Antragenden, der trotzdem widerruft, eine Verpflichtung zum Schadenersatz (obligatorische Wirkung)? Zu 1. Einige Rechtslehrer erachten die Anträge überhaupt für unwiderruflich, sei es ihrem Wesen nach (Köppen S. 334 fg. mit S. 350) oder auf Grund einer besonderen deutschrechtlichen Anschauung (Siegel S. 53 fg., Dernburg, Pr. P.R. I § 107). Die Mehrheit geht von der Widerruflichkeit als Regel aus; wie aber das Vorkommen unwiderruflicher Anträge zu erklären sei, wird verschieden beantwortet. Die Einen finden den Grund in positiver Rechtssatzung, die Andern in einem Rechtsgeschäft. Arndts, Krit. V.J.Schr. V S. 164 und Gesammelte Schriften Bd. III S. 498 unterstellt eine pollicitatio de contrahendo; Regelsberger a. a. O. S. 72 einen Vertrag über den Widerrufsverzicht, ebenso Vangerow, P. § 603 Anm. 1 und Windscheid § 307 Not. 6; Brinz, P. 1. Aufl. S. 1580 ein pactum de contrahendo. Zu 2. Unter dem Gefühle des praktischen Bedürfnisses haben sich die meisten Stimmen für die absolute Wirkung erklärt. Brinz freilich gesteht selbst dem ausdrücklichen Verzichtsvertrag nicht die Kraft zu, den Widerruf unwirksam zu machen. Er und andere meinen, dass man vom Standpunkt der Vertragstheorie nimmermehr zur Wirkungslosigkeit des dem Verzicht zuwider ausgesprochenen Widerrufs gelange. Dabei liegt eine *petitio principii* zu Grunde. Es kommt doch nur darauf an, ob nicht die Rechtsentwicklung auf die stärkere Wirkung dieses Vertrags hingeführt hat. Für die Bejahung bieten verwandte Bestimmungen des römischen Rechts (Regelsberger S. 77 fg.), die neueren Gesetzgebungen und die Auffassung des praktischen Rechtslebens gewichtige Anhaltspunkte.

<sup>9)</sup> Ebenso Hahn, Komm. zu A. 319 § 1.

auf wie lange, wenn darüber eine Willensäußerung nicht vorliegt? Für die Lösung dieser Aufgabe müssen die gesammten Umstände des einzelnen Falls erwogen werden; insbesondere dienen als Fingerzeige die Natur des anerbundenen Geschäfts (Kauf, Miethe, Gesellschaft u. s. w.), die Beschaffenheit des in Frage befindlichen Gegenstands (ob raschem oder langsamem Preiswechsel, ob baldigem Untergang unterworfen u. s. w.), die Person des Antragenden (Gross- oder Klein-kaufmann) sowie des Antragsempfängers (einzelne Person, Vertretung durch eine Mehrheit von Personen u. s. w.).<sup>10)</sup>

Mit derartigen Willensauslegungen ist immer eine gewisse Unsicherheit verbunden, ein Nachtheil, der sich mit besonderer Stärke im Handelsverkehr fühlbar macht und das Verlangen nach positiver Regelung wach ruft. So haben sich denn schon vor dem Erlass des deutschen H.G.Buchs für kaufmännische Angebote im Wege der Uebung Normen über die im Zweifel den Anträgen zukommende Dauer herausgebildet. Auch die Partikulargesetzgebung ist diesem Anstoss gefolgt. Bei aller Verschiedenheit im einzelnen kennzeichnet diese Bestimmungen das Streben nach möglichster Abkürzung der Geltungszeit gemäss dem Bedürfniss des kaufmännischen Gewerbes für rasche Abwicklung der Geschäfte.<sup>11)</sup>

Das deutsche H.G.Buch konnte sich gleichfalls der Aufstellung ergänzender Regeln über die Dauer der Anträge nicht entziehen. Die dessfallsigen Bestimmungen sind in den A. 318 und 319 enthalten.

1. Das H.G.Buch unterscheidet zwischen Anträgen unter Gegenwärtigen und unter Abwesenden.

Der Antrag gilt unter Gegenwärtigen gestellt, wenn sich die Vertragsschliessenden so gegenüberstehen, dass eine sofortige unmittelbare mündliche Gegenerklärung möglich ist. Dass die Parteien sich trotz dieses räumlichen Verhältnisses und der dadurch gegebenen Möglichkeit der sofortigen unmittelbaren mündlichen Gegenerklärung der Willensmittheilung durch die Schrift oder durch Boten bedienen, hebt den Begriff der Gegenwart nicht auf.

<sup>10)</sup> Die Unterstellung einer stillschweigenden zeitlichen Begrenzung kommt auch anderweitig vor, z. B. bei dem pactum de vendendo (Seuffert, Arch. XXVII Nr. 227 und zwar ungeachtet des Ausdrucks „jederzeit“), bei einer auf unbestimmte Zeit übernommenen Kreditbürgschaft (R.O.H.G. XIX Nr. 36 S. 110 und Seuffert, Arch. XXXIII Nr. 211).

<sup>11)</sup> Gutachten der Frankfurter Handelskammer in Z. f. H.R. IV S. 137: „umgehende Antwort“. Preuss. Ldr. I 5 §§ 94—99 und österr. G.Buch § 862 unterscheiden zwischen mündlichen und schriftlichen Anträgen und innerhalb der letztern wieder zwischen Anträgen unter Anwesenden und unter Abwesenden; beim mündlichen Antrag muss die Antwort sofort, beim schriftlichen unter Anwesenden binnen 24 Stunden und unter Abwesenden innerhalb der zu zweimaliger Beantwortung hinreichenden Zeit erfolgt sein, wenn sie den Vertragsschluss bewirken soll. Sächs. G.Buch § 817: unverzögerte Antwort unter Berücksichtigung der Umstände und der Verkehrssitte. Ebenso Zürcher privatr. G.Buch § 90S. Der bayer. Entwurf Theil II A. 9—13, der Entw. für ein Obligationenrecht der deutschen Bundesstaaten Art. 45, 46 und das schweizerische Obligationenrecht Art. 4 und 5 haben die Vorschriften des deutschen H.G.Buchs angenommen.

Falls für eine Vertragspartei ein Stellvertreter handelt, ist dieser der Vertragschliessende und nur sein räumliches Verhältniss zum Vertragsgegner massgebend. Der vom Stellvertreter gemachte Vorbehalt der Genehmigung durch den Vertretenen wandelt die unter Gegenwärtigen gepflogene Verhandlung nicht zu einem Vertragsschluss unter Abwesenden um; er wirkt als eine der Erklärung beigefügte Bedingung.<sup>12)</sup>

Der Begriff des Antrags unter Abwesenden ergibt sich hienach von selbst. Ein solcher Antrag ist unter Personen möglich, welche in derselben Stadt oder sogar in demselben Hause wohnen. Andererseits kann der Unterschied sich völlig verflüchtigen, wenn das Erklärungsmittel auch unter Abwesenden eine sofortige Erwiderung ermöglicht z. B. bei telephonischer Verbindung zweier Handlungshäuser.

Eine Mittelbildung tritt dadurch ein, dass der Antrag unter Gegenwärtigen gestellt, aber dem Antragsempfänger bewilligt wird, seine Erklärung dem Antragenden innerhalb gewisser Frist zu übersenden.<sup>13)</sup>

2. „Ueber einen Antrag unter Gegenwärtigen zur Abschliessung eines Handelsgeschäfts muss die Erklärung sogleich abgegeben werden, widrigenfalls der Antragende nicht länger gebunden ist.“ H.G.B. A. 318.

a. Das Wort sogleich ist im strengen, jede Ueberlegungsfrist ausschliessenden Sinn zu verstehen.<sup>14)</sup>

b. Nicht länger an den Antrag gebunden sein heisst: der Antrag erlischt, und zwar erlischt nicht blos die Unwiderruflichkeit sondern auch die Annahmefähigkeit.<sup>15)</sup> Es knüpft sich diese Wirkung an den Umlauf der Frist ohne weitere Erklärung des Antragenden. Es bedarf einer solchen Erklärung des Antragenden, dass er den Antrag für erloschen betrachte, weder sofort nach Umlauf noch wenn der Antragsempfänger die Annahme nachträglich erklärt, es müsste denn sein, dass das Stillschweigen auf diese Erklärung nach den Umständen als Annahme des darin liegenden Angebots zu deuten wäre.

Indes kann der Antragende eine Ueberlegungsfrist bewilligen und dies wird sogar in den meisten Fällen stillschweigend geschehen. Denn unter regelmässigen Verhältnissen darf nicht erwartet werden, dass der Entschluss des Antragsempfängers dem Antrag Schlag auf Schlag folge, wenigstens wenn das angefragte Geschäft nicht auf reinen Erwerb des Antragsempfängers abzielt. Daher ist für die meisten Anträge unter Gegenwärtigen die Annahme einer vom Antragenden eingeräumten, nach den Umständen bald kürzeren bald längeren

<sup>12)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 97 S. 396 fg.

<sup>13)</sup> Hahn, Komm. zu A. 318 § 5.

<sup>14)</sup> A. M. Thöl § 238 I ohne überzeugende Gründe.

<sup>15)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 56 S. 244 mit Bd. XIV Nr. 97 S. 299. A. M. Hauser in Z. f. H.R. XII S. 76 fg. Siegel, Versprechen S. 56 Not. 4. Hiegegen mit Recht Hahn zu A. 318 § 4. Anschütz-Völderdorff, Komm. zu A. 318 II. Thöl § 238 I. a. E. Abweichend preuss. Ldr. I 5 § 103: „kann der Antragende zurücktreten.“ Ebenso I 5 § 85 für den Fall, dass die Annahme unter Bedingungen oder Einschränkungen erfolgt.

Bedenkzeit gerechtfertigt.<sup>16)</sup> Aber diese gewillkürte Fristbestimmung unterscheidet sich von der gesetzlichen: sie macht den Antrag annahmefähig, aber nicht unwiderruflich. Dem Antragenden steht daher frei, seinen Antrag zurückzunehmen, so lange die Annahme nicht erfolgt ist. Es verhält sich daher gerade umgekehrt als nach der in Note 15 erwähnten abweichenden Ansicht. Nicht das Erlöschen des Antrags bedarf nach dem Standpunkt des H.G.Buchs eines Willensentschlusses von Seite des Antragenden sondern die Aufrechterhaltung.

In diesem Sinn wird der Antrag aufrecht erhalten, so lange die Unterhandlung der Parteien über das angetragene Geschäft dauert. Mit dem Abbruch derselben erlischt der Antrag auch in der schwächeren Gestalt, mit ihrer Wiederaufnahme kann eine stillschweigende Erneuerung des Antrags verbunden sein. Ueberall muss das Urtheil des Richters ein umsichtiges Ermessen des einzelnen Falls bestimmen. Weitere allgemeine Regeln aufzustellen ist bei der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen weit mehr gefährlich als fördernd.<sup>17)</sup>

3. „Bei einem unter Abwesenden gestellten Antrag bleibt der Antragende bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem er bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf.“ (Art. 319.)

a. Die Gebundenheit des Antragenden schliesst die Annahmefähigkeit und die Unwiderruflichkeit des Antrags in sich, sofern nicht der Antragsteller sich in erkennbarer Weise den Widerruf vorbehalten hat.

b. Die Gebundenheit beginnt nicht, bevor der Antrag dem Adressaten zugekommen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Antragende den Antrag widerrufen. Doch ist die Wirkung des Widerrufs dadurch bedingt, dass die Widerrufserklärung dem andern Theil entweder vor oder wenigstens gleichzeitig mit dem Antrag zukommt (A. 320 Abs. 1; eine ähnliche Bestimmung in A. 377).

Zukommen oder Eingelangen der Erklärung, nicht Kenntnissnahme von derselben durch den Antragsempfänger ist das entscheidende Ereigniss. Als zugekommen gilt die schriftliche Erklärung (Brief, Telegramm), wenn das Schriftstück auf ordnungsmässige Weise in die Gewahrsam des Adressaten oder seines Stellvertreters gebracht ist.<sup>18)</sup>

c. Die Dauer der Gebundenheit ist auf denjenigen Zeitraum beschränkt, welchen das Eintreffen einer Antwort beim Antragenden dann erheischt, wenn sie ordnungsmässig und rechtzeitig abgesandt wird. Bei Berechnung dieses Zeitraums kommen in Anschlag die Fristen für die Uebermittlung des Antrags an

<sup>16)</sup> R.O.H.G. III Nr. 24 S. 117; VI Nr. 56 S. 244.

<sup>17)</sup> Hahn zu A. 318 § 3.

<sup>18)</sup> Hierzu genügt bei Briefen der Einwurf in einen Privatbriefkasten des Adressaten. O.A.G. Lübeck in Seuffert, Arch. XXXII Nr. 213. Der ungenannte Verfasser einer Abhandlung „Ueber die rechtliche Bedeutung einer Zeitungsannonce, man habe einen Briefkasten an einem bestimmten Ort, in einer Handelsstadt“ in Iherings Jahrb. Bd. XIII S. 410—415 kommt zu dem Ergebniss: der Briefkasten ist der stumme Bote des Aufstellers; wer ihn nicht dafür gelten lassen will, handelt gegen den guten Glauben.



den Antragsempfänger, für die Fertigung der Gegenerklärung und für deren Uebermittlung an den Antragsteller.

In Ansehung der Uebermittlungsfristen muss bei der Bestimmung der Gebundenheitsdauer rechtzeitige Beförderung zu Grunde gelegt werden. Dies ist im Gesetz (A. 319 Abs. 1) für das Eingelangen des Antrags ausdrücklich gesagt und gilt wegen Gleichheit des Grunds auch für die Annahmeerklärung. Demgemäss kann ein Antrag infolge verzögerter Zustellung schon erloschen sein, wenn er dem Antragsempfänger zu Händen kommt. In den meisten Fällen wird Letzterer die Verspätung aus dem Datum des Briefs aus dem Poststempel oder aus anderen Umständen zu erkennen vermögen.<sup>19)</sup>

Die Ordnungsmässigkeit der Absendung bezieht sich auf die Art des Beförderungsmittels, ob Bote, Post, Telegraph u. s. w. Entscheidend ist hiefür in erster Linie die Bestimmung des Antragenden (z. B. Drahtantwort), in deren Ermanglung die für Geschäfte der betreffenden Gattung bestehende Uebung.

Das Erforderniss der Rechtzeitigkeit beurtheilt sich gleichfalls nach der Verkehrssitte. Dabei ist Folgendes zu beachten.

Die Antwort kann nicht abgegeben werden, bevor der Willensentschluss gefasst ist. Der Willensentschluss ist erst möglich, wenn der Antragsempfänger von dem Antrag Kenntniss genommen hat. Die Kenntnissnahme fällt bei schriftlicher Uebermittlung (Brief, Telegramm) mit dem Eingelangen des Antrags nicht zusammen und die Zwischenzeit kann auch ohne Nachlässigkeit des Empfängers wenigstens bei Briefen erheblich werden, da deren Eröffnung nur innerhalb der üblichen Geschäftszeit und nur nach Massgabe des Umfangs der eingelaufenen Korrespondenz zu erfolgen pflegt. Auch für die Ueberlegung der abgeforderten Erklärung ist eine wenngleich im Handelsverkehr kurz bemessene Frist in Rechnung zu stellen, nicht minder die Zeit für die Ausfertigung und Uebergabe der Antwort an die Beförderungsanstalt.

Die Grössen für die Ermittlung der Gebundenheitsdauer sind nach allgemeinen Verhältnissen, nicht nach dem Schicksal des einzelnen Antrags und seiner Beantwortung zu bemessen; es sind Durchschnittsgrössen. Daher ist eine Verzögerung in der Beförderung des Antrags oder der Antwort auf die gesetzliche Dauer der Gebundenheit ohne Einfluss.

d. Der Antrag erlischt, wenn die Annahmeerklärung nicht innerhalb des angegebenen Zeitraums beim Antragenden eintrifft. Wiederum ist nur das Eintreffen, nicht die Kenntnissnahme entscheidend. Mit dem Ende der Gebundenheit hört der Antrag auf, nicht blos unwiderruflich sondern auch annahmefähig zu sein. Dazu bedarf es nicht erst einer Widerrufserklärung des Antragenden (Ziff. 2 b). Eine dem Antragenden erst später zukommende Annahmeerklärung vermag daher nicht den Vertrag ins Leben zu rufen. Der Antragende kann sich ihr gegenüber ohne irgend einen rechtlichen Nachtheil völlig unthätig verhalten.

Hievon macht das H.G.Buch im A. 319 Abs. 2 eine Ausnahme. Wenn

<sup>19)</sup> Protok. S. 1359. R.O.H.G. XIII Nr. 58 S. 163.

die Annahmeerklärung vom Antragsempfänger rechtzeitig und ordnungsmässig abgesandt wurde und wenn mithin die Verzögerung der Benachrichtigung nicht auf seine Rechnung kommt, so entsteht der Vertrag ungeachtet des verspäteten Eintreffens der Antwort, wenn nicht der Antragsteller entweder schon vor dem Empfang der Annahmeerklärung, jedoch nach Ablauf der gesetzlichen Frist dem Antragsempfänger Nachricht gegeben hat oder sofort nach dem Empfang ohne Ueberlegungsfrist Nachricht gibt, dass der Antrag wegen nicht rechtzeitiger Annahmemittheilung erloschen sei. Aus dieser Vorschrift darf nicht der Satz abgeleitet werden, dass der Antrag durch den Ablauf der gesetzlichen Frist nur die Unwiderrufflichkeit, nicht die Annahmefähigkeit verliere. Wäre dies der Standpunkt des Gesetzes, so müsste auch die nicht rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung dieselbe Wirkung äussern, dann könnte ferner vom Antragenden der Rücktritt nach dem Eintreffen der rechtzeitig abgesandten aber verspätet zugestellten Annahmeerklärung nicht mehr ausgeübt werden. Die Bestimmung des Art. 319 Abs. 2 liegt vielmehr ausserhalb des prinzipgemässen Rechts und beruht auf einer Billigkeitsrücksicht. Die rechtzeitige Absendung der Annahmeerklärung gibt dem Antragsempfänger vollen Grund zu der Annahme, dass der Vertrag zur Entstehung gelange, da er von der Verzögerung in der Zustellung nicht wohl Kenntniss haben kann.<sup>20)</sup> Treu und Glauben verpflichten daher den Antragenden, den Antragsempfänger über diesen ihm möglicherweise schädlichen Irrthum aufzuklären, falls dies nicht schon durch eine vorsorglich vor Eingang der Antwort abgesandte Mittheilung über den fruchtlosen Ablauf der Frist geschehen sein sollte. Gegen die Versäumung dieser Rücksicht soll der Antragsempfänger geschützt werden. Die nächstliegende Verwirklichung des Schutzes wäre die Haftung des Antragenden für den durch seine Nachlässigkeit entstandenen Schaden.<sup>21)</sup> Da aber im kaufmännischen Verkehr ein solcher Schaden ebenso oft eintreten als schwer ziffermässig nachzuweisen sein wird, so greift das Gesetz durch und schützt den Antragsempfänger durch die Vorschrift, dass der Vertrag zu stande komme. Alle theoretischen Versuche, die Gesetzesbestimmung den allgemeinen Vertragsgrundsätzen einzureihen, führen über den kategorischen Imperativ nicht hinaus.<sup>22)</sup>

<sup>20)</sup> Für das rechtzeitige Eintreffen eines mit der Post abgesandten Briefs oder eines aufgegebenen Telegramms besteht zwar keine rechtliche Vermuthung (R.O.H.G. XIII Nr. 13 S. 46), wohl aber ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, dass das Vertrauen darauf gerechtfertigt ist.

<sup>21)</sup> So das schweizer. Obligationenrecht A. 5 Abs. 2.

<sup>22)</sup> Ein Versuch ist oben S. 436 als unhaltbar zurückgewiesen worden. Ein anderer wäre folgender: Die verspätet eintreffende Annahmeerklärung ist selbst ein Antrag, welcher als angenommen gilt, wenn der frühere Antragsteller dazu schweigt. Sohm in Z. f. H.R. XVII S. 103 Not. 81 a. Abgesehen davon, dass dem Stillschweigen in diesem Fall doch nur kraft Gesetzes die Bedeutung der Annahme zukäme, so enthielte diese Zurechtlegung eine Verrückung des Zeitpunktes der Vertragsvollendung (A. 321), wofür sich in A. 319 keine Rechtfertigung findet. Am unschuldigsten scheint die Erklärung, die Antragsfrist sei beim Stillschweigen des Antragenden als verlängert anzusehen. Aber die gesetzliche Fiktion wird auch damit nicht erspart.

Die richtige Auffassung der in A. 319 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift ist für eine Reihe von im Gesetze nicht entschiedenen Fragen bedeutungsvoll.

Es greift nämlich die ausnahmsweise Wirkung der verspätet einlangenden Annahmeerklärung dann nicht Platz, wenn schon der Antrag auf dem Wege zum Empfänger eine Verzögerung erlitten hat, so dass eine rechtzeitige Einbringung der Annahmeerklärung beim Antragenden wenigstens durch das vom Antragsempfänger gewählte Beförderungsmittel (z. B. Brief) ausgeschlossen war. Da eine solche Verzögerung dem Antragsempfänger bei umsichtiger Prüfung nicht verborgen bleiben kann (Not. 19), so darf er sich auf das Zustandekommen des Vertrags keine Hoffnung machen. Rechtzeitige Absendung heisst so zeitige Absendung, dass die Annahmeerklärung nach dem gewöhnlichen Gang des gewählten Beförderungsmittels noch vor Ablauf der gesetzlichen Frist bei dem Antragsteller eintrifft.

Die Unterlassung der Anzeige von der Verspätung hat auch dann die Folge der Vertragsentstehung nicht, wenn die Störung in der Verkehrsverbindung anderweitig zur Kenntniss des Antragsempfängers kam und zwar ebenso zeitig, als dies durch eine ordnungsmässige Anzeige des Antragstellers bewirkt worden wäre, z. B. das Schiff ist notorisch untergegangen und die Briefbeutel wurden erst nachträglich aufgefischt und befördert.<sup>23)</sup> Auch in diesem Fall konnte und musste sich der Antragsempfänger ohne Zuthun des Antragstellers zum Bewusstsein bringen, dass der Vertrag nicht zur Entstehung gelangt ist. Der Annahmefrief u. s. w. reist auf Gefahr des Antragsempfängers.

Zur Abwendung der Vertragsentstehung ist die rechtzeitige ordnungsmässige Absendung der Verspätungsanzeige erforderlich, nicht ihr Eintreffen beim Antragsempfänger. Insofern schlagen Störungen in der Beförderung der abgesandten Anzeige zum Nachtheil des Antragsempfängers aus.<sup>24)</sup>

Zugleich ergibt sich hieraus, dass bei der Verzögerung in der Zustellung der Annahmeerklärung der Antragsteller die willkürliche Entscheidung über Entstehung und Nichtenstehung des Vertrags hat. Er kann nicht blos durch Unterlassung der Anzeige stillschweigend der Verwirklichung der gesetzlichen Folge seinen Lauf lassen; er kann dem Antragsempfänger erklären, dass er trotz verspäteten Eingelagens der Annahmeerklärung den Vertrag als entstanden betrachte; der Antragsempfänger vermag sich dagegen nicht auf die Verspätung seiner Annahmeerklärung zu berufen. Dafür sprechen auch die Schlussworte in A. 319 Abs. 2: „von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat.“

II. **Widerruf** ist die Entkräftung eines Antrags durch die einseitige Erklärung des Antragstellers. Nach gemeinem Civilrecht gilt ein Antrag für

<sup>23)</sup> Schief ist die Fassung in den Nürnb. Protokollen S. 570: „wenn ihm die Unterbrechung schon bei der Absendung bekannt war.“ Unter dieser Voraussetzung war die Absendung keine ordnungsmässige.

<sup>24)</sup> H. A. G. Nürnberg in Z. f. H. R. XII S. 232. Nach W. O. A. 45, 46 ist genügend, dass der Inhaber eines mangels Zahlung protestirten Wechsels das Benachrichtigungsschreiben an seinen Vormann rechtzeitig auf die Post gegeben hat und sich darüber durch ein Postattest auszuweisen vermag.

widerruflich, wenn ihm nicht die Eigenschaft der Unwiderruflichkeit besonders beigelegt ist.<sup>25)</sup> Gerade umgekehrt verhält es sich nach Handelsrecht.<sup>26)</sup> Der Antrag ist an sich für die in Ziff. I beschriebene Zeit unwiderruflich und es bedarf eines besondern dem Antragsempfänger erkennbaren Vorbehalts, um ihn widerruflich zu machen.

Indes beginnt die Unwiderruflichkeit erst mit dem Zeitpunkt, da der Antrag dem Adressaten zugekommen ist.<sup>27)</sup> Daher kann jeder Antrag durch einen Widerruf entkräftet werden, welcher vor oder gleichzeitig mit dem Antrag bei dem Antragsempfänger eingebracht wird (A. 320 Abs. 1).

Jeder Widerruf ist dadurch bedingt, dass der Antragsteller seinen hierauf gerichteten Willen deutlich und zwar dem Antragsempfänger erklärt hat. Anderweitige Verfügung über die angebotene Waare genügt nicht, selbst wenn sie zur Kenntniss des Antragsempfängers gekommen ist.<sup>28)</sup> Auch wirkt die Widerrufserklärung nicht, ehe sie bei dem Antragsempfänger eingelangt ist;<sup>29)</sup> und verfehlt sie ihre Adresse, so ist sie nie in Wirksamkeit getreten.

Bei Kreuzung der an sich zulässigen Widerrufserklärung mit der Annahmeerklärung kommt der Vertrag zu stande, wenn nur die letztere bei dem Antragsteller rechtzeitig eintrifft. Diese Entscheidung kann zwar nicht auf Art. 321 gestützt werden, da diese Vorschrift eine gültige Annahme, mithin den Rechtsbestand des Antrags zur Voraussetzung hat. Wohl aber wird sie durch die Analogie des Art. 377 gerechtfertigt. Hier ist verordnet, dass die Selbstkauf- oder Selbstverkaufbefugniss des Kommissionärs durch den Widerruf des Kommissionsauftrags nur dann aufgehoben wird, wenn der Widerruf vor der Absendung der Anzeige über die Ausführung des Auftrags bei dem Kommissionär eingelangt ist. Nun enthält zwar die Entscheidung für den Selbstkauf oder Selbstverkauf nicht die Annahme eines Vertragsangebots, denn ein solches ist vom Kommittenten nicht gestellt.<sup>30)</sup> Aber es ist doch mit dem in der Aus-

<sup>25)</sup> Vgl. Not. 8 Ebenso nach sächs. G.B. § 816 mit Ausnahme der Angebote unter Einräumung einer Bedenkzeit; ferner nach Zürich. pr. G.B. § 905 und nach französischem Recht. Lyon-Caen et Renault, *précis de droit comm.* no. 630.

<sup>26)</sup> Ebenso nach preuss. Ldr. I 5 § 103; österr. G.B. § 862; schweiz. Obl.R. A. 3—7.

<sup>27)</sup> Theoretisch wäre es richtiger, dem Widerruf erst von dem Moment an die Wirkung zu versagen, wo der Antragsempfänger den Entschluss zur Annahme des Antrags gefasst hat; denn erst von da an vermag die Antragsentkräftung eine nachtheilige Wirkung in der wirtschaftlichen Lage des Antragsempfängers hervorzubringen. Indes muss auf diese Grenzlinie wegen der schwierigen Feststellung aus praktischen Gründen verzichtet werden.

<sup>28)</sup> Seuffert, Arch. XXVI Nr. 229 (O.A.G. Darmstadt).

<sup>29)</sup> A. M. Windscheid, P. § 307 Not. 3, jedoch nur für die nach gemeinem bürgerlichen Recht zu beurtheilenden Anträge.

<sup>30)</sup> Es liegt eine gewisse Versuchung vor, in dem Kommissionsauftrag, welcher das Selbstkontrahierungsrecht zulässt, ein alternatives oder primäres und eventuelles Angebot auf Kommissions- und Eigengeschäft zu erblicken, zumal da es in der Macht des Kommittenten steht, das Eintreten des Kommissionärs als Selbstkontrahent auszuschliessen. Dagegen spricht aber der theoretische Gesichtspunkt, dass eine Willensäußerung dieses

führungsanzeige niedergelegten Willensentschluss des Selbsteintritts eine ähnliche Wirkung verbunden wie mit der Annahme eines Vertragsangebots, nämlich die Entstehung oder wenigstens die Umbildung eines Vertragsverhältnisses. Dieser Entscheidung steht auch eine praktische Erwägung zur Seite. Nach Absendung der Annahmeerklärung betrachtet der Kaufmann das Geschäft als abgemacht und pflegt dasselbe sofort zur Unterlage weiterer Verfügungen zu nehmen. Dies müsste er aber unterlassen, wenn jetzt noch ein Widerruf des Antragens im stande wäre, die Entstehung des Vertrags zu hindern, oder er müsste die Gefahr laufen, sich in Schaden zu stürzen. Weder das eine noch das andere entspricht den Bedürfnissen des Verkehrs.<sup>31)</sup>

III. **Ablehnung** des Antrags. Die Erklärung des Antragsempfängers, dass er das Angebot nicht annehme, beraubt den Antrag seiner Geltung, es mag die Ablehnung geradezu oder durch Entgegenstellung eines andern Antrags ausgedrückt sein.<sup>32)</sup>

Da auch die Ablehnungserklärung erst wirkt, wenn sie bei dem Antragsteller eingelangt ist, so kann sie, wenn unter Abwesenden abgegeben, durch eine nachfolgende Annahmeerklärung unschädlich gemacht werden, falls nur gelingt, die spätere Erklärung vor oder gleichzeitig mit der früheren bei dem Antragsteller einzubringen, wie dies umgekehrt für eine Annahmeerklärung gegenüber einer nachfolgenden Ablehnungserklärung gilt (A. 320 Abs. 2).

IV. **Tod** des Antragstellers und des Antragsempfängers. — Die kurzen Antragsfristen unseres H.G.Buchs lassen der Einwirkung des Todes eines Vertragstheils auf den noch in Geltung befindlichen Antrag wenig Spielraum, völlig ausgeschlossen ist sie selbst bei Anträgen unter Gegenwärtigen nicht.<sup>33)</sup> Das H.G.Buch hat die Frage der Vererblichkeit nur in unvollständiger Weise entschieden, nur für Anträge, welche von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe ausgegangen sind, und nur für den Tod des Antragens. (A. 297.) Es ist dies um so mehr zu bedauern, als damit die Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte und die zum Theil über den Inhalt derselben bestehende Unsicherheit in das Bereich der Handelsgeschäfte gezogen wird. Für die Lösung der Frage nach gemeinem und nach manchem Partikularrecht (Note 25) darf nicht übersehen werden, dass sich die Beurtheilung unserer Frage für die Anträge zu Handelsgeschäften infolge der gesetzlichen Unwiderrufflichkeit einer veränderten Sachlage gegenüber befindet. Denn der Grund der Unvererblich-

---

Inhalts von Seite des Kommittenten nicht vorliegt, und der praktische Grund, dass durch Ausübung des Selbsteintrittsrechts die Verpflichtungen und Rechte aus dem Kommissionsverhältnisse keineswegs schlechthin erlöschen. Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels S. 487 fg.

<sup>31)</sup> Das sind wohl „die grossen Verwickelungen“, welche die Motive zum preussischen Entwurf S. 124 aus der entgegengesetzten Ansicht befürchten.

<sup>32)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 56 S. 244. A. M. O.A.G. Dresden in Seuffert, Arch. II Nr. 17.

<sup>33)</sup> Puchelt, Komm. zu A. 297 Nr. 2.

keit wird in der Ungebundenheit des Antragstellers gefunden.<sup>34)</sup> Auch die Motive des preussischen Entwurfs zu A. 228 fassen den Uebergang des Antrags auf die Erben des Antragstellers als eine Folge der Gebundenheit desselben auf. Zwar hat die Nürnberger Kommission diese Ansicht nicht getheilt und selbst die angeführte beschränkte Vererblichkeit nicht ohne Zögern und nur wegen der besondern thatsächlichen Voraussetzungen angenommen. Aber es hiesse die Bedeutung der Kommissionsberatungen überschätzen, wollte man auf Grund derselben aus A. 297 einen Schluss vom Gegentheil herleiten. Die Frage ist vom Standpunkte des H.G.Buchs für alle Anträge, welche nicht von einem Kaufmann herrühren oder nicht in dessen Handelsgewerbe abgegeben wurden, eine offene und in Ermangelung eines besondern Handelsgebrauchs nach den allgemeinen Civilrechten zu beurtheilen. Diese führen aber mit einer Ausnahme auf die Vererblichkeit. Das preussische Landrecht (I, 5 § 106) und das sächsische G.Buch (§ 818) stellen sie geradezu auf. Für die übrigen Rechtsgebiete darf sie aus der Unwiderruflichkeit der Anträge zu Handelsgeschäften gefolgert werden. Nur im Geltungsbereich des österreichischen G.Buchs scheidet diese Folgerung an der bestimmten Vorschrift des § 918 im Zusammenhalt mit § 862.

Dass der Antragsteller dem Angebot die Vererblichkeit versagen kann, unterläge keinem Bedenken, auch wenn es nicht in A. 297 ausdrücklich anerkannt wäre. Ebenso vermag er durch klare Verfügung den Uebergang auf seine Erben wie auf die Erben des Antragsempfängers ausser Zweifel zu stellen, jene zu verpflichten und diese zu berechtigen.

Auf Grund des Erörterten gelangen wir zu folgenden Regeln:

1. Ueber die Vererblichkeit der Anträge entscheidet zunächst der erkennbare Wille des Antragenden. Derselbe kann sich stillschweigend aus der Beschaffenheit des angebotenen Geschäfts ergeben.<sup>35)</sup>

<sup>34)</sup> Dies ist herrschende Ansicht. Windscheid, P. § 307 Not. 9. Ein überzeugender Beweis lässt sich für sie so wenig erbringen als für ihr Gegentheil. Von den in der Regel angezogenen Stellen hält nur L. 2 § 6 de donat. 39,5 genauerer Prüfung Stand und auch bei ihr darf der Umstand nicht übersehen werden, dass der Tod des Antragenden eintritt, bevor das Angebot zur Kenntniss des Adressaten gelangt. Und sollte nicht auch die Schenkungseigenschaft von Einfluss sein? L. 41 R.C. 12,1 handelt vom Erlöschen der Vollmacht durch den Tod des Machtgebers; ebenso die von mir früher benützte L. 33 de poss. 41,2. Die rein persönliche Natur der Erbschaftsantragungen beruht doch wohl auf einer Besonderheit des römischen Erbrechts (Bruno in Holtzendorffs Encyclop.: Das heut. röm. Recht § 92: „idealer Formalismus“) und ist durch die Transmissionen des spätern Rechts nahezu beseitigt. So bleibt zur Rechtfertigung der Unvererblichkeit nur der Satz, dass unverbindliche Willenserklärungen vom fortdauernden Willen ihres Urhebers getragen werden und mit diesem hinwegfallen. Aber gerade dieser Satz ist nicht römisch; so wird selbst das Testament trotz eintretendem Wahnsinn des Testators aufrecht erhalten. Kohler in der österr. Zeitschr. VII S. 735 fg. Vgl. auch Zimmermann, Stell. neg. gestio S. 235 Not. 316.

<sup>35)</sup> Dahin gehören die Anträge zur Begründung eines Vertragsverhältnisses, welches beim Tode eines Vertragstheils erlischt (Mandat Societät).

2. Wo eine Bestimmung des Antragenden fehlt, greift theils das H.G.Buch theils das allgemeine Civilrecht regelnd ein.

a. Nach H.G.Buch werden die Anträge, welche von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe ausgegangen sind, durch den Tod des Antragstellers nicht aufgehoben. Für die Zugehörigkeit des von einem Kaufmann gestellten Antrags zu dessen Handelsgewerbe streitet die Vermuthung (A. 274).

b. Nach den allgemeinen Civilrechten gehen alle Anträge, wenn sie unwiderruflich sind, sowohl auf die Erben des Antragstellers als des Antragsempfängers über.<sup>36)</sup> Hievon macht nur das Gebiet des österreichischen G.Buchs eine Ausnahme.

Für die widerruflichen Anträge lässt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Die Frage der Vererblichkeit erheischt hier eine sehr umsichtige Beantwortung für diejenigen Civilrechte, welche eine ausdrückliche Vorschrift hierüber nicht enthalten.<sup>37)</sup>

V. Eintretende Verfügungsunfähigkeit des Antragstellers oder Antragsempfängers. — Als Ursachen kommen wesentlich in Betracht: Geisteskrankheit, Entmündigung wegen verschwenderischer Lebensweise, Konkursöffnung.

1. Wäre richtig, dass der Antrag aus dem fortdauernden Willen des Antragstellers seine Lebenskraft schöpfe, so würde die Erlöschung durch Geisteskrankheit oder Entmündigung seines Urhebers eine unabweisbare Folge sein.<sup>38)</sup> Allein jene Behauptung ist selbst für die widerruflichen Anträge ganz willkürlich (Note 34 a. E.). Macht man sich von dieser Vorstellung los, so fehlt jeder Grund, warum der Antrag durch eintretende Geisteskrankheit oder durch Entmündigung des Antragstellers kraftlos werden soll. Und noch weniger lässt sich für die Erlöschung des Antrags durch den Eintritt der Verfügungsunfähigkeit auf Seite des Antragsempfängers anführen; denn wenn der Vormund die Annahme wirksam erklären kann, so wird damit nur ermöglicht, dass der Vertrag, wenn auch nicht durch so doch für den Antragsempfänger zu stande kommt.<sup>39)</sup>

2. Durch die Eröffnung des Konkurses wird dem Gemeinschuldner nicht die Verfügungsfähigkeit überhaupt entzogen; er verliert nur das Recht über sein Vermögen, soweit es zur Konkursmasse gehört, zu verfügen (K.K.O. § 5).

<sup>36)</sup> Die Entscheidung des R.O.H.G. XIV Nr. 24 S. 55 ist zur Verwerthung für die allgemeine Frage nicht geeignet. Es wurde hier ausgesprochen, dass die Befugniß zur Ausfüllung eines Blankoaccepts auf die Erben des Empfängers übergehe. Diese Ermächtigung kann aber auch unter Lebenden übertragen werden, wobei dahingestellt bleiben mag, ob in der Aushändigung des Blankoaccepts ein Vertragsangebot liegt.

<sup>37)</sup> Stobbe, Deutsch. Privr. § 169 a. E. erklärt „nach Deutschem Recht“ alle Anträge im Zweifel für vererblich. Nach welchem deutschen Recht? Für die Vererblichkeit aller Anträge zu Handelsgeschäften Hahn Komm. zu A. 319 § 12.

<sup>38)</sup> So z. B. O.A.G. Lübeck in Seuffert, Arch. XV Nr. 15.

<sup>39)</sup> Ebenso Hahn, Komm. zu A. 319 § 12. A. M. nach gemeinem Recht Windscheid, P. § 307 Not. 12. Für das französische Recht wird die Entmündigung des Antragstellers als Erlöschungsgrund aufgefasst von Lyon-Caen et Renault, *présis de droit comm.* no. 630.

Verpflichtungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung eingeht, sind gültig; jedoch können die Gläubiger aus der gegenwärtigen Konkursmasse keine Befriedigung beanspruchen. Veräusserungen aus dem Konkursvermögen entbehren den Konkursgläubigern gegenüber der verbindlichen Kraft.

Hieraus folgt: Die Anträge, welche von einem oder an einen Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung gestellt wurden, verlieren durch dieses Ereigniss ihre Geltung nicht. Sie können von ihm oder ihm gegenüber angenommen werden.<sup>40)</sup> Aber aus einem solchen Vertrag entstehen keine Wirkungen zum Nachtheil der Konkursmasse, wie umgekehrt der Erwerb daraus nicht in die Konkursmasse fällt (K.K.O. § 1). Wer auf diesem Wege mit dem Gemeinschuldner in ein Vertragsverhältniss tritt, kann in eine nicht vorausgesehene nachtheilige Lage kommen, obwohl die schwerste Schädigung durch die Eindrede des nicht erfüllten Vertrags abgewendet wird. Uebrigens kann der Wechsel in der Vermögenslage des Antragsempfängers durch den Antragsteller zum Erlösungsgrund des Antrags erhoben sein und zwar nicht bloß ausdrücklich.<sup>41)</sup> Grössere Widerstandsfähigkeit als die beabsichtigten Vertragsverhältnisse selbst besitzen die darauf abzweckenden Anträge nicht. Daher verlieren Anträge zur Eingehung von solchen Vertragsverhältnissen, welche durch den Konkurs einer Partei gelöst werden, mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen sei es des Antragstellers oder des Antragsempfängers ihre Gültigkeit.

Die Befugniß zur Annahme eines Antrags eignet sich wegen seiner Unveräusserlichkeit nicht zur Zwangsvollstreckung und bildet mithin keinen Bestandtheil des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens (K.K.O. § 1). Daher kann ein dem Gemeinschuldner gestellter Antrag nicht vom Konkursverwalter Namens der Gläubigerschaft angenommen werden.<sup>42)</sup>

---

<sup>40)</sup> Im R.O.H.G. XIV. Nr. 25 S. 59 ist anerkannt, dass die Befugniß des Empfängers eines Blankoaccepts zur Ausfüllung durch dessen Konkurs nicht erlösche. Aus dem Blankoaccept darf aber wegen seiner eigenthümlichen Natur nicht schlechthin ein Schluss auf Vertragsanträge überhaupt gezogen werden (Not. 36).

<sup>41)</sup> So wird das Angebot zu einer Krediteröffnung in diesem Sinne auszulegen sein. Ueber die noch weiter gehende Annahme im R.O.H.G. XXIII Nr. 48 S. 137 vgl. oben § 243 Not. 14.

<sup>42)</sup> Das preussische O.Trib. hat dasselbe wiederholt für die Ausfüllung von Blankoaccepten ausgesprochen (Entsch. des O.Trib. Bd. 35 S. 445, Bd. 53 S. 212, Bd. 58 S. 332). Das Blankoaccept ist nun mit dem Vermögen des Empfängers inniger verbunden als ein gewöhnlicher Vertragsantrag, so dass, wer dort den Uebergang der Ermächtigung auf die Gläubigerschaft leugnet, sich um so mehr gegen den allgemeinen Uebergang der Vertragsangebote erklären muss. Eine verwandte Frage entscheidet theilweise abweichend Zimmermann, Stellv. neg. gestio S. 242 fg. Dessen Schluss von der Vererblichkeit auf die Ausübungsberechtigung der Gläubiger scheint mir nicht stichhaltig.



## § 247.

**2. Die Annahme.**

Die Annahme oder Acceptation besteht in der Aeusserung des Willensentchlusses, den anerbötenen Vertrag mit dem Antragsteller auf die im Antrag bezeichnete Grundlage abzuschliessen. Die Annahme ist eine durch den Antrag verursachte Handlung und hat daher Bewusstsein des Annehmenden von der Stellung des Antrags zur Voraussetzung. Auch ohne bewusste Annahme kann aus dem Versprechen des Einen ein Anderer durch eine bestimmte Handlung (Leistung) einen Anspruch auf Erfüllung erwerben z. B. bei der Auslobung; aber ein solches Rechtsverhältniss hat seine Quelle nicht in einem Vertrag. Und es kann ohne Annahme ein Vertrag zu stande kommen, selbst auf ein Angebot hin, wenn nämlich zwei sich vollkommen entsprechende Angebote auf dem Wege zu ihrer Adresse sich kreuzen. Sobald beide Erklärungen ihr Ziel erreicht haben, ist die Willenseinigung gegeben. Eine weitere Mittheilung des einen Theils an den andern ist Bestätigung der Vertragsentstehung, nicht Annahmeerklärung. Desshalb greift gegenüber dieser Mittheilung ein Widerruf mit der Wirkung der Vertragsverhinderung (H.G.B. A. 320 Abs. 2) nicht Platz. Wir haben im vorliegenden Fall einen Beleg für den früher aufgestellten Satz, dass sich nicht jeder Vertrag aus Antrag und Annahme zusammensetzt (§ 244 Not. 5).

I. Die Annahme kann nur derjenige wirksam bethätigen, an welchen der Antrag gerichtet ist; bei vererblichen Angeboten auch sein Erbe, nicht aber ein sonstiger Nachfolger in das Handelsgewerbe, selbst wenn, wie bei kaufmännischen Angeboten die Regel, die Firma die Adresse des Antrags ist. Ein gegenheiliger Wille des Antragstellers entbehrt, die genügende Erkennbarkeit vorausgesetzt, der Wirkung selbstverständlich nicht.

Ein bevollmächtigter Stellvertreter kann die Annahme so wirksam erklären wie der Antragsempfänger selbst, nicht weil seine Erklärung eine Erklärung des Antragsempfängers ist oder als solche angesehen wird, sondern weil sie dieselbe ersetzt. Die Annahmeerklärung eines unbevollmächtigten Vertreters setzt den Antragsteller nur dann in die Lage desjenigen, welcher mit einem vollmachtlosen Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, wenn er bei Empfang der Annahmeerklärung von dem Mangel der Vollmacht Kenntniss besass und die Einmischung des Dritten erkennbarermaßen genehmigte.<sup>1)</sup> Die einseitige Gebundenheit, in welche der Vertragsschluss mit einem unbevollmächtigten Vertreter versetzt, greift immer nur Platz, wenn der betreffende Vertragstheil wissentlich diese Unentschiedenheit auf sich genommen hat. Ueberdies kann der Antragsempfänger selbst unter der angegebenen Voraussetzung die vom unbevollmächtigten Vertreter erklärte Annahme nur innerhalb der ursprünglichen Frist wirksam gutheissen, es müsste denn diese Frist vom Antragsteller verlängert worden sein.

II. Die Aeusserung des Annahmewillens besteht bei Schuldverträgen in der Regel in der wörtlichen Erklärung desselben. Von dieser regel-

<sup>1)</sup> Zimmermann, Stell. neg. gest. S. 47 mit S. 48 Ziff. 2.

mässigen Erscheinung geht auch das H.G.Buch aus und darauf sind die in den Art. 318—321 niedergelegten Vorschriften berechnet. Allein die Annahmehethätigung ist auf die wörtliche Zusageerklärung nicht beschränkt. Nach der Natur einer Anzahl von Verträgen wird zumal bei der Verhandlung unter Abwesenden eine wörtliche Annahmeerklärung nicht erwartet; die Annahme kommt hier auf anderem Wege zum Ausdruck. Wir haben daher nach der Erscheinungsform innerhalb der Annahmehandlungen zu unterscheiden.

1. Die wörtliche Erklärung der Annahme muss so gefasst und abgegeben sein, dass sie der Antragsteller vernehmen kann, also auch in einer ihm verständlichen Sprache. Die Annahmeerklärung ist Annahmemittheilung. Sie muss daher in der Absicht abgegeben sein, sie dem Antragsteller zur Kenntniss zu bringen, sonstige Aeusserungen des Antragsempfängers über die Annahme z. B. zu seinen Angestellten oder gegen Dritte verpflichten nicht. Auch wirkt die Annahmeerklärung erst von dem Moment an, wo sie dem Antragenden zugekommen ist. Daher kann durch einen sie überholenden oder gleichzeitig mit ihr dem Antragenden zukommenden Widerruf ihrer Wirkung vorgebeugt werden (H.G.B. A. 320 Abs. 2).

In der Regel genügt das blosse „Ja“ oder „Gut“. Alternative und generelle Anträge (§ 244 bei Note 8) können nur durch Bezeichnung des gewählten Gegenstands oder Betrags angenommen werden. Jedenfalls muss in der Antwort der bestimmte Wille zum Ausdruck kommen, in den anerbötenen Vertrag hiemit einzutreten. Die Erklärung sich bemühen zu wollen, dem Antragenden das Gewünschte zu verschaffen, enthält keine Annahme.<sup>2)</sup> Wird bei der zusagenden Beantwortung des Antrags auf eine weitere Mittheilung des Antragsempfängers verwiesen (z. B. Brief Näheres), so liegt in jener Antwort eine unvollendete und deshalb unverbindliche Erklärung.<sup>3)</sup>

2. Andere Annahmehethätigung. Es ist die Behauptung aufgestellt worden, dass die Art der Annahmehandlung vom Antragsteller vorgezeichnet werde.<sup>4)</sup> In dieser Allgemeinheit beruht die Behauptung auf einer in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unrichtigen Voraussetzung. In sehr vielen Fällen macht der Antragsteller über diesen Punkt überhaupt keine Vorschrift, weder ausdrücklich noch stillschweigend, denn blosse Erwartungen sind keine Willenserklärungen. Dann hat die Macht des Privatwillens hier wie anderwärts ihre gewiesenen Schranken. Der Antragsteller kann nicht bestimmen, dass Still-schweigen des Antragstellers oder Nichtrücksendung der angebotenen Waare eine Annahme einschliesse. Auch darf man mit der einseitigen Feststellung der Annahmehandlung nicht die Verabredung verwechseln, dass die Entstehung des Vertragsverhältnisses von einer wenn auch ganz willkürlichen Thätigkeit oder Unthätigkeit des Antragsempfängers abhängen soll, denn im letztern Fall liegt

<sup>2)</sup> R.O.H.G. III Nr. 34 S. 165; VI Nr. 55 S. 243.

<sup>3)</sup> R.O.H.G. XII Nr. 96 S. 290. Vgl. § 244 bei Not. 7.

<sup>4)</sup> Am bestimmtesten von Sohm in Z. f. H.R. XVII S. 99 u. a. O. Ihm folgen Kühn in Iherings Jahrb. XVI S. 5, 69, 82 und Karlowa, Rechtsgeschäft S. 21. Dagegen hat sich erklärt Thöl § 238 II a. E.

ein bedingter Vertragsschluss vor; dass die Bedingung auf der Willkür eines Vertragstheils steht, hindert die Gültigkeit wenigstens nach heutigem Recht nicht.<sup>5)</sup> Die einseitige Wahl des Antragenden geht nicht über diejenigen Handlungen hinaus, mit welchen die Auffassung des Verkehrs oder positive Rechtsbestimmung die Bedeutung einer Annahme verknüpft.

Welche Handlungen gehören nun abgesehen von der wörtlichen Erklärung dahin? Einer erschöpfenden Beschreibung widerstrebt die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen. Die häufigsten sind folgende:

a. Bei Anträgen, welche die Aufforderung zur sofortigen Vertragserfüllung ausdrücklich oder stillschweigend in sich enthalten, kann die Annahme durch die Erfüllungshandlung bethätigt werden. Es gilt dies sowohl von den Aufträgen im engeren Sinn (Auftragsgeschäft, Kommission) wie von den in die Form eines Auftrags gekleideten Kaufangeboten, den sog. Bestellungen („Senden Sie mir u. s. w.“).<sup>6)</sup> Wer erwartet z. B. von dem Antiquariatsbuchhändler, aus dessen Verzeichniss er ein Buch bestellt hat, eine andere Antwort als das Buch? Es kommt allerdings vor, dass auch in solchen Fällen der Antragsempfänger eine Anzeige von der Annahme an den Antragenden abgehen lässt, dann nämlich wenn die gewünschte Waare dem Antragenden nicht so rasch behändigt werden kann als eine wörtliche Antwort und wenn überdies das Geschäft von einiger Bedeutung ist. Allein diese Anzeige gibt nur Kunde vom entstandenen Vertrag, sie ist nicht Element der Vertragsentstehung. Selbst wo sie durch die Verkehrssitte geboten ist, hat ihre Unterlassung nicht die Zerschlagung des Vertrags sondern nur die Haftung des Antragsempfängers für den daraus entstehenden Schaden zur Folge. Darum leistet der Letztere seiner Pflicht durch die Absendung der Anzeige genüge, die Beförderung geht nicht auf seine Gefahr.<sup>7)</sup>

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Annahmehandlung ist ein Doppeltes geltend gemacht worden: die positive Vorschrift des H.G.Buchs und die Unsicherheit des Antragenden über das Schicksal seines Antrags, welche der eigennütigen Ausbeutung der Lage durch den Antragsempfänger Raum gebe.<sup>8)</sup> Beide Gegengründe sind unstichhaltig. Das H.G.Buch würde sich mit einer tiefeingewurzelten Verkehrsauffassung in Widerspruch setzen, wenn es die Vertragsvollendung bei den angeführten Anträgen von einer wörtlichen Annahmeerklärung abhängig machte. Eine solche Stellung ist ohne zwingenden Grund nicht an-

<sup>5)</sup> Leonhard in der Münch. krit. V.J.Schrift XXIII S. 330.

<sup>6)</sup> Umgekehrt wird zuweilen den Aufträgen die äussere Form von Kaufangeboten gegeben in der Absicht, die Kommissionsprovision zu umgehen. Statt der Fassung: „Kaufen Sie für unsere Rechnung 100 Wispel Roggen à Mark 100,“ wird geschrieben: „Wir sind bereit 100 Wispel Roggen à Mark 100 abzunehmen.“ Nürnberger Prot. S. 569. H.A.G. Nürnberg in Z. f. H.R. IX S. 180.

<sup>7)</sup> R.O.H.G. XVIII Nr. 70 S. 246 (Seufferts Arch. XXXII Nr. 28), R.G. II Nr. 14 S. 43. In demselben Sinne hat sich die überwiegende Zahl der Schriftsteller erklärt. Hahn, Komm. zu A. 319 § 13 Not. 10. Anschütz-Völderdorff, Komm. zu A. 321 Nr. VII (Bd. III S. 223) u. a.

<sup>8)</sup> Thöl § 239 Not. 6.

zunehmen, der Wortlaut des A. 319 aber dazu nicht ausreichend.<sup>9)</sup> Die tatsächliche Berechtigung des zweiten Bedenkens ist nicht in Abrede zu stellen. Allein derartige Unvollkommenheiten müssen zuweilen in den Kauf genommen werden, um grösseren Unzuträglichkeiten, hier einer empfindlichen Fesselung des Verkehrs zu entgehen. Es scheint auch nicht als ob die Nachteile unseres Standpunkts im Geschäftsleben sich allzu fühlbar machten, denn er herrscht thatsächlich und zwar nicht erst seit Erlass des H.G.Buchs. Ueberdies gewährt einige Deckung gegen diese Gefahr die im kaufmännischen Verkehr übliche Anzeige von der Ausführung, und vollständig kann sich jeder Antragende schützen, indem er wörtliche Annahme fordert.

Im einzelnen Fall kann freilich die Frage Schwierigkeit bereiten, ob eine die Annahme bekundende Erfüllungshandlung vorliegt, ob schon der Beginn der Ausführung diese Wirkung hat. Grundsätzlich darf das Letztere gewiss nicht verneint werden.<sup>10)</sup> Genauere allgemeine Regeln lassen sich hierüber nicht aufstellen. Es mag nur noch die Bemerkung Platz finden, dass einer Verfügung durch die Möglichkeit der Rückgängigmachung die rechtliche Bedeutung als Annahmehandlung nicht entzogen wird.

b. Unter Umständen kann aus dem **Stillschweigen** auf den Antrag die Annahme des Antrags sich ergeben. Allerdings lässt im allgemeinen das Schweigen auf den Antrag und selbst die Nichtzurücksendung der mit dem Antrag übersandten Waare weder auf Annahme noch auf Ablehnung schliessen. Der Unterlassung einer Erklärung auf den Antrag kann dessen Erlöschung folgen, aber nicht wegen der darin liegenden stillschweigenden Ablehnung sondern vermöge Ablaufs der Antragsfrist. Praktisch gefährlicher ist die Deutung der Unterlassung als Genehmigung. Diese Unterstellung ist weder in der Handels-sitte begründet<sup>11)</sup> noch im positiven Recht anerkannt. Es finden sich zwar im H.G.Buch nicht wenige Vorschriften, welche an die Unterlassung einer Erklärung die Annahme der Genehmigung knüpfen.<sup>12)</sup> Allein dieselben sind vereinzelte Bestimmungen und dürfen nicht als Ausflüsse eines allgemeinen Grundsatzes

<sup>9)</sup> Auf die Nürnberger Protokolle kann sich keine Partei berufen. Zwar ist die im Text vertretene Ansicht unter dem Beifall mehrerer Mitglieder geltend gemacht worden, allein der Widerspruch blieb nicht aus. Prot. S. 1360.

<sup>10)</sup> Z. B. ein Fabrikant gibt die bestellte Waare sofort in Arbeit, ein Kaufmann schafft sie behufs Ablieferung an den Besteller an.

<sup>11)</sup> Das Bundesoberhandelsgericht äusserte sich hierüber (Bd. I Nr. 22 S. 81) folgendermassen: „Der Handelsgebrauch geht dahin, dass thatsächlich im Geschäftsverkehr vornehmlich unter Kaufleuten und bei Gelegenheit eines schon bestehenden Vertragsverhältnisses auf Mittheilungen und Anfragen, soweit solche dazu Anlass geben, alsbaldige Erklärung zu erfolgen pflegt, allein eine Rechtspflicht dazu doch nur unter besonderen Umständen besteht, falls nämlich die Unterlassung der Erklärung als Verletzung der im Handelsverkehr zumal nothwendigen Beobachtung von Treue und Glauben erscheinen würde, insbesondere falls dem Schweigen offensichtlich die Absicht der arglistigen Täuschung oder die Absicht unterliegt, den andern Theil zu einer ihm möglicherweise nachtheiligen, dem Schweigenden vortheilhaften Unthätigkeit zu verleiten.“ Aehnlich R.O.H.G. XV Nr. 34 S. 96.

<sup>12)</sup> H.G.B. A. 7., 5R., 5R., 9R., 222., 232., 247., 264.

aufgefasst werden.<sup>13)</sup> Die Stellung eines Antrags verpflichtet mich als Empfänger nicht zur Antwort und wer mir unaufgefordert Waaren zum Ankauf ins Haus schickt thut dies auf seine Gefahr; ich bin ihm nicht einmal zur Aufbewahrung, geschweige denn zur Zurücksendung verpflichtet.

Dies die Regel. Die Umstände können indess auch abgesehen von besonderer Vereinbarung der Art gelagert sein, dass die Unterstellung, der nicht antwortende Antragsempfänger habe den Antrag angenommen, wohlberechtigt und gegen willkürliche Täuschung zu schützen ist. Alle Sicherheit des Verkehrs beruht auf der Zuverlässigkeit des dritten Personen allein erkennbaren äusseren Verhaltens des Menschen, genauer auf der Uebereinstimmung des Verhaltens mit der Willensrichtung seines Urhebers. Insofern dieses Verhalten ein willkürliches ist, kann sich sein Urheber dieser Deutung nicht entziehen. Der Schluss von der Unthätigkeit des Antragsempfängers gegenüber dem Antrag auf dessen Genehmigung beruht demnach beim Dasein der sonstigen Voraussetzungen nicht auf einer Fiktion, denn die Fiktion setzt das Gegentheil von demjenigen, was als Wirklichkeit feststeht, er beruht auch nicht auf einem besondern Rechtsatz sondern auf den allgemeinen Grundsätzen über Willensauslegung. Darum ist die systematische Einreihung des Stillschweigens unter die Handlungen, genauer unter die Annahmehandlungen berechtigt. Wie man indes über diese Schulfrage denken mag, unser H.G.Buch legt für eine beschränkte Zahl von Fällen dem Stillschweigen auf den Antrag die Wirkung der Annahmeerklärung ausdrücklich bei (A. 323) und gibt der gleichen Behandlung anderer Fälle durch die allgemeine Auslegungsvorschrift des A. 279 Raum.<sup>14)</sup>

Schwierig ist, im einzelnen Fall zu entscheiden, ob die Umstände zur Deutung des Stillschweigens als Genehmigung angethan sind,<sup>15)</sup> schwieriger, die

<sup>13)</sup> Hierüber besteht eine gleichförmige Rechtsprechung des R.O.H.G. Bd. I Nr. 22 S. 80; II Nr. 19 S. 91; III Nr. 7 S. 47, Nr. 24 S. 117; V Nr. 37 S. 170; X Nr. 41 S. 188; XII Nr. 1 S. 5, Nr. 32 S. 102; XIV Nr. 115 S. 372; XV Nr. 34 S. 96; XVI Nr. 13 S. 40, Nr. 37 S. 132.

<sup>14)</sup> R.O.H.G. II Nr. 19 S. 91; XV Nr. 34 S. 96.

<sup>15)</sup> Aus der Rechtsprechung des R.O.H.G. sind zu vergleichen:

a. Fälle wo das Stillschweigen als Genehmigung gedeutet wurde: Entsch. Bd. I Nr. 22 S. 82; IX Nr. 112 S. 412; XIII Nr. 13 S. 45; XIV Nr. 4 S. 11, Nr. 115 S. 372; XVI Nr. 13 S. 41, Nr. 44 S. 157; XXII Nr. 28 S. 131. Eigenthümlich Bd. III Nr. 24 S. 117: Stillschweigen aus spätern Handlungen beider Theile als Genehmigung erläutert.

b. Fälle, wo die Schlüssigkeit des Stillschweigens nicht als gegeben erachtet wurde: Entsch. Bd. II Nr. 19 S. 91; V Nr. 37 S. 170; X Nr. 41 S. 188; XVI Nr. 37 S. 131.

Ueber die Bedeutung der vorbehaltlosen Annahme unbestellt zugesandter Waaren sprechen sich aus die Entsch. Bd. II Nr. 2 S. 25; III Nr. 7 S. 47; XIII Nr. 32 S. 95; XVI Nr. 13 S. 40, Nr. 37 S. 132. Der im Königr. Sachsen bestehenden Praxis, wonach unter Kaufleuten die stillschweigende Entgegennahme einer mit Faktura unbestellt zugesandten Waare als Antragsannahme gelten soll (Seuffert, Arch. XIII Nr. 218; XXIV Nr. 264), hat das R.O.H.G. XVI Nr. 37 S. 132 die Anerkennung versagt. Selbst das Öffnen der Verpackung darf für sich als Annahme nicht gedeutet werden, denn es geschieht möglicherweise nur zum Zweck der Untersuchung. Anders dagegen die Verfügung auch nur über einen Theil der Waare. Seuffert, Arch. XX Nr. 164; XXIV Nr. 60.

mannigfachen Erscheinungen auf eine allgemeine Formel zurückzuführen. Ein Anhaltspunkt allgemeinerer Natur kann liegen in dem Inhalt des Antrags oder in dem besondern Verhältniss des Antragsempfängers zum Antragsteller.

aa. Auf einen Antrag, welcher reinen Vortheil des Antragsempfängers bezweckt, wird im Verkehr eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nicht erwartet, das Stillschweigen gilt als Annahme. Ein Antrag der gedachten Art liegt vor, wenn der beabsichtigte Vertrag dem Antragsempfänger entweder überhaupt keine Verpflichtung auferlegt (Schenkungs-, Verbürgungs-, Anerkennungs-, Verzichts-Angebot u. s. w.) oder wenn die damit für ihn verbundene Verpflichtung nach der Anschauung des Verkehrs eine ganz untergeordnete Last ohne Vermögensopfer bildet (z. B. Pfandangebot).<sup>16)</sup>

bb. Nach H.G.B. A. 323 gilt bei einem Kaufmann, welcher von einem Kaufmann oder Nichtkaufmann den Antrag zu einem Auftragsgeschäft erhalten hat, die Unterlassung unverzögerter Antwort als Uebernahme des Auftrags unter der Voraussetzung, dass der Antragsempfänger entweder mit dem Auftraggeber in einer handelsgeschäftlichen Verbindung steht oder sich gegen ihn zur Ausrichtung derartiger Anträge erboten hat. Das Gesetz spricht von Aufträgen und dieses Wort ist in dem engeren juristischen Sinn zu verstehen, so dass z. B. Anträge zu Lieferungskäufen, welche in der Verkehrssprache nicht selten Aufträge genannt werden, nicht darunter fallen.<sup>17)</sup> Andererseits bildet kein Erforderniss, dass der gegebene Auftrag der gleichen Geschäftsgattung angehört wie die bisher zwischen den Parteien geschlossenen Verträge; genug dass er in das Bereich des Handelsgewerbes fällt (A. 274).<sup>18)</sup>

Somit ist der Anwendungskreis des A. 323 ein fest begrenzter. Daraus folgt aber nicht, dass bei allen andern Anträgen und unter allen andern Verhältnissen der Schluss von dem Nichtantworten auf die Genehmigung unberechtigt sei. Der A. 323 will nur der Willensauslegung eine Stütze bieten, ohne ihr Schranken zu ziehen, und wie es nicht zweifelhaft ist, dass aus der besondern Lagerung des Falls Gründe hervorgehn können, welche trotz des Daseins der allgemeinen Voraussetzungen dieser Gesetzesvorschrift die Unter-

<sup>16)</sup> Behrend in Zeitschr. für deutsche Rechtspflege und Gesetzgebung Bd. VIII S. 307.

<sup>17)</sup> Für diese Auslegung spricht die Entstehung der Vorschrift, indem man mit Aengstlichkeit an deren Aufstellung herantrat, und spricht ferner die Aneinanderreihung von Antrag und Aufträgen in A. 297. Uebereinstimmend R.O.H.G. V Nr. 37 S. 170; VII Nr. 90 S. 338. Weiter geht die Entsch. in Bd. XI Nr. 132 S. 434. Vgl. auch Hauser in Z. f. H.R. XII S. 104 fg.

<sup>18)</sup> Auch dafür zeugen die Nürnberger Verhandlungen. Es wurde ein Antrag gestellt, in den jetzigen A. 323 vor dem Worte Geschäftsverbindung einzuschalten „dem Antrage entsprechenden“, damit der Art. nicht auf „Aufträge ganz heterogener Art“ bezogen werden könne. Der Antrag fand keinen Anklang; man könne — so wurde eingewendet — nach dem Standpunkt des Gesetzes nicht von der Einschränkung des Kaufmannsgewerbes auf einen gewissen Zweig von Handelsgeschäften ausgehen; ohnehin werde der Richter dem Ausdruck Geschäftsverbindung eine nicht allzu ausgedehnte und unbegrenzte Auslegung zu geben wissen. Prot. S. 582.

stellung der Genehmigung ausschliessen, so kann umgekehrt diese Auslegung geboten sein, wo nicht alle Thatbestandsmerkmale des A. 323 vorliegen, also auch bei Anträgen, welche an einen Nichtkaufmann gestellt oder nicht auf ein Auftragsgeschäft gerichtet sind. Ueberhaupt ist das Schweigen als Genehmigung zu deuten, wo Nichtantworten ungeachtet des Entschlusses auf den Antrag nicht einzugehen eine Verletzung der im Verkehr herrschenden Redlichkeit enthalten würde.<sup>19)</sup> So darf in der Zurückweisung einiger gleichzeitig gestellter Anträge die Annahme des mit Stillschweigen übergangenen gefunden werden.<sup>20)</sup> Auch greift hier zuweilen eine besondere Handelsübung ein.<sup>21)</sup>

Es ist ungenau, in diesen Fällen von einer Pflicht zur Antwort zu sprechen, obwohl auch das H.G.Buch sich dieser Redewendung bedient. Eine Rechtspflicht liegt nicht vor, und es wäre verkehrt, in der Unterstellung der Zustimmung eine Strafe für das Nichtantworten zu erblicken. Das wäre eine sonderbare Strafe, welche in der Mehrzahl der Fälle, nämlich überall wo die Entstehung des Vertrags der Absicht des Nichtantwortenden entspricht, den Straffälligen mit der Erfüllung seines Wunsches ahndet. Nicht jede nachtheilige Folge, welche das Gesetz mit einem Thun oder Nichtthun verknüpft, fällt unter den Gesichtspunkt der Strafe.

Aber in einer andern Richtung kann unter Umständen für den Antragsempfänger eine Rechtspflicht entstehen. Es wurde oben bemerkt, dass für unbestellt zugesandte Waaren dem Empfänger eine rechtliche Verbindlichkeit zur Aufbewahrung oder Zurücksendung des Nichtbehaltenen nicht obliege. Indes können besondere Verhältnisse, namentlich eine bestehende Geschäftsverbindung den Antragsempfänger verpflichten, sich der zurückgewiesenen Sachen im Interesse des Zusenders insoweit anzunehmen, als dies ohne eignes Vermögensopfer möglich ist. Wo die Umstände diese Obsorge gebieten, wo die Zurückziehung auf den formellen Rechtsstandpunkt ein Verstoß gegen Treu und Glauben wäre, ist nach Verkehrssitte zu beurtheilen.<sup>22)</sup> Das H.G.Buch verleiht auch dieser Anschauung Ausdruck. Unter den Voraussetzungen des A. 323 soll der Auftragsempfänger, der den Antrag zurückweist, schuldig sein, die übersandten Sachen einstweilen aufzubewahren, bis der Absender die Möglichkeit hat, anderweit

<sup>19)</sup> Dies war bereits in der deutschen Praxis vor dem Inslebentreten des H.G.Buchs anerkannt. Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe Nr. 35 und 37: „ein guter Kunde“ des Antragenden. Seuffert, Arch. I Nr. 40; IV Nr. 211; VIII Nr. 36; XIII Nr. 218; XIV Nr. 125. Das H.G.Buch beabsichtigte nicht, dieser Uebung entgegenzutreten und damit in vielen Fällen gegen Treu und Glauben zu verstossen. Hahn, Komm. zu A. 323 § 1. R.O.H.G. XIV Nr. 135 S. 430 u. dort cit. Seuffert, Arch. XXV Nr. 264 (O.A.G. Jena). Preuss. Ldr. I, 13 §§ 13, 14. Oesterr. G.B. § 1003. Schweiz. Obl.R. A. 393.

<sup>20)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 13 S. 40.

<sup>21)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 97 S. 301: Zeichnungen auf Grund öffentlicher Emissionen gelten als angenommen, wenn sie nicht ausdrücklich abgelehnt werden. Ein anderes Beispiel ausdrücklicher Ablehnung bei Vermeidung der Genehmigungsunterstellung unten § 249 Not. 27.

<sup>22)</sup> R.O.H.G. XX Nr. 59 S. 205.

dafür zu sorgen. Doch hat der Antragsempfänger dies nur auf Kosten des Antragstellers zu thun und nur wenn er sowohl für seine Auslagen gedeckt ist als auch in sonstiger Beziehung für sich keinen Nachtheil zu befürchten hat. Aller Verantwortung ist er ledig, wenn das Handelsgericht auf seinen Antrag die vorläufige Niederlegung des Guts in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Privatmann verordnet hat (A. 323 Abs. 2 u. 3 mit A. 348).

Noch erheischt die Frage eine Lösung, auf wessen Gefahr in den gedachten Fällen die Ablehnungserklärung reist oder m. a. W. ob der Vertrag zu Stande kommt, wenn die rechtzeitig und ordnungsmässig abgegebene Ablehnungserklärung bei dem Antragenden verspätet oder gar nicht eingelangt. Es ist die Entstehung zu verneinen, trotzdem dass die Rechtsfolge des Nichtantwortens nicht als Strafe aufzufassen ist. Es entscheidet folgende Erwägung. Der Antragsempfänger ist durch die Willkür des Antragenden in die Lage versetzt worden zu antworten, wenn nicht in dessen Interesse sein Schweigen als Zustimmung ausgelegt werden soll. Mehr kann von ihm nicht gefordert werden als dass er das Seinige thue, um vom Antragenden eine Täuschung fern zu halten. Wird dieser Erfolg durch einen ausserhalb seiner Schuld liegenden Umstand vereitelt, so darf der Nachtheil daraus nicht auf ihn fallen sondern auf den Antragsteller als den Urheber dieser gefahrbringenden Lage.

III. Im Antrag bezeichnet der Antragsteller die Bedingungen, unter welchen er bereit ist, mit dem Antragsempfänger in das beabsichtigte Rechtsverhältniss zu treten, beziehungsweise das bestehende Rechtsverhältniss aufzuheben oder zu ändern. Diese Erklärung ist als untheilbar und ausschliesslich zu betrachten. Nur eine alle Punkte des Antrags umfassende und vorbehaltlose Zustimmung vermag den Vertrag hervorzubringen.<sup>23)</sup>

Gleichzeitig gestellte Angebote derselben Person zu verschiedenen Verträgen sind nicht schon um dieses Zusammenhangs willen von einander abhängig. Es kann das eine angenommen und das andere abgelehnt werden, wenn nicht aus den Umständen erhellt, dass sie ein untrennbares Ganze bilden.<sup>24)</sup> Das Angebot zur Abnahme einer Quantität vertretbarer Sachen ist, wenn auf einen entgeltlichen Vertrag gerichtet, im Zweifel als untheilbar zu betrachten, da für die Abnahme eines höheren Betrags ein verhältnissmässig niedrigerer Preis angesetzt zu werden pflegt.<sup>25)</sup> Wird durch das Angebot einer solchen Quantität eine unentgeltliche Zuwendung beabsichtigt, so entspricht im Zweifel der Absicht des Antragstellers, das Angebot als ein generelles aufzufassen, weil doch wohl demjenigen das Weniger nicht versagt werden will, welchem das Mehr zgedacht war.

IV. Eine Annahme, welche dem Antrag nicht vollkommen entspricht, welche insonderheit an eine Bedingung oder einen Vorbehalt geknüpft ist, enthält eine Ablehnung und damit eine Vernichtung des Antrags.<sup>26)</sup> Hierunter

<sup>23)</sup> R.O.H.G. X Nr. 1 S. 9.

<sup>24)</sup> R.O.H.G. X Nr. 1 S. 9; XVI Nr. 44 S. 155.

<sup>25)</sup> Goldschmidt, Hdb. I 2 § 63 Not. 26. Dernburg Preuss. P.R. I § 107 Not. 19.

<sup>26)</sup> Bei Anträgen unter Gegenwärtigen trifft damit ein anderer Erlöschungsgrund zusammen, der Ablauf der Antragsfrist. R.O.H.G. VI Nr. 56 S. 244.



fällt auch eine Annahmeerklärung, welche über den Umfang des Antrags hinausgeht.<sup>27)</sup>

Eine derartige Antwort enthält aber neben der Ablehnung des gestellten Antrags in der Regel die Stellung eines neuen Antrags<sup>28)</sup> (H.G.B. A. 322). In der Regel, denn dieser zweite Inhalt der Erklärung ist durch das Dasein aller objektiven und subjektiven Erfordernisse eines Antrags bedingt. Sind sie vorhanden, so wird der frühere Antragsempfänger zum Antragsteller und der frühere Antragsteller zum Antragsempfänger, was für das Zustandekommen des Vertrags namentlich auch in Beziehung auf den Zeitpunkt des Abschlusses von Erheblichkeit ist. Auf diese Weise können bei der Unterhandlung über einen abzuschliessenden Vertrag die Rollen öfter wechseln.<sup>29)</sup>

V. Nur das in Kraft stehende Angebot kann durch die Annahme in den Vertrag übergeführt werden. Jede Erlöschung des Antrags, gleichviel wodurch veranlasst (§ 246), schliesst jenen Erfolg aus. Eine beschränkte Ausnahme besteht, wie früher ausgeführt, für den Fall, da die Annahmeerklärung trotz rechtzeitiger und ordnungsmässiger Absendung beim Antragsteller verspätet eintrifft. Die Ausnahme ist eine beschränkte, weil eine solche Annahmeerklärung nur in Verbindung mit der Unthätigkeit des Antragstellers die Entstehung des Vertrags zur Folge hat. Die Zurückführung dieser Vertragsentstehung auf eine stillschweigende Annahme des in der verspäteten Annahmeerklärung enthaltenen Antrags wurde oben (§ 246 Not. 22) abgelehnt. Indes kann sich in jeder verspäteten Annahmeerklärung und zwar nicht blos in der rechtzeitig abgesandten ein Angebot des bisherigen Antragsempfängers bergen, zu welchem der bisherige Antragsteller die ungebundene Stellung eines Antragsempfängers einnimmt. Die verspätete Annahmeerklärung hat diese Bedeutung, wenn daraus die Absicht des Erklärenden erhellt, mit dem Adressaten das Geschäft abzuschliessen.<sup>30)</sup>

VI. Die unter Abwesenden erklärte Annahme ist widerrufflich. Aber der Widerruf äussert Wirksamkeit nur dann, wenn er dem Antragsteller vor oder gleichzeitig mit der Annahmeerklärung zukommt (H.G.B. A. 320 Abs. 2). Es entspricht dies der Widerruflichkeit der Antragserklärung (A. 320 Abs. 1) und hat wie diese seine Rechtfertigung in der Erwägung, dass eine Erklärung auf die Willensentschliessung des Adressaten nicht eher einzuwirken vermag als bis derselbe davon Kenntniss genommen hat; der Zeitpunkt der Kenntnissnahme ist lediglich aus Gründen der Praktikabilität mit dem Zeitpunkt des Zukommens

<sup>27)</sup> R.O.H.G. I Nr. 19 S. 70. R.O.H.G. III Nr. 59 S. 280.

<sup>28)</sup> Es darf hier darauf hingewiesen werden, dass eine gleiche Behandlung sich schon im römischen Recht findet und zwar bei einem Vertrag, wo sie am wenigsten erwartet werden sollte, bei der Stipulation. L. 1 § 3 V.O. 45,1. Die bedingte Zusage auf die unbedingte Frage soll die Entstehung der Obligation ausschliessen „nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. Anders in der früheren Zeit. Gai. III § 102.

<sup>29)</sup> Seuffert, Arch. XXXV Nr. 270.

<sup>30)</sup> R.O.H.G. XV Nr. 17 S. 43 Hahn, Komm. zu A. 319 § 9 a. E. A. M. Degenkolb, Vorverträge S. 14 Not. 3, S. 16 Not. 1 aus, wie mir scheint, rein doktrinären Gründen.

der Nachricht vertauscht. Wenn demnach vor Eintreffen der Erklärung für den Adressaten noch *res integra* ist und wenn beim Eintreffen derselben ihm deren Wirkungslosigkeit zur Kenntniss gebracht wird, so ist kein Grund abzusehen, warum dem Absender die Zurücknahme seiner Erklärung und damit die Abwendung eines Nachtheils versagt sein soll. Ein Widerspruch mit der Vorschrift des A. 321 über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt nicht vor, denn diese hat eine gültige Annahmeerklärung zur Voraussetzung, was dort gerade in Frage steht. Man hat behauptet, dass durch die Widerruflichkeit der Annahmeerklärung der Antragsteller der „schlechten Spekulation“ des Antragsempfängers preisgegeben sei; ein schlauer Antragsempfänger werde immer vorsorglich die Annahme sofort erklären, da er sich dadurch die Gebundenheit des Antragstellers sichert, ohne selbst vorerst gebunden zu sein. Indes hat sich der Antragsteller in diese Lage schon durch seinen Antrag begeben. Auch ist die günstigere Stellung des Antragsempfängers bei der Kürze der Antragsfristen in der Regel nicht von langer Dauer. Endlich hat der Antragsteller in der Hand, dem Antragsempfänger den Vorsprung zu entziehen; er verlangt umgehende Antwort auf dem schleunigsten Beförderungsweg (per Draht).<sup>31)</sup>

Aus der gleichen Erwägung kann auch die Ablehnungserklärung wirksam widerrufen und der Antrag nachträglich angenommen werden, wenn es nur dem Antragsempfänger gelingt, die zweite Mittheilung wenigstens gleichzeitig mit der ersten bei dem Antragsteller einzubringen.<sup>32)</sup>

Ja rechtlich angesehen steht den Erklärenden innerhalb der angegebenen Grenzen die Befugniss zum mehrmaligen Wechsel ihrer Mittheilungen zu, aber an der thatsächlichen Ausführbarkeit wird es fehlen.

Seiner Natur nach greift der Widerruf nur gegenüber wörtlichen Annahmeerklärungen Platz.

## § 248.

### D. Zeit und Ort des Vertragsschlusses.

I. **Zeitpunkt.** — Mit der Annahme des Antragsempfängers schliessen die zur Entstehung des Vertrags erforderlichen Willenserklärungen ab. Es bedarf nicht erst einer Annahme der Annahmeerklärung, im preussischen Landrecht ist dies zu allem Ueberfluss ausdrücklich gesagt (I, 5 § 82). Eine Zurückweisung der ordnungsmässig bewirkten Annahme durch den Antragsteller ist wirkungslos.

Damit ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Verhandlung unter **Gegenwärtigen** bestimmt: der Vertrag ist geschlossen, sobald der Antragsempfänger die Annahme erklärt hat.

<sup>31)</sup> Gegen die harte Anfechtung des A. 320 Abs. 2 durch Thöl § 239 Not. 23 vgl. Hahn, Komm. zu A. 320 § 5; Dernburg, Preuss. P.R. I § 107 Not. 17 a. E. Auch die Praxis in Frankreich lässt einen Widerruf der Annahmeerklärung unter den im Text angegebenen Bedingungen zu. Lyon-Caen et Renault, *précis de droit comm.* no. 631.

<sup>32)</sup> Dies wurde in der Nürnberger Kommission anerkannt, freilich unter unhaltbarer Begründung. Prot. S. 575.

Nicht so einfach gestaltet sich die Beantwortung der aufgeworfenen Frage für den Vertragsschluss unter Abwesenden, weil hier die Abgabe der Annahmeerklärung und die Kenntnissnahme des Antragstellers von derselben zeitlich auseinander fallen. Auf dem Boden des gemeinen Rechts besteht über den Zeitpunkt der Vertragsentstehung bei der Verhandlung unter Abwesenden grosse Meinungsverschiedenheit.<sup>1)</sup> Es ist nicht nothwendig hierauf einzugehen, da das H.G.Buch zu der Frage in bestimmter Weise Stellung genommen und für das Gebiet der Handelsverträge positiven Boden geschaffen hat.

Demgemäss muss nach der Beschaffenheit der Annahmehandlung unterschieden werden.

1. Die Annahme, welche durch wörtliche Erklärung bethätigt wird, erfordert eine Erklärung an den Antragsteller, eine Annahmemittheilung. Dies führt folgerichtig zu dem Satz, dass der Vertrag unter Abwesenden erst mit dem Moment zum Abschluss kommt, wo die Annahmeerklärung zur Kenntniss des Antragenden gelangt ist (Vernehmungstheorie). Allein es ist die Frage, ob sich die Bestimmung des Vollendungszeitpunktes nach rein logischen Gründen mit dem praktischen Bedürfniss verträgt, und dieses verdient doch in erster Linie Befriedigung durch das positive Recht. Da drängt sich denn vor allem das Bedenken auf, dass die Kenntnissnahme des Antragstellers von der schriftlichen (oder telegraphischen) Annahmeerklärung in der Regel der Wahrnehmung Dritter entrückt ist, ja noch mehr, dass sie vom Antragsteller willkürlich verzögert werden kann. Deshalb empfiehlt sich vom praktischen Standpunkt, die Vollendung des Vertrags an das Eingelangen der zustimmenden Antwort beim Antragsteller zu knüpfen (Empfangstheorie). Dies ist aber nicht das einzige. Wenn auch das Zustandekommen des unter Abwesenden verhandelten Schuldvertrags dadurch bedingt ist, dass die zusagende Antwort dem Antragenden zugestellt wird, so betrachtet doch der Geschäftsmann die Sache schon mit der Absendung der Annahmeerklärung für abgemacht, denn bei der Zuverlässigkeit der Verkehrsmittel darf er den Eintritt der Vollendungsbedingung als sicher voraussetzen. Ueberdies muss er sich jetzt schon zu Gunsten des Antragstellers zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bereit halten, wie er andererseits das Ge-

<sup>1)</sup> Das Erscheinen des H.G.Buchs hat den Anstoss gegeben, die Frage vom allgemeinen Standpunkt einer erneuten Untersuchung zu unterziehen, und es ist eine reichhaltige Literatur darüber erwachsen. Nachweise bei Windscheid, P. § 306 Not. 1—4, wo jedoch *Sohm* nicht richtig zu den Anhängern der Aeusserungstheorie gezählt wird; dieser Schriftsteller bezeichnet seinen abweichenden Standpunkt als Realisirungstheorie (Z. f. H.R. XVII S. 101). Die Frage ist in Frankreich streitig wie in unserer gemeinrechtlichen Jurisprudenz. Nach dem Zeugnis der neuesten Schriftsteller über französisches Handelsrecht, *Lyon-Caen et Renault*, *précis de droit comm.* no. 631 huldigt die in Praxis und Doktrin vorherrschende Ansicht der Vernehmungstheorie oder genauer der praktischen Modifikation der Vernehmungstheorie, der sog. Empfangstheorie: „Dans une opinion qui a pour elle la plupart des auteurs et la jurisprudence, la vente n'est parfaite que du jour où la lettre d'acceptation est parvenue à l'auteur de l'offre.“ Es ist dieses Zeugnis um so unbefangener, als die Verfasser selbst Anhänger der Aeusserungstheorie sind.

schäft sofort zur Unterlage weiterer Verfügungen zu nehmen pflegt. Dies weist darauf hin, die Wirkungen des zu Stande gekommenen Vertrags schon von der Absendung der Annahmeerklärung zu berechnen. Als solche Wirkungen sind vornehmlich anzusehen: die Haftung für vertragsgemässes Verhalten, die Tragung der Gefahr (beim Speziaukauf), die Fälligkeit der Schuld, Verzinslichkeit des Preises.

Aus dieser Erwägung erklären sich die Vorschriften des H.G.Buches über den Vertragsschluss unter Abwesenden.

Nach Art. 319 wird die Entstehung des Vertrags durch Erlöschung des Angebots vereitelt, wenn die zustimmende Antwort des Antragsempfängers nicht innerhalb der Antragsfrist bei dem Antragsteller eintrifft. Eine beschränkte Ausnahme dieser Regel hat oben (§ 246 S. 438) Erklärung gefunden. Im Anschluss hieran verfügt Art. 320 Abs. 2, dass die Annahmeerklärung insoweit dem Widerruf unterliegt, als sie nicht dem Antragsteller zugekommen ist. Danach ist der Standpunkt des H.G.Buchs: nicht die Abgabe der Annahmeerklärung sondern deren Eintreffen beim Antragsteller ruft den Vertrag ins Leben.

Diese Folgerung wird durch den Inhalt des Art. 321 keineswegs widerlegt. Er lautet: „Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Erklärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist, als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags.“ Schon der Wortlaut weist darauf hin, dass das Zustandekommen des Vertrags und der Moment, welcher als Zeitpunkt des Abschlusses gelten soll, nicht als zusammenfallend gedacht sind. Im Zusammenhang mit dem Vorausgehenden ergibt eine ungezwungene Auslegung folgenden Sinn: der entstandene Vertrag soll dieselben Wirkungen erzeugen, wie wenn er schon mit der Absendung der Annahmeerklärung zur Entstehung gelangt wäre. Das Gesetz verordnet m. a. W. eine Rückziehung der Wirkungen des Vertrags.

Dies darf als die herrschende Auffassung bezeichnet werden.<sup>2)</sup> Nach einer abweichenden Meinung soll das H.G.Buch den Vertrag schon mit der Absendung der Annahmeerklärung vollenden lassen und dem Antragsempfänger ein einseitiges Rücktrittsrecht einräumen.<sup>3)</sup> Diese Ansicht scheidet an der gesetzlichen Bestimmung, dass der Vertrag ohne das rechtzeitige Eintreffen der Antwort überhaupt nicht entsteht. Die Vollendung kann daher nicht in einen früheren Zeitpunkt fallen.<sup>4)</sup>

Die Erklärung der Annahme ist behufs Absendung abgegeben, wenn vom

<sup>2)</sup> Hahn, Komm. zu A. 321 § 1 Anschütz-Völderndorff, Komm. zu A. 321 Ziff. VI. Thöl § 239. III. Hauser in Z. f. H.R. XII S. 121. Goldschmidt, ebenda XIII S. 336.

<sup>3)</sup> Laband in Z. f. H.R. XVII S. 315. Schott, Der oblig. Vertrag S. 114, 116. Makower, Komm. zu A. 321. In der Nürnberger Kommission machten sich über den Vollendungszeitpunkt verschiedene Ansichten geltend. Prot. S. 576—579, 1360.

<sup>4)</sup> Eine verwandte Bestimmung enthält H.G.B. A. 651 Abs. 2 für den Zeitpunkt der Uebergabe eines an Ordre lautenden Konnossements, wenn dasselbe nach einem anderen Orte versandt wird. Ueber die eigenthümliche Vollendung von Versicherungsverträgen vgl. R.O.H.G. IX Nr. 108 S. 332; R.G. III Nr. 32 S. 104.

Antragsempfänger das zur Uebermittlung der Antwort an den Antragsteller Erforderliche geschehen ist.<sup>5)</sup> Die Möglichkeit, diesen Schritt wieder rückgängig zu machen, schliesst die „Abgabe behufs Absendung“ nicht aus. So genügt der Einwurf des Annahmefriefs in einen öffentlichen Briefkasten, obwohl der Absender sogar bis zur Aushändigung des Briefs an den Adressaten befugt ist, den Brief von der Post zurückzufordern. Es genügt die Abgabe der Erklärung an einen Boten (Makler), obwohl die Wirkung durch einen Eilboten, ein Telegramm u. s. w. verhindert werden kann. Ja selbst durch die Uebergabe des Briefs an seinen eignen Bediensteten mit dem Auftrag der Ablieferung an die Post vollzieht der Antragsempfänger eine „Abgabe behufs der Absendung.“<sup>6)</sup>

Wird die Erklärung einer Person gegenüber abgegeben, welche vom Antragsenden zur Entgegennahme derselben ermächtigt ist, so ist nicht die Erklärung behufs Absendung abgegeben sondern der Vertragsschluss selbst vollendet, so dass der Vertrag von dem Gelangen der Nachricht an den Antragsenden nicht abhängt. Die Erklärung an den Bevollmächtigten ersetzt die Erklärung an den Vollmachtgeber.<sup>7)</sup>

2. Weniger scharf tritt der Zeitpunkt der Vertragsvollendung in denjenigen Fällen heraus, wo die Annahme durch die Ausführung der Erfüllungshandlung bethätigt wird. Es ist hiebei festzuhalten, dass diese Handlung die Vertragsentstehung abschliesst, nicht erst die Benachrichtigung oder Kenntnissnahme des Antragsenden. Hier fallen demnach Vollendung des Vertrags und Beginn seiner Wirkung zusammen.<sup>8)</sup>

3. Bei der Annahme durch Unterlassung unverzüglicher Antwort bewirkt das Nichteintreffen den Schlusspunkt, so dass der Vertrag zu der Zeit als zu Stande gekommen anzusehen ist, wo eine rechtzeitig und ordnungsmässig abgesandte Antwort bei regelrechter Beförderung an den Antragsenden gelangt wäre. Dies entspricht der Analogie des Art. 319 u. 320. Man wird sich aber auch der Analogie des A. 321 nicht entschlagen können und die Wirkungen des Vertrags an den Zeitpunkt knüpfen müssen, in welchen die Absendung einer rechtzeitigen und ordnungsmässigen Antwort gefallen wäre.

II. Ort. — Ein Vertrag ist an demjenigen Orte abgeschlossen, wo die Annahmehandlung vollzogen wurde. Angewandt auf die gewöhnliche Beschaffenheit dieser Handlung ergibt dies den Ort, wo die zustimmende Erklärung abgegeben

<sup>5)</sup> Der gleiche Ausdruck in A. 377: „bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrags behufs ihrer Absendung abgegeben ist.“ Vgl. preuss. Ldr. I 5 § 102: „wo der Annehmende alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragsenden erforderlich war.“

<sup>6)</sup> Hahn, Komm. zu A. 321.

<sup>7)</sup> R.O.H.G. V Nr. 27 S. 113; IX Nr. 108 S. 385. Sächs. G.B. § 788. Schlie-  
mann in Z. f. H.R. XVI S. 26—31 und dazu die Berichtigung von Zimmermann,  
Stell. neg. gest. S. 47: „Stellvertretung ist nicht nur möglich in dem rechtsgeschäft-  
lichen Handeln, sondern auch in der Entgegennahme gegnerischer Willensäusserungen.“

<sup>8)</sup> Zweckmässig bestimmt das schweiz. Obl.R. A. 8 Abs. 2: „Wenn eine ausdrückliche Annahme nicht erforderlich ist, so beginnen die Wirkungen des Vertrags mit dem Empfang des nicht abgelehnten Antrags.“

wurde, nicht wo sie dem Antragenden zugekommen ist.<sup>9)</sup> Es entsprechen sich sonach Zeitpunkt und Ort des Vertragsabschlusses.<sup>10)</sup> Und dies gilt auch für die Bethätigung der Annahme durch Ausführung der Erfüllung oder durch Nichtantworten. Hat der Antragende die Annahmeerklärung eines unvollmächtigten Stellvertreters entgegengenommen, wozu er nicht verpflichtet ist (§ 247 I), so besitzt der Vertrag seinen Entstehungsort da, wo der Vertreter gehandelt, nicht wo der Vertretene die Genehmigung erteilt hat.<sup>11)</sup> Für das Eingreifen eines bevollmächtigten Vertreters ist dies ohnehin nicht zweifelhaft. Wer sich dagegen eines Boten bedient, schliesst selbst den Vertrag (§ 239); deshalb entscheidet der Absendungsort, nicht der Ort, wo der Bote seinen Auftrag vollzieht.

Uebrigens ist der Ort des Vertragsschlusses von weniger eingreifender Bedeutung als die Zeit der Entstehung. Fast überall wo die örtliche Beziehung des Vertragsverhältnisses in Betracht kommt, in privatrechtlichen wie in prozessualischen Fragen, ist nicht der Entstehungs- sondern der Erfüllungsort maassgebend (§ 254). Und hinsichtlich des örtlichen Sprachgebrauchs als Auslegungsmittels einer Vertragserklärung ist wiederum nicht unbedingt auf den Ort zu sehen, wo der Vertrag seinen Abschluss erhielt. Vgl. § 250 IV, 3.

#### § 249.

### E. Form der Handelsgeschäfte.<sup>1)</sup>

Die Mittel zur Aeusserung des Willens sind mannigfach: Wort, Schrift, sonstige Handlung und die Verstärkung durch feierliche Rede oder Handlung Zuziehung von Zeugen, Fassung der Erklärung durch eine mit öffentlichem Glauben betraute Person, (Richter, Notar). Nun beruht der Gegensatz zwischen formellen und formlosen Rechtsgeschäften nicht auf der äusseren Erscheinung der Willenserklärung an sich, ob mündlich oder schriftlich u. s. w., sondern auf dem Verhältniss des Erklärenden zur Wahl dieses Aeusserungsmittels. Wo hierin für den Erklärenden rechtliche Freiheit besteht, ist das Geschäft ein formloses; wo der Erklärende an eine bestimmte Aeusserungsform gebunden ist und zwar bei Vermeidung einer Einbusse an der civilrechtlichen Wirksamkeit seines Geschäfts, da ist das Rechtsgeschäft ein formelles. Der Kaufvertrag wird

<sup>9)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 11.

<sup>10)</sup> Nach dem preussischen Entwurf sollte dieser Satz im Gesetzbuch Ausdruck finden. A. 239 dieses Entwurfs lautet: „Ein unter Abwesenden zu Stande gekommener Vertrag gilt als in dem Zeitpunkt und an dem Ort abgeschlossen u. s. w.“ Die Kommission fand dies bedenklich, weil daraus leicht das Missverständniss entstehen könne, als ob der Entstehungsort des Vertrags wichtiger sei als der Erfüllungsort (?). Die Richtigkeit des Satzes wurde nicht beanstandet.

<sup>11)</sup> Urtheil des französ. Kassationshofes vom 25. Febr. 1879 in Z. f. H.R. XXVI S. 278. Lyon-Caen et Renault, précis de droit comm. no. 633.

<sup>1)</sup> Thöl §§ 240—244. Endemann § 95. Stobbe, Deutsch. P.R. § 173. Dernburg, Preuss. P.R. I §§ 94—103. Ueber die Bedeutung der Form im Rechtsverkehr überhaupt Ihering, Geist des römischen Rechts § 45. Geschichtliches bei L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge.

nicht dadurch zum formellen Rechtsgeschäft, dass die Erklärungen brieflich ausgetauscht werden, der Frachtvertrag ist nach H.G.Buch ein formloses Geschäft, obwohl er regelmässig schriftlich (mittelst Frachtbriefs) geschlossen wird.<sup>1a)</sup> Dagegen sind das Wechselgeschäft und der Bodmereivertrag formelle Geschäfte, denn sie können nur in der Form der Schrift in die Erscheinung treten. Auch beim formellen Geschäft kann dem Erklärenden eine Wahl verstattet sein, jedoch nur unter bestimmt bezeichneten Aeusserungsmitteln (sog. alternative Formvorschrift z. B. gerichtliche oder notarielle Errichtung).

Nicht blos Rechtsvorschrift sondern auch Parteiübereinkunft kann die Freiheit in der Wahl des Erklärungsmittels ausschliessen und das Rechtsgeschäft zum formellen erheben; es gibt gesetzliche und gewillkürte Formgebote.

Die schriftliche Errichtung eines Rechtsgeschäfts liefert wie die Errichtung vor Zeugen zugleich ein Mittel zum Beweis des Rechtsgeschäfts. Die Sicherung des Beweises kann Beweggrund und Zweck bei Aufstellung eines Formgebots sein. Aber die beiden Dienstleistungen von Urkunden und Zeugen sind so streng aus einander zu halten wie Formvorschriften und Beweisvorschriften. Ein Gesetz, welches die schriftliche Errichtung eines Rechtsgeschäfts gebietet, beschränkt nicht die Beweisführung, ein Gesetz, welches Urkundenbeweis fordert, beschränkt nicht die Errichtung des Rechtsgeschäfts.<sup>2)</sup> Ein Formgebot kann durch Parteiwillkür geschaffen werden, eine Beweisbeschränkung nicht.<sup>3)</sup>

Auch der Gegensatz von Dispositiv- (Vertrags-) Urkunden und Beweisurkunden läuft mit dem Gegensatz von formellen und formlosen Rechtsgeschäften nicht parallel.<sup>4)</sup> Jede schriftliche Willenserklärung bildet eine Dispositivurkunde, gleichviel ob die Schriftlichkeit rechtlich geboten war oder auf freier Wahl beruht. Indem das H.G.Buch A. 391 Abs. 2 den Frachtbrief als dienlich zum Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem

<sup>1a)</sup> Dies besagt in eigenthümlicher Fassung H.G.B. A. 391 Abs. 1. Das Betriebsreglement der deutschen Eisenbahnen (§ 49) verlangt Abschluss des Frachtvertrags durch Frachtbrief. Da das Betriebsreglement keine Rechtssätze zu schaffen vermag, so liegt in jener Bestimmung nur die Erklärung eines Vertragstheils, dass er auf einen nicht in dieser Form zu schliessenden Vertrag nicht eintrete. Es enthält der § 49 ein Angebot des deutschen Eisenbahnbetriebsunternehmers an jeden, der mit ihm den Abschluss eines Frachtvertrags beabsichtigt, aber nur ein Angebot zu dem Uebereinkommen, die bezeichnete Form als Vertragserforderniss aufzustellen. Das Betriebsreglement legt den Grund zu einer gewillkürten Formvorschrift. Vgl. hiezu Thöl III § 7 Not. 2 und 3, § 16 Not. 10—13, § 59.

<sup>2)</sup> Beispiele liefern die Justinianische Bestimmung über den Beweis der Zahlung einer urkundlich feststehenden Schuld (Const. 18 de testib. 4, 20) und die Vorschrift des französischen Rechts über den Beweis von Verträgen, deren Gegenstand den Werth von 150 Franken übersteigt. Code civ. art. 1341—1365.

<sup>3)</sup> Es gibt keine vereinbarte Beweiskraft. Bülow im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 62 fg. A. M. Thöl, III § 60 III.

<sup>4)</sup> Eine lichtvolle Erörterung über den Gegensatz von Vertrags- und Beweisurkunden gibt Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 36 fg. Ueber die Entwicklung im römischen Rechtsverkehr Brunner Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde S. 60 fg. S. 147.

Absender erklärt, spricht es ihm die Eigenschaft als Dispositivurkunde weder ab noch zu.

Von jeher strebte der Handelsverkehr nach Freiheit von bindenden Formen. Der Kaufvertrag war schon bei den Römern Konsensalkontrakt. Im neuern Europa haben in dem Kampf zwischen dem römischen Kontraktssystem und dem modernen Satz von der Verbindlichkeit der formlosen Verabredung sich zunächst die kaufmännischen Geschäfte den freieren Rechtsstandpunkt errungen.<sup>5)</sup> Im deutschen gemeinen Recht ist dieser Standpunkt zu allgemeiner Geltung gelangt. Partikulargesetzgebungen, welche dem Formalismus wieder breiteren Boden einräumten, mussten sich zu Zugeständnissen an den Handelsverkehr verstehen.<sup>6)</sup>

Dieser Strömung hat das deutsche H.G.Buch Rechnung getragen, es stellt die Formlosigkeit der Handelsgeschäfte als Regel auf. Indes fehlt es auch hier nicht an Formvorschriften von bald stärkerem bald schwächerem Nachdruck. Ferner gewährt das Handelsrecht den Parteien die Befugnis, im Weg der Vereinbarung die Gültigkeit von gesetzlich formlosen Rechtsgeschäften an die Beobachtung einer bestimmten Form zu knüpfen.

Wir haben demnach die Regel, die gesetzlichen Ausnahmen und die gewillkürte Form zu betrachten.

I. Die **Regel**: „Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt“ (A. 317 Abs. 1). M. a. W.: die Handelsgeschäfte sind gesetzlich formlose Geschäfte.

Diese Regel erstreckt sich auf alle Handelsgeschäfte, auf die einseitigen und zweiseitigen (A. 277),<sup>7)</sup> nicht bloß auf das Hauptgeschäft sondern auch auf die damit zusammenhängenden Rechtshandlungen, sofern sie die Entstehung, Veränderung oder Aufhebung betreffen. Solche Rechtshandlungen sind z. B. die Bevollmächtigung zu einem Handelsgeschäft, die nachträgliche Genehmigung, die Ertheilung der ehemännlichen Zustimmung, der Vorbehalt schiedsrichterlicher Austragung, der Vorbehalt bei einer Zahlung.<sup>8)</sup> Dagegen erfreut sich ein acces-

<sup>5)</sup> L. Seuffert, a. a. O. S. 53, 78, 80, 83, 123 u. a.

<sup>6)</sup> Preuss. Ldr. I, 5 §§ 149—151.

<sup>7)</sup> Auch auf Schenkungen (R.O.H.G. XVI Nr. 52 S. 185) und Versicherungsverträge vorausgesetzt dass sie die Natur von Handelsgeschäften haben. H.G.B. A. 271 Ziff. 3 A. 788. Daher sind die Versicherungen auf Gegenseitigkeit ausgeschlossen. Auch die Versicherungen von unbeweglichen Sachen? Bejaht von Thöl, § 240 Not. 4 wegen H.G.B. A. 275. Verneint von Goldschmidt, H.G.B. § 49 Not. 7 § 59 a. E. Hahn zu A. 275 § 5: „Versicherung einer Immobilie ist . . . kein Vertrag über Immobilien.“ Ebenso R.O.H.G. V Nr. 2 S. 11 fg.

<sup>8)</sup> R.O.H.G. II Nr. 23 S. 98; V Nr. 33 S. 153; VII Nr. 14 S. 58; XV Nr. 72 S. 258, Nr. 94 S. 331; XXIII Nr. 85 S. 259. R.G. IV Nr. 83 S. 308. Auch die Mahnung zur Erfüllung einer handelsgeschäftlichen Verbindlichkeit? Ich glaube ja. Die Frage hat für das Gebiet der französischen Gesetzgebung Bedeutung wegen der schwerfälligen Mahnungsform (Code civ. art. 1139; badisches Landr. S. 1139, R.O.H.G. XI Nr. 31 S. 84. Uebrigens ist für das französische Handelsrecht die Unerlässlichkeit dieser Mahnungsform zweifelhaft. Lyon-Caen et Renault, précis de droit comm. 1 no. 596. Ueber das Ganze Nürnberg. Prot. S. 1358/59. Thöl § 240.



sorischer Vertrag, Bürgschaft, Pfandbestellung, Retentionsbewilligung nicht schon darum der Formlosigkeit, weil er zu einem handelsgeschäftlichen Vertrag hintritt.<sup>9)</sup>

Nach dem allgemeinen Verhältniss des H.G.Buchs zu den Landesrechten sind die Formvorschriften der letzteren für das Bereich der Handelsgeschäfte ausser Kraft gesetzt; für gewisse Geschäfte ist dies im H.G.Buch noch besonders ausgesprochen.<sup>10)</sup> Es erstreckt sich diese Beseitigung über die landesrechtlichen Formgebote hinaus auf alle diejenigen Rechtssätze der Landesrechte, welche aus einem grundsätzlich verschiedenen Standpunkt in Beziehung auf die Förmlichkeit der Geschäfte erwachsen sind, so die Bestimmungen des preussischen Rechts über die Ungültigkeit mündlicher Vereinbarung zu einem schriftlichen Vertrag.<sup>11)</sup> Daher können nach Handelsrecht Verträge, welche kraft Uebereinkunft formell geschlossen wurden, durch formlose Verabredung geändert oder aufgehoben werden.<sup>12)</sup>

Es hat sich Meinungsverschiedenheit darüber ergeben, ob in dem gesetzlichen Erforderniss ausdrücklicher Erklärung eine Formvorschrift enthalten sei. Die Frage hat mehr als theoretische Bedeutung, denn im Bejahungsfall muss den landesrechtlichen Vorschriften dieses Inhalts die Anwendbarkeit auf Handelsgeschäfte gemäss A. 317 abgesprochen werden, vom verneinenden Standpunkt ist sie anzuerkennen. Aehnlich liegt die Frage mit dem gesetzlichen Gebot spezieller Bezeichnung.

Man muss unterscheiden. Nicht selten ist in solchen Rechtssätzen nichts weiter gefordert als unzweideutiger Willensausdruck, eine deutlich ausgedrückte Erklärung; ein verschiedener Deutung fähiges Verhalten, ein der vollen Bestimmtheit ermangelnder allgemeiner Ausdruck soll nicht genügen. Solche Rechtssätze enthalten eine blosse Auslegungs- keine Formvorschrift, sie sind mehr dem Richter als den Parteien gegeben.<sup>13)</sup> Als landesrechtliche Vorschriften könnte ihre Gültigkeit höchstens an den A. 278 und 279, nicht an A. 317 scheitern. Aber auch nach jenen Artikeln darf der Richter nicht mit blossen Möglichkeiten rechnen, so dass ein Widerspruch nicht vorliegt. Wenn dagegen das Gesetz mit solchen Rechtssätzen wörtliche Erklärung oder besondere Erwähnung verlangt, so zeichnet es den Parteien eine bestimmte Art der Willenskundgebung

<sup>9)</sup> Vgl. § 256 V, VI. Goldschmidt, Hdb. § 57 Not. 27 a. E.

<sup>10)</sup> H.G.B. A. 85 (vgl. oben § 81 Not. 1 u. 2), A. 150 Abs. 3, A. 250 Abs. 2, A. 266, 309, 572.

<sup>11)</sup> Preuss. Ldr. I 5 §§ 127—129. Dernburg, Preuss. P.R. I § 99 Not. 3. Ueber Ldr. I, 5 § 117 vgl. unten Not. 24.

<sup>12)</sup> R.O.H.G. III Nr. 88 S. 435; IV Nr. 31 S. 161. Auch die Vernichtung der Vertragsurkunden ist nach Handelsrecht keine Bedingung für die Wirkung des Aufhebungsvertrags. R.O.H.G. VI Nr. 79 S. 351. Seuffert, Arch. XXXVI Nr. 178 (R.G.)

<sup>13)</sup> Dahin zähle ich das Erforderniss ausdrücklicher Bewilligung in H.G.B. A. 22 und 24: in der Veräusserung des Handelsgeschäfts an sich, in dem vorbehaltlosen Austritt aus der Gesellschaft soll eine Einwilligung in die Fortführung der Firma nicht gefunden werden. R.O.H.G. X Nr. 64 S. 291. Nicht anders ist „die besondere Abrede“ in A. 351 zu verstehen. Vgl. auch R.O.H.G. VI Nr. 64 S. 279; IX Nr. 53 S. 180.

vor und stellt ein Formgebot auf. Hierin tritt nun das H.G.Buch dem Landesrecht entgegen.<sup>14)</sup>

Die Regel des H.G.Buchs ist civilrechtlich, sie bestimmt die Rechtsgültigkeit der Handelsgeschäfte. Den prozessualischen Vorschriften über die Beweisbarkeit ist dadurch nicht entgegengetreten (Note 4). Indes hat die Reichscivilprozessgesetzgebung für ganz Deutschland ein Beweissystem angenommen, welches dem handelsrechtlichen Standpunkt entspricht.<sup>15)</sup>

II. Die **Ausnahmen**. Die gesetzlichen Formen des H.G.Buchs beruhen immer auf der Schrift. Sie bestehen entweder in einfacher schriftlicher Fertigung oder in gerichtlicher oder notarieller Verlautbarung oder in der Eintragung in das Handelsregister.

Wie die Art so ist auch die Bedeutung dieser Formen für die Wirksamkeit der Handelsgeschäfte verschieden.

1. Zur rechtlichen Gültigkeit des Geschäfts ist vorgeschrieben:

a. die einfache schriftliche Abfassung für die Zeichnung von Aktien bei Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften, für die Vereinbarung, dass der Pfandgläubiger sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Hauptpfand befriedigen dürfe, für den Bodmereivertrag.<sup>16)</sup>

b. gerichtliche oder notarielle Fertigung für den Vertrag über die Errichtung einer Aktien- oder einer Aktienkommanditgesellschaft, sowie für den auf Abänderung eines solchen Gesellschaftsvertrags oder auf Aufhebung der Gesellschaft gerichteten Aktionärbeschluss;<sup>17)</sup>

c. Eintragung in das Handelsregister für den Vertrag über die Errichtung einer Aktien- oder Aktienkommanditgesellschaft und für jede Abänderung dieses Vertrags.<sup>18)</sup>

2. Zur Erlangung erhöhter Wirksamkeit ist einfache Schrift gefordert für die Bestellung eines kaufmännischen Faustpfands sowie für die Bewilligung vereinfachter Befriedigung aus demselben (A. 310, 311). Die günstigere rechtliche Stellung des Empfängers eines Frachtguts gegenüber dem Frachtführer ist durch die Ausfertigung eines Ladescheins bedingt (A. 413—419). Eigenthümlicher Vorzüge erfreuen sich auch schriftliche kaufmännische Anweisungen und andere Handelspapiere (A. 300—305). Der Urkundenprozess

<sup>14)</sup> R.O.H.G. II Nr. 23 S. 97; V Nr. 79 S. 356; XVI Nr. 88 S. 352; nicht unbedenklich Bd. V Nr. 70 S. 321. Hahn, Komm. zu A. 317 Not. 5 und dagegen Anschütz-Völderndorff, Komm. III S. 212.

<sup>15)</sup> Anders in der Schweiz. Das schweiz. Obl.R. hat in A. 9 die civilrechtliche Regel von der Formlosigkeit der Verträge; daneben ist der Ausschluss des Zeugenbeweises für Verträge über einen gewissen Betrag nach den Gesetzen der romanischen Schweiz aufrecht geblieben. Im Entwurf war das Gegentheil beabsichtigt. Vgl. Schneider, Das schweiz. Obl.R. Komm. zu A. 9 S. 41.

<sup>16)</sup> H.G.B. A. 174 Abs. 2, A. 208 Abs. 3 (R.O.H.G. XXIII Nr. 95 S. 289—93) A. 311, 634. Die Nachricht und Anzeige in A. 319 Abs. 2, A. 343 Abs. 3, A. 356, 357, 377 ist an Schriftlichkeit nicht gebunden. Vgl. auch Genossenschaftsges. § 2.

<sup>17)</sup> H.G.B. A. 174 Abs. 2, A. 208 Abs. 2, A. 198, 214, 242 Ziff. 2. Dazu Z. f. H.R. XI S. 574 fg.

<sup>18)</sup> H.G.B. A. 178, 198, 210, 211.

der deutschen Civilprozessordnung hat nur Beweisurkunden zur Voraussetzung; für ihn ist die schriftliche Errichtung des dem Anspruch zu Grunde liegenden Geschäfts weder erforderlich noch genügend (z. B. bei Untergang der Vertragsurkunde).

In gewissen Fällen ist ein Vertragstheil berechtigt, die Ausfertigung einer Urkunde über das Geschäft zu verlangen.<sup>19)</sup>

Im übrigen sind bezüglich der hier erwähnten Vorschriften die Ausführungen über die einzelnen Lehren zu vergleichen.

**III. Gewillkürte Form.** — Die Parteien haben nicht die Macht, das gesetzliche Formerforderniss für den einzelnen Fall ganz oder theilweise ausser Kraft zu setzen. Aber sie haben die Macht, ein gesetzlich formfreies Geschäft der Formnothwendigkeit zu unterwerfen, d. h. sie können in wirksamer Weise verabreden, dass ihr rechtsgeschäftlicher Wille nur in einer bestimmten Form Geltung erhalten soll. Und wie sie die Formlosigkeit durch ein Formgebot zu verdrängen vermögen, so steht es ihnen auch zu, an Stelle der gesetzlichen einfachen Form das Erforderniss einer erschwerten Form zu setzen. Das positive Recht zollt solchen Vereinbarungen Anerkennung, weil die freiwillige Bindung an gewisse Förmlichkeiten dem Verkehr jedenfalls ungefährlich, oft nützlich ist.

Die Wahl der Parteien fällt in den meisten Fällen auf schriftliche, sei es private oder öffentliche Beurkundung. Deshalb soll die weitere Erörterung an diese Form anknüpfen.

Die Uebereinkunft, dass über das Rechtsgeschäft eine Urkunde errichtet werde, ist nicht immer ein Vertrag über die schriftliche Errichtung des Geschäfts, d. h. ein Vertrag des Inhalts, dass dasjenige und nur dasjenige als Inhalt der Vereinbarung verbindlich sein soll, was in die Urkunde Aufnahme findet. Und wenn auch, was im einzelnen Fall genauer Prüfung zu unterziehen ist, so stehen doch die Parteien der selbst geschaffenen Schranke freier gegenüber als einem gesetzlichen Formgebote, sie können jederzeit durch Uebereinkunft dieselbe ganz oder theilweise beseitigen. Gerade diese Freiheit der Parteien macht die Lösung der dabei auftauchenden Fragen schwierig.

Vor allem ist dabei von Erheblichkeit, wann die Verabredung, über das Rechtsgeschäft eine Urkunde zu errichten, getroffen wurde. Sie kann der Einigung über die materiellen Punkte vorausgehen, sie kann im unmittelbaren Anschluss daran oder erst nach einem Zwischenraume getroffen werden. Der mittlere Fall steht rechtlich entweder mit dem ersten oder dem dritten auf einer Linie. Wesentlich ist nur, ob zur Zeit der Schriftverabredung unter den Parteien ein vollendeter Vertrag vorlag oder nicht. Bei dem unmittelbaren Anschluss der Schriftberedungen an das materielle Uebereinkommen kann das eine wie das andere der Fall sein und es ist bei dem einzelnen Vorgang aus

<sup>19)</sup> H.G.B. A. 391 Abs. 2, A. 440, 558, 644, 788.

den gesammten Umständen die wirkliche Sachlage zu erschliessen.<sup>20)</sup> Man hüte sich zu ausschliesslich auf das Dasein der nach der Gattungseigenschaft des Vertrags erforderlichen Einigungspunkte zu sehen; nicht selten fehlt trotzdem die auf die Gesamtheit der Besprechung gerichtete Willenseinigung, der Geschäftsabschluss, und das Verlangen nach schriftlicher Fassung wird nicht selten gerade aus dem Grunde gestellt, um vor der bindenden Entschliessung einen sicheren Ueberblick über den Inhalt des beabsichtigten Geschäfts zu gewinnen.<sup>21)</sup>

Wir treten nun an die beiden Fragen: Welche rechtliche Bedeutung kommt der materiellen Uebereinkunft vor der Fertigung der Schrift und ohne dieselbe zu? Wie verhält sich die gefertigte Schrift zu dem materiellen Uebereinkommen?

1. Wenn die Parteien während der Vertragsunterhandlungen die schriftliche Beurkundung ihres Vertrags verabreden, so kann dies in dreifacher Meinung geschehen: a. Der Vertrag soll nur durch die Schrift und in der Schrift ins Leben treten; b. die mündliche Vereinbarung soll den Vertrag erzeugen und die Schrift nur des Beweises halber gefertigt werden; c. die beabsichtigten materiellen Wirkungen des Geschäfts sollen erst aus dem formell errichteten Vertrag entspringen, aber jede Partei soll zur Mitwirkung behufs Herstellung dieser formellen Einkleidung verpflichtet sein. Im ersten Fall gehört das materielle Uebereinkommen vor der Vollendung der Vertragsurkunde den unverbindlichen Vorverhandlungen an; im zweiten Fall ist die Vollendung des Vertrags von der Errichtung der Urkunde unabhängig; im dritten enthält das materielle Uebereinkommen für sich einen Vorvertrag (§ 243).

Es liegt mithin eine Frage der Willensauslegung vor. Für ihre Lösung lassen sich allgemeine Gesichtspunkte nur in der Bedeutung von Fingerzeigen aufstellen, welche von der Prüfung aller Umstände im einzelnen Fall nicht entbinden dürfen. So spricht die Erfahrung des Lebens dafür, dass die Parteien, welche vor Vollendung des Vertrags die Beurkundung beschliessen, erst mit der Unterzeichnung der Urkunde in das bindende Verhältniss eintreten wollen und dass vorher einer jeden Partei der willkürliche Rücktritt zustehen soll.<sup>22)</sup> Die Unterzeichnung eines schriftlichen Vertragsentwurfs gilt im heutigen Rechtsleben so sehr als Ausdruck der bindenden Absicht, dass auch die andere Regel aufgestellt werden darf: Die Unterzeichnung eines Vertragsentwurfs,

<sup>20)</sup> Eine eingehende Untersuchung der Parteiabsicht bezüglich dieses Punkts enthält das Rechtsgutachten von Goldschmidt in Sachen der rheinischen Gasgesellschaft in Mannheim gegen den Fabrikanten Fr. Sonntag in Mainz wegen Vertragserfüllung S. 24 fg.; über die prinzipielle Frage vgl. S. 20—23.

<sup>21)</sup> Eine gleiche Warnung erhebt Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 38 Not. 9.

<sup>22)</sup> Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 38: „War bei diesen Verhandlungen die Abfassung einer Urkunde über den Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend ins Auge gefasst, so entspricht es durchaus dem auch in unserem Rechtsbewusstsein lebendigen Sinne für Form, dass im Zweifel die Kontrahenten erst die Unterzeichnung der Urkunde als den wirklichen Vertragsabschluss betrachten wollen.“ Ein erfahrener Praktiker bestätigt damit, was ich schon früher (Civilr. Erört. I S. 159) behauptet habe.

welcher den Vorbehalt notarieller oder gerichtlicher Verlautbarung enthält, verleiht demselben im Zweifel die Bedeutung eines Vorvertrags.<sup>23)</sup>

Einzelne Landesgesetze kommen hier der Auslegung mit einer Vermuthung zu Hilfe, welche aber die Anerkennung des Gegentheils im einzelnen Falle nicht ausschliesst.<sup>24)</sup>

So wenn die Beurkundung zur Zeit verabredet wurde, da ein vollendeter Vertrag noch nicht vorlag. Wenn dagegen erst nachträglich die Parteien übereinkommen, ihren Vertrag in schriftliche Fassung zu bringen, so ist möglich, aber im Zweifel nicht anzunehmen, dass sie durch dieses Uebereinkommen das hergestellte Band wieder lösen und die Verpflichtung bis zur Vollendung der Schrift verschieben wollen. Der überwiegenden Regel nach kann auch vor der Herstellung der Urkunde aus dem mündlichen Vertrag auf Erfüllung geklagt und die Berufung auf die Schriftverabredung höchstens als Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengehalten werden, dann nämlich, wenn der Kläger seine Mitwirkung zur Errichtung der Urkunde verweigert hat.

2. Es kann ein Vertrag durch ausschliesslich schriftliche Verhandlung entstehen z. B. durch brieflichen oder telegraphischen Austausch der Erklärungen oder auch dadurch, dass Jemand den ihm von einem Andern übersandten Vertragsentwurf mit seiner Unterschrift versehen dem Antragsteller zurücksendet.<sup>25)</sup> In diesem Falle ist nicht zweifelhaft, dass der Vertrag durch die Schrift und in der Schrift geschlossen wurde und dass die Urkunde oder die sich entsprechenden Urkunden die Willenserklärungen der Parteien nicht blos beweisen sondern

<sup>23)</sup> O.Trib. Berlin in Seufferts Arch. XXXIII Nr. 295. Gegen jede Vermuthung das Reichsgericht ebenda XXXVI Nr. 19. Vgl. auch die dort angezogenen Erkenntnisse.

<sup>24)</sup> Für das gemeine Recht kommt die schon früher (§ 243 Not. 25) besprochene Const. 17 de fide instr. 4,21 in Betracht. Zu den vielen zweifelhaften Punkten dieses Gesetzes gehört auch, ob dasselbe überhaupt über die hier vorliegende Frage Bestimmung treffe oder nur die im Stadium unvollkommener schriftlicher Fassung befindlichen Verträge im Auge habe. Die Praxis, im weiteren schwankend, steht wenigstens in dem negativen Ergebnisse fest, dass Const. 17 cit. der freien Beurtheilung des einzelnen Falls eine Schranke nicht ziehe (vgl. vorige Note). Die Streitfrage, ob das Gesetz bei völlig gleichstehenden Wagschalen in das Zünglein eingreife, ist von geringer praktischer Bedeutung. Das preussische Landrecht I 5 § 117 stellt eine Vermuthung gegen die verbindliche Kraft des mündlichen Abkommens bei Verabredung schriftlicher Abfassung auf. Die Gültigkeit dieser Vorschrift ist für das Gebiet der Handelsgeschäfte in Abrede gestellt worden, weil sie einer dem H.G.Buch fremden Begünstigung der Schriftlichkeit entstamme (R.O.H.G. VII Nr. 25 S. 93; XVI Nr. 55 S. 191. Hahn, Komm. zu A. 317 Not. 3 Dernburg, Preuss. P.R. I § 106 Not. 2). Ist dieser Zusammenhang so sicher? Gibt die Vorschrift nicht vielmehr der im Leben herrschenden Auffassung Ausdruck? Dieselbe Vermuthung findet sich in Gesetzbüchern, welche von dem Verdacht einer Hineinigung zum Formalismus gewiss frei sind (Zürch. pr. G.Buch § 913, Schweiz. Obl.R. A. 14). Vgl. auch Goldschmidt im (Not. 20) angeführten Rechtsgutachten S. 23. — Das sächsische G.Buch § 823 enthält die entgegengesetzte Vermuthung mit dem ausdrücklichen Vorbehalt: „ausgenommen wenn nach der Absicht der Vertragschliessenden der Abschluss des Vertrags von der Form abhängig sein soll.“

<sup>25)</sup> Seuffert, Arch. XX Nr. 117 (Bürgschaftsurkunde).

zur Erscheinung bringen, dass also eine Dispositiv- nicht eine blosse Beweisurkunde vorliegt.

In den meisten Fällen pflegt der schriftlichen Abfassung eine mündliche Vereinbarung über den materiellen Inhalt des Geschäfts voranzugehen. Wenn diese Vereinbarung nach der Absicht der Parteien ein abgeschlossenes Geschäft noch nicht bildete, so wird gleichfalls durch die Urkunde der Vertrag geschaffen; ausserhalb der Urkunde existirt kein Vertragsschluss. Ist ein Punkt der mündlichen Einigung in die Urkunde nicht aufgenommen, so besteht derselbe nicht als Bestandtheil des Vertrags neben dem Inhalt der Urkunde. Wenn eine Partei fest auf ihn rechnete, so hat sie sich über den Inhalt des Vertrags getäuscht, eine Täuschung, die angesichts der Unterzeichnung der Urkunde kaum auf Berücksichtigung hoffen darf (§ 241 a. E.).

Wie aber wenn ein mündlicher Vertragsschluss nachträglich in Schriftform gebracht wird? Wenn die Parteien diese Urkunde selbst ausstellen oder auch nur durch ihre Unterschrift vollziehen, so wiederholen sie den Vertragsschluss, sie kontrahiren jetzt durch die Schrift. Der mündlichen Vertragserrichtung tritt eine schriftliche zur Seite.<sup>26)</sup> Die Urkunde ist eine Dispositivurkunde, mag auch der Zweck der Beurkundung die Schaffung eines Beweismittels gewesen sein; denn nicht der Zweck sondern der Inhalt der Urkunde bestimmt ihre rechtliche Natur. Dabei ist auch gleichgültig, ob der Errichtung der Urkunde eine darauf gerichtete Verabredung vorausging oder nicht.<sup>27)</sup>

Dies wird am wenigsten Anstoss finden, wenn die Urkunde nicht auf einen früheren Abschluss Bezug nimmt sondern die Parteien als gegenwärtig den Vertrag schliessend einführt: „Die Unterzeichneten schliessen hiermit nachstehenden Vertrag.“<sup>28)</sup> Rechtlich angesehen steht aber damit auf einer Linie, wenn die Urkunde den Vertragsschluss als der Vergangenheit angehörig darstellt: „Die Unterzeichneten haben folgenden Kaufvertrag abgeschlossen“ oder: „Die Unterzeichneten erklären hiemit, folgenden Kaufvertrag geschlossen zu haben.“ Dort wie hier beabsichtigen die Parteien eine authentische Fassung ihres Vertragswillens zu schaffen und geben durch die Urkunde ihrem Vertragswillen einen neuen Körper.<sup>29)</sup> Wird ein älteres Datum für den Vertragsschluss angegeben, so weist dies nur auf den Willen der Parteien hin, dass die Wirkungen des Vertrags von dem früheren Zeitpunkt zu berechnen sind.

<sup>26)</sup> Wiederholung eines Rechtsgeschäfts wird in den Quellen des römischen Rechts öfter erwähnt, z. B. L. 12 de probat. 22,3 L. 34 § 3 de legat. I. Auch L. 3 § 1 de transact. 2,15? Vgl. Risch, Vergleich § 14 Not. 15.

<sup>27)</sup> Im Handelsverkehr ist üblich, dass bei wichtigeren Geschäften der Inhalt eines mündlich abgeschlossenen Vertrags in einem Briefe an den anderen Vertragstheil zusammengestellt wird: „Ich hatte die Ehre Ihnen gestern zu verkaufen u. s. w.“ Es liegt darin ein Angebot zur Vertragserneuerung, welches auch durch Stillschweigen genehmigt werden kann. Ueber die Eintragung des Geschäfts in ein sog. Kommissionsbuch R.O.H.G. XV Nr. 52 S. 171.

<sup>28)</sup> Seuffert, Arch. XX Nr. 116.

<sup>29)</sup> Dies wird überzeugend ausgeführt von Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 39/40.

Hieraus löst sich die Frage über die rechtliche Bedeutung von Abweichungen zwischen der mündlichen Vereinbarung und dem schriftlichen Vertrag, sowie die Frage über die Gültigkeit von mündlichen Abreden neben dem schriftlichen Vertrag. Durch die Vollziehung der Urkunde wird von den Parteien der Inhalt derselben genehmigt. Bis zum Beweis des Gegentheils ist überdies anzunehmen, dass die Urkunde das Parteiübereinkommen vollständig enthält. Die Aufnahme einer mündlich nicht vereinbarten Bestimmung gilt als nachträgliche Ergänzung, die Ausschliessung einer mündlichen Abrede als nachträgliche Aenderung des Parteiwillens. Aber wie jedem Rechtsgeschäft gegenüber der Beweis zusteht, dass etwas, das gesagt wurde, nicht gewollt war, so kann auch die schriftliche Fassung eines vorher mündlich geschlossenen Vertrags auf den Grund hin angefochten werden, dass eine Abweichung zwischen beiden nicht auf übereinstimmender Genehmigung beruhe und dass in diesem Punkt das mündliche Übereinkommen nicht aufgehoben sei. Wie weit freilich einem solchen Angriff Berücksichtigung geschenkt werden kann, hängt von der individuellen Sachlage ab.<sup>30)</sup>

Zur Auslegung des schriftlichen Vertrags können die vorausgehenden mündlichen Verhandlungen immerhin dienen, freilich auch dann wenn sie bis zu einem mündlichen Vertragsschluss nicht gediehen waren.<sup>31)</sup>

Bei der gewillkürten Form kann dem schriftlichen Vertrag in gültiger Weise unmittelbar ein mündlicher zur Ergänzung angereiht werden. Nur muss feststehen und gegebenen Falls der Beweis darauf gerichtet werden, nicht blos dass diese mündliche Abrede getroffen wurde, sondern dass sie die Bestimmung hatte, neben dem schriftlichen Vertragsinhalt zu gelten.

Dass ein formell geschlossener Vertrag nur in gleicher Form wieder aufgehoben werden könne, ist nicht einmal für die gesetzlichen Formen als Regel richtig, gegenüber der auf Übereinkunft beruhenden Förmlichkeit aber völlig unhaltbar (Note 12).

**IV. Erfordernisse der Schrift.**<sup>31a)</sup> Zur Vollendung der einfachen Vertragsurkunde gehört nach heutigem Recht die Unterschrift der Beteiligten. Sie bekundet zugleich, dass sich der Unterschreibende zu dem Inhalt der Urkunde bekenne.<sup>32)</sup> Die Angabe von Ort und Zeit der Ausstellung ist meistens nicht wesentlich.<sup>33)</sup> Bei einseitigen Verträgen genügt die Unterschrift desjenigen

<sup>30)</sup> R.O.H.G. I Nr. 24 S. 91; II Nr. 45 S. 186; III Nr. 45 S. 203; V Nr. 6 S. 29; VII Nr. 32 S. 117; X Nr. 18 S. 103; XI Nr. 132 S. 433; XIII Nr. 82 S. 239; XIV Nr. 14 S. 35, Nr. 71 S. 217; XVI Nr. 20 S. 64, Nr. 55 S. 191; XVII Nr. 50 S. 226; XXV Nr. 75 S. 305. Seuffert, Arch. IX Nr. 223, XXX Nr. 89 u. cit. Es spielt übrigens hier herein sowohl das simulierte Geschäft (Seuffert, Arch. XXXIV Nr. 104) als das fiduziarische (Regelsberger im Arch. für civ. Prax. 63 S. 172 u.).

<sup>31)</sup> Seuffert, Arch. XXXI Nr. 214, 215 u. cit.

<sup>31a)</sup> Geschichtliches bei Bruns, die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden.

<sup>32)</sup> Seuffert, Arch. XXXIII Nr. 8 u. cit.

<sup>33)</sup> Ausnahmen W.O. A. 4 Nr. 6, A. 96 Nr. 6. Blosse Ordnungsvorschriften enthält das H.G.Buch in A. 392 Nr. 7, A. 414 Nr. 7, A. 645 Nr. 9. — Landesrechtlich: Const. 17 de fide instrum. 4, 21, wozu Brinz, P. (1. Aufl.) § 363 Nr. 2. Preuss. Ldr. I 5 § 116.

Theils, welcher eine Verpflichtung übernimmt oder ein Recht aufgibt, in Verbindung mit der Aushändigung der unterschriebenen Urkunde an den Berechtigten, bei gegenseitigen Verträgen der Austausch der einseitig unterzeichneten Urkunden.<sup>34)</sup> Der Besitz der Urkunde durch den kraft ihres Inhalts Berechtigten rechtfertigt bis zum Beweis des Gegentheils die Annahme absichtlicher Aushändigung.<sup>35)</sup>

Unterschrieben wird der persönliche Name oder die Firma. Der blosser Taufname oder eine Verwandtschaftsbezeichnung („Dein Bruder“) sind nur da ausreichend, wo der Inhalt des Geschäfts über die Identität des Unterzeichners keinen Zweifel lässt.<sup>36)</sup> Unter Umständen ist sogar der Mangel der Unterschrift unschädlich.<sup>37)</sup> Das Aufdrücken des Namens mit mechanischer Vorrichtung (Firmenstempel) vermag das Unterschreiben nur dann zu ersetzen, wenn die Unterschrift bloss Zeichen für die Vertragsvollendung und für die Genehmigung des Inhalts sein soll, nicht aber wenn sie zugleich die Bestimmung hat, die Feststellung der Echtheit der Unterfertigung zu erleichtern wie beim Wechsel.<sup>38)</sup> Aber auch dort hat die Aufdrückung nur Geltung, wenn sie vom Unterschriftspflichtigen selbst oder von seinem Bevollmächtigten vollzogen wird. Bei schreibensunkundigen Personen muss nach der Wechselordnung A. 96 und nach manchen Landesrechten<sup>39)</sup> das an Stelle der Unterschrift gesetzte Handzeichen (Kreuz, Null) gerichtlich oder notariell beglaubigt sein. Auf Grund einer Vollmacht, welche nach Handelsrecht durch Schriftlichkeit nicht bedingt ist,<sup>40)</sup> kann Jemand für einen Andern unterschreiben; diese Vertretung ist gültig, auch ohne einen das Vollmachtsverhältniss andeutenden Zusatz.

Dem Erforderniss der einfachen Schriftlichkeit wird auch durch brieflichen oder telegraphischen Abschluss genügt, sofern sich aus den Urkunden der Ver-

<sup>34)</sup> H.G.B. A. 414 Abs. 2 und 3 A. 644. R.O.H.G. VI Nr. 79 S. 353; XVIII Nr. 4 S. 7. Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 41, welcher solche Urkunden einseitige Vertragsurkunden nennt. Stobbe, Deutsch.P.R. § 173 Not. 15. Plenarbeschluss des Berl. O.Trib. in Entsch. Bd. V S. 30 fg. Förster, Preuss. P.R. § 79 Not. 19—21, 25, 26. Sächs. G.B. § 825. Abweichend Thöl § 244 I 1—3. Indes galt dies schon nach älterem Recht Brunner a. a. O. S. 59.

<sup>35)</sup> Seuffert, Arch. XX Nr. 117. Z. f. H.R. X S. 555 (Goldschmidt). Bähr a. a. O. S. 47.

<sup>36)</sup> Dernburg, Preuss. P.R. I § 97 Not. 5; Seuffert, Arch. IV Nr. 172.

<sup>37)</sup> Seuffert, Arch. XII Nr. 318, XXIII Nr. 182 (nicht unterschriebene Quittung auf einer unterschriebenen Rechnung) XXVII Nr. 70 (nicht besonders unterzeichnete Nachschrift zu einem unterzeichneten Brief). Bähr, a. a. O. S. 49.

<sup>38)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 102 S. 319. Dazu Bd. VII Nr. 52 S. 211; XI Nr. 11 S. 30.

<sup>39)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 54 S. 167. Preuss. Ldr. I 5 §§ 172 fg. mit Förster, Preuss. P.R. § 79 Not. 27—45. Auch gemeinrechtlich? Dafür Thöl § 244 Not. 3.

<sup>40)</sup> R.O.H.G. V Nr. 58 S. 264; X Nr. 9 S. 56; XII Nr. 45 S. 133 R.G. IV Nr. 83 S. 308 und in Seuffert, Arch. XXXVI Nr. 212 und 213. Ueber Unregelmässigkeiten bei der Unterschrift R.O.H.G. I Nr. 55 S. 185 (Kollektivunterschrift, welche nicht eine Firma bezeichnet) R.O.H.G. II Nr. 96 S. 429, IX Nr. 51 S. 174, Nr. 65 S. 215 (bürgerlicher Name statt der Firma); Bd. III Nr. 17 S. 93 (Durchstreichen der Unterschrift); Bd. XXII Nr. 94 S. 406 (willkürliche unleserliche Zeichen).



tragsinhalt (Angebot und Annahme) vollständig ergibt.<sup>41)</sup> Bei der Vermittelung durch den Telegraphen müssen die Aufgabedepeschen unterzeichnet sein.

Bei gebotener Schriftlichkeit muss die Urkunde den Vertragswillen vollständig enthalten, denn der nicht aufgenommene Theil des Abkommens würde den Folgen der mangelnden Form unterliegen.

---

<sup>41)</sup> Nürnberg. Prot. S. 1338. Bähr in Iherings Jahrb. XIV S. 37. Preuss. Ldr. I 5 § 142. Förster, Preuss. P.R. § 79 Not. 50—52. Dernburg I § 97 Not. 3. Schweiz. Obl.R. A. 12. Abweichend Thöl § 244 I 5. Nicht entgegen R.O.H.G. V Nr. 79 S. 353 fg., denn es wird hier nur ausgeführt, dass die Vorschrift des preuss. Ldr. I 5 § 387 „Kassation des über den Vertrag aufgenommenen schriftlichen Instruments“ nicht auf einen durch schriftliche Korrespondenz geschlossenen Vertrag passe.

## V. Inhalt und Wirkung der Handelsgeschäfte.

### § 250.

#### A. Allgemeine Erfordernisse der Gültigkeit in Ansehung des Inhalts.

Die Handelsgeschäfte gehören als Mittel zur Hervorrufung bestimmter rechtlicher Wirkungen nicht blos dem Gebiet des Obligationenrechts an und dienen innerhalb des Obligationenrechts nicht allein zur Begründung sondern auch zur Aufhebung und Veränderung obligatorischer Verhältnisse. Hieraus ergibt sich für die Handelsgeschäfte eine grosse Mannigfaltigkeit des Inhalts. In ihrer überwiegenden Mehrheit freilich führen die Handelsgeschäfte zur Entstehung einer Obligatio. Inhalt der Obligatio ist die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung, zu einer Leistung oder zu mehreren Leistungen, einer Person oder mehrerer Personen. Es fragt sich daher: welches sind die Schranken für die Erzeugung einer Verpflichtung durch Handelsgeschäft hinsichtlich des Inhalts?

Im allgemeinen gelten für die Handelsgeschäfte in dieser Beziehung eigenthümliche Grundsätze nicht; es sind auch für sie die Vorschriften des bürgerlichen Rechts massgebend. Daher genügt an diesem Ort, diejenigen Punkte zu erwähnen, welche das handelsrechtliche Gebiet in eigenthümlicher Art berühren.

I. Es ist ein Natursatz, dass Niemand zu einer **unmöglichen Leistung** verpflichtet werden kann, mag die Unmöglichkeit in natürlichen oder rechtlichen Gründen wurzeln. Tritt die Unmöglichkeit der Erfüllung nach der Begründung der Obligatio ein, so fällt jedenfalls die Verbindlichkeit zu dieser Leistung weg.<sup>1)</sup> Zeitweilige Verhinderung der Ausführung ist Unmöglichkeit der Erfüllung dann, wenn das Hinderniss während der ganzen Erfüllungszeit besteht.<sup>2)</sup> Unsicherheit über das Ende des Hindernisses kann bei gewissen Verträgen z. B. Dienstverträgen der Wirkung nach mit der dauernden Verhinderung auf einer Linie stehen.<sup>3)</sup> Blosser Schwierigkeit der Erfüllung, erhöhte Kostspieligkeit schliessen die Verpflichtung

<sup>1)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 39 S. 153 (Einberufung eines Angestellten zum Militärdienst) IX Nr. 1 S. 2. (Ausfuhrverbot).

<sup>2)</sup> R.O.H.G. IX Nr. 1 S. 2 (Saisonwaare); V Nr. 93 S. 403 (Not. 4).

<sup>3)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 39 S. 154 (Anstellung als Obermeister in einem Hüttenwerk).

nicht aus, es müsste denn die Ueberwindung einen nach Verkehrsanschauung nicht zuzumuthenden Aufwand erheischen.<sup>4)</sup>

Unmöglichkeit der Erfüllung, welche die Verpflichtung zu der versprochenen Leistung ausschliesst, bedingt nicht völlige Unwirksamkeit des Schuldvertrags. Es kann daraus der Versprechende auf das Interesse verhaftet sein, sei es nach dem Inhalt der Verabredung oder wegen einer ihm zur Last fallenden Verschuldung.<sup>5)</sup> Und ob bei der völligen Befreiung des einen Vertragstheils infolge der Erfüllungsunmöglichkeit in gegenseitigen Obligationen der andere Vertragstheil seiner Verbindlichkeit entledigt wird, ist eine Frage, welche nach den einzelnen Civilrechten und innerhalb der einzelnen Civilrechte nach Beschaffenheit der Obligationen verschieden zu beurtheilen ist.<sup>6)</sup>

II. Von besonders eingreifender Bedeutung ist die Ungültigkeit der Verträge wegen **Unerlaubtheit** und **Unsittlichkeit** des **Inhalts**.

Hier kommt vor allem die gemeinrechtliche Regel in Betracht, dass alle gegen ein gesetzliches Verbot verstossenden Geschäfte nichtig sind, wenn nicht im Gesetz eine andere Rechtsfolge bestimmt ist. Das preussische und sächsische Recht haben den Satz in der Beschränkung, dass die Verpflichtung zu einer gesetzlich verbotenen Handlung der rechtlichen Wirkung entbehrt.<sup>7)</sup>

Die rechtliche Unzulässigkeit kann auch in der Unbilligkeit der Verpflichtung, in der Ausbeutung einer übermächtigen Stellung durch den einen Vertragstheil liegen. „Das Recht duldet keinen Terrorismus der Privatautonomie.“ Die neuere Gesetzgebung ist ganz besonders bestrebt, der Billigkeit und humanen Rücksichtnahme gegenüber dem nackten Eigennutz im Rechtsverkehr durch Einengung der Vertragsfreiheit Geltung zu verschaffen. Hierher gehören die Vorschriften des H.G.Buchs zur Verhütung unbilliger Vertragsbedingungen von Seite der Eisenbahnen (A. 422 fg.), ferner die Beschränkungen, welche das Gewerbe-recht für die Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Art der Entlohnung, über Waarenbezug und über die Verwendung des Verdienstes aufstellt.<sup>8)</sup> In derselben Richtung liegt die benigna interpretatio unsrer höchsten Gerichtshöfe, insonderheit des R.O.H.Gerichts gegenüber den allgemeinen Vertragsbedingungen von Versicherungsgesellschaften.<sup>9)</sup>

<sup>4)</sup> R.O.H.G. V Nr. 93 S. 401 (keine Unmöglichkeit einer Eisenlieferung wegen Störung im Fabrikbetrieb, weil Anschaffung von Dritten möglich); X Nr. 1 S. 20.

<sup>5)</sup> Hartmann, Die Obligatio S. 175 fg. Brinz P. (2. Aufl.) § 246: „eine hinter der nulla obligatio erwachsende vera obligatio.“ Dernburg, Preuss. P.R. II § 23. Zimmermann (Lübeck) in Iherings Jahrb. XIII S. 403 fg.

<sup>6)</sup> Windscheid, P. 321 Not. 13—20. Dernburg, Preuss. P.R. II § 101.

<sup>7)</sup> Const. 5 de legib. 1, 14 mit Savigny, System Bd. IV S. 550 — Preuss. Ldr. I 4 § 6, mit Dernburg, Preuss. P.R. I § 78. — Sächs. G.B. § 77 — Angewandt auf den Kauf eigener Aktien durch eine Aktiengesellschaft R.O.H.G. XVII Nr. 87 S. 384.

<sup>8)</sup> Reichsgewerbeordnung §§ 134—139. Novelle zur R.Gw.O. §§ 115 fg. Mandry, Der civilr. Inhalt der Reichsgesetze S. 303 fg. Thöl §§ 83—85.

<sup>9)</sup> R.O.H.G. III Nr. 73 S. 340—352; VIII Nr. 75 S. 308; XVIII Nr. 55 S. 211. Z. f. H.R. XXIII S. 211 fg. Ueber eine ähnliche Richtung der Praxis im französischen Kassationshof vgl. Z. f. H.R. XXVI S. 276.

Als unsittlich muss ein Vertrag verworfen werden nicht bloß wenn er gerade zur Begehung einer unsittlichen Handlung verpflichtet will, sondern schon dann, wenn er zur Stärkung einer unsittlichen Gesinnung dient z. B. das Versprechen von Vortheilen für das Unterlassen einer ungesetzlichen oder unsittlichen Handlung.<sup>10)</sup> Das Urtheil kann im einzelnen Fall schwierig sein.<sup>11)</sup>

Auf der Grenze zwischen der Unzulässigkeit aus sittlichen Gründen und der Unzulässigkeit aus Rücksichten des öffentlichen Wohls liegt die Vereinbarung, wodurch sich Jemand seiner bürgerlichen oder wirthschaftlichen Selbstständigkeit schlechthin begeben soll, während eine nach Zeit, Ort und Gegenstand begrenzte vertragsmäßige Beschränkung in der freien wirthschaftlichen Bewegung keinem Anstande unterliegt.<sup>12)</sup> Hieher ist auch zu stellen das gesetzliche Verbot eines Abkommens zwischen dem Gemeinschuldner und einem Konkursgläubiger zwecks Begünstigung des Letzteren gegenüber andern Gläubigern (K.K.O. § 168), ferner die Versagung des gerichtlichen Schutzes bei Verträgen unter Arbeitgebern oder unter Arbeitnehmern zur Erzielung günstigerer Lohnbedingungen (R.Gw.O. § 152).

III. Der Vertrag muss geeignet sein, ein des Rechtsschutzes würdiges Interesse einer Person zu befriedigen. Dass dieses Interesse ein vermögensrechtliches sei, ist ebensowenig unbedingtes Erforderniss als dass dasselbe gerade für denjenigen besteht, welcher sich das Versprechen geben lässt.

A. In den meisten Fällen und namentlich im Gebiet des Handelsverkehrs werden die versprochenen Leistungen wo nicht geradezu auf eine Geldsumme gerichtet so doch in Geld anschlagbar sein. Indes genügt zur rechtlichen Verbindlichkeit eines Versprechens auch ein nicht vermögensrechtliches (ein Affektions-) Interesse, wenn dasselbe nur nach allgemeiner Lebensanschauung und nicht bloß nach der individuellen Auffassung des Versprechensempfängers gerechtfertigt und des Rechtsschutzes würdig ist. Unter dieser Voraussetzung braucht es nicht einmal auf Förderung des gemeinen Nutzens gerichtet zu sein, es kann auch auf blossen Privatvortheil abzielen. Man darf vor diesem Satz nicht wegen seiner Unbestimmtheit und wegen der damit verbundenen Gefahr des Missbrauchs zurückschrecken; er ist vom Rechtsleben gefordert, im positiven Recht anerkannt<sup>13)</sup> und in der Hand eines tüchtigen Richterstands unter dem

<sup>10)</sup> R.O.H.G. XVIII Nr. 78 S. 226. Interessante Beispiele aus der Rechtsprechung des französischen Kassationshofs in Z. f. H.R. XXVI S. 273–275.

<sup>11)</sup> Ist z. B. der Frachtvertrag, welcher gegen ein ausländisches Zollgesetz verstößt, nichtig? Verneint vom O.A.G. Lübeck in Seuffert, Arch. XXI Nr. 32. Hierzu Zimmermann in Iherings Jahrb. XIII S. 381 fg. Hartmann, Die Obligation S. 176, 222.

<sup>12)</sup> In diesem Sinn haben das R.O.H.G. und das R.G. die Frage entschieden, ob sich Jemand gültig verpflichten könne, die Gründung eines Konkurrenzgeschäfts zu unterlassen oder in ein solches nicht als Mitarbeiter einzutreten. Vgl. einerseits R.O.H.G. XVIII Nr. 25 S. 102; XXI Nr. 85 S. 262; andererseits Bd. VII Nr. 108 S. 419; XII Nr. 9 S. 30; XVI Nr. 46 S. 160. Dazu R.G. I Nr. 11 S. 22; II Nr. 30 S. 119; Seuffert, Arch. XXXV Nr. 196 u. cit. O.G. Wolfenbüttel in Z. f. H.R. XI S. 172. Ueber die Praxis des Pariser Kassationshofs Z. f. H.R. XXVI S. 275.

<sup>13)</sup> So wenigstens nach gemeinem Recht. Die Beantwortung der Frage auf Grund der Partikularrechte bedarf besonderer Untersuchung. Dass die Frage tief ins praktische

Schutze der Oeffentlichkeit der Rechtspflege weit weniger bedenklich als der entgegengesetzte Standpunkt. Im Fall der Vertragsbrüchigkeit tritt, soweit die Erfüllung noch möglich, Verurtheilung zur Erfüllung ein mit Zwangsvollstreckung nach Prozessrecht (C.P.O. §§ 774, 775); wegen des verletzten Interesses kann auf eine nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Genugthuungssumme erkannt werden.<sup>14)</sup>

B. Was die Römer nur in wenigen Fällen als Ausnahmsrecht (*benigna interpretatio*, *ex aequitate*, *propter affectionem personarum*) anerkannt haben,<sup>15)</sup> das hat sich heutzutage zur grundsätzlichen Geltung durchgerungen<sup>16)</sup>: es kann sich Jemand einem Andern verpflichten, an einen Dritten etwas zu leisten, mit der Wirkung dass der Dritte aus dieser Verabredung einen selbständigen Anspruch auf Erfüllung erwirbt, obwohl der Vertrag nicht in seinem Namen geschlossen wird. Das ist es, was man einen Vertrag zu Gunsten Dritter nennt und allein nennen kann, wenn der Begriff Brauchbarkeit haben soll.

Die Anerkennung jenes prinzipiellen Standpunkts ist aber fast der einzige gesicherte Besitz in dieser Lehre. Darüber hinaus ist die Rechtsentwicklung in Doktrin, Praxis und Gesetzgebung noch so wenig zu einem Abschluss gediehen, dass nahezu alle einzelnen Punkte dieser Lehre der Bestreitung unterliegen.<sup>17)</sup> Befangen in engherzigen romanistischen Anschauungen hat man sich, seit das

Leben einschneidet, zeigt der Rechtsfall, welcher Ihering zu deren vortrefflichen Behandlung Anlass gegeben hat. Eine mit ihrem Sonderinteresse nicht beteiligte Vereinigung von Personen schloss mit einer Eisenbahngesellschaft einen Vertrag über den Bau einer Eisenbahnlinie und klagte gegen die Gesellschaft auf Ausführung des Versprechens. Die Beklagte berief sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags wegen Mangels des Vermögensinteresses auf Seite der Versprechensempfänger. Vgl. Ihering, Rechtsgutachten in Sachen des interkantonalen Vorbereitungskomiteé der Gäubahn gegen die Gesellschaft der schweizerischen Centralbahn (1878), in seinen prinzipiellen Bestandtheilen abgedruckt in Iherings Jahrb. XVIII Abb. 1, hierher gehörig S. 41—105. Ihering hat aus den römischen Rechtsquellen für seinen Standpunkt, welcher mit der Aufstellung im Text übereinstimmt, ein so reiches Material beigebracht, dass der Dank nicht verdient erscheint, welchen Dernburg, Preuss. P.R. II § 21 bei Not. 3 dem römischen Recht für die Bewahrung vor einem solchen Satz abstattet. Ueber den Stand der Streitfrage nach gemeinem Recht gibt übersichtlichen Bericht Windscheid, P. § 251 Not. 3, § 314 Not. 8. In neuester Zeit haben sich im wesentlichen ablehnend erklärt Brinz, P. (2. Aufl.) § 239 und Meili in Z. f. H.R. XXIV S. 362 fg.

<sup>14)</sup> Arg. L. 14 § 1 de servo corr. 11,3 u. a. Ihering a. a. O. §§ 12 u. 13. Windscheid a. a. O. verweist wegen der Erzwingbarkeit ausschliesslich auf die civilprozessualischen Vollstreckungsmittel. Allein soll der Vertragsbruch ohne Folgen bleiben, wenn eine künftige Erfüllung ausgeschlossen ist?

<sup>15)</sup> Ueber diese Ausnahmen Unger in Iherings Jahrb. X S. 27—55. Behrend in Z. f. deutsche Gesetzgebung Bd. VIII S. 314 fg. Zimmermann, Stellvertr. negotiorum gestio S. 62—64. Windscheid, P. § 316 Nr. 2.

<sup>16)</sup> Dass hierin das spätere Recht über das römische hinausgegangen ist, ergibt sich aus den Untersuchungen von Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 227 fg. u. Z. f. H.R. XXI S. 359 fg. Brunner, Z. f. H.R. XXII S. 90 fg. Stobbe, Deutsch. P.R. § 172 Not. 4 fg.

<sup>17)</sup> Die Literatur siehe bei Windscheid, P. § 316 Not. \*. Dazu Behrend a. a. O. (Note) S. 310 fg., 532 fg. Dernburg, Preuss. P.R. II §§ 18—20.

römische Recht auf die Rechtsbehandlung Einfluss äussert, in den Gedanken nicht zu finden vermocht, dass ausserhalb des Vertragsschlusses durch Stellvertreter Jemand ohne seine Mitwirkung aus dem Vertrag Dritter ein Recht erwerben soll. Die Theorie forderte, um diesen Anknüpfungspunkt zu gewinnen, eine Beitrittserklärung des Begünstigten zu dem von den Andern geschlossenen Vertrag. Und die Gesetzgebung ist hier wie anderwärts der Theorie gefolgt. Man wurde in der Festhaltung dieses Erfordernisses durch die praktische Erwägung bestärkt, dass bei nicht wenigen hieher gehörigen Verträgen die das Geschäft errichtenden Personen eine gewisse Zeit hindurch oft bis zur Erfüllung über das Vertragsverhältniss Verfügungsgewalt besitzen und dasselbe sogar rückgängig zu machen vermögen. Die dabei zu Grunde liegende Verwechslung zweier verschiedener Fragen: erwirbt der Dritte ohne sein Zuthun ein Recht? und erwirbt er sofort ein Recht oder wenigstens ein unentziehbares Recht? kam nicht zum Bewusstsein. Freilich bereitete das Beitrittserforderniss in wichtigen praktischen Vorkommnissen nicht geringe Schwierigkeit. Man entledigte sich ihrer, indem entweder die Anforderung an die Erfüllung dieser Voraussetzung bis an die Grenze der Preisgebung erleichtert (z. B. Beitritt durch Klaganstellung) oder völlig preisgegeben wurde (z. B. von der preussischen Praxis für die Lebensversicherung z. G. Dritter). Zu alledem kommt noch die Unbestimmtheit des Begriffs. Die Einen weisen aus dem Bereich der Verträge z. G. D. aus, worin die Andern eine zutreffende Erscheinung derselben erblicken. So scheint es demnach von vornherein verfehlt, eine Theorie der Verträge z. G. D. aufzustellen, da der feste Untergrund noch fast vollkommen mangelt. Aber wenn sich auch die Rechtslehre dieser Aufgabe ent schlagen wollte, der Praxis bleibt die Befassung mit diesen Erscheinungen nicht erspart, und ihr ist doch immerhin mit einer wenn auch im einzelnen bestreitbaren Theorie besser gedient, als wenn sie auf ihre eigne Einsicht verwiesen wird. In dieser Erwägung und mit dem daraus folgenden Vorbehalt sollen die Grundzüge für die Verträge z. G. D. entwickelt werden.

1. Der Vertrag z. G. D. ist nicht ein Vertrag, welchen der Empfänger des Versprechens als bevollmächtigter oder unbevollmächtigter Vertreter des Dritten schliesst.<sup>18)</sup> Zwar bezweckt durch seinen Vertragsschluss sowohl der Versprechensempfänger beim Vertrag z. G. D. als der Stellvertreter für den nicht mithandelnden Dritten ein Recht zu begründen. Die Verschiedenheit liegt aber in dem Grunde, warum sich der andere Vertragstheil zu der Leistung verpflichtet.

Wer einem Stellvertreter verspricht, thut dies nicht, um gegen ihn seine Freigebigkeit zu bethätigen oder weil dieser, der Vertreter, ihm zu einer Gegenleistung verpflichtet wird. Der Grund der Verpflichtung liegt in einer Beziehung des Versprechenden zu dem nicht handelnden Vertretenen. Darum entsteht auch das beabsichtigte obligatorische Verhältniss mit Recht und Pflicht, wenn es überhaupt zur Entstehung gelangt, für den Vertretenen und nicht für den

<sup>18)</sup> Ueber die praktische Wichtigkeit der Unterscheidung R.O.H.G. III Nr. 57 S. 268.

Vertreter. Man kann dies auch so ausdrücken: der Versprechende macht durch seine Verpflichtung dem Dritten (Vertretenen) eine Vermögenszuwendung, nicht dem mit ihm abschliessenden Vertreter.

Anders bei dem Vertrag z. G. D. Hier verpflichtet sich der Versprechende, weil er dem Versprechensempfänger eine reine Vergünstigung erweisen will oder weil dieser ihm aus dem Vertrag zu einer Gegenleistung verpflichtet wird u. s. w. Der Grund des Versprechens der Leistung an den Dritten liegt in einer Beziehung des Versprechenden zum Versprechensempfänger. M. a. W., der Versprechende macht durch seine Verpflichtung dem Versprechensempfänger eine Vermögenszuwendung, nicht dem Dritten. Desshalb zieht sich aus einem solchen Vertrag zwar die Berechtigung, welche durch den Versprechensempfänger begründet wird, auf den Dritten und selbst diese nicht vollständig; in die Verpflichtung aus dem Vertrag tritt aber nur der Versprechensempfänger und nicht der Dritte ein.

Eine Berechtigung aus dem Vertrag z. G. D. entsteht nicht blos für den Dritten sondern auch für den Versprechensempfänger. Der andere Vertragstheil verpflichtet sich diesem und dem Dritten. Beide Berechtigungen sind keineswegs identisch. Der Versprechensempfänger hat keinen Anspruch auf den versprochenen Gegenstand und der Dritte hat nicht die Befugnisse, welche aus dem Vertrag dem Versprechensempfänger gegen den Versprechenden erwachsen (z. B. beim Lebensversicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten). Hierin liegt die Widerlegung derjenigen Auffassung, welche sich als die Theorie des abgeleiteten Erwerbs bezeichnen lässt. Der Dritte ist weder Cessionar des Versprechensempfängers noch übt er dessen Recht auf Grund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Ermächtigung aus (**Bähr**).

Durch den Vertrag z. G. D. macht der Versprechende eine Vermögenszuwendung unentgeltlich oder gegen Entgelt dem Versprechensempfänger. Durch den Vertrag z. G. D. macht zugleich der Versprechensempfänger eine Vermögenszuwendung unentgeltlich oder gegen Entgelt dem Dritten; er macht sie ihm durch die Vermittelung des Versprechenden, wie der Delegant dem Delegatar durch Vermittelung des Delegaten. Der Rechtserwerb des Dritten vollzieht sich auf Kosten des Versprechensempfängers und hat seine materielle Rechtfertigung in einer Beziehung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten. Der Vertrag mit dem Stellvertreter enthält eine, der Vertrag z. G. D. zwei Vermögenszuwendungen.<sup>19)</sup>

2. Bei dem Vertrag z. G. D. geht die Absicht der Vertragschliessenden dahin, dass aus ihrem Geschäft der Dritte gegen den Versprechenden einen Anspruch auf Erfüllung erwerbe. Daher fällt nicht jeder Vertrag, welcher die Leistung an einen Dritten zum Inhalt hat unter die Verträge z. G. D., es braucht nur an den *solutionis causa adjectus* erinnert zu werden,<sup>20)</sup> und ist

<sup>19)</sup> Es ist das Verdienst von Zimmermann a. a. O. S. 84 fg., diesen Unterschied ins Klare gebracht zu haben. Dieser Schriftsteller nennt nicht unpassend den Vertrag mit dem Stellvertreter ein einschichtiges, den Vertrag z. G. D. ein zweischichtiges Geschäft.

<sup>20)</sup> Brunner in Z. f. H.R. XXII S. 91. R.O.H.G. III Nr. 73 S. 347.

nicht jede Verabredung, welche für einen Dritten Vortheil erzeugt, ein Vertrag z. G. D.; man kann Interessent (Destinatär, beneficiaire) sein, ohne Berechtigter zu sein.<sup>21)</sup>

3. Der Vertrag muss derart beschaffen sein, dass daraus nach der Absicht der Vertragsschliessenden für den Dritten nur Berechtigung entspringen soll. Wo nach Inhalt des Vertrags der Rechtserwerb des Dritten sich nicht vollziehen kann, ohne dass er seinerseits eine Verpflichtung übernimmt oder ein Recht aufgibt, da ist die Absicht und Möglichkeit einer Bevortheilung des Dritten nicht ausgeschlossen, aber das Geschäft steht nicht unter den eigenthümlichen Grundsätzen der Verträge zu g. D. Ein Schuldübernahmevertrag kann ein Vertrag z. G. D. sein, ist es aber nicht immer. Er ist ein Vertrag z. G. D., wenn nach der Verabredung der Uebernehmer dem Gläubiger unbeschadet der fort-dauernden Haftung des bisherigen Schuldners verpflichtet werden soll, möchte auch dem Uebernehmer die Fürsorge überbunden werden, dass dem bisherigen Schuldner die Fortdauer seiner Haftung unschädlich sei (accessorische Schuldübernahme). Wenn dagegen der Uebernehmer an Stelle und unter Befreiung des bisherigen Schuldners in das Schuldverhältniss eintreten soll (privative Schuldübernahme), so liegt kein Vertrag z. G. D. vor (vgl. unten § 257).

Ein bedingter Rechtserwerb kann reiner Rechtserwerb sein, wenn auch die Erfüllung der Bedingung dem Berechtigten ein Opfer kostet. Ferner schliesst der Begriff des reinen Rechtserwerbs nicht aus, dass die Ausübung des Rechts zu einer Verpflichtung des Berechtigten oder zur Preisgebung eines Rechts von Seite desselben führt; denn die Befugniss zur Ausübung ist Recht und nur Recht. Einer Gemeinde verspricht die in der Gemeinemark belegene Gutsherrschaft, dem Schulmeister des Orts eine jährliche Unterstützung zu geben, wenn derselbe die armen Kinder der Herrschaft unentgeltlich unterrichtet; der Schulmeister erwirbt hieraus eine bedingte Forderung auf die jährliche Unterstützung (Iherings Rechtsfälle Nr. XXXIX). Nach Handelsrecht begründet der Frachtvertrag für den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger gewisse mit der Ankunft des Frachtführers am Ablieferungsort entstehende Rechte. Der Empfänger kann sie aber nur „gegen Erfüllung der Verpflichtungen, wie sie der Frachtbrief ergibt“ ausüben; eine Verpflichtung, dem Frachtführer Zahlung zu leisten, entsteht

<sup>21)</sup> Beispiele: a. Wenn Jemand sein Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven verkauft, so ist die Absicht weder nothwendig noch im Zweifel anzunehmen, dass der Uebernehmer den Geschäftsgläubigern verpflichtet werden soll, so dass diese gegen ihn ein Klagrecht erwerben. Doch kann dieser Wille vorhanden sein und aus den Umständen auch ohne ausdrückliche Erklärung hervorgehen. Ueber die gleichförmige Praxis des R.O.H.G. vgl. Entsch. Bd. XXI Nr. 73 S. 233 und cit. Einen genauen Bericht über den Stand der Frage gibt Behrend, H.R. § 37 Not. 19—21 und Zusatz II. b. Versichert ein Arbeitgeber die bei seinem Gewerbe beschäftigten Personen bei einer Unfallversicherungsgesellschaft und soll nach den Statuten nur der Arbeitgeber den Anspruch auf die Versicherungssumme erwerben, so ist das Geschäft kein Vertrag z. G. D. R.O.H.G. XXIII Nr. 55 S. 158. Anders wenn die unmittelbare Berechtigung der Versicherten beabsichtigt ist R.G. I Nr. 135 S. 381. c. Ueber den Lehrlingsvertrag vgl. Behrend a. a. O. § 47 Not. 6 u. 8.



für ihn erst durch Annahme des Guts und des Frachtbriefs (H.G.B. A. 405 und 406).<sup>22)</sup>

4. Unter den angeführten Voraussetzungen erwirbt nach gemeinem Recht der Dritte unmittelbar wenn auch nicht sofort ein selbständiges Recht gegen den Versprechenden auf Erfüllung.

a. Unmittelbar, d. h. ohne sein Zuthun, wobei selbstverständlich seinem Belieben anheim steht, ob er von dem Rechte Gebrauch machen will. Dass sich der Erwerb des Dritten in dieser Weise vollzieht, ergibt sich vor allem aus der Behandlung der Verträge z. G. D. im römischen Recht, soweit dasselbe sie anerkennt.<sup>23)</sup> Es ergibt sich dies nicht minder aus dem Wesen der erst dem neueren Rechtsverkehr entstammenden Verträge z. G. D.; denn wohlgemerkt unmittelbarer Erwerb und sofortiger oder unentziehbarer Erwerb sind verschiedene Dinge.

Partikularrechte (preuss. Landr. I, 5 § 75; sächs. G.B. § 854) knüpfen den Erwerb des Dritten an die Erklärung seines Beitritts zu dem Vertrag; nach preussischem Landrecht kann der Beitritt nur „mit Bewilligung der Hauptparteien“ erfolgen. Indes hat die Noth des Lebens gerade für sehr wichtige Verträge z. G. D. die Praxis über dieses Erforderniss hinausgedrängt<sup>24)</sup> und diese Unterminierungsarbeit wird fort dauern, bis der Druck einer vom Gesetzgeber sanktionirten falschen Theorie gehoben ist.<sup>25)</sup>

b. **Selbständig**, d. h. es ist nicht das Recht des Versprechensempfängers, weder ganz noch theilweise.

<sup>22)</sup> Goldschmidt, Hdb. I § 75 Not. 41 bestreitet dem Frachtvertrag die Eigenschaft eines Vertrags z. G. D. Sein Haupteinwand („Alsdann wäre der Absender selbst gar nicht berechtigt“) trifft nach der hier gegebenen Ausführung nicht zu, und seine eigene Erklärung, das Recht des Absenders gehe kraft fingirter Cession auf den Empfänger über, scheidet daran, dass der Empfänger behufs Geltendmachung seines Rechts nur diejenigen Verpflichtungen zu erfüllen hat, welche sich aus dem Frachtbrief ergeben, nicht alle aus dem Frachtvertrag für den Absender entspringenden. R.O.H.G. IV Nr. 74 S. 359.

<sup>23)</sup> Ich muss mich beschränken, auf die ausführliche Besprechung der römischen Stellen bei den Not. 15 angeführten Schriftstellern zu verweisen.

<sup>24)</sup> Für das preussische Recht stellt die Fälle „direkten Anwachsens des Rechts an den Dritten“ zusammen Dernburg, Preuss. P.R. II § 20. Vgl. R.G. I Nr. 68 S. 188, Nr. 135 S. 379.

<sup>25)</sup> Es ist angesichts dieser Bewegung kein sehr gewichtiges Bedenken gegen den hier vertretenen Standpunkt, „dass keines der neueren Gesetzbücher allgemein dies Prinzip enthält.“ (Stobbe.) Die Gesetzbücher sind hier nicht sowohl Ausdruck des Rechtslebens als der Doktrin. Ueberdies dürfen diejenigen Gesetzgebungen nicht hierher gezogen werden, welche von der Zustimmungserklärung des Dritten nur die Unentziehbarkeit des Rechts abhängig machen. Code civ. art. 1121: „Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.“ Schweiz. Obl.R. A. 128: „Hat sich Jemand, welcher auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen, so ist er berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde. Auch der Dritte, beziehungsweise seine Rechtsnachfolger können selbständig die Erfüllung fordern, wenn dieses die Willensmeinung der Kontrahenten war. In diesem Fall kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem Letztern erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen.“

c. Das Recht des Dritten kann sofort mit Schliessung des Vertrags entstehen (z. B. accessorische Schuldübernahme) oder in einem spätern Zeitpunkt (z. B. Tod des Versicherten, Ankunft des Frachtführers am Ablieferungsort). Im letztern Fall besteht für den Dritten vorerst eine Aussicht auf den Rechts-erwerb (*spes debitum iri*).

d. Ob die Wirkung des Vertrags z. G. D. ohne Zustimmung des Dritten einseitig durch den Versprechensempfänger oder durch eine Uebereinkunft zwischen ihm und dem Versprechenden aufgehoben werden kann und gegebenen Falls wie lange, bestimmt sich nach dem Inhalt des ursprünglichen Vertrags, der die Wirkung für den Dritten in stärkerer oder schwächerer Gestalt zu begründen vermag. In Ermangelung einer deutlichen Vertragsbestimmung ist auf die Natur des in Frage befindlichen Geschäfts zu sehen. Es bedarf daher für den einzelnen Fall besonderer Feststellung. Die Rückgängigmachung wird häufiger statthaft sein in denjenigen Fällen, in welchen das Recht des Dritten noch nicht zur Entstehung gelangt ist.<sup>26)</sup> Doch entzieht sich auch das entstandene Recht nicht schlechthin dieser Aufhebung.<sup>27)</sup> Jedenfalls ist die Unentziehbarkeit des Rechts-erwerbs kein Begriffsmerkmal des Vertrags z. G. D.

e. Ob dem Anspruch des Dritten solche Einreden entgegengehalten werden können, welche dem Rechtsverhältnisse zwischen den vertragschliessenden Personen entnommen sind, beantwortet sich verschieden nach der Beschaffenheit der Einreden und nach der Beschaffenheit des zu Grunde liegenden Vertrags.

Einreden, welche gegen die Gültigkeit des Vertrags gerichtet sind, (Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe) berühren die Grundlage des Rechts des Dritten und damit dieses selbst. Für andere Einreden (z. B. des nicht erfüllten Vertrags, der Entwehrung des Kaufgegenstands) lässt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Aus der Selbständigkeit des Rechts des Dritten folgt die Unwirksamkeit eines Prozesses zwischen den Vertragstheilen für den Dritten und die Unzulässigkeit der Kompensation mit einer Gegenforderung, welche der Schuldner gegen den Versprechensempfänger hat.<sup>28)</sup>

IV. Die Gültigkeit eines Vertrags ist ferner durch die Bestimmtheit der Leistung bedingt. Für die Bestimmtheit kommen in Betracht Gegenstand, Ort und Zeit der Leistung. Nach allen diesen Richtungen genügt, dass auf Grund der getroffenen Verabredung und nach der gesammten Sachlage auch von dritten

<sup>26)</sup> Bei der Lebensversicherung z. G. D. hat der Versicherungsnehmer im Zweifel die Befugnis zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses; manche Versicherungsgesellschaften stellen dies in den Policebedingungen ausdrücklich fest z. B. die Germania in Stettin. Darum den Lebensversicherungsverträgen z. G. D. die Natur eines Vertrags z. G. D. abzusprechen (Hinrichs in Z. f. H.R. XX S. 416 fg., Dernburg, Preuss. P.R. II § 239 Not. 12 fg.), ist nach der Ausführung im Text unberechtigt.

<sup>27)</sup> Nach H.G.B. A. 405 kann der Absender auch nach Ankunft des Frachtführers am Ablieferungsort demselben bezüglich der Uebergabe des Frachtbriefs und der Auslieferung des Guts willkürlich Anweisung ertheilen und zwar so lange, bis der Empfänger beides empfangen oder gegen den Frachtführer Klage erhoben hat.

<sup>28)</sup> So Bähr in Iherings Jahrb. VI S. 155 selbst von seinem Standpunkte aus. Vgl. über das Ganze Gareis, Verträge z. G. D. S. 241 fg. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 73.

Personen, insonderheit vom Richter nöthigenfalls unter Einvernahme von Sachverständigen ermittelt werden kann, durch welche Leistung der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit gerecht wird.<sup>29)</sup> Wäre ersichtlichermassen die genauere Feststellung einer späteren Vereinbarung vorbehalten, so würde das Geschäft unverbindlich sein, nicht wegen Unbestimmtheit sondern wegen mangelnder Vollendung (§ 243, I).

Bei Gattungsobligationen kann die Unbestimmtheit den Betrag (die Quantität) oder die Beschaffenheit (Qualität) der Waare betreffen.

1. Die Menge oder Summe darf nicht schlechthin in die Willkür des einen Vertragstheils gestellt sein. Aber Zusätze wie: beiläufig, etwa, ungefähr, circa und ähnliche sind der Gültigkeit des Vertrags nicht schädlich, wenn damit nur eine unbedeutende Abweichung angedeutet ist.<sup>30)</sup>

2. Hinsichtlich der Beschaffenheit ist bei generisch bestimmten Leistungen die Bezeichnung der Gattung (i. e. S.) allein unentbehrlich. Die Art und Güte der Waare kann unbeschadet der Gültigkeit unbestimmt gelassen werden. Freilich stehen die Grenzen zwischen Gattung, Art und Güte im praktischen Leben nicht so fest wie in der Doktrin; im Grosshandel bildet Manches ein Gattungsmerkmal, was im Kleinverkehr blosser Art- oder Sorteneigenschaft ist.<sup>31)</sup>

Je nachdem die Unbestimmtheit auf Absicht der Parteien beruht oder die Folge einer mangelhaften Verabredung ist, tritt eine verschiedene Behandlung ein.

a. Im ersten Fall entscheidet der Wahlberechtigte innerhalb des durch den Vertrag bestimmten Rahmens. Ueber die Person des Wahlberechtigten und über den Aufbrauch des Wahlrechts entscheiden in Ermangelung einer Bestimmung des H.G.Buchs die in A. 1 genannten subsidiären Rechtsquellen.<sup>32)</sup>

b. Wenn dagegen die Absicht der Parteien auf eine bestimmte Art oder Güte gerichtet war, ohne dass sich aus der getroffenen Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen (z. B. aus dem Kaufpreis) oder aus dem Handelsgebrauch die bezielte Art oder Güte ermitteln lässt, so hat der Verpflichtete Handelsgut

<sup>29)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 39 S. 155 (Bierpreis nach der Kundenüblichkeit) Bd. XI Nr. 133 S. 437 (Nebenvertrag ein anderes passendes Pferd zu liefern, wenn das eingetauschte nicht brauchbar sein sollte). Bd. XIX Nr. 96 S. 331 (Vertrag über Abnahme eines monatlichen Pauschquantums von Waaren aus der Fabrik des andern Vertragstheils im Werth von 1200 Gulden). Bd. XVII Nr. 47 S. 218 (Versprechen für das jeweilige Guthaben von dem Schuldner Cigarren zu entnehmen). Z. f. H.R. XXIII S. 546 bis 549.

<sup>30)</sup> Beispiele R.O.H.G. I Nr. 14 S. 56, Nr. 40 S. 144; V Nr. 100 S. 421; VIII Nr. 51 S. 209; IX Nr. 38 S. 129; XI Nr. 1 S. 2, Nr. 94 S. 285; XIII Nr. 24 S. 75; XV Nr. 96 S. 334. Hahn, Komm. zu A. 337 §§ 3–5.

<sup>31)</sup> R.O.H.G. XV Nr. 115 S. 415 (Reygras wurde für eine andere Gattung erklärt als eine Grasmischung mit wenig Reygras). Bei der Berathung des jetzigen A. 335 des H.G.B. wurde ein Bedenken gegen die Aufnahme der Worte „mittlere Art“ mit der Bemerkung beseitigt, dass bei denjenigen Waaren, zwischen deren Sorten ein bedeutender (?) Unterschied bestehe z. B. beim Kaffee, die verschiedenen Sorten als verschiedene Waaren angesehen würden. Prot. S. 4582.

<sup>32)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 109 S. 427; XVII Nr. 47 S. 218; XIX Nr. 96 S. 331. Eigenthümlich der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf Spezifikation. R.O.H.G. XXII Nr. 3 S. 5 u. cit. Römer, Abhandlungen I S. 132 fg.

mittlerer Art und Güte zu leisten (A. 335).<sup>35)</sup> Die Vorschrift beschränkt sich auf Verträge über Gegenstände, für welche sich im Verkehr eine bestimmte Abstufung innerhalb der Arten oder Sorten herausgebildet hat.<sup>34)</sup> Bei andern entscheidet das allgemeine bürgerliche Recht.

3. Zu Zweifeln über den Inhalt eines Handelsgeschäfts geben häufigen Anlass die Gewichts-, Münz-, Mass-, Zeit- und Entfernungsbezeichnungen, weil dieselben Ausdrücke an verschiedenen Orten verschiedene Bedeutung haben.

In erster Linie ist auf dem Wege und mit den Mitteln der Vertragsauslegung (§ 238) die übereinstimmend gewollte Bedeutung der gebrauchten Bezeichnung zu erforschen. Da kann sich bald der Sprachgebrauch des Entstehungsorts bald der des Erfüllungsorts oder der des Wohnorts der Parteien als zu Grunde liegend erweisen.<sup>35)</sup> Wenn jedoch die Auslegung genügende Anhaltspunkte für die Erkenntniss des Parteiwillens nicht findet, so soll das am Erfüllungsort geltende Mass und Gewicht, der dortige Münzfuss, die daselbst geltende Währung, Zeitrechnung und Entfernungsbestimmung massgebend sein (A. 336 mit A. 353). „Im Zweifel“ sagt das Gesetz. So ist zwar für die Erfüllungszeit in Ermangelung anderer Anhaltspunkte auf die Zeitrechnung und Zeitbehandlung des Erfüllungsorts zu sehen.<sup>36)</sup> Steht dagegen die Zeit, wann eine Handlung vorgenommen wurde, zur Frage, (z. B. die Ausstellung eines Wechsels), so darf bei Auslegung der Zeitbezeichnung die Zeitrechnung des Orts der Handlung (Ausstellungsort) als befolgt unterstellt werden (z. B. ob gregorianischer oder russischer Kalender). Mittelbar kann dies auch für die Erfüllungszeit Bedeutung gewinnen, da nämlich wo sich diese nach der Zeit der Handlung bestimmt (Datowechsel).<sup>37)</sup>

4. Auch Qualitätsbezeichnungen haben vielfach an verschiedenen Orten verschiedene Bedeutung. Das H.G.Buch hat für ihre örtliche Anknüpfung eine Regel nicht aufgestellt. Aber es entspricht dem Geiste desselben, bei der

<sup>35)</sup> Der A. 335 hat bei der Berathung des H.G.Buchs und nachher vielfach Bedenken erregt. Bei einer sorgfältigen Auslegung der Geschäfte wird nicht häufig Anlass sein auf seine Vorschrift zurückzugehen. Vgl. Goldschmidt, Hdb. § 62 Not. 38—42. — Die Streitfrage, ob A. 335 auch auf Speziesobligationen Anwendung finde, gehört nicht hierher, wo es sich um die Feststellung, was Gegenstand der Obligatio ist, handelt und nicht, für welche Eigenschaften des vereinbarten Gegenstandes der Verpflichtete aufzukommen hat. Hierüber Goldschmidt a. a. O. Not. 19. Bruck, Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes S. 69 u. cit.

<sup>34)</sup> Dieses Erforderniss wurde vom R.O.H.G. V Nr. 70 S. 322 für den Pferdehandel verneint.

<sup>35)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 16 S. 87 (bei einem Vertrag, der zwischen Preussen in Preussen über eine in Oesterreich zu erfüllende und in Gulden österr. Währung bestimmte Geldleistung geschlossen wurde, ist die Zahlung in Metallwährung als beabsichtigt angenommen worden, weil in Preussen nur diese Währung bekannt sei).

<sup>36)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 17 S. 93 („Ladung zu löschen per running days, sundays excepted“).

<sup>37)</sup> R.O.H.G. XII Nr. 105 S. 317; XV Nr. 68 S. 242.

Frage nach dem Wie in letzter Linie auf denselben Ort zurückzugehen, wie bei der Frage nach dem Wieviel.<sup>38)</sup>

V. Die Einheit des Vertrags und der Obligation schliesst nicht aus, dass eine oder jede Partei zu einer Mehrheit von Leistungen, m. a. W. zur Hervorbringung eines mehrfachen Erfolgs verpflichtet ist. Man spricht in diesem Fall von einer zusammengesetzten Leistung.<sup>39)</sup> Wo die Verabredung unmittelbar auf die Verpflichtung derselben Person zu mehreren Leistungen gerichtet ist, können aber auch ebenso viele Verträge und entsprechend ebenso viele Obligationen vorliegen als Leistungen versprochen sind. Die Lösung des Zweifels, ob eine einheitliche Obligation mit zusammengesetzter Leistung oder eine Mehrheit von Obligationen mit einfacher Leistung, hat in mehrfacher Hinsicht praktische Bedeutung. Bewirkt z. B. die Beschränkung der Annahmeerklärung auf eine der angebotenen Leistungen die Entkräftung des ganzen Antrags gemäss H.G.B. A. 322 oder hat sie die Entstehung des Vertrags auf das angenommene Versprechen zur Folge?<sup>40)</sup> Kann bei dem Verzug der Gegenpartei mit einer Leistung von dem Wahlrecht der A. 354, 355 für das ganze Uebereinkommen Gebrauch gemacht werden oder nur bezüglich des unerfüllten Versprechens?<sup>41)</sup> Wird bei Verschiedenartigkeit der Leistungen die rechtliche Natur des Geschäfts durch eine Leistung bestimmt, welche den andern gegenüber als Hauptleistung erscheint, oder ist die Beschaffenheit jeder einzelnen Leistung massgebend.<sup>42)</sup>

Da die Parteien für jede Leistung einen selbständigen Vertrag errichten können, so hängt die Entscheidung im einzelnen Fall von der Untersuchung ab, ob sie es wollten.<sup>43)</sup> Es ist das Geschäft als rechtliche Einheit zu behandeln, wenn ersichtlichermassen jede Leistung nur mit Rücksicht auf die übrigen Bedingungen und versprochen wurde.<sup>44)</sup> Bei zweiseitigen Schuldverträgen wie beim

<sup>38)</sup> Ebenso Thöl § 248 Not. 23. A. M. R.O.H.G. II Nr. 76 S. 321. Dagegen aber R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 13.

<sup>39)</sup> Windscheid, P. § 252 Nr. 3.

<sup>40)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 44 S. 155 („Senden sie mir 30 Ctr. Nüsse und ein Fass Preiselbeeren“).

<sup>41)</sup> R.O.H.G. XIII Nr. 36 S. 104 (Vertrag über Lieferung von 125 Oxhoft Spiritus in fünf Monatsraten). Bd. II Nr. 17 S. 84; IX Nr. 19 S. 55.

<sup>42)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 2 S. 13; XIII Nr. 105 S. 325 (Verpflichtung des Verkäufers zur Uebersendung der Waare); vgl. dazu Goldschmidt Hdb. I S. 632. R.O.H.G. IX Nr. 67 S. 220; XI Nr. 26 S. 63 (Verpflichtung des Verkäufers einer Maschine zur Aufstellung derselben und zur Unterweisung des Käufers im Gebrauch). — Ueber eine andere von der Lösung des angegebenen Zweifels abhängige Frage Seuffert, Arch. XVII Nr. 127 (O.A.G. Rostock).

<sup>43)</sup> Dernburg, Preuss. P.R. II § 24. Derselbe bemerkt mit Recht, dass die in den römischen Rechtsquellen für die Stipulationen enthaltenen Entscheidungen auf unsere Verträge nicht schlechthin Anwendung leiden, z. B. L. 140 § 1 V.O. 45,1, wonach das Versprechen einer in Fristen zahlbaren Summe eine Mehrheit von Obligationen hervorbringe. Vgl. auch R.O.H.G. XIII Nr. 36 S. 104.

<sup>44)</sup> L. 34 § 1 Aed. Ed. 21,1: quum manifestum erit nonnisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse. Vgl. die Beispiele in Not. 42 und 43, wo die Einheit des Geschäfts angenommen, und das Beispiel in Not. 41, wo sie verneint wurde.

Kauf bildet die einheitliche Bestimmung der Gegenleistung, wenn diese auf eine Summe gerichtet ist, so wenig ein untrügliches Merkmal für die Einheit des Vertrags als die getrennte Bestimmung gegen dieselbe.<sup>45)</sup> Die Regel, dass beim Vertragsschluss über verschiedene Sachen oder Quantitäten eine Mehrheit von Verträgen anzunehmen sei, ist wenig förderlich.

### § 251.

## B. Der Schuldgrund.

In der Verpflichtung zu einer Leistung liegt eine Vermögenszuwendung, in jeder Vermögenszuwendung ein Vermögensopfer. Vermögensopfer werden gebracht zur Erreichung eines bestimmten Zwecks: um zu schenken, um zu einer Gegenleistung zu verpflichten, um eine Verbindlichkeit zu erfüllen u. s. w. Der Zweck oder genauer das Wollen des Zwecks wird zum bestimmenden Grund des Versprechens, zur Ursache des Schuldvertrags, zum Schuldgrund (*causa obligationis, causa debendi*).

Der Schuldgrund ist nicht ein rein innerliches in der Seele jedes Vertragstheils verschlossenes Motiv, er tritt als Element des Geschäfts heraus, die beiden Vertragstheile geben sich denselben zu erkennen und sind darüber einig oder glauben es zu sein.

Hiedurch unterscheidet sich der Schuldgrund von dem individuellen Anstoss, welcher den Entschluss zur Anstrengung des mit dem Vertrag zu verwirklichenden Zwecks hervorruft (Liebe, Freundschaft, Dankbarkeit, Mitleid, Bedürfniss, Spekulation, Gemeinnützigkeit u. s. w.).

Durch den Schuldgrund empfängt der Schuldvertrag seinen bestimmten Rechtscharakter als Kauf-, Darlehens-, Schenkungsvertrag u. s. w. Der individuelle Anstoss (*opinio*, zweite oder entferntere Absicht)<sup>1)</sup> ist nicht nur für die rechtliche Eigenschaft des Schuldvertrags nicht bestimmend, sondern in der Regel ohne jede rechtliche Bedeutung;<sup>2)</sup> er kann daher auf jeder Seite ganz verschieden sein.

Wenn nun auch kein Schuldvertrag des Schuldgrunds entbehrt, so ist doch denkbar, dass bei der rechtlichen Würdigung eines Schuldvertrags nur darauf gesehen wird, ob die Parteien die Verpflichtung gewollt, und dass ausser Berücksichtigung bleibt, warum sie dieselbe gewollt haben. Durch die Zulassung einer

<sup>45)</sup> L. 44 C.E. 18,1 (Einheit des Preises, Einheit des Kaufes). L. 17 de in diem addict. 18,2 L. 34 § 1 Aed. Ed. 21,1 (Einheitliche Preisbestimmung, Mehrheit der Kaufgeschäfte). Seuffert, Arch. XII Nr. 234; XVII Nr. 127.

<sup>1)</sup> Ihering, Geist des röm. Rechts § 55 unterscheidet Kausalmoment (Bestimmungsgrund, *causa*) und Motiv (thatsächlicher innerer Anstoss). Vgl. auch Brinz, P. (1. Aufl.) § 346 (2. Aufl.) § 248 Not. 32. Windscheid, P. § 98 Not. 1 u. dort Angeführte.

<sup>2)</sup> L. 3 § 7 de *condict. c. d. c. n. s.* 12,4: *quamquam constet eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse futurum, repetere non posse falsa opinione deceptus*. Die entferntere Absicht kann durch die Urheber des Rechtsgeschäfts als Bedingung oder Voraussetzung rechtliche Geltung erlangen; nur selten hat sie dieselbe ohne Geding (remuneratorische Schenkung).

solchen Behandlung würde zwar das positive Recht den Satz nicht umstossen, dass jeder Schuldvertrag seinen Schuldgrund hat, was ausser seiner Möglichkeit liegt, aber es würde die rechtliche Gültigkeit eines Schuldversprechens von der Beschaffenheit seines Schuldgrundes unabhängig stellen.

Die Loslösung des Schuldversprechens aus dem natürlichen Zusammenhang mit dem Schuldgrund kommt im römischen und im heutigen Rechte vor, nicht für alle Schuldverträge, aber für gewisse. Die Bezeichnung für diese Verträge schwankt noch; vielfach und zwar nicht unpassend werden sie **abstrakte** Verträge genannt; zu vermeiden ist der — man muss sagen leider noch immer gebrauchte Kunstaussdruck formelle Verträge oder Formalkontrakte, denn das eigenthümliche Wesen dieser Geschäfte liegt nicht in der Form, selbst wenn diese dafür unentbehrlich wäre, wie keineswegs der Fall ist.<sup>3)</sup> Den abstrakten Verträgen stehen diejenigen, bei welchen der Schuldgrund auch für die rechtliche Beurtheilung ein wesentliches Thatbestandselement bildet, als individualisirte (individuell charakterisirte, materielle, Kausal-) Verträge gegenüber.<sup>4)</sup> Uebrigens reicht der Gegensatz zwischen abstrakten und individualisirten Geschäften über das Gebiet der Schuldverträge und selbst über das Gebiet der Verträge hinaus.

Die abstrakten Schuldverträge erfreuen sich im Verkehr bei den Berechtigten grosser Beliebtheit. Denn sie erleichtern dem Gläubiger die prozessualische Geltendmachung, indem er im Widerspruchsfall nur den Abschluss des Vertrags durch Versprechen und Annahme zu beweisen hat, nicht wie bei den individualisirten Verträgen auch den Grund der Verpflichtung, und verleihen, was damit zusammenhängt, der Forderung grössere Umsatzfähigkeit, ein Vortheil, der gerade im Handelsverkehr hoch angeschlagen wird.

I. Die Haupterscheinung der abstrakten Schuldverträge bildete bei den Römern die **Stipulation**. Die Stipulation ist abstrakter Schuldvertrag geblieben, auch nachdem der Mangel oder die Mangelhaftigkeit des Schuldgrundes als Grund zur Anfechtung des Forderungsrechts mit *exceptio* oder *condictio* anerkannt war. Denn noch immer konnte der Stipulator seinen Anspruch auf die Thatsache stützen, dass der Promissor in Stipulationsform die Leistung versprochen habe, und noch immer genügte zur Entkräftung dieses Anspruchs nicht die Thatsache, dass dem Vertrag ein gültiger Schuldgrund fehlt; es musste weiter behauptet und bewiesen werden können, dass der Schuldner das Versprechen entweder im entschuldbaren Irrthum über das Nichtdasein des Grundes abgelegt habe (*condictio indebiti*) oder in Voraussetzung eines künftigen hinterher nicht eingetretenen Umstands (*condictio causa data causa non secuta*). Und selbst die wenigen Fälle, in welchen der rechtlich gemissbilligte Schuldgrund

<sup>3)</sup> Andere Bezeichnungen sind reine Verträge (*Windscheid*), einfache Versprechen (*Liebe*), Summenversprechen (*Thöl*). Gegen den letztern Ausdruck erhebt sich das doppelte Bedenken, dass Gegenstand eines solchen Vertrags nicht bloss eine Summe (Geldes oder vertretbarer Sachen) und dass eine Summe (Geldes oder vertretbarer Sachen) auch Gegenstand eines andern Vertrags sein kann.

<sup>4)</sup> Ueber die Bezeichnungen *Windscheid*, P. § 319 Not. 2.

den Schuldvertrag nichtig macht, sind als Ausnahmen vielmehr geeignet die Regel zu bestätigen als aufzuheben.<sup>5)</sup>

Die römische Stipulation ist dem heutigen Rechte fremd, nicht aber das Wesen der abstrakten Schuldverträge. In welchem Umfange freilich dem heutigen Rechte abstrakte Schuldverträge oder allgemeiner gesprochen abstrakte Schuldversprechen angehören, ist für das gemeine wie das partikuläre ausnehmend bestritten.

1. Dass Wechsel und Inhaberpapiere abstrakte Schuldversprechen darstellen, ist allgemein anerkannt.<sup>6)</sup> Ihnen hat der kaufmännische Verkehr schon seit langer Zeit andere Verpflichtungsscheine darin gleichgestellt, dass der Mangel einer Angabe über den Schuldgrund ihrer Verbindlichkeit nicht entgegentritt.<sup>7)</sup> Dieser Rechtsentwicklung hat das H.G.Buch Anerkennung gezollt. Es bestimmt der A. 301, dass Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder von einer Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere ausgestellt sind, auch ohne Angabe des Schuldgrunds Gültigkeit besitzen, vorausgesetzt dass darin die Verpflichtung zur Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist. Dass dortselbst auch für die Indossamente solcher Verpflichtungsscheine sowie für die Indossamente von Anweisungen, welche Kaufleute über Leistungen der bezeichneten Art ausgestellt haben, die Unabhängigkeit der Geltung vom Indossirungsgrund (Empfangsbekennniss über die Valuta) ausgesprochen ist, gehört nicht hieher, da Indossamente so wenig als die Cessionen ein Schuldversprechen enthalten; sie sind abstrakte Rechtsgeschäfte, keine abstrakten Schuldverträge.

Eine Anerkennung der abstrakten Schuldversprechen enthalten auch die Vorschriften in A. 300 und 301 Abs. 3 über die Verbindlichkeit der Acceptation einer Anweisung, weil hier der Grund der Verpflichtung gar nicht in einem Verhältniss zwischen dem Versprechenden (Assignaten) und dem Versprechensempfänger (Assignatar) sondern in einem Verhältniss des Versprechenden zu einem Dritten (Assignanten) liegt.

Aus dem Zusammenhang des A. 301 Abs. 2 hat man zu begründen gesucht, dass die Anerkennung der abstrakten Natur sich auf die an Order lautenden Anweisungen und Verpflichtungsscheine beschränke und dass für die der Orderstellung ermangelnden derartigen Schuldversprechen (Rektapapiere) eine Bestimmung im H.G.Buch fehle.<sup>8)</sup> Weder Theorie noch Praxis hat sich mit dieser einschränkenden Auslegung befreundet. Es ist lediglich die Abhängigmachung des

<sup>5)</sup> Vgl. hierüber und über die mannigfachen damit zusammenhängenden Streitfragen Windscheid, P. § 318 Not. 4.

<sup>6)</sup> R. Koch in Z. f. H.R. X S. 455 fg. will diejenigen Inhaberpapiere nicht zu den abstrakten Schuldversprechen rechnen, bei welchen der Schuldgrund auf dem Papier ausgedrückt ist. Mit Unrecht; denn derjenige, welcher den Anspruch aus einem solchen Papier geltend macht, ist zum Beweis des Schuldgrunds nicht verpflichtet, ja der Schuldner kann nicht einmal aus demselben eine Einrede herleiten, z. B. dass das Darlehn vom ersten Nehmer nicht bezahlt sei.

<sup>7)</sup> Grünhut in Z. f. österr. R. III S. 15. Bähr, Die Anerkennung § 65 a. E. Nürnb. Prot. S. 1326, 1328, 4563 fg.

<sup>8)</sup> Hahn, Komm. zu A. 301 § 8.



Leistungsversprechens von einer Gegenleistung, welche einen derartigen Verpflichtungsschein der Vorschrift des A. 301 entziehen soll.<sup>9)</sup>

2. So weit das H.G.Buch. Es dürfte nun darüber Einverständniß bestehen, dass das H.G.Buch mit den geschilderten Bestimmungen zwar den abstrakten Schuldverträgen in einem gewissen Umfang für das Gebiet der Handelsgeschäfte eine zweifelloste Geltung sichern wollte, dass es aber nicht beabsichtigte darüber hinaus die abstrakten Schuldverträge, soweit sie in den subsidiären Rechtsquellen anerkannt sind, aus dem Bereich des Handelsverkehrs auszuweisen, gewissermassen eine Sicherheitspolizei gegen das Eindringen verdächtiger Gesellen zu üben. Einigermassen verdächtige Gesellen sind es allerdings, welche mit dieser Nachgiebigkeit Einlass finden, denn ihre Legitimation ist, sie mögen dem Gebiete des gemeinen oder des partikulären Rechts entstammen, wenigstens zur Zeit nicht in der wünschenswerthen Ordnung.

In der Theorie des gemeinen Rechts erfreute sich bis vor wenigen Jahrzehnten die Ansicht ungetheilten Beifalls, dass nur bei gewissen formellen Verpflichtungen des neueren Verkehrs die verbindliche Kraft durch die Anlehnung an einen bestimmten materiellen Schuldgrund nicht bedingt ist, nämlich für Wechsel und Inhaberpapiere, dass aber darüber hinaus die abstrakten Schuldversprechen der rechtlichen Gültigkeit entbehren. Insbesondere soll ein schriftliches Schuldversprechen, in welchem die Hervorhebung des Schuldgrunds fehlt, sog. *cautio indiscreta*, den Forderungsanspruch nicht zu rechtfertigen vermögen, wenn auch derselbe in der Absicht selbständiger Verpflichtung ausgestellt sein sollte. Weniger behaglich als die Theorie befand sich die Praxis bei diesem Lehrsatz. Sie sah sich bei der Anwendung nur zu häufig vor die Alternative gestellt, entweder mit dem Lehrsatz zu brechen oder sich mit dem bestehenden Rechtsbewusstsein und den Forderungen von Treu und Glauben in Widerspruch zu setzen. Denn nach jener Theorie soll der Aussteller eines der Angabe des Schuldgrunds ermangelnden Schuldscheins der Klage aus demselben mit der Forderung begegnen dürfen: beweise mir erst, warum ich mich verpflichtet habe, und ich werde antworten, ob ich schuldig bin. In dieser Verlegenheit stellte oft ein Wort zur rechten Zeit sich ein; die Bemerkung „aus Darlehn“, „aus Abrechnung“ u. s. w. musste das Mäntelchen bilden, die Blösse des Schuldscheins zu decken, obwohl Jedermann wusste, dass diesen Bemerkungen ebenso wenig ernstliche Bedeutung beigemessen werden darf<sup>10)</sup> als dem typischen „Werth erhalten“, „Werth in Rechnung“ beim Wechsel.

Da begann auch die Wissenschaft den Lehrsatz um seine Berechtigung zu befragen und er bestand die Prüfung schlecht. Es erwies sich, dass haltbare innere Gründe ihm nicht zur Seite stehen. Die verhältnissmässig beste Stütze findet er in zwei Aussprüchen des römischen Rechts.<sup>11)</sup> Aber angesichts des

<sup>9)</sup> Thöl § 213 Not. 2 u. 3; § 329 Not. 4 u. 5. R.O.H.G. VII Nr. 51 S. 204; VIII Nr. 106 S. 431; XXIV Nr. 61 S. 238. Vgl. auch Z. f. H.R. XV S. 582/3.

<sup>10)</sup> R.O.H.G. XII Nr. 36 S. 110. Z. f. H.R. XV S. 585.

<sup>11)</sup> L. 25 § 4 de probat. 22,3; Const. 13 de non num. pec. 4,30.

bedenklichen Ergebnisses und angesichts des Widerspruchs mit andern Quellenentscheidungen<sup>12)</sup> darf der nächstliegende Sinn dieser Stellen so lange nicht als Inhalt betrachtet werden, als eine andere Auslegung möglich ist. Und sie ist möglich.<sup>13)</sup> Man hat zwar zur Rechtfertigung des angefochtenen Satzes noch geltend gemacht, der Privatwille habe nicht die Kraft, Vertragsgebilde zu erzeugen, welche der Anerkennung im positiven Recht entbehren. Das ist gewiss richtig, aber auch zu behaupten, dass nach der Entwicklung unseres gemeinen Rechts den formlosen abstrakten Schuldversprechen diese positive Anerkennung nicht mangelt.<sup>14)</sup> Dass das positive Recht die Zulassung abstrakter Verpflichtungen an die Einkleidung in eine gesetzlich anerkannte Form knüpfe, ist eine unbewiesene Behauptung, die ihre Entstehung nicht zum wenigsten dem selbstgewählten Ausdruck Formalkontrakt verdankt. Bei den Römern hing dies Formerforderniss mit dem ihnen eigenthümlichen Kontraktssystem zusammen, in Folge dessen nicht minder der Bildung individualisirter Verträge eine Schranke gezogen war. Ueberdies streifte im spätern römischen Recht die Form der Stipulation nahe an die Formlosigkeit. Nun ist das römische Vertragssystem nicht unser heutiges, der Unterschied von *contractus* und *pactum* ist gefallen und damit das formelle Erforderniss für die Gültigkeit der abstrakten Schuldversprechen. Die Geschichte des deutschen Rechts ist jener Behauptung noch weniger günstig.<sup>15)</sup> Es mag zugegeben werden, dass die formelle Fassung des Versprechens der Parteiabsicht, eine von ihrem Bestimmungsgrund losgelöste Verpflichtung zu schaffen, einen leicht erkennbaren Ausdruck verleiht. Aber damit ist die Nothwendigkeit nach dem bestehenden Recht nicht erwiesen. Die schriftlichen Schuldbekennnisse und Zahlungsverprechen sind ein erheblicher Beweisgrund dagegen. Beweismittel im Sinne eines Zeugnisses über den anderweit geschlossenen Vertrag sind sie nicht, sonst müssten sie durch andere Beweismittel ersetzt werden können; kein Richter wird die Aussage eines Zeugen für beweisend erachten, welche dahin geht: er wisse, dass der Beklagte dem Kläger auf Martini dieses Jahres 100 M. schuldig sei. Die Auffassung dieser Schuldscheine als Beweis- oder Substanzirungsverträge erledigt sich damit, dass es solche Verträge nicht gibt.<sup>16)</sup> Wollte sich Jemand zur Rettung des Formerfordernisses an die Schrift klammern, in welcher die Schuldscheinverpflichtung in die Erscheinung tritt, so

<sup>12)</sup> L. 47 § 1 de pact. 2, 14 L. 20 inst. act. 14, 3.

<sup>13)</sup> Es kann hier nicht auf eine ausführliche Exegese eingetreten werden. M. vgl. Windscheid, P. § 318 Not. 4.

<sup>14)</sup> Dies gegen Brinz, P. (2. Aufl.) § 248 Not. 28.

<sup>15)</sup> Gegen Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 7, den Gewährsmann von Dernburg, Preuss. P.R. II § 15 Not. 5, zeugt jetzt Stobbe, Deutsch. P.R. § 167 Not. 2—7. In der Schweiz, wo die Entwicklung des deutschen Rechts weniger beeinflusst von fremder Rechtsanschauung vor sich ging, wurden die abstrakten Schuldversprechen von jeher als verbindlich anerkannt. Friedr. v. W y s s in Z. f. schweiz. Recht Bd. IX S. 61.

<sup>16)</sup> Bähr, Anerkennung § 67. Bülow im Arch. f. civ. Pr. 64 S. 65 fg. Wach, ebenda S. 218 fg., 229, 247.

wäre ihm die Frage entgegenzuhalten, ob das z. B. vor Zeugen abgegebene Schuldversprechen weniger wiegen soll als das in Schrift gefasste.<sup>17)</sup>

So darf man sich vom Standpunkte des gemeinen Rechts nicht länger der Anerkennung des Satzes entziehen, dass die Parteien durch formlose Uebereinkunft ein durch den materiellen Verpflichtungsgrund nicht bedingtes Forderungsrecht zu erzeugen vermögen.

Was die in Deutschland geltenden Partikularrechte anlangt, so verhält sich das wichtigste derselben, das preussische Landrecht, gegen die abstrakten Schuldverträge mindestens nicht spröder als das gemeine Recht.<sup>18)</sup> In andern finden sich entgegenkommende Vorschriften, in keinem ein Ausschluss.<sup>19)</sup>

Zur genaueren Bestimmung der abstrakten Schuldverträge ist zu bemerken:

a. Es muss feststehen und nöthigenfalls erwiesen werden, dass das Schuldversprechen in der Absicht selbständiger d. h. vom Bestimmungsgrund losgelöster Verpflichtung geleistet wurde. Der Käufer geht im Kaufvertrag, der Entleiher im Darlehnsvertrag eine solche Verpflichtung nicht ein. Daher kann sich der Verkäufer beziehungsweise der Darlehnsgläubiger bei der Geltendmachung seiner Forderung der Hervorhebung und gegebenen Falls des Beweises nicht entschlagen, dass der Beklagte ihm aus Kauf bezw. aus Darlehn die eingeklagte Summe schuldig geworden sei. Wenn aber der Käufer bezw. Darlehnsschuldner seinem Gläubiger eine Urkunde ungefähr des Inhalts ausgestellt hat: „Ich schulde dem Herrn N. N. die Summe von 1000 M. und werde sie bis Martini dieses Jahres bezahlen“, so reicht zur Begründung der Klage die Behauptung aus: „Laut anliegenden Scheins schuldet mir der Beklagte die Summe von 1000 M., welche an Martini bereits fällig waren, aber bis heute nicht bezahlt sind.“

Ob die Absicht auf Schaffung einer abstrakten Schuldverpflichtung gerichtet war, kann bei formlosen Verträgen im einzelnen Fall zweifelhaft sein. Eine Vermuthung dafür besteht nicht.<sup>20)</sup>

<sup>17)</sup> A. M. Dernburg, Preuss. P.R. II § 15 Ziff. 4. Vgl. aber Bähr in Iherings Jahrb. II S. 299 Not. 8 und Goldschmidt in Z. f. H.R. XXIII S. 308.

<sup>18)</sup> Anerkannt von Dernburg, Preuss. P.R. II § 15 Not. 6.

<sup>19)</sup> Sächs. G.B. § 1398: „Ausstellung eines Schuldscheins und Annahme desselben enthalten einen Anerkenntnisvertrag, selbst wenn der Grund der Schuld in dem Scheine nicht angegeben ist.“ Die Praxis der sächsischen Gerichte erachtet unter Billigung des R.O.H.G. (Bd. XXI Nr. 56 S. 181) das Bekenntniss der Schuld als sog. *causa debendi* für unentbehrlich. Ueber den Werth oder vielmehr Unwerth solch allgemeiner Anführungen sollten Zweifel nicht mehr bestehen. Bähr, Anerkennung (2. Aufl.) S. 171 und in Iherings Jahrb. II S. 429. — Ueber das Hamburger Recht vgl. Stobbe, Deutsch. P.R. § 167 Not. 11. Cod. civ. art. 1132: *La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'est soit exprimée.* Enthält eine Ablehnung der abstrakten Verträge das württemberg. Ldr. I Tit. 34 § 4: „Handschriften beweisen, darinnen Ursachen derselben vermeldet“? Der Satz ist zu vag, als dass ihm diese bestimmte Beziehung gegeben werden könnte. Vgl. indes O.Tr. Stuttgart in Seuffert, Arch. XXIV Nr. 27. — Schweiz. Obl.R. A. 15. „Ein Schuldbekenntniss ist gültig auch ohne die Erwähnung eines besondern Verpflichtungsgrundes“.

<sup>20)</sup> Belehrend die zahlreichen Erkenntnisse in Seuffert, Arch. XXIV Nr. 230, XXV Nr. 17, XXXII Nr. 30, XXXV Nr. 15 u. cit. Andere Urtheile in Z. f. H.R. XV

b. Nur einseitige Verpflichtungen eignen sich zum Inhalt eines abstrakten Schuldvertrags. Indes lässt sich jede der beiden Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Schuldvertrage in einen abstrakten Vertrag fassen, und dies ist die häufigste Veranlassung der abstrakten Verträge.

c. Die abstrakten Schuldverträge sind auf Leistungen von Geld oder vertretbaren Sachen nicht beschränkt, auch durch die Kaufmannseigenschaft des Gläubigers oder Schuldners nicht bedingt; aber die Natur eines Handelsgeschäfts verleiht ihnen der letztere Umstand.

d. Die Form ist völlig frei. Es genügt z. B. „Gut für M. 1000“ mit Datum und Unterschrift.

3. Ueber die Anfechtung des abstrakten Forderungsrechts wegen Mangels oder Mangelhaftigkeit des Schuldgrunds entscheiden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Das H.G.Buch stellt nur eine mit dem Wechselrecht übereinstimmende Beschränkung auf: Bei den schriftlichen an Order gestellten Schuldversprechen kann sich der Verpflichtete nur solcher Einreden bedienen, welche sich aus der Urkunde selbst ergeben oder dem unmittelbaren Verhältniss des Schuldners zu dem Kläger entnommen sind.<sup>21)</sup>

II. Der **Schuldanerkenntnisvertrag**<sup>21a)</sup> hat zum Inhalt die vertragsmässige Feststellung einer aus anderem Rechtsgrund entsprungenen Schuld. Der eine Vertragstheil bekennt, dem andern eine bestimmte Leistung (Summe) schuldig zu sein, und er bekennt dies in der Absicht und zu dem Zweck, damit die Gegenpartei dieses Bekenntniss gegen ihn gebrauchen könne. Durch diese Absicht und diesen Zweck unterscheidet sich der Schuldanerkenntnisvertrag von einem sonstigen (einseitigen) Bekenntniss der Schuld. Wenn A Dritten gegenüber äussert, dass er dem B 100 M. schuldig sei, so liegt darin ein Bekenntniss der Schuld, ein Selbstzeugniss des Schuldners, das in der Wagschale der richterlichen Beweiswürdigung erheblich werden kann, aber es liegt darin kein Vertrag, insonderheit kein Schuldanerkenntnisvertrag. Die Aeusserung ist nur dem Triebe entsprungen, der Ueberzeugung von der Wahrheit eines Umstands Ausdruck zu geben. Ja es kann eine solche Aeusserung dem B selbst gegenüber gemacht sein, ohne dass sie über die rechtliche Natur eines Selbstzeugnisses, eines Be-

S. 575—584. Enthält das Konnossement, enthält der Ladeschein ein abstraktes Versprechen? Verneint von Goldschmidt, Hdb. § 72 Not. 8 und in Z. f. H.R. XXVI S. 608, mit Recht, denn hier erhellt der Grund der Verpflichtung aus der Urkunde; der gesetzliche Ausschluss des Gegenbeweises gegen den angegebenen Schuldgrund erhebt den Vertrag nicht zum abstrakten.

<sup>21)</sup> H.G.B. A. 303 Abs. 2 vgl. mit W.O. A. 82. Richtige Entscheidung mit unrichtiger Begründung O.Tr. Berlin in Z. f. H.R. XII S. 215/16. Darum können mündliche Vereinbarungen neben dem Verpflichtungsschein im Prozess zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer zur Geltung gebracht werden. R.O.H.G. XII Nr. 51 S. 208. A. M. O.Tr. Berlin in Z. f. H.R. XV S. 583.

<sup>21a)</sup> Hauptwerk Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund I. Aufl. 1855, 2. Aufl. 1867. Weitere Literatur bei Windscheid, P. § 412 a Not. \*. Dazu Wach im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 216 fg.

weismoments hinausgeht, z. B. gelegentliche Erwähnung in einem Briefe.<sup>22)</sup> Wer dagegen einen Schuldschein ausstellt — und der Schuldschein ist die häufigste Erscheinung des Schuldanererkennungsvertrags — der „will seinen Gläubiger dergestalt sicher stellen, dass dieser in dem Schuldschein den Rechtsbestand der Forderung gleichsam in Händen hat; er will ihn über den Rechtsbestand der Forderung so sicher stellen als ob die Forderung schon bezahlt wäre. Und dies will der Aussteller eines Schuldscheins nicht in dem einen Falle anders als in dem andern, sondern will es in jedem gleichmässig“.<sup>23)</sup>

Der Schuldanererkennungsvertrag bezieht sich immer auf ein vorhandenes Schuldverhältniss. Aber seine Bedeutung besteht nicht darin, einen Beweis für das Dasein der Schuld zu erzeugen, schon darum nicht, weil es einen Beweis nur über Thatsachen, nicht über Rechtsverhältnisse gibt. Im Schuldanererkennungsvertrag wird das Schuldbekennniss nicht bedingt abgelegt, nicht für den Fall, dass man schuldig ist, sondern weil man schuldig ist oder — was für die Natur des Vertragswillens keinen Unterschied macht — schuldig zu sein glaubt. Juristisch gesprochen, der Schuldanererkennungsvertrag enthält eine selbständige (wenn auch nicht materiell neue) Verpflichtung, er begründet ein eignes Forderungsrecht und für dieses Forderungsrecht ist das Dasein der anerkannten Schuld nicht Bedingung sondern Voraussetzung.<sup>24)</sup> Folglich erweist sich gegen den Anspruch aus dem Schuldanererkennungsvertrag die Behauptung und der Beweis als unzureichend, dass der anerkennende Vertragstheil das Anerkannte nicht schuldig war. Es würde ihm mit Fug entgegengehalten werden, warum er einen Vertrag eingegangen hat, welcher die Feststellung seines Schuldigseins bezweckte. Vermuthlich wird er antworten, dass er geglaubt habe, schuldig zu sein. Aber damit ist das Dasein des Vertrags eingeräumt; denn die falsche Voraussetzung schliesst die Entstehung des Vertrags nicht aus, sondern berechtigt bestenfalls zur Anfechtung nach den Grundsätzen der *condictio indebiti*.<sup>25)</sup> Bei dieser Anfechtung ist aber nicht blos der Irrthum sondern auch die Entschuldbarkeit des Irrthums zu beweisen. Allerdings wird in nicht seltenen Fällen der Beweis, dass die anerkannte Schuld nicht bestanden hat, in dem Richter die Ueber-

<sup>22)</sup> R.O.H.G. V Nr. 66 S. 306. Seuffert, Arch. XV Nr. 114 („ich bin ja Ihnen immer noch die 25 Louisd'or für den Rappen schuldig“). Ueber die Wirkung des wahren Anerkennungsvertrags gegenüber dem Bürgen Seuffert, Arch. XXXII Nr. 234.

<sup>23)</sup> Bähr in der Münchner krit. V.J.Schr. XVIII S. 341. Die im Text für den Schuldschein in Anspruch genommene Natur, Ausdruck eines Verfügungsaktes zu sein, gilt auch für die Quittung. Die Unterscheidung, ob blosser Beweisurkunde oder ein selbständig wirkender Vertrag gewollt sei, ist hier so wenig berechtigt als dort. Daher ist dem Erkenntniss des Reichsgerichts in Seuffert, Arch. XXXVI Nr. 104 nicht beizustimmen.

<sup>24)</sup> Ueber diesen Unterschied R.O.H.G. XIX Nr. 15 S. 50—52.

<sup>25)</sup> L. 24 L. 31 de *condict. indeb.* 12,6. L. 1 pr. de *condict. s. c.* 12,7. Const. 3 de *condict. indeb.* 4,5. R.O.H.G. IX Nr. 58 S. 199. Seuffert, Arch. XIX Nr. 24, XXVI Nr. 30 (Darmstadt), XX Nr. 115 (Celle), XXI Nr. 30, XXII Nr. 200, XXVIII Nr. 20 (Berlin), XXIII Nr. 118 (Wolfenbüttel), XXXVI Nr. 269 (München). Sächs. G.B. §§ 1397—1399.

zeugung begründen, die Schuldanerkennung beruhe auf einem entschuldbaren Irrthum über den Bestand der Schuld. Dies darf aber darüber nicht täuschen, dass Anfechtung, nicht Gegenbeweis die verpflichtende Kraft des Anerkennungsvertrags aufzuheben vermag.<sup>26)</sup> Denn jener Beweis ermangelt der Bedeutung, sobald aus den Umständen erhellt oder auch nur der Verdacht entspringt, dass die Ueberzeugung von dem Bestand der Schuld nicht der bestimmende Grund bei Eingehung des Vertrags war.

Das Urtheil, ob Selbstzeugniss oder Verpflichtung, ob Bekenntnisswille oder Feststellungswille, bereitet nicht selten Schwierigkeit. Die Ausdrücke entscheiden nicht.<sup>27)</sup> Und es kann eine Feststellung bezüglich des Orts oder der Zeit getroffen werden, ohne dass sich dieselbe auf den Bestand der Schuld erstreckt.<sup>28)</sup>

In der Regel tritt der Schuldanerkennungsvertrag in Verbindung mit einem Erfüllungs- oder Zahlungsverprechen auf. Hiebei ist gleichgültig, ob in der Fassung des Vertrags die beiden Bestandtheile getrennt oder in einen Satz zusammengezogen sind, ob es heisst: „Ich bekenne dem Herrn N. N. 100 M. schuldig zu sein und verspreche sie binnen 6 Wochen zu zahlen“ oder „Die 100 M., welche ich dem Herrn N. N. schulde, werde ich binnen 6 Wochen bezahlen.“

Der Schuldanerkennungsvertrag kann den materiellen Grund der anerkannten Schuld zum Ausdruck bringen, ein Erforderniss ist dies nicht. Durch die Angabe des materiellen Schuldgrunds wird die Anfechtung wegen mangelnden Grunds erleichtert.

Uebrigens ist der angegebene materielle Grund des anerkannten Schuldverhältnisses nicht immer der wirkliche. „In dem heutigen Verkehrsleben bildet die Ausstellung eines Darlehnschuldscheins eine sehr gewöhnliche Form für die Anerkennung einer aus anderm Rechtsgrund herrührenden Schuld.“<sup>29)</sup> Zuweilen wird von den Parteien in der Gestalt eines Schuldanerkennungsvertrags absichtlich ein materiell neues Schuldverhältniss begründet, z. B. ein Darlehnschuldschein zum Zweck einer Schenkung oder Sicherstellung ausgestellt.<sup>30)</sup>

<sup>26)</sup> Auf diese Verwechslung sind die meisten Irrthümer in unserer Lehre zurückzuführen.

<sup>27)</sup> Vgl. Z. f. H.R. X S. 552/53.

<sup>28)</sup> R.O.H.G. I Nr. 40 S. 144; II Nr. 88 S. 396; IV Nr. 86 S. 416; V Nr. 66 S. 306. Seuffert, Arch. XV Nr. 114; XX Nr. 115. Bähr, Anerkennung (2. Aufl.) S. 186. Römer, Abh. I S. 52. Dernburg, Preuss. P.R. II § 16 Not. 12. Sächs. G.B. § 1400: „In dem Erbitten und Zugestehen einer Stundung und in der Zahlung und Annahme von Zinsen einer Schuld liegt kein Anerkennissvertrag hinsichtlich der Schuld, und in der Zahlung und Annahme eines Theils der Schuld kein Anerkennissvertrag hinsichtlich des Mehrbetrags.“

<sup>29)</sup> R.O.H.G. V Nr. 56 S. 259, Nr. 101 S. 428. Seuffert, Arch. XXVIII Nr. 126; XXXII Nr. 222; XXXIII Nr. 8 u. cit. Const. 6 si cert. pet. 4,2. — Dernburg, Preuss. P.R. II § 16 Not. 13, § 63 Not. 14.

<sup>30)</sup> Diese Nothlüge hat ihre Hauptveranlassung in der Unsicherheit über die rechtliche Anerkennung abstrakter Schuldversprechen; denn das und nichts anderes wollen die Parteien in einem solchen Fall.

In dieser Möglichkeit zeigt sich recht deutlich, dass der auf den Nichtbestand der anerkannten Schuld gerichtete Gegenbeweis an sich den Schuldanerkenntnisvertrag nicht zu entkräften vermag. Denn sofort nachdem der Beklagte mit der Behauptung aufgetreten ist, er habe vom Kläger ein Darlehn, worauf der Schuldschein lautet, nicht empfangen, wird sich die Verhandlung der Frage zuwenden, warum er das Anerkenntnis abgelegt hat. Auf diese Frage muss er Antwort geben und damit wird entweder der wirkliche Schuldgrund zum Ausdruck kommen oder die Vertheidigung wird dahin gehen, es sei irrtümlich diese Schuld vorausgesetzt oder es sei in Erwartung eines Darlehns oder eines sonstigen Schuldgrunds die Verpflichtung ausgesprochen worden. Damit wird aber die Vertheidigung zum Angriff nach den Grundsätzen der grundlosen Bereicherung.

Dass der Schuldanerkenntnisvertrag der sonstigen Anfechtung der Verträge z. B. wegen Betrugs unterliegt,<sup>31)</sup> ist selbstverständlich.

Die Erscheinungsformen des Schuldanerkenntnisvertrags sind mannigfach. Neben dem erwähnten schriftlichen Schuldbekenntnisse (Schuldschein) fallen auch gewisse auf Grund beiderseitiger Einwilligung bethätigter Bucheinträge darunter, wenn sie eine vertragsmässige Feststellung der aus einem andern Rechtsgrunde herrührenden Verbindlichkeit enthalten.<sup>32)</sup> Der Schuldanerkenntnisvertrag kommt ferner in Verbindung mit dem Abrechnungsgeschäft vor, wovon jetzt genauer zu handeln ist.

III. Das **Abrechnungsgeschäft.**<sup>32a)</sup> Wenn zwischen zwei Personen eine längere Geschäftsverbindung besteht, so werden häufig die daraus entspringenden Forderungen nicht sofort einzeln durch Zahlung getilgt; den Forderungen auf der einen Seite treten vielmehr Forderungen auf der andern gegenüber und auch Zahlungen werden nicht zur Tilgung einer bestimmten Forderung sondern mit Rücksicht auf das Gesamtschuldverhältniss gemacht, so dass sie selbst Forderungen, Guthaben, Gutmachungsposten begründen. Hieraus entsteht dann eine gewisse Unsicherheit über die gegenseitige Rechtslage und damit das Bedürfniss, sämtliche aus dem Verkehr herrührende Forderungen (und Zahlungen) festzustellen, die Summe der Guthaben auf der einen Seite von der Summe der Guthaben auf der andern abzuziehen und danach den gegenwärtigen Stand des Schuldverhältnisses zu bestimmen.

Ein ähnliches Bedürfniss kann sich ergeben, wenn aus der geschäftlichen Beziehung nur für den einen Theil Guthaben hervorgegangen sind, um das Gesamtguthaben zu ermitteln.

<sup>31)</sup> Ueber die Begründung der Anfechtung wegen Betrugs vgl. O.Tr. Berlin in Z. f. H.R. XV S. 555—559.

<sup>32)</sup> R.O.H.G. I Nr. 47 S. 160—164; II Nr. 63 S. 274; XII Nr. 21 S. 69; XIV Nr. 83 S. 260 (Bei- oder Kontobuch); Bd. XXIII Nr. 56 S. 164 (Sparkassenbuch). Bähr, Anerkennung § 57 a.

<sup>32a)</sup> Pfeiffer, Prakt. Ausführ. VIII Abh. 2. Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund §§ 55, 56. Regelsberger im Arch. für civ. Prax. Bd. 47 S. 153 fg. Grünhut in der österr. Zeitschr. III S. 512 fg. Weitere Literaturnachweise bei Stobbe, Deutsch. P.R. § 167 Not. 22.

Diese Abrechnung oder Berechnung ist zunächst eine rein rechnerische Thätigkeit. Sie gewinnt aber rechtliche Bedeutung, wenn und dadurch dass die Parteien sich zur Anerkennung des Rechnungsergebnisses verpflichten. Die beiderseitige Genehmigung der Abrechnung gestaltet das Abrechnungsgeschäft zum Abrechnungsvertrag.<sup>33)</sup> Von wem die Berechnung hergestellt wird, ob von den Parteien selbst oder von einem Dritten, ob von einer Partei oder von beiden in Gemeinschaft, ist rechtlich gleichgültig. In dem Verhältniss der sog. laufenden Rechnung pflegt der eine Theil in gewissen Zeiträumen (jährlich, halb-jährlich) den von ihm gefertigten Rechnungsabschluss dem Geschäftsfreunde zur Genehmigung zuzusenden. Darin liegt das Angebot zu einem auf das Rechnungsergebniss gerichteten Anerkennungsvertrag. Die Genehmigung (Angebotsannahme) kann auch stillschweigend erfolgen; ob hiezu das blosse Schweigen auf die Zusendung d. h. die Unterlassung einer Beanstandung oder gar die Unterlassung sofortiger Beanstandung genügt, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Ein allgemeines Gewohnheitsrecht dieses Inhalts besteht nicht.<sup>34)</sup>

Was die rechtliche Natur des Abrechnungsvertrags anlangt, so gehen die geschilderten beiden Arten aus einander, der Fall, wo sich Forderungen und Gegenforderungen (oder Zahlungen) gegenüberstehen, und der andere, wo sämtliche Guthaben dem einen Theile zukommen.<sup>35)</sup>

A. Wenn auf beiden Seiten Guthaben stehen, so bethätigt im Abrechnungsvertrag jede Partei eine doppelte Anerkennung. Sie erkennt die dem Gegner gutgebrachten Posten als richtig an; sie erkennt aber zugleich an, dass ihr selbst aus der Geschäftsverbindung, welche die Abrechnung umfasst, andere als die in Berechnung gestellten Guthaben nicht zukommen, es müssten denn ausdrücklich einzelne Posten ausgeschlossen worden sein.<sup>36)</sup> Wie weit sich die der Berechnung unterzogene Geschäftsverbindung und damit die negative Wirkung des Abrechnungsvertrags erstreckt, ob auf sämtliche unter den Parteien bestehende Forderungsverhältnisse oder nur auf die Forderungen aus einem einzelnen Verkehrszweige oder aus einer besonderen gemeinschaftlichen Unternehmung, diese praktisch sehr wichtige Frage ist nur im einzelnen Fall zu erledigen.

Kommen sich die gegenseitigen Gutmachungen in den Gesamtbeträgen gerade gleich — ein seltener Fall — so hat der Abrechnungsvertrag nur befreiende (liberatorische) Wirkung, er enthält einen doppelten Quittungsvertrag: jeder Theil erkennt an, dass er aus dem der Berechnung unterzogenen Ver-

<sup>33)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 15 S. 71. R.G. III Nr. 75 S. 265. Der Buchhändler, welcher mir vierteljährlich, halbjährlich, jährlich Rechnungsauszug zusendet, thut dies nicht, um von mir eine Anerkennung der Richtigkeit zu erlangen, sondern um mich von dem Bestand meiner Schuld in Kenntniss zu setzen und zur Zahlung zu veranlassen.

<sup>34)</sup> Im eigentlichen Kontokorrentverhältnisse hat das Schweigen auf die Zusendung des Rechnungsabschlusses in Verbindung mit der Fortsetzung des Verkehrs die Bedeutung einer Genehmigung. Vgl. über diese Frage R.O.H.G. II Nr. 27 S. 117; III Nr. 1 S. 4, Nr. 87 S. 424; IV Nr. 72 S. 350. Z. f. H.R. XV S. 565 fg. Grünhut a. a. O. S. 524.

<sup>35)</sup> Man spricht zuweilen nur im ersteren Fall von Abrechnung, im zweiten von Berechnung, aber der Sprachgebrauch ist kein fester.

<sup>36)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 16 S. 74. Seuffert, Arch. XXXIII Nr. 114 (O.T. Berlin).



hältnisse nichts mehr zu fordern hat. Man bezeichnet diesen Vertrag auch als Kompensationsvertrag, womit aber das Wesen desselben mehr verdunkelt als erhellt wird.<sup>37)</sup>

Wenn sich dagegen zu Gunsten des einen Theils ein Ueberschuss (Saldo) ergibt, so verbindet sich mit dem befreienden Inhalt des Saldovertrags ein schuldbe gründender (obligatorischer). Derjenige Theil, welchem nach der Berechnung eine Restschuld zur Last kommt, erkennt an, dass er aus dem berechneten Verhältnisse nichts mehr zu fordern habe und dass er dem Gegner den Saldobetrag schulde.<sup>38)</sup> Der Gegner erkennt an, dass er aus dem berechneten Verhältnisse nur den Saldobetrag zu fordern habe. Aus diesem Schuldanerkenntnisvertrag entspringt ein selbständiges Forderungsrecht auf das Saldoguthaben, und gerade in dieser Anwendung ist die obligatorische Kraft des vertragsmässigen Schuldbekennnisses am frühesten zur Anerkennung gelangt; man sagt: Abrechnung begründet einen selbständigen Verpflichtungsgrund.<sup>39)</sup>

Die durch die anerkannte Abrechnung begründete Saldoforderung ist selbständig, das heisst sie hat ihren Entstehungsgrund nicht in den berechneten Schuldverhältnissen sondern im Abrechnungsvertrag. Der Saldogläubiger hat bei Geltendmachung seiner Forderung nur diesen Vertrag, nicht jene Schuldverhältnisse darzulegen.<sup>40)</sup> Mit Recht wurde daher angenommen, dass das Konkursprivileg, welches einer in die Berechnung gezogenen Forderung zukommt, auf die Saldoforderung nicht übergeht, auch nicht bis zu dem Betrag der privilegierten Forderung.<sup>41)</sup>

Aber das Dasein der in Rechnung gestellten Guthaben ist für die Wirksamkeit des Abrechnungsvertrags und der dadurch begründeten Forderung nicht bedeutungslos, ebensowenig das Nichtdasein von andern Forderungen aus demselben Rechtsverkehr. Jenes Dasein und dieses Nichtdasein bildet die Voraussetzung (nicht Bedingung), unter welcher der Abrechnungsvertrag geschlossen wird. Wenn daher irrthümlich eine nichtbestehende Forderung in die Berechnung aufgenommen oder eine bestehende Forderung ausser Ansatz gelassen wurde, so berechtigt dies die benachtheiligte Partei zur Anfechtung des Abrechnungsvertrags nach den Grundsätzen der grundlosen Bereicherung.<sup>42)</sup> Der bei Kontokorrentabschlüssen übliche Beisatz „Irrthum und Auslassung vorbehalten“ oder

<sup>37)</sup> Ueber die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Kompensationsvertrag ein gegenseitiger Erlassvertrag ist, so dass das Dasein der in Abgleichung gebrachten Forderungen eine Bedingung (nicht bloss Voraussetzung) für den Vertrag bildet, vgl. die ausführliche Erörterung von Römer, Abhdl. I S. 96 fg., dem Regelsberger in der Münch. kr. V.J.Schr. XXI S. 286 fg. beigetreten ist.

<sup>38)</sup> R.O.H.G. X Nr. 81 S. 358.

<sup>39)</sup> Ueber die Praxis der höchsten Landesgerichte Seuffert, Arch. XXV Nr. 15 u. cit. R.O.H.G. III Nr. 87 S. 431; IV Nr. 16 S. 73; X Nr. 9 S. 56, Nr. 82 S. 358; XI Nr. 92 S. 276; XVI Nr. 9 S. 30, Nr. 35 S. 126. R.G. III Nr. 75 S. 266. — Sächs. G.B. § 1401.

<sup>40)</sup> Aengstlich noch O.A.G. Darmstadt in Seuffert, Arch. III Nr. 105.

<sup>41)</sup> R.G. III Nr. 10 S. 18 fg.

<sup>42)</sup> L. 67 § 3 de condict. indeb. 12,6. R.O.H.G. IV Nr. 16 S. 76; XVI Nr. 35 S. 126.

S. (auf) E. (reurs) E. (t) O. (missions) u. ä. besagt etwas Selbstverständliches.<sup>43)</sup> Wenn freilich wissentlich, sei es im Vergleichsweg oder ohne ein Gegenopfer in die Aufnahme oder Weglassung eines zweifelhaften Postens gewilligt wurde, so gibt die spätere Aufklärung über denselben keinen Anfechtungsgrund. Und selbst da, wo die Anfechtung wegen irrtümlicher Aufnahme oder Weglassung eines Postens siegreich ist, fällt nicht der Abrechnungsvertrag dahin, er wird nur nach Massgabe des wahren Bestandes berichtigt.<sup>44)</sup>

In der Lehre vom Abrechnungsvertrag spielte von jeher die Frage eine Rolle, ob demselben novatorische Wirkung zukomme. Ipsofern damit ein klarer Begriff verbunden wird, bedeutet die Frage, ob der Abrechnungsvertrag die berechneten Forderungen derart aufhebt, dass keine derselben ferner geltend gemacht werden kann. Die Frage löst sich aus der früher betrachteten Natur des Abrechnungsvertrags. Wir fanden darin einen beiderseitigen Quittungsvertrag, der eine Theil erkennt an, dass er aus dem berechneten Verhältnisse überhaupt nichts, und der andere Theil, dass er nur den Saldo zu fordern habe. Damit ist eine Fortdauer der ursprünglichen Forderungsrechte unverträglich. Freilich bildet nicht die Novation den zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt: handgreiflich dann nicht, wenn sich ein Saldo bei der Abrechnung nicht ergeben hat; aber auch im entgegengesetzten Fall sind die berechneten Forderungen nicht in die Saldoforderung übertragen. Man hat das Gegentheil für diejenige Forderung behauptet, welche und soweit sie durch eine gegenüberstehende Forderung nicht aufgehoben wurde.<sup>45)</sup> Das ist zwar juristisch gedacht, aber mit dem wirklichen Rechtsvorgang nicht vereinbar. Denn es wird nicht die einzelne Forderung mit einer Gegenforderung in Abgleichung gebracht, sondern der Gesamtbetrag der Forderungen auf einer Seite mit dem Gesamtbetrag der Forderungen auf der andern. Es vollzieht sich demnach zunächst eine Verwandlung der einzelnen Forderungen in eine einheitliche (Gesamt-)Forderung. Daher lässt sich von keiner der berechneten Forderungen behaupten, dass sie oder ein Theil derselben noch unangetastet bestehe oder in die Saldoforderung übergegangen sei. Materiell steckt in der Saldoforderung ein Stück der Gesamtforderung, welche sich auf der Seite des jetzigen Saldogläubigers ergeben hat.<sup>46)</sup>

Hieraus folgt, dass jeder Partei, welche einen in die Berechnung gezogenen Posten gesondert geltend machen will, die Berufung auf die Tilgung durch den Abrechnungsvertrag entgegengesetzt werden kann.

Aber nicht blos das. Da die Abrechnung im Zweifel alle Forderungen und Zahlungen umfasst, welche in dem der Berechnung unterzogenen Geschäftsverhältnisse ihren Ursprung haben, so kann eine in jenen Kreis fallende Forderung neben oder gegenüber der Abrechnung nur dann zur Geltung gebracht werden, wenn die den Anspruch erhebende Partei darzuthun vermag, dass dieser Posten

<sup>43)</sup> R.O.H.G. III Nr. 87 S. 426.

<sup>44)</sup> Z. f. H.R. XII S. 212 (O.T. Berlin).

<sup>45)</sup> Bähr, Anerkennung § 56 (S. 241 der 2. Aufl.).

<sup>46)</sup> Ueber die Frage nach der novirenden Wirkung der Abrechnung Windscheid, P. § 354 Not. 15 a. E.

wissentlich nicht in die Abrechnung aufgenommen wurde.<sup>47)</sup> Aber auch diese ausschliessende Wirkung kann nicht auf eine Novation zurückgeführt werden.<sup>48)</sup>

B. Weit einfacher gestaltet sich der Vertrag, wenn die Gutmachungsposten sämmtlich auf einer Seite stehen. Zwar die ausschliessende (negative) Wirkung äussert auch dieser Abrechnungsvertrag; denn die Parteien haben hier nicht minder die Absicht, das Schuldverhältniss in erschöpfender Weise festzustellen. Ebenso bekennt sich bei dieser Abrechnung der eine Theil als Schuldner auf den berechneten Betrag. Es entspringt also aus dem Abrechnungsvertrag ein selbständiges Forderungsrecht. Und auch darin besteht Uebereinstimmung mit dem früher betrachteten Abrechnungsvertrag, dass das Dasein der in Ansatz gebrachten Forderungen nur eine Voraussetzung, nicht Bedingung für den Vertragsschluss bildet. Im übrigen gehen beide Verträge aus einander. Der zweite Vertrag enthält keine vertragsmässige Quittungsleistung. Damit hängt zusammen, dass dabei die Parteien die Feststellung des Gesamtguthabens ebensowohl in der Absicht pflegen können, damit die früheren Forderungen zu erledigen und jedes Zurückgehen auf dieselben auszuschliessen, als nur dem Gläubiger neben den bisherigen Forderungsrechten einen neuen bequemeren Schuldtitel zu schaffen, so dass er bei der Geltendmachung seines Anspruchs die Wahl hat, ob er denselben auf die ursprünglichen Forderungsrechte oder auf die durch die Abrechnung erzeugte Forderung stützen will. In jenem Fall wirkt der Abrechnungsvertrag novatorisch, in diesem accessorisch. Auch ohne die bekannte Vorschrift Justinians (Const. 8 de novat. 8,41) würde man im Zweifel die accessorische und nicht die novatorische Absicht zu unterstellen haben.<sup>49)</sup>

## C. Umfang der Verpflichtung.

### § 252.

#### 1. Von der Entgeltlichkeit und den Zinsen.

Der Schuldvertrag erzeugt die Verpflichtung zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit. Die Erfüllung wird daher vor allem durch den Inhalt der Verbindlichkeit und der Inhalt der Verbindlichkeit durch den Gegenstand, den Ort und die Zeit der Leistungspflicht bestimmt. Die Wirksamkeit der Erfüllung hängt aber auch von der Person des Leistenden und des Empfängers ab. Die Lehre von der Erfüllung der Obligationen hat demnach die Fragen zu beantworten: Was ist zu leisten? Wo? Wann? Von wem? An wen?

<sup>47)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 16 S. 75. Seuffert, Arch. XXXIII Nr. 114.

<sup>48)</sup> Vgl. über die ganze Frage Thöl § 317, Grünhut a. a. O. S. 493. Römer, Abhdl. I S. 128.

<sup>49)</sup> Umstände, welche bei Lösung dieser Auslegungsfrage in Betracht kommen, sind auf der einen Seite: Rückgabe sämmtlicher Schuldscheine, besonders verwickelte Natur des bisherigen Schuldverhältnisses — auf der andern Seite: dass eine oder mehrere der bisherigen Forderungen verzinslich oder durch Bürgen oder Pfandrecht versichert oder mit einem Vorzug im Konkurse ausgerüstet sind, während sich die neue Forderung keiner Auszeichnung erfreut.

Die Bestimmungen des H.G.Buchs über die Erfüllung der Handelsgeschäfte sind sehr lückenhaft. In die Frage nach der Person des Leistenden und des Empfängers greift es durch die Regeln über die Stellvertretung ein; hierüber ist an einem früheren Ort gehandelt (§ 69 fg.). Umfassender sind die Vorschriften über Ort und Zeit der Erfüllung. Nur vereinzelte Rechtssätze stellt es über die Art und den Umfang der Verpflichtung auf. Soweit die letzteren nicht schon in einem andern Zusammenhange Erwähnung gefunden haben (§ 250 IV) sollen sie jetzt dargestellt werden. Dabei bleibt das den einzelnen Vertragsarten Besondere der Erörterung dieser Lehren vorbehalten.

I. Die **Entgeltlichkeit**.<sup>1)</sup> — Die Unentgeltlichkeit ist mit dem Wesen der Handelsgeschäfte nicht unvereinbar; es kann eine Schenkung, eine unentgeltliche Leihe oder Hinterlegung ein Handelsgeschäft sein.<sup>1a)</sup> Immerhin sind dies seltene Erscheinungen und die Entgeltlichkeit bildet bei den Handelsgeschäften die überwiegende Regel. Trotzdem versteht sie sich nicht von selbst und ist unberechtigt von einer Vermuthung für die Entgeltlichkeit wenigstens im Sinne einer Rechtsvermuthung zu sprechen. Die Pflicht zur Vergütung einer Leistung bedarf auch in Handelsgeschäften vertragsmässiger Feststellung, die sich freilich ohne förmlichen Ausdruck aus den Umständen ergeben kann.<sup>2)</sup>

Von dieser Regel macht das H.G.Buch zu Gunsten der Kaufleute eine Ausnahme. Entsprechend der Thatsache, dass von Kaufleuten die Ausübung der gewerblichen Thätigkeit sowie die Verwendung der gewerblichen Mittel nur zum Zweck des Erwerbs zu geschehen pflegt, verleiht es denselben einen gesetzlichen Anspruch auf einen Mühewaltungslohn für alle von ihnen in Ausübung des Handelsgewerbes bethätigten Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen sowie auf eine Zinsvergütung für alle baaren Vorschüsse und Auslagen (A. 290). Indem die Erörterung über den Anspruch auf die Verzinsung der Baarauslagen einem andern Zusammenhange vorbehalten wird (Ziff. II), soll die Vorschrift in ihrem ersten Theil näher bestimmt werden.

1. Der gesetzlichen Begünstigung erfreuen sich nur Kaufleute, aber alle Kaufleute im Sinne des H.G.Buchs, die Kaufleute minderen Rechts eingeschlossen,<sup>3)</sup> und nicht blos im Verkehr mit Kaufleuten.

2. Der Begriff von Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen ist im weitesten Sinn zu verstehen, so dass auch die Ueberlassung von Waaren zum Gebrauch, die Eröffnung eines Kredits, die Uebernahme eines Risiko darunter fällt.<sup>4)</sup> Indes muss doch

a. eine Thätigkeit des Kaufmanns oder des für ihn handelnden Personals

<sup>1)</sup> Endemann § 92.

<sup>1a)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 53 S. 214; XIX Nr. 105 S. 353 (unentgeltliche Leihe); XVI Nr. 52 S. 184 (Schenkung).

<sup>2)</sup> So bei den Bestellungen von Waaren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben. Sächs. G.B. § 820.

<sup>3)</sup> R.O.H.G. X Nr. 52 S. 243 (Gastwirth). Der Kommissionäre und Spediteure gedenkt das G.Buch ausdrücklich. A. 290 Abs. 3, A. 371, 381.

<sup>4)</sup> R.O.H.G. XI Nr. 84 S. 248.

zu Grunde liegen, wesshalb z. B. die Einlagerung von Waaren in dem Geschäftsraum eines Kaufmanns, ohne dass dieser selbst oder in seinem Namen ein Anderer dazu die Bewilligung erteilte, den gesetzlichen Anspruch auf Lagermiete nicht begründet;<sup>5)</sup> und muss

b. die Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung eine solche sein, für welche eine Vergütung im kaufmännischen Verkehr üblich ist.<sup>6)</sup> Dahin gehören im Zweifel nicht die Vorbereitungen zur Vermittelung eines Geschäfts, wenn dieses selbst nicht zu Stande kommt (z. B. A. 371), nicht die Saldoziehung oder der Saldovortrag.<sup>7)</sup>

Dass dagegen der Kaufmann z. B. bei der Aufbewahrung von Sachen zugleich ein eigenes Interesse verfolgt, schliesst den gesetzlichen Anspruch nicht schlechthin aus.<sup>8)</sup>

3. Die Leistungen müssen in Ausübung des Handelsgewerbes erfolgt sein. Dazu ist nicht erforderlich, dass Geschäfte der besorgten und Dienste der geleisteten Art zu der regelmässigen gewerblichen Thätigkeit dieses Kaufmanns gehören; es genügt, dass sie Bestandtheile des kaufmännischen Gewerbes überhaupt sein können<sup>9)</sup> und dass sie von dem Leistenden in seine kaufmännische Thätigkeit gezogen wurden.<sup>10)</sup> Die Vermuthung des A. 274 für die Zugehörigkeit des Geschäfts eines Kaufmanns zum Betrieb seines Handelsgewerbes greift auch hier Platz. Der Zusammenhang mit der handelsgewerblichen Thätigkeit fehlt, wenn die Geschäftsbesorgung aus einer Angelegenheit erwachsen ist, welcher selbst ein Handelsgeschäft nicht zu Grunde liegt.<sup>11)</sup>

4. Die dem Kaufmann gesetzlich zukommende Vergütung ist entweder Lohn für die geschäftliche Mühewaltung, im Gesetze **Provision** genannt, oder Entschädigung für die entbehrte Nutzung sei es eines Lagerraumes (Lagergeld) oder einer vorgestreckten Geldsumme (Zins).

Die Höhe der Provision bestimmt sich nach dem Werth oder Preis des Gegenstandes, auf welchen die Mühewaltung gerichtet ist. Massgebend ist dafür

<sup>5)</sup> R.O.H.G. XXIII Nr. 33 S. 95.

<sup>6)</sup> Die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft haben für die der Gesellschaft geleisteten Dienste keinen Anspruch auf Mühewaltungslohn. H.G.B. A. 93 Abs. 3. Vgl. oben § 86 Bd. I S. 365.

<sup>7)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 11 S. 34; XXII Nr. 18 S. 73.

<sup>8)</sup> R.G. I Nr. 104 S. 284 mit 286. Eigenthümlich liegt die Frage beim Kauf auf Probe, wenn das beabsichtigte Geschäft sich zerschlägt. Der gesetzliche Anspruch greift hier nicht Platz, wohl aber kann sich eine Ersatzpflicht in Ansehung der Auslagen des Käufers für Empfang und Aufbewahrung aus der Verabredung ergeben. So auch R.O.H.G. XXIV Nr. 12 S. 48.

<sup>9)</sup> Um die weitere Bedeutung zum Ausdruck zu bringen, wurde die Fassung des preussischen Entwurfs: „durch Ausübung seines Handelsgewerbes“ vertauscht mit den Worten „in Ausübung des Handelsgewerbes“. Prot. S. 427.

<sup>10)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 95 S. 362.

<sup>11)</sup> R.O.H.G. X Nr. 52 S. 243: ein Kaufmann lagert bei sich die für seinen Hausbau bestellten, aber wegen mangelnder Vertragsmässigkeit zur Verfügung gestellten Baumaterialien.

wie für die Höhe des Lagergelds der am Ort der Dienstleistung oder Aufbewahrung übliche Satz.<sup>12)</sup>

Uebrigens wird unter der Bezeichnung Provision zuweilen ein Bestandtheil des Preises für Waaren oder Kreditgewährung begriffen, welcher aus geschäftlichen Rücksichten in das Hauptentgelt nicht einbezogen wird,<sup>13)</sup> ein Umstand, der über die rechtliche Natur des Vertrags (z. B. ob Kauf oder Kommission) nicht täuschen darf. Wo der Provision diese Bedeutung unterliegt, fällt der Anspruch auf dieselbe mit der Ungültigkeit des Geschäfts hinweg.<sup>14)</sup>

5. Eine Vergütung kann nicht beansprucht werden:

a. wenn dieselbe schon anderweit z. B. im Kaufpreis in Ansatz gebracht ist;<sup>15)</sup>

b. infolge ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzichts, worauf die Bemerkungen gehen: provisionsfrei, inklusive Provision, franko Spesen, franko auf Lager u. s. w.<sup>16)</sup>

6. Wo die besonderen Voraussetzungen für die Vergütungspflicht nach dem H.G.Buch fehlen, kann immerhin dieselbe nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts begründet sein.

II. Die eigenthümlichen handelsrechtlichen Bestimmungen in Betreff der Zinsen bewegen sich nach drei Richtungen: sie enthalten die Einführung von gesetzlichen Zinsansprüchen, die Feststellung eines gesetzlichen Zinsfußes und die Beseitigung einiger civilrechtlicher Zinsbeschränkungen.

A. Die gesetzlichen Zinsansprüche des H.G.Buchs sind:

1. Jeder Kaufmann (I, 1) ist berechtigt, für seine Guthaben aus Darlehen, Vorschüssen, Auslagen und andern Verwendungen Zinsen in Ansatz zu bringen, wenn er diese Guthaben in Ausübung seines Handelsgewerbes (I, 3) gleichviel ob gegenüber einem Kaufmann oder einem Nichtkaufmann erworben hat. Die Zinspflicht beginnt mit dem Tage, wo die Vorschüsse geleistet oder der zu ersetzende Aufwand gemacht wurde (A. 290 Abs. 2). Die Regel von der Entgeltlichkeit kaufmännischer Dienste ist hier auf die Kreditleistung angewendet (Vgl. auch § 85 a. E.).

2. Nach den meisten Landesrechten hat der Schuldner aus einer fälligen Forderung spätestens vom Tage der Mahnung an Zinsen (sog. Verzugszinsen) zu entrichten. Das H.G.Buch hat diesen Rechtssatz auf ganz Deutschland erweitert, jedoch mit Beschränkung auf die Forderungen aus solchen Rechtsgeschäften,

<sup>12)</sup> Die am Ende des A. 290 Abs. 1 angeführten Worte „nach den am Orte üblichen Sätzen“ beziehen sich auch auf die Provision, wie aus den Prot. S. 1317 deutlich hervorgeht.

<sup>13)</sup> Es werden z. B. die Elemente der Preisbestimmung, Selbstanschaffungskosten und Lohn für die Vermittlerthätigkeit aus einander gelegt. R.O.H.G. III Nr. 7 S. 44; XXII Nr. 95 S. 408. O.A.G. Dresden in Z. f. H.R. XXV S. 318 fg.

<sup>14)</sup> R.O.H.G. XIX Nr. 2 S. 8/9.

<sup>15)</sup> Indes kann unter Umständen der Verkäufer für die Verpackung der zugesandten Waaren einen besondern Mühewaltungslohn in Anspruch nehmen. R.O.H.G. III Nr. 23 S. 114 (Glaswaaren).

<sup>16)</sup> Nürnberger Prot. S. 428 fg.

welche auf Seite des Gläubigers die Natur eines Handelsgeschäfts haben. Dies und nicht mehr ist der Inhalt des A. 288; er enthält insbesondere nicht den Satz, dass ohne Rücksicht auf entgegenstehende Bestimmungen des Landesrechts aus allen Forderungen von dem bezeichneten Ursprung Zinsen gefordert werden dürfen.<sup>17)</sup> Indes ist die Regel vom H.G.Buch zu Gunsten der Gläubiger eingeführt und greift daher landesrechtlichen Vorschriften nicht vor, welche den Gläubigern günstiger sind und die Pflicht zur Verzinsung der Forderung an einen früheren Zeitpunkt knüpfen.<sup>18)</sup>

3. Sind Gläubiger und Schuldner Kaufleute, so kann der erstere kraft Gesetzes auch ohne Mahnung Zinsen von dem Tage der Fälligkeit an fordern, wenn nur die Forderung aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft herrührt (A. 289). Diese Zinsen haben die rechtliche Natur von Verzugszinsen.<sup>19)</sup> Aber nur diese Wirkung des Verzugs ist durch A. 289 geregelt; die übrigen Wirkungen bestimmen sich auch hinsichtlich der Voraussetzungen nach Landesrecht.

Eine Anwendung auf die Saldoforderung aus einer laufenden Rechnung enthält A. 291 unter Festsetzung der Fälligkeit auf den Tag des Rechnungsabschlusses.

B. Die Höhe der aus Handelsgeschäften geschuldeten gesetzlichen Zinsen beträgt sechs vom Hundert jährlich. Dieser Zinsfuß gilt auch für die im H.G.Buch verordnete Zinspflicht, sofern nicht anderes bestimmt ist (A. 287).<sup>20)</sup> Die Verzugszinsen aus einer kraft Vertrags verzinslichen Forderung erhöhen sich auf den Betrag der Vertragszinsen, wenn diese sechs vom Hundert übersteigen.<sup>20a)</sup>

C. Die vom H.G.Buch eingeführte Ermässigung der zivilrechtlichen Zinsbeschränkungen betrifft:

1. das gesetzliche **Zinsmaximum**. Zur Zeit als das H.G.Buch ins Leben trat, konnten in den meisten deutschen Staaten Zinsen nicht über ein bestimmtes Mass hinaus (in der Regel 5%) bedungen werden. Das H.G.Buch hat diese Beschränkung in zweifacher Weise erleichtert.

<sup>17)</sup> Dies geht aus den Verhandlungen der Nürnberger Kommission hervor (Prot. S. 421, 1316, 1317) und ist durch die Zerlegung des A. 222 des preuss. Entw. in zwei selbständige Artikel und durch die Voranstellung des früheren Abs. 2 zum genügenden Ausdruck gekommen. R.O.H.G. XII Nr. 27 S. 89 in Anwendung auf die beschränkende Vorschrift des sächs. G.B. § 742. Die verwandte Bestimmung des preuss. Ldr. I 5 § 304 wurde auf Verzugszinsen nicht bezogen vom R.O.H.G. V Nr. 95 S. 409.

<sup>18)</sup> So verpflichten das gemeine, das preussische und das sächsische Recht den Käufer zur Verzinsung des Kaufpreises von dem Tage, wo er in den Besitz des Kaufgegenstandes gesetzt wurde. L. 13 § 20 A.E.V. 19,1; Preuss. Ldr. I, 11 § 227; Sächs. G.B. § 1095. Noch umfassender ist die Vergünstigung des Gläubigers, welche sich in dem Satze ausdrückt: dies interpellat pro homine. Ueber die gemeinrechtliche Geltung Windscheid, P. § 278 Not. 4. Preuss. Ldr. I 16 § 20. Sächs. G.B. § 736.

<sup>19)</sup> Vgl. die überzeugende Ausführung von Hahn, Komm. zu A. 289.

<sup>20)</sup> Einen besondern Zinsfuß stellen fest A. 106 und 161 (4%).

<sup>20a)</sup> Reichsgesetz vom 14. Novbr. 1867 betr. die vertragsm. Zinsen § 3. Bayer. Gesetz v. 5. Dezbr. 1867, die Abänderung der gesetzl. Bestimmungen über die Zinsen betr. A. 3 Abs. 3.

a. Es setzte das Zinsmaximum für Handelsgeschäfte überhaupt auf sechs vom Hundert fest, ohne denjenigen landesrechtlichen Vorschriften entgegenzutreten, welche höhere Zinsen gestatten.

b. Es beseitigte das Zinsmaximum ganz für Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt,<sup>21)</sup> und für alle Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften (A. 292).

Mittlerweile hat aber die allgemeine Gesetzgebung das Zinsmaximum aufgehoben: für das Gebiet des ehemaligen norddeutschen Bundes durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867, welches hinterher als Reichsgesetz in den übrigen deutschen Bundesstaaten mit Ausnahme Bayerns eingeführt wurde, für Bayern durch das in Not. 20a erwähnte Gesetz vom 5. Dezember 1867.

Das jetzige Reichsgesetz über die Zinsen enthält in § 2 die Bestimmung, dass Forderungen, für welche ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert bedungen wurde, zu Gunsten des Schuldners einem ihm nicht entziehbaren halbjährlichen Kündigungsrechte unterliegen.<sup>22)</sup> Diese Vorschrift findet jedoch auf Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, und auf Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften keine Anwendung.

2. Mehrere Landesrechte enthalten die Vorschrift, dass der Zinsenlauf stillsteht, sobald der Zinsrückstand die Höhe des Kapitals erreicht hat. Diese Beschränkung hat keine Geltung für Handelsgeschäfte (H.G.B. A. 293).<sup>23)</sup>

3. Schon vor Einführung des H.G.Buchs galt in den meisten deutschen Ländern gewohnheitsrechtlich der Satz, dass der Verzinsung der Saldoforderung aus einer laufenden Rechnung das gesetzliche Verbot des Zinseszinsnehmens (Anatocismus) nicht entgegenstehe, auch wenn sich unter den in Rechnung gestellten Posten Zinsforderungen befinden.<sup>24)</sup> Das H.G.Buch hat dieses Gewohnheitsrecht für die laufende Rechnung bestätigt (A. 291) unbeschadet des weiteren Umfangs desselben.

Eine neue, auch das Handelsrecht berührende Vorschrift hat das Reichsgesetz betr. den Wucher vom 24. Mai 1880 eingeführt. Wucherische Verträge sind ungültig. Sämmtliche von dem Schuldner oder für ihn geleisteten Vermögensvortheile müssen zurückgewährt und vom Tage des Empfangs an verzinst werden. Der Gläubiger ist aber auch seinerseits berechtigt, das aus dem ungültigen Vertrag Geleistete zurückzufordern. Als wucherisch gilt ein Vertrag

<sup>21)</sup> Auch wenn das Darlehn kein Handelsgeschäft ist? Bejaht von Thöl § 249 Ziffer IV 7. Verneint von Hahn, Komm. zu A. 292 § 2.

<sup>22)</sup> Das bayerische Gesetz hat eine ähnliche Beschränkung nicht. Auch haben einige dem Gebiete des Reichszinsgesetzes angehörigen Landesgesetzgebungen von der im § 5 des Reichsgesetzes ertheilten Befugniss Gebrauch gemacht und das reichsgesetzliche Kündigungsrecht aufgehoben. Vgl. Anschütz-Völderndorff, Komm. zu A. 292.

<sup>23)</sup> In mehreren Bundesstaaten ist die Aufhebung des alterum tantum auf den ganzen Rechtsverkehr ausgedehnt, so in Bayern durch Gesetz vom 5. Dezbr. 1867 § 2. Das Reichszinsgesetz hat diese Beschränkung nicht berührt. Mandry, C.R.Inhalt der Reichsgesetze S. 301.

<sup>24)</sup> R.O.H.G. XI Nr. 48 S. 143 (Seuffert, Arch. XXIX Nr. 115). Den tiefern Grund bei Grünhut in der österr. Zeitschr. III S. 499, 523.



wenn Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Un-  
erfahrenheit eines Andern für ein Darlehen oder für die Stundung einer Geld-  
forderung sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren  
lässt, welche den üblichen Zinsfuss dergestalt überschreiten, dass nach den Um-  
ständen des Falls die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältnisse zu der  
Leistung stehen, gleichviel ob offen oder verschleiert, ob in einem individuali-  
sirten oder abstrakten (z. B. Wechsel-) Vertrag.

§ 253.

## 2. Besondere Bestimmungen hinsichtlich des Umfangs der Verpflichtung.

Der Umfang der Verpflichtung bestimmt sich in erster Linie nach der  
Verabredung. Das H.G.Buch hat eine Anzahl von Beschränkungen der Vertrags-  
freiheit, welche in den bürgerlichen Rechten hergebracht sind, für das Ge-  
biet der Handelsgeschäfte beseitigt oder abgeschwächt. Der soeben besprochenen  
Erweiterung des Zinsmaximums entspricht die Aufhebung jeder gesetzlichen  
Schranke hinsichtlich des Betrags der Konventionalstrafe (A. 284 Abs. 1).<sup>1)</sup>  
Ferner sind die Handelsgeschäfte der Anfechtung wegen übermässiger Verletzung,  
insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte entrückt (A. 286).<sup>2)</sup> Dagegen hat  
das H.G.Buch eine Ruine aus der Zeit der alten Reichsgesetzgebung, die Be-  
schränkung der Reichspolizeiordnung von 1577 bezüglich des Preises beim Kauf  
von Früchten auf dem Halm oder am Stock unangetastet gelassen.<sup>3)</sup>

Viele Bestimmungen des H.G.Buchs greifen in die vertragsmässige Fest-  
stellung des Umfangs der Verpflichtung ein, auslegend, ergänzend, zum Theil  
auch beschränkend. Insoweit sich diese Vorschriften ausschliesslich auf einzelne  
Vertragsgattungen beziehen (Kauf-, Kommissions-, Speditions-Frachtvertrag u. s. w.),  
ist von ihnen bei der Darstellung der betreffenden Rechtsinstitute zu handeln.  
An diesem Ort finden nur die allen Obligationen aus Handelsgeschäften gemein-  
samen Rechtssätze der angegebenen Richtung Besprechung.

I. Wenn mehrere Personen sich in einem gemeinschaftlichen Rechtsgeschäft  
einem Dritten verpflichten, kann nach der Uebereinkunft zweifelhaft sein, ob  
der Einzelne blos auf einen verhältnissmässigen Antheil oder sammthaft (soli-  
darisch) verpflichtet ist. Die Civilrechte Deutschlands entscheiden diesen Zweifel  
in entgegengesetzter Weise, das gemeine Recht für die antheilsweise, das  
preussische Landrecht für die sammthafte Verpflichtung. Das H.G.Buch schlägt  
sich auf die letztere Seite (A. 280) unter folgenden Bedingungen.

<sup>1)</sup> Die ähnlichen Aufhebungsbestimmungen im Reichszinsgesetz § 1 und im bayeri-  
schen Zinsgesetz A. 1 haben nur auf diejenigen Konventionalstrafen Bezug, welche statt  
der Zinsen für den Fall der nichtrechtzeitigen Leistung von Geld oder an andern vertret-  
baren Sachen bedungen werden. Dernburg, Preuss. P.R. II § 40 Not. 7.

<sup>2)</sup> Diese Aufhebung erstreckt sich nicht auf die partikularrechtliche Anfechtung  
ehemännlicher Verpflichtungsgeschäfte durch die Ehefrauen wegen der Wirkung auf das  
gemeinsame Vermögen (reclamatio uxoria). R.O.H.G. XIV Nr. 27 S. 63.

<sup>3)</sup> R.O.H.G. V Nr. 103 S. 432—437.

1. Das gemeinschaftliche Geschäft, in welchem die Verpflichtung ihre Quelle hat, muss wenigstens auf Seite der gemeinschaftlich Verpflichteten ein Handelsgeschäft sein. Hat das Geschäft diese Eigenschaft nur für einen oder einzelne der Verpflichteten, so greift die Annahme, welche das H.G.Buch aufstellt, für diese allein Platz.<sup>4)</sup>

2. Unter den Geschäften im Sinne des A. 280 sind nur vertragsmässige oder einseitige Schuldversprechen begriffen, nicht die freiwillige Geschäftsführung, nicht ein die Verpflichtung zur Rückgabe begründender Zahlungsempfang.<sup>5)</sup>

3. Wenn das Rechtsgeschäft die angegebenen Eigenschaften besitzt, ist es für die Anwendbarkeit des A. 280 gleichgültig, ob es von den Verpflichteten in eigner Person oder mittelst Stellvertretung, ob es durch einen gemeinsamen oder durch mehrere Stellvertreter geschlossen wurde. Auch bildet das Dasein eines Gesellschaftsverhältnisses unter den sich verpflichtenden Personen keine Voraussetzung. Die Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Gelegenheitsgesellschaft stehen unter andern Grundsätzen (H.G.B. A. 112, 269).

4. Die Annahme der Sammtverpflichtung fällt weg, sobald aus den Umständen ersichtlich ist, dass die Parteien nur eine Theilverpflichtung begründen wollten.<sup>6)</sup> Jedoch genügt zum Ausschluss der Sammthaftung die dem Gläubiger nicht erkennbar gemachte Absicht der Versprechenden nicht.

5. Ueber die rechtliche Natur dieser Sammthaft, ob Korreal- oder Solidarobligation, gibt das H.G.Buch keine Entscheidung, weder hier noch an den andern Orten, wo es von Solidarhaft handelt.<sup>7)</sup> Die Frage ist daher nach Landesrecht zu lösen.<sup>8)</sup> Manche Partikularrechte kennen den hier in Betracht kommenden Gegensatz nicht.

Ebenso bestimmt sich nach Landesrecht das Rückgriffsrecht der Verpflichteten unter einander.<sup>9)</sup>

II. Die Gesamtverpflichtung schliesst die Gefahr in sich, dass Jemand für den ganzen Betrag einer Schuld aufkommen muss, welche materiell betrachtet nur zum Theil seine eigene ist, möglicherweise ihm so fremd gegenübersteht, wie dem Bürgen die Hauptschuld. Das spätere römische Recht suchte die Lage dieser Schuldner durch gewisse Vergünstigungen zu erleichtern, zum Theil auf

<sup>4)</sup> R.O.H.G. XXII Nr. 13 S. 63.

<sup>5)</sup> Darauf weisen die Worte „aus der Uebereinkunft“ hin. R.O.H.G. XIII Nr. 51 S. 146; XXIV Nr. 2 S. 11. A. M. Hahn zu A. 280 § 8. Man könnte versucht sein, die eben zu Hilfe gezogenen Gesetzesworte gegen die im Text vertretene Ausdehnung auf einseitige Schuldversprechen zu verwerthen. Dieser Ausdehnung kommt erhebliche Bedeutung nur dann zu, wenn die Verpflichtung aus den Wechseln, den Order- und Inhaberpapieren auf ein einseitiges Versprechen zurückgeführt wird. Dass aber der Gesetzgeber mit der Vorschrift des A. 280 des H.G.B. auch diese Verpflichtungen erfassen wollte, ist nicht zweifelhaft.

<sup>6)</sup> Anhaltspunkte zu dieser Auslegung gibt Hahn, Komm. zu A. 280 §§ 2—6.

<sup>7)</sup> H.G.B. A. 112, 113, 173, 178, 204, 211, 241, 245, 247, 257, 269.

<sup>8)</sup> Prot. S. 1308. Ueber gemeines Recht Römer, Abhdl. I S. 155. Windscheid, P. § 297 Not. 2.

<sup>9)</sup> R.O.H.G. IX Nr. 41 S. 137.

Kosten der Vortheile, welche die Gesamthaftung dem Gläubiger bietet. Diesen Erfolg hat die Rechtswohlthat der Theilung und der Vorausklage. Mittelst der ersteren kann der auf das Ganze belangte Solidarschuldner den Gläubiger nöthigen, seinen Anspruch gegen ihn auf einen verhältnissmässigen Theil der Gesamtschuld zu beschränken. Die Rechtswohlthat der Vorausklage gibt dem Bürgen die Befugniss, den Gläubiger mit seinem Anspruch auf Befriedigung in erster Linie an den Hauptschuldner zu verweisen. Die neuere Gesetzgebung ist diesen Vergünstigungen abhold, mit Recht, da sie in letzter Linie zum Nachtheil der Kreditsuchenden ausschlagen. Ihnen folgt das H.G.Buch. Es beseitigt:

1. Die Rechtswohlthat der Theilung für alle solidarischen Verpflichtungen, welche entweder aus einem einseitigen oder zweiseitigen Handelsgeschäfte herrühren oder als solche im H.G.Buch begründet sind.<sup>10)</sup> Das Gesetz (A. 281 Abs. 1) bezeichnet auch die Rechtswohlthat der Vorausklage für die Solidarschuldner als aufgehoben. Dieselbe greift aber nach Landesrecht nur im Verhältniss des Bürgen zum Hauptschuldner, nicht im Verhältniss von Solidarschuldnern unter einander Platz.

2. Die Rechtswohlthat der Vorausklage und der Theilung für Bürgen, vorausgesetzt dass entweder die Hauptschuld aus einem Geschäft herrührt, welches auf Seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, oder dass der Bürgschaftsvertrag die Natur eines Handelsgeschäfts hat (A. 281 Abs. 2). Näheres hierüber § 256 VI 5. Mitbürgen können unter der Herrschaft sowohl von Abs. 1 als Abs. 2 stehen.

Das H.G.Buch richtet sich nur gegen die auf Rechtsvorschrift beruhende Befugniss, Theilung oder Vorausklage zu verlangen. Vertragsmässig kann dieselbe auch in Handelssachen begründet werden.

III. Ueber das Mass der Verpflichtung zur Sorgfalt aus Rechtsgeschäften folgen die Civilrechte nicht gleichen Grundsätzen, und selbst innerhalb des einzelnen Civilrechts bestehen Unterschiede nach Beschaffenheit der Schuldverhältnisse. Das H.G.Buch hat für sein Gebiet diese Mannigfaltigkeit zum grossen Theil, nicht völlig beseitigt durch die Vorschrift: „Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Andern zur Sorgfalt verpflichtet ist, muss die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden.“ (A. 282).<sup>11)</sup>

1. Das H.G.Buch bestimmt nur das Mass, nicht die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Sorgfalt. Indes stimmen die Civilrechte darüber überein, dass jeder aus einem Rechtsgeschäft Verpflichtete mindestens für Arglist und grobe Nachlässigkeit haftet.

2. Die Haftung muss aus einem Geschäft stammen, das entweder auf beiden Seiten oder auf Seite des Verpflichteten ein Handelsgeschäft ist. Hat

<sup>10)</sup> Solidarische Verpflichtungen der zweiten Art sind enthalten A. 112, 173, 178, 204, 207 a (Gesetz v. 11. Juni 1870) 211, 241, 245, 247, 248, 257, 401, 429.

<sup>11)</sup> Der Grundsatz ist noch besonders ausgesprochen in A. 343, 344, 361, 367, 380, 397, 464.

das zu Grunde liegende Geschäft nur für den Berechtigten die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts, so bestimmt sich das Mass der schuldigen Sorgfalt nach Civilrecht. In zwei Fällen dehnt das H.G.Buch seine Regelung weiter aus (A. 344, 464).

3. Der ordentliche Kaufmann ist die Erscheinung des aus dem Civilrecht wohlbekannten ordentlichen Hausvaters im Gebiete des Handelsverkehrs, es ist der in seinem Berufe tüchtige pflichtgetreue Mann. Ja selbst der Masstab des ordentlichen Kaufmanns erweist sich zuweilen noch zu abstrakt. Immer ist der in dem betreffenden Geschäftszweig (als Fuhrmann, Schiffer, Spediteur, Kommissionär u. s. w.) mit dem vollen Mass von Umsicht und Kenntniss ausgerüstete Mann gemeint.<sup>12)</sup> Was demnach im einzelnen Fall dem Verpflichteten zu thun obliegt und wodurch er sich wegen Verletzung der schuldigen Sorgfalt verantwortlich macht, ist nur mit Rücksicht auf die besondere Vertragsgattung an der Hand der Vertragssitte zu beurtheilen.<sup>13)</sup> Dabei spielen auch die individuellen Verhältnisse eine massgebende Rolle; ausserordentliche Umstände können eine ausserordentliche Thätigkeit erheischen.<sup>14)</sup>

4. Vereinzelt stellt das H.G.Buch ein geringeres Mass von Haftung auf (A. 94), vereinzelt eine Erweiterung bis zur Grenze der höheren Gewalt (A. 395, 607). Hievon ist an den betreffenden Orten zu handeln. Auch der viel umstrittene Begriff der bösslichen Handlungsweise kommt nur im Zusammenhange mit dem Frachtgeschäfte vor (A. 396, 427, 610). Die Verantwortlichkeit kann durch Vertrag über das gesetzliche Mass hinaus verschärft werden. Inwieweit eine vertragsmässige Einschränkung zulässig ist, bestimmt sich nach Civilrecht vorbehaltlich besonderer Bestimmungen des H.G.Buchs (für das Eisenbahnfrachtgeschäft A. 423 fg.).

IV. Wie über das Mass der zu bethätigenden Sorgfalt hat das H.G.Buch über das Mass des Schadenersatzes eine einheitliche Regelung geschaffen. Die aus einem Handelsgeschäfte entspringende Pflicht zum Schadenersatz umfasst ohne Unterschied nach dem Masse des Verschuldens<sup>15)</sup> die Erstattung des wirklichen (positiven) Schadens und des entgangenen Gewinns (A. 283). Auch die landesrechtlichen Beschränkungen in Ansehung des Betrags der zuzubilligenden Ersatzsumme haben für diese Entschädigungspflicht keine Geltung.<sup>16)</sup>

Die Voraussetzungen für das Dasein der Schadenersatzpflicht sind im H.G.Buch für einzelne Verhältnisse bestimmt (z. B. A. 395, 607); im übrigen stehen sie unter den Vorschriften des Civilrechts. Für den Beweis in Schaden-

<sup>12)</sup> H.G.B. A. 397, 399: Sorgfalt des ordentlichen Frachtführers; A. 464: Sorgfalt des ordentlichen Rheders.

<sup>13)</sup> Beispiele: R.O.H.G. I Nr. 76 S. 267; V Nr. 33 S. 167; VIII Nr. 85 S. 358.

<sup>14)</sup> R.O.H.G. XV Nr. 54 S. 177 (besondere Vorkehrungen bei Störung des Verkehrs durch kriegerische Ereignisse); XVI Nr. 17 S. 49.

<sup>15)</sup> Im Gegensatz zum preuss. Landr. I 5 §§ 285—291, 410 und österr. G.B. § 1324. R.O.H.G. XIV Nr. 6 S. 19; XVI Nr. 14 S. 42.

<sup>16)</sup> So die gemeinrechtliche Eingrenzung auf das Doppelte des Verkehrswerths nach un. de sent. quae pro eo 7, 47. R.O.H.G. XIX Nr. 88 S. 304.

ersatzprozessen ist jetzt der Richter sowohl bezüglich des Ob als des Wieviel auf seine freie Ueberzeugung verwiesen (R.C.P.O. § 260). Dabei entspricht den im Handelsverkehr bestehenden thatsächlichen Verhältnissen, im allgemeinen von der Annahme auszugehen, dass ein Kaufmann die innerhalb seines Handelsbetriebs gebotene Gelegenheit zu vortheilhaften Geschäften nicht ungenützt lassen wird.<sup>17)</sup>

V. Die Lückenhaftigkeit des H.G.Buchs und damit die Zwiespältigkeit der Rechtsgrundlage tritt auch in der Lehre vom **Verzug** heraus. Das H.G.Buch stellt an verschiedenen Orten Rechtsfolgen des Verzugs auf,<sup>18)</sup> aber es regelt nicht einmal die Wirkungen des Verzugs für die Verpflichtungen aus Handelsgeschäften in erschöpfender Weise. Daher greifen die landesrechtlichen Verzugsfolgen in Ermangelung von handelsgesetzlichen Platz und selbst neben diesen, sofern sie nicht mit ihnen sachlich unvereinbar sind. Die Voraussetzungen für das Dasein des Verzugs, für den Eintritt und die Beendigung desselben sind im H.G.Buch nicht bestimmt. Es wäre verfehlt, aus den einzelnen Vorschriften des H.G.Buchs, welche eine nach Civilrecht regelmässig vom Verzug abhängige Rechtsfolge an eine bestimmte Thatsache knüpfen,<sup>19)</sup> einen allgemeinen handelsgesetzlichen Thatbestand des Verzugs abzuleiten.<sup>20)</sup>

Für den in der Lehre vom Verzug wichtigen Begriff der **Mahnung** enthält das H.G.Buch nur eine negative Bestimmung<sup>21)</sup>: die Uebersendung der Rechnung soll für sich als Mahnung nicht gelten (A. 288 Abs. 2). Damit ist nicht ausgeschlossen sondern vielmehr ausgedrückt, dass im Zusammenhang mit andern Umständen die Uebersendung der Rechnung diese Bedeutung gewinnen kann z. B. bei Wiederholung der Zusendung.<sup>22)</sup>

VI. Die **Konventionalstrafe** und die **Daraufgabe** (Arrha) kommen bei Verträgen in verschiedener Bedeutung vor; sie dienen bald zur Bestärkung des Vertrags, bald zur Eröffnung eines einseitigen Rücktritts, und selbst da, wo sie Bestärkungsmittel sind, kann ihr Verhältniss zu der Hauptleistung verschieden gestaltet sein.

Welchen Inhalt das Geschäft im einzelnen Falle hat, ist eine Frage der Willensauslegung. Dabei kann mancher Zweifel bleiben. Für einige, nicht für alle gibt das H.G.Buch eine Lösung, wenn Konventionalstrafe oder Daraufgeld den Gegenstand eines Handelsgeschäfts bilden.

A. Der **Strafverabredung** ist im Zweifel nicht der Sinn zu unterlegen, dass

1. der Schuldner zwischen der Hauptleistung und der Straferlegung wählen und sich durch diese von jener befreien kann; die Konventionalstrafe ist im Zweifel keine Wandelpoen (A. 284 Abs. 2), und

2. dass dieselbe eine Beschränkung der Interessbeförderung wegen Nicht-

<sup>17)</sup> R.O.H.G. II Nr. 47 S. 197.

<sup>18)</sup> A. 288, 289, 343, 354—357, 375, 467.

<sup>19)</sup> H.G.B. A. 92, 220, 288, 289.

<sup>20)</sup> Laband in Z. f. H.R. IX S. 257. R.O.H.G. VII Nr. 58 S. 227.

<sup>21)</sup> Ueber die Form der Mahnung vgl. oben § 249 Not. 8.

<sup>22)</sup> Hahn, Komm. zu A. 288 a. E.

erfüllung oder wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung auf das Mass der Konventionalstrafe enthält; es soll vielmehr dem Berechtigten der Anspruch auf einen höhern Schadenersatz unbenommen sein (A. 284 Abs. 3).<sup>23)</sup>

Einer ausdrücklichen Kundgebung des entgegengesetzten Parteiwillens bedarf es zur Fernhaltung der angeführten gesetzlichen Deutungen nicht gemäss A. 278.<sup>24)</sup>

Ueber die Freiheit der Parteien in Ansehung des Masses der Konventionalstrafe ist im Eingang dieses Paragraphen gehandelt. Im übrigen entscheiden über die materielle Seite der Strafverabredung die Landesrechte.<sup>25)</sup>

#### B. Die **Daraufgabe** soll

1. nicht als Reugeld anzusehen sein, so dass durch ihre Preisgebung sich der Geber seiner Verpflichtung aus dem Vertrag entledigen könnte (A. 285 Abs. 1), und sie soll

2. nicht dem Empfänger neben der Hauptleistung verbleiben sondern entweder gegen diese zurückerstattet oder davon abgerechnet werden (A. 285 Abs. 2).

Beide Regeln treten aber ausser Anwendung, sobald das Gegentheil verabredet oder für die betreffende Vertragsgattung durch Ortsgebrauch hergebracht ist.

### § 254.

## D. Vom Erfüllungsort.<sup>1)</sup>

I. Wenn die Frage nach dem Erfüllungsort aufgeworfen wird, so handelt es sich nicht um denjenigen Ort, wo thatsächlich erfüllt worden ist,<sup>1a)</sup> auch nicht wo mit beiderseitigem Einverständniss erfüllt werden kann. Diese Untersuchung wäre keine juristische Aufgabe. Es soll vielmehr der Ort festgestellt werden, wo der Gläubiger die Leistung zu fordern berechtigt und der Schuldner sie auszuführen verpflichtet ist. Für jeden andern Ort kann ohne sich in Verzug zu setzen jener das Angebot, dieser das Verlangen der Erfüllung zurückweisen oder wenigstens die Vergütung des Ortsinteresses beanspruchen. In diesem Sinne heisst es im A. 324: „Die Erfüllung muss an dem Ort geschehen“ und in A. 342 Abs. 2: „Die Uebergabe geschieht . . . an dem Orte“.

<sup>23)</sup> Abweichend preuss. Ldr. I 5 § 293.

<sup>24)</sup> Auch hier weicht das preuss. Ldr. I 5 § 312 ab.

<sup>25)</sup> Die Geltung der landesrechtlichen Vorschriften neben den Bestimmungen des H.G.Buchs ist nicht immer leicht festzustellen. R.O.H.G. XIV Nr. 87 S. 268; XXIV Nr. 69 S. 272; R.G. II Nr. 9 S. 27 (preuss. Recht); R.O.H.G. XVI Nr. 42 S. 146 (sächs. Recht); XIII Nr. 135 S. 425; XX Nr. 55 S. 184 (bad. Recht).

<sup>1)</sup> Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort. Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld S. 172—181 (übersichtliche Darstellung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen). Thöl § 248 II 1. Endemann § 91 III A. Hahn, Komm. zu A. 324, 325, 342.

<sup>1a)</sup> Auch dieser Ort kann von rechtlicher Bedeutung werden für die aus dem Erfüllungsgeschäft erwachsenden besonderen Rechtswirkungen. R.O.H.G. XV Nr. 43 S. 134. Der Zahlungsort in A. 336 Abs. 2 ist der Ort, wo thatsächlich gezahlt wird.

Unter dem Ort der Erfüllung begreift man übrigens nicht bloß die Ortschaft (Stadt, Dorf, „den Platz“) sondern auch den Punkt in der Ortschaft, wo zu erfüllen ist (Haus, Komptoir, Laden, Lager u. s. w.).<sup>2)</sup>

Bei den Uebersendungs- (Distanz-) Geschäften fällt der Erfüllungsort weder immer noch auch nur in der Regel mit dem Orte zusammen, wohin die Waare vertragsmässig zu versenden (Bestimmungsort) oder wo sie vom Schuldner abzuliefern ist (Ablieferungsort). Der Verkäufer erfüllt beim Uebersendungskauf in den meisten Fällen bei sich trotz der Verpflichtung die Waare dem Käufer zuzusenden.<sup>3)</sup> Es ist diese Unterscheidung um so wichtiger als das Gesetz manche rechtliche Wirkungen an den Bestimmungs- oder Ablieferungsort knüpft und, wo beide aus einander treten,<sup>4)</sup> theils an diesen, theils an jenen.<sup>5)</sup>

II. In der Bestimmung, wo zu leisten ist, geht die rechtliche Bedeutung des Erfüllungsorts nicht auf. Er ist ausserdem massgebend:

1. für einen besonderen Gerichtsstand in Ansehung der Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der obligatorischen Verbindlichkeit, auf Erfüllung oder Aufhebung derselben sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung (forum contractus);<sup>6)</sup>

2. nach einer verbreiteten und namentlich vom R.O.H.Gericht<sup>7)</sup> festgehaltenen Ansicht für das die Obligatio in materieller Hinsicht beherrschende Recht;

3. für gewisse einzelne den Inhalt der Obligatio betreffende Punkte, für den Handelsgebrauch (z. B. A. 327), für die Bedeutung der Quantitätsbezeichnungen (A. 336 Abs. 1), für die Gefahr des Transports (A. 345 Abs. 2).<sup>8)</sup>

Indes knüpfen sich nicht an jeden Erfüllungsort alle diese Wirkungen, es gibt einen gesetzlichen Erfüllungsort mit beschränkter Wirkung<sup>9)</sup> (Ziff. IV).

<sup>2)</sup> Prot. S. 584. R.O.H.G. VI Nr. 81 S. 362.

<sup>3)</sup> A. 345 Abs. 2: „der Ort, wohin der Transport geschieht (gilt nicht nothwendig) als der Ort der Erfüllung.“ R.G. I Nr. 104 S. 283; III Nr. 34 S. 111.

<sup>4)</sup> Z. B. der Ablieferungsort ist nur der Verschiffungs- oder Verladungsplatz, von wo aus die Waare an den Bestimmungsort gebracht wird.

<sup>5)</sup> Für die Untersuchung nach A. 347 und für die Wirksamkeit der Beanstandung der Waare nach A. 349; R.O.H.G. III Nr. 82 S. 392; V Nr. 91 S. 396; für die Aufbewahrung nach A. 343; R.O.H.G. XII Nr. 17 S. 58; für den Markt- oder Börsenpreis nach A. 357 Abs. 3; R.O.H.G. XXI Nr. 80 S. 248.

<sup>6)</sup> R.C.P.O. § 29 mit § 56G. Die Ansicht, dass der stillschweigend verabredete Erfüllungsort diese Wirkung nicht habe, ist verworfen vom R.O.H.G. XVI Nr. 99 S. 394.

<sup>7)</sup> R.O.H.G. XXIV Nr. 49 S. 181 u. dort cit. Im übrigen oben § 23. Eine unheilvolle Rolle spielt in dieser Lehre die Verwechslung zwischen der Beherrschung eines Rechtsverhältnisses durch ein bestimmtes örtliches Recht und der vertragsmässigen Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses nach dem Vorbild eines örtlichen Rechts. Richtig Unger, Oesterr. P.R. I § 23 Not. 79.

<sup>8)</sup> Auch die Versandkosten an den Erfüllungsort hat im Zweifel der Verkäufer zu tragen. Hahn, Komm. zu A. 345 § 10.

<sup>9)</sup> Die Lehre vom Erfüllungsort hat durch die Anknüpfung so verschiedener Rechtsfolgen nicht gewonnen. Die Aufstellung eines doppelten gesetzlichen Erfüllungsorts für Geldzahlungen ist eines dieser misslichen Ergebnisse. Die Sache wird aber dadurch nicht

III. Für mehrere Verbindlichkeiten derselben Obligatio kann der Erfüllungsort verschieden sein, nicht bloß für die Leistungspflicht jeder Partei aus einem gegenseitigen Schuldvertrag sondern auch für die auf mehrere Leistungen gerichtete Verbindlichkeit derselben Partei.<sup>10)</sup>

Es können mehrere Erfüllungsorte alternativ bestehen nach Wahl des Schuldners oder des Gläubigers.<sup>11)</sup> Daraus entspringt ein doppelter Gerichtsstand des Vertragsorts, während für die Bedeutung der Quantitätsbezeichnungen der gewählte Ort entscheidet. Die Schwierigkeit, welche aus der alternativen Bestimmung des Erfüllungsorts für die oben (II, 2) erwähnte Ansicht von der Anwendbarkeit des örtlichen Rechts entspringt, ist an diesem Ort nicht weiter zu verfolgen.

IV. Der Erfüllungsort für Handelsgeschäfte ist im H.G.Buch erschöpfend bestimmt (A. 324, 325, 342). Die Landesrechte finden hier keine Anwendung.<sup>12)</sup>

Das H.G.Buch kennt einen dreifachen Erfüllungsort, einen nothwendigen, einen gewillkürten und einen gesetzlichen.

A. Der Erfüllungsort kann durch die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung bestimmt sein („durch die Natur des Geschäfts“ A. 324). Leistungen, welche nur an einem bestimmten Ort vorgenommen werden können, sind bei Handelsgeschäften, deren Gegenstand die Leistung einer unbeweglichen Sache nicht sein kann (A. 275), selten, aber doch nicht völlig ausgeschlossen.<sup>13)</sup>

B. Wo die Leistung nicht ihrer Natur nach an einen Ort gebunden ist, können die Parteien durch Uebereinkunft den Erfüllungsort bestimmen, nicht bloß ausdrücklich („im Vertrage“) sondern auch stillschweigend („nach der Absicht der Kontrahenten“ (A. 324 Abs. 1).<sup>14)</sup> Der einseitige Vorschlag eines Erfüllungsorts gewinnt nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme der Gegenpartei verbindliche Kraft. Das Schweigen zu dem Vorschlag darf nach allgemeinen Grundsätzen dann als Zustimmung ausgelegt werden, wenn dadurch die Lage des Vorschlagsempfängers nur verbessert wird.<sup>15)</sup>

Ueber die Umstände, welche in Ermangelung ausdrücklicher Abrede die

---

gebessert, dass man dem Begriff der Erfüllung Gewalt anthut, um z. B. der Zugrundelegung eines unangemessenen örtlichen Rechts oder der Anerkennung eines Gerichtsstandes zu entgegen, wie z. B. R.G. I Nr. 158 S. 445 geschieht.

<sup>10)</sup> Vgl. das ausführliche Erkenntniss des R.O.H.G. XXIV Nr. 49 S. 170—193 (Kouponprozess, Zahlung des Kapitals und der Zinsen).

<sup>11)</sup> R.O.H.G. XV Nr. 43 S. 131.

<sup>12)</sup> R.G. III Nr. 36 S. 119.

<sup>13)</sup> Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung vor Gericht, Verpflichtung des Buchhalters in einem kaufmännischen Geschäft.

<sup>14)</sup> Den auf stillschweigender Abrede beruhenden Erfüllungsort zu unterscheiden von dem der Absicht der Parteien entsprechenden, ist unberechtigt. R.O.H.G. XVI Nr. 99 S. 394.

<sup>15)</sup> Angebot eines zweiten oder weiteren Erfüllungsortes R.O.H.G. XXIII Nr. 72 S. 205. Dagegen wird durch die Angabe eines Zahlungsorts in der Faktura in Verbindung mit dem Schweigen des Gegners ein Erfüllungsort nicht begründet. R.O.H.G. V Nr. 7 S. 32; XXII Nr. 32 S. 144. Seuffert, Arch. XXXV Nr. 311 (O.L.G. Celle). Vgl. jedoch Z. f. H.R. XXVI S. 555—562.



übereinstimmende Willensrichtung entnehmen lassen, dass die Verbindlichkeit an einem bestimmten Ort erfüllt werden soll, können allgemeine Regeln positiver Natur nicht aufgestellt werden. Die Entscheidung hängt hier zu sehr von der Gesamtlage des einzelnen Geschäfts ab, und so kann es kommen, dass ein und derselbe Umstand in dem einen Fall einen schlüssigen Anhaltspunkt bietet, in einem andern nicht.<sup>16)</sup> Ein stillschweigendes Abkommen über den Erfüllungsort kann sich ergeben: aus der Beschaffenheit der Leistung,<sup>17)</sup> aus der Bestimmung der Leistung in einem Mass oder Gewicht oder in einer Münzsorte, welche nur an einem einzigen der bezüglich der Erfüllung in Betracht kommenden Orte Geltung hat,<sup>18)</sup> der Erfüllungsort früherer ähnlicher Verträge derselben Parteien, die Uebung in einem bestimmten Geschäftszweige.<sup>19)</sup>

Die Uebernahme der Versandkosten einschliesslich der Transportversicherung rechtfertigt für sich den Schluss nicht, dass der Bestimmungsort auch der Erfüllungsort sei (A. 345 Abs. 2), obwohl dieser Umstand im Zusammenhang mit andern bedeutungsvoll werden kann.<sup>20)</sup> Ein weiteres ergeben auch die im Verkehr üblichen Bemerkungen „frei x.“ oder „frei Waggon x.“ oder „frei Bahn x.“ nicht.<sup>21)</sup> Doch ist auch hier entgegengesetzter Handelsgebrauch zu beachten. Erheblicher, wenn auch nicht unbedingt entscheidend ist die Uebernahme der Transportgefahr.<sup>22)</sup>

C. Die unmittelbare gesetzliche Bestimmung des Erfüllungsorts tritt ein, wenn sich eine Feststellung desselben aus dem Vertrag nicht ergibt. Der gesetzliche Erfüllungsort ist nicht auf eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien zurückzuführen. Er gilt, wenngleich erweislichermassen der Wille einer Partei auf einen andern Ort gerichtet war, und er gilt nicht als gesetzlicher, wenn die Parteien erkennbar diesen Ort als Erfüllungsort im Auge hatten. Das Gesetz ersetzt den Parteiwillen, es erzeugt ihn nicht.<sup>23)</sup>

<sup>16)</sup> Ein Beispiel zusammenwirkender Umstände in R.O.H.G. VI Nr. 20 S. 106. Auffallend die Abweichung der Entscheidungen in R.O.H.G. IX Nr. 67 S. 219 und XI Nr. 101 S. 313.

<sup>17)</sup> R.O.H.G. X Nr. 38 S. 175—180 (Lieferung von Chlorkalk, welcher rascher Veränderung unterliegt).

<sup>18)</sup> Hahn, Komm. zu A. 342 § 4.

<sup>19)</sup> R.O.H.G. IX Nr. 108 S. 386 (Abholen der Prämien bei Versicherungsgesellschaften). Z. f. H.R. XIII S. 95 fg. Anschütz-Völderdorff, Komm. III S. 266 über die Zustellung der gekauften Effekten und Fonds im Geschäftsraum des Käufers nach der Uebung an Börsenplätzen.

<sup>20)</sup> R.O.H.G. X Nr. 79 S. 348; XII Nr. 10 S. 31 (Versendungskosten); XVI Nr. 99 S. 395 (Transportversicherung).

<sup>21)</sup> R.O.H.G. VIII Nr. 72 S. 284; X Nr. 38 S. 175; XI Nr. 101 S. 313; XIV Nr. 55 S. 168. Seuffert, Arch. XXXV Nr. 235. Anders XV Nr. 43 S. 133 (frei von Bord Hamburg).

<sup>22)</sup> R.G. III Nr. 34 S. 112. Eigenthümlich R.O.H.G. XVI Nr. 5 S. 16 (Verpflichtung zur Ausbesserung der auf dem Transport verursachten Schäden).

<sup>23)</sup> Dieser Unterschied kann von Bedeutung werden, wenn z. B. eine Prozessordnung den Gerichtsstand des Vertrags auf den vertragsmässigen Erfüllungsort beschränkt. Die deutsche Civilprozessordnung kennt diese Beschränkung nicht.

Bei der Regelung des gesetzlichen Erfüllungsorts gibt das H.G.Buch der im Verkehr herrschenden Anschauung Ausdruck, dass die Schulden Hol- und nicht Bringschulden sind. Das heisst, der Berechtigte hat die Leistung abzuholen, nicht der Verpflichtete sie ihm zu bringen. Diese Natur einer Schuld wird nicht schon dadurch aufgehoben, dass dem Schuldner die Verpflichtung überbunden wird, die Waare dem Berechtigten zuzusenden. Am wenigsten wenn die Waare „auf Kosten und Gefahr des Empfängers“ reist, wie es die Regel bildet. Aber auch die Uebernahme der Versandkosten durch den Verpflichteten gestaltet die Schuld noch nicht zur Bringschuld (A. 345).

Die Holschuld bildet aber nur die Regel. Das H.G.Buch stellt auch eine Bringschuld auf, auch dies im Einklang mit der Verkehrssitte.

Demnach gestaltet sich der gesetzliche Erfüllungsort in folgender Weise.

1. Der Regel nach hat der Verpflichtete an dem Ort zu erfüllen, wo er zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung und in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hatte (A. 324 Abs. 2).

Für die Handelsniederlassung ist die kaufmännische Leitung des Geschäfts bestimmend, nicht die Fabrikation der zum Handel verwendeten Waaren. Wusste jedoch der Empfangsberechtigte beim Geschäftsabschluss, dass der Pflichtige nur „ab Fabrik“ zu liefern pflege, so gilt zwar im Zweifel der Ort der Fabrik als Erfüllungsort, jedoch kraft stillschweigender Uebereinkunft.<sup>24)</sup> Wenn der Verpflichtete an mehreren Orten Handelsniederlassungen besitzt, so knüpft sich die Erfüllungspflicht an diejenige, von welcher der zu erfüllende Vertrag eingeleitet wurde; beim Mangel einer solchen Beziehung hat der Verpflichtete zwischen den mehreren Orten die Wahl. Die Aenderung des Niederlassungs- bzw. Wohnorts nach Abschluss des Vertrags hat eine Aenderung des einmal begründeten gesetzlichen Erfüllungsorts nicht zur Folge. Ebensowenig der Verzug; jedoch kann zu dem wegen des Verzugs zu ersetzenden Interesse die Erfüllung an einem andern Ort gehören.<sup>25)</sup>

2. Eine individuell bestimmte Sache oder ein Betrag aus einem räumlich abgegrenzten Vorrath,<sup>26)</sup> welche den Gegenstand des Vertrags bilden, sind an demjenigen Orte zu übergeben, wo sich die Sache oder der Vorrath zur Zeit

<sup>24)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 17 S. 52.

<sup>25)</sup> R.O.H.G. II Nr. 93 S. 418; V Nr. 89 S. 385; VIII Nr. 18 S. 84.

<sup>26)</sup> Thöl § 269 III beschränkt die Vorschrift auf Spezigeschäfte, wozu er die Verträge über Leistung eines Betrags aus einem räumlich abgegrenzten Vorrathe nicht zählt. Vgl. denselben § 263. Aber jene Beschränkung findet in dem Wortlaut keine hinreichende Stütze — A. 324 Abs. 2 spricht von der Uebergabe einer „bestimmten“ nicht „individuell bestimmten“ Sache — und hat den Grundgedanken des Gesetzes gegen sich, dass der Schuldner nicht gehalten sein soll, den Leistungsgegenstand, dessen Lagerort der Gläubiger zur Zeit des Vertragsschlusses kennt, an seinen Geschäfts- oder Wohnort zu schaffen, um ihn hier zu übergeben. Diese Voraussetzung trifft auch auf die Verpflichtung aus gemischt generellen Geschäften zu. Wer in Verträgen dieser Art überhaupt nicht Gattungsobligationen erblickt (Goldschmidt, Hdb. I § 61 Not. 21, § 62 II. Dernburg, Preuss. P.R. II § 28 Not. 3. Brinz, P. 2. Aufl. § 241 Not. 6), wird der hier vertretenen Auslegung um so unbedenklicher beitreten.

des Vertragsschlusses befand, wenn den Parteien bekannt war, dass die Waare sich nicht am Niederlassungs- bzw. Wohnort des Schuldners befinde, und wenn sie nicht etwa wussten, dass dieselbe demnächst an einen andern Ort gebracht werden soll. Dieser Erfüllungsort greift überdies nur Platz, wenn das Geschäft zum Zweck wirklicher Lieferung geschlossen wurde.<sup>27)</sup>

3. Von der Regel der Holschulden macht das H.G.Buch eine Ausnahme für die Geldschulden. Bei ihnen soll im Zweifel der Schuldner verpflichtet sein, auf seine Kosten und Gefahr die Zahlung dem Gläubiger an den Ort zu übernehmen, an welchem dieser zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hatte (A. 325).

Diese Vorschrift findet keine Anwendung

a. auf die Erfüllung von Schulden aus einem indossablen oder auf den Inhaber lautenden Papier wegen der damit verbundenen Veränderlichkeit der Gläubigereigenschaft,

b. wenn die Belastung des Schuldners entweder dem erkennbaren Willen der Parteien widerspricht oder mit dem Wesen der in Frage stehenden Geschäftsgattung nicht vereinbar ist. Dieser Vorbehalt ist, so sehr er die Wohlthat einer gesetzlichen Entscheidung abschwächt, unentbehrlich, denn Geldschulden haben selbst im Bereich der Handelsgeschäfte einen zu verschiedenen Ursprung als dass dieselbe Regel für alle geeignet wäre. Wer ein Darlehn zugesagt,<sup>28)</sup> wer aus einer unentgeltlichen Geschäftsführung Geldzahlungen zu machen hat,<sup>29)</sup> wer die Rückgabe einer irrtümlich empfangenen Zahlung schuldet, würde gegen Billigkeit und Verkehrssitte zur Zusendung auf seine Kosten und Gefahr verpflichtet. Auch bei dem depositum irregulare ist Abholen, nicht Bringen der Rückzahlung üblich.

Wo aber auch der gesetzliche Zahlungsort Platz greift, da ist er doch nur bestimmend für die Frage, wo der Gläubiger die Zahlung gewärtigen darf und wo sie der Schuldner zu leisten hat, sowie für den Münzfuss und die Währung der Schuld- und Zahlsumme (A. 336).<sup>30)</sup> Die sonstigen Wirkungen des Erfüllungsorts sind mit diesem gesetzlichen Zahlungsort nicht verbunden. Für sie — und es kommt hier vor allem der Gerichtsstand des Vertrags in Betracht<sup>31)</sup> — soll auch bei den Geldschulden der Ort massgebend sein, wo der Schuldner seine Handelsniederlassung bzw. Wohnort hat, sofern überhaupt ein gesetzlicher Erfüllungsort Platz greift (A. 325 Abs. 2).

<sup>27)</sup> R.O.H.G. V Nr. 39 S. 174.

<sup>28)</sup> Das Gesetz spricht in A. 325 von Geldzahlungen überhaupt; aus dem Zusammenhang ergibt sich, dass nur Geldzahlungen zur Tilgung einer Schuld gemeint sind und nur Geldschulden im Sinne von reinen Werthschulden.

<sup>29)</sup> R.G. II Nr. 29 S. 117. Vgl. über die Zahlungen aus öffentlichen Kassen preuss. Ldr. I, 16 § 53; sächs. G.B. § 709. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind nicht als Rechtssätze, wohl aber als Ausdruck der thatsächlichen Uebung für das Handelsrecht von Bedeutung.

<sup>30)</sup> R.O.H.G. XV Nr. 93 S. 330.

<sup>31)</sup> Auch die Anwendung des örtlichen Rechts, insofern dasselbe durch den Erfüllungsort bestimmt wird.

Für gewisse Geldschulden besteht demgemäss nach Handelsrecht ein doppelter gesetzlicher Erfüllungsort, nicht in alternativer Weise sondern jeder für besondere rechtliche Wirkungen. Es ist in Abrede gestellt worden, dass das H.G.Buch für Geldschulden einen Erfüllungsort am Orte der Handelsniederlassung oder des Wohnsitzes des Gläubigers begründe; es verpflichte nur den Schuldner zur Zusendung der Zahlungsmittel, ähnlich wie der Verkäufer verpflichtet werden könne, die Waare dem Käufer zu übersenden, ohne dass daraus ein Erfüllungsort am Orte der Bestimmung der Waare begründet werde (A. 344, 345).<sup>32)</sup> Allein beide Verpflichtungen sind nicht gleichartig. Der Unterschied liegt in der Tragung der Transportgefahr. Wer, wie der Schuldner einer Geldzahlung die Gefahr der Zusendung trägt, wird erst durch die Ankunft der Sendung befreit; wer erst dadurch befreit wird, dass die Leistung dem Gläubiger zu Händen kommt, der erfüllt bei dem Gläubiger. Oder worin besteht anders die Erfüllung bei dem Gläubiger? Es heisst die Sache auf den Kopf stellen, wenn man um einer Nebenbeziehung willen den Begriff der Erfüllung in unnatürlicher Weise zu pressen sucht. Den ersten Fehler hat der Gesetzgeber verschuldet; es wäre richtiger gewesen, bei denjenigen Geldschulden, welche einen gesetzlichen Zahlungsort nach A. 325 Abs. 1 haben, den Gerichtsstand und „die sonstigen Beziehungen“ vom Erfüllungsort völlig zu trennen.<sup>33)</sup>

#### § 255.

### E. Die Erfüllungszeit.

I. Die Pflicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ist entweder an einen Zeitpunkt (Termin) oder an einen Zeitraum (Frist) geknüpft. Als Zeitpunkt kann auch das Ende eines Zeitraums bestimmt sein (in 4 Wochen a dato). Ob Zeitpunkt oder Zeitraum geht nicht immer aus den gebrauchten Worten zweifellos hervor, ist aber von Wichtigkeit in mehrfacher Hinsicht.

1. Dort wird die Schuld erst mit Eintritt des Zeitpunkts fällig; vorher kann die Leistung nicht gefordert und sogar vom Gläubiger, sofern die Hinausschiebung der Fälligkeit allein oder zugleich in seinem Interesse ist, ohne Verzugsfolge zurückgewiesen werden. Hier dagegen ist in jedem Zeitpunkt der Frist einerseits der Schuldner zu leisten berechtigt, obgleich er erst am Ende des Zeitraums zur Leistung angehalten werden kann, andererseits der Gläubiger wegen der mit der Weigerung verknüpften Verzugsfolge zur Annahme veranlasst (A. 330 Abs. 1).

Dieser Unterschied tritt freilich in seiner vollen Schärfe nur dann heraus, wenn der Fälligkeitstermin (Verfalltag) im Interesse beider Vertragstheile festgesetzt ist, und dies darf als Regel betrachtet werden. Ist dagegen der Verfalltag im einseitigen Interesse des Gläubigers verabredet (z. B. beim Kauf von Werthpapieren auf tägliche Lieferung), so hat der Gläubiger die Befugnis, das

<sup>32)</sup> R.G. I Nr. 158, Nr. 445; II Nr. 31 S. 122; III Nr. 36 S. 119.

<sup>33)</sup> Vgl. die gute Ausführung bei Hahn, Komm. zu A. 325.

vor dem Verfalltag stattfindende Erfüllungsangebot zurückzuweisen, der Schuldner aber die Verpflichtung, auf Verlangen früher zu leisten. Ist die Festsetzung des Verfalltags im ausschliesslichen Interesse des Schuldners erfolgt (z. B. beim Kauf von Werthpapieren auf Ankündigung), so muss der Gläubiger auch vorher der Leistung gewärtig sein, ohne dass er berechtigt ist, den Schuldner zur früheren Erfüllung anzuhalten.

Die Festsetzung des Verfalltags im einseitigen Interesse hat nahe Verwandtschaft mit der Verabredung eines Erfüllungszeitraums, ist aber damit nicht gleichbedeutend und unterliegt in allen Punkten den für die Erfüllungszeitpunkte geltenden Vorschriften, so bezüglich der Behandlung, wenn der Verfalltag auf einen Sonntag oder einen allgemeinen Feiertag trifft (siehe unten III F.). Man kann die im einseitigen Interesse verabredete Fälligkeit als Erfüllungszeitpunkt mit *facultas alternativa* bezeichnen.

Für die Beurtheilung, zu wessen Gunsten der Verfalltag bestimmt ist, verweist das H.G.Buch schlechthin auf die Ermittlung des Parteiwillens (A. 334 Abs. 1). Die Beschaffenheit der Leistung kann dafür ein wichtiger Anhaltspunkt sein.<sup>1)</sup>

2. Bei Festsetzung eines Erfüllungszeitraums hat die wahlberechtigte Partei dem Gegner den Tag anzuzeigen, an welchem die Erfüllung erwartet werde, beziehungsweise beabsichtigt sei, es müsste denn sein, dass wie z. B. bei Geldzahlungen für die andere Partei ein Interesse an der vorgängigen Benachrichtigung fehlt. Die Anzeigepflicht fällt auch dann weg, wenn der Wahlberechtigte bis zum letzten Tag der Frist keine Entscheidung trifft.<sup>2)</sup>

II. Die Erfüllungszeit wird entweder durch den Vertrag oder durch Rechtsvorschrift bestimmt (A. 326).

1. Der Parteiwille in Ansehung der Erfüllungszeit kann sich ergeben aus der ausdrücklichen Festsetzung, aus der Beschaffenheit der Leistung (z. B. Saisonwaare, Lieferungen für eine bestimmte Festlichkeit) oder aus sonstigen Umständen z. B. aus der Persönlichkeit des Bestellers (Badegast) oder aus der am Erfüllungs-ort bestehenden Handelsübung.<sup>3)</sup> Auch für die Auslegung einer ungenauen Bezeichnung der Erfüllungszeit kann der Handelsgebrauch von Bedeutung werden.<sup>4)</sup> Im Zweifel ist nicht anzunehmen, dass die Stellung der Erfüllungszeit in die Willkür des Schuldners gewollt sei, trotz der allgemein lautenden Ausdrücke.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> R.O.H.G. XVIII Nr. 59 S. 219.

<sup>2)</sup> R.O.H.G. V Nr. 48 S. 414; VI Nr. 81 S. 362; IX Nr. 80 S. 271; XVIII Nr. 59 S. 220.

<sup>3)</sup> Vgl. die Berliner Fonds-Börsen-Bedingungen v. 15. Febr. 1873 (Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 502 fg.) §§ 2, 11–13 und die neuen Berliner Fonds-Börsen-Bedingungen vom 1. Mai 1875 (Z. f. H.R. XXI S. 269 fg.) §§ 2, 11–13. Bedingungen für den Berliner Getreidehandel (Z. f. H.R. XXI S. 277 fg.).

<sup>4)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 73 S. 354 („sofort“ nach dem Handelsgebrauch gleich einer 24–36 stündigen Frist).

<sup>5)</sup> R.O.H.G. I Nr. 1 S. 19; XIV Nr. 50 S. 158 (nach Möglichkeit); Bd. II Nr. 44 S. 185 (nach Bequemlichkeit des Schuldners, wie es ihm passe); Bd. VII Nr. 10 S. 51; X Nr. 49 S. 234. Seuffert, Arch. XXIX Nr. 226, 227 u. cit.

Zum Eintritt des Verzugs ohne Mahnung (dies *interpellat pro homine*) und zum Begriff des Fixgeschäfts ist eine festbestimmte jedes weitere Ermessen entbehrlich machende Zeitbestimmung erforderlich.<sup>6)</sup>

2. Wenn der Vertrag aus keinem der angegebenen Punkte die Erfüllungszeit entnehmen lässt, so greift die gesetzliche Vorschrift Platz, dass die Erfüllung zu jeder Zeit gefordert und geleistet werden kann (A. 326).<sup>7)</sup> Bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Schuldverträgen braucht im Zweifel nur Zug um Zug erfüllt zu werden.<sup>8)</sup>

III. Haben sich die Parteien über die Bedeutung der Zeitbezeichnungen und über die Berechnung der Fristen nicht in erkennbarer Weise geeinigt, so treten folgende gesetzliche Bestimmungen in Kraft.

A. Für die Auslegung von Ausdrücken, welche auf eine fest abgegrenzte Zeit nicht hinweisen („auf das Frühjahr, zur nächsten Leipziger Messe, mit Wiedereröffnung der Schifffahrt“ u. s. w.), soll der Handelsgebrauch des Erfüllungsorts entscheiden (A. 327 Abs. 1).<sup>9)</sup>

B. „Mitte des Monats“ als Erfüllungszeitpunkt bedeutet den 15. des betreffenden Monats ohne Rücksicht auf die Zahl der Tage dieses Monats (A. 327 Abs. 2 mit W.O. A. 30 Abs. 2). *Ultimo* in Verbindung mit einem Monat ist die verkehrsbliche Bezeichnung für den letzten Tag des Monats und steht für die entsprechende Zahl, also *ultimo* Februar gleichbedeutend mit 28. bezw. 29. Februar.

Der Ausdruck „halber Monat“ wird einem Zeitraum von 15 Tagen gleichgeachtet. Jahrestheile (viertel Jahr, halbes Jahr) sind Zeiträume der entsprechenden Zahl von Monaten (A. 328 Abs. 2. W.O. A. 32 Abs. 2).

Die Bezeichnung „in acht, in vierzehn Tagen“ begreift volle acht, volle vierzehn Tage (A. 328 Ziff. 1 a. E.).

C. Für die Berechnung eines beweglichen d. h. nicht durch den Kalender feststehenden Zeitraumes, innerhalb dessen oder nach dessen Ablauf die Erfüllung zu geschehen hat, kommen der Anfangszeitpunkt und die Grösse des Zeitraums in Betracht.

1. Der Anfang wird durch ein gewisses Ereigniss bestimmt; dies ist in der Regel der Vertragsabschluss, doch können auch andere Ereignisse massgebend sein.<sup>10)</sup> In der auf die Frist anzuwendenden Berechnungsweise ist diese Verschiedenheit ohne Einfluss (A. 328 Abs. 3).

<sup>6)</sup> Beispiele ungenügender Bestimmung R.O.H.G. III Nr. 58 S. 273 (von Woche zu Woche), Nr. 61 S. 288 (binnen kürzester Frist); XIV Nr. 13 S. 34 (in den ersten Tagen des Juni), Nr. 22 S. 52 (monatlich). Vgl. auch Bd. II Nr. 21 S. 94 und Z. f. H.R. XXV S. 321 fg.

<sup>7)</sup> Besondere Fristbestimmungen in A. 568—576.

<sup>8)</sup> Anerkannt in H.G.B. A. 342 Abs. 3. Vgl. R.O.H.G. IX Nr. 118 S. 434. Seuffert, Arch. XXVIII Nr. 206.

<sup>9)</sup> R.O.H.G. XVIII Nr. 59 S. 220 (per Sommer/Herbst 1872).

<sup>10)</sup> Uebergabe oder Absendung der Waare für die Frist, innerhalb deren der Kaufpreis bezahlt werden soll. R.O.H.G. II Nr. 84 S. 377; VI Nr. 34 S. 167. Anzeige von der Bereitschaft zur Einnahme der Ladung, Anzeige von dem Ablauf der Ladezeit H.G.B.

2. Der Tag gilt regelmässig als untheilbares Zeitmass. Kleinere Zeiteinheiten (Stunden, Minuten u. s. w.) werden nicht unterschieden<sup>11)</sup> (Civilkomputation) und zwar selbst dann nicht, wenn die Tage in Stunden ausgedrückt sein sollten,<sup>12)</sup> überall entgegengesetzte Uebereinkunft vorbehalten, wie sie namentlich bei Versicherungsverträgen häufig ist (von Mittags 12 Uhr bis Mittags 12 Uhr).<sup>13)</sup>

3. Wird der Tag als ein untheilbares Ganze behandelt, so entsteht der Zweifel, ob bei einer nach Tagen zu berechnenden Frist als erster Tag der Tag gerechnet werden darf, in welchen das Anfangsereigniss fällt, oder erst der darauf folgende. Das H.G.Buch hat sich im Gegensatz zum römischen Recht aber im Einklang mit der in der neueren Zeit herrschenden Berechnungsweise für die zweite Behandlung entschieden: die Frist beginnt erst mit dem auf das Anfangsereigniss folgenden Tag (Vgl. die Art. in Not. 11; über die Seeversicherung A. 834 Abs. 1 a. E.).

Die Frist endigt mit dem Umlauf des sich nach dieser Berechnung ergebenden Endtags; der Satz: dies ultimus coeptus habetur pro completo hat hier keine Geltung. Wenn die Erfüllung mit dem Ablauf der Frist erfolgen soll, so gilt der Endtag als Erfüllungszeitpunkt (A. 328 Ziff. 1. W.O. A. 32 Ziff. 1).

Der Schalttag wird als selbständiger Tag gezählt, so dass eine Frist auch am 24. oder 29. Februar des Schaltjahrs endigen kann.

4. Wochen, Monate, Jahre sind im Handelsverkehr Einheiten, nicht blosse Summen von 7, 30, 365 Tagen. Eine Frist, welche nach Wochen, Monaten, Jahren bestimmt ist, endigt mit dem dem Tage des Anfangsereignisses entsprechenden Tag der Endwoche, des Endmonats oder Endjahrs; die Zahl der Tage, welche die in Mitte fallenden Monate oder Jahre haben, ist für diese Berechnung gleichgültig. Fehlt bei einer nach Monaten berechneten Frist dieser Tag dem Endmonat — es ist z. B. ein am 31. Dezember ausgestellter Wechsel in zwei Monaten zahlbar — so gilt der letzte Tag des Endmonats als der entsprechende Tag, im obigen Beispiel der 28. und im Schaltjahr der 29. Februar. (A. 328 Ziff. 2. W.O. A. 32 Ziff. 2).<sup>14)</sup>

Ist eine Frist auf einen ganzen Monat oder auf mehrere ganze Monate

---

A. 568, 570, 623; Beginn für die Tragung der Gefahr bei der Seeversicherung A. 827—830; Ausstellung oder Präsentation des Wechsels W.O. A. 4 Nr. 4.

<sup>11)</sup> A. 328 Ziff. 1: „Der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen ist, wird nicht mitgerechnet.“ A. 568 Abs. 2: „Mit dem auf die Anzeige folgenden Tag beginnt die Ladezeit.“ A. 595 Abs. 3, A. 623. W.O. A. 32 Ziff. 1.

<sup>12)</sup> R.O.H.G. XII Nr. 43 S. 127: „innerhalb 48 Stunden.“

<sup>13)</sup> Seeversicherung A. 827.

<sup>14)</sup> Eine von ultimo eines Monats datirte Monatsfrist endigt daher nicht immer mit dem letzten Tag des Endmonats. Ist ein Wechsel ultimo April zahlbar in 3 Monaten a dato ausgestellt, so verfällt derselbe am 30., nicht am 31. Juli, und ähnlich verhält es sich mit der ultimo Februar anhebenden Monatsfrist. Vgl. oben lit. B. und Hahn, Komm. zu A. 328. Besteht eine entgegengesetzte Auffassung in der Handelswelt? So Hamburger Monitum Nr. 321 im Beilagenband zu den Protokollen 548—589 S. 47.

in Verbindung mit einem halben Monat gestellt (z. B.  $1\frac{1}{2}$  oder  $4\frac{1}{2}$  Monate), so sind die durch den halben Monat bezeichneten 15 Tage zuletzt zu zählen (A. 328 Abs. 2. W.O. A. 32 Abs. 2).<sup>15)</sup>

5. Die nach Tagen bestimmten Fristen werden im Zweifel als ununterbrochene Zeiträume behandelt, so dass alle auf das Anfangsereigniss folgenden Tage einbezogen werden, ohne Rücksicht darauf, ob die betreffende Handlung an allen diesen Tagen (z. B. Sonn- oder Festtagen) vorgenommen werden konnte. Ausnahmen können ausdrücklich oder stillschweigend festgestellt werden.<sup>16)</sup>

D. Soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit mit dem Ablauf einer bestimmten Frist erfolgen, so fällt der Erfüllungszeitpunkt auf den letzten Tag der Frist. Soll sie innerhalb einer bestimmten Frist geschehen, so ist sie vor Ablauf derselben zu bewerkstelligen (A. 328 Ziff. 1, A. 330).

E. Wird die Verlängerung einer vertragsmässigen oder gesetzlichen<sup>17)</sup> Frist gewährt, so fängt die neue Frist, soweit ein gegentheiliger Wille nicht ersichtlich ist, vom Ablauf der vorigen an, also mit dem ersten Tag nach deren Ablauf (A. 333), gleichviel ob die Bewilligung der Verlängerung dem Ablauf der Frist vorausgegangen oder nachgefolgt ist.

F. An einem Sonntag oder allgemeinen Feiertag braucht die Leistung weder erbracht noch angenommen zu werden, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend bedungen wurde. Selbst dann ist ein Sonn- oder allgemeiner Feiertag kein verbindlicher Erfüllungstag, wenn nach der gewöhnlichen Berechnung der getroffenen Zeitbestimmung der Erfüllungszeitpunkt oder das Ende des Erfüllungszeitraums auf einen solchen Tag fiel. Im ersteren Fall gilt als Erfüllungszeitpunkt der nächste darauffolgende Werktag (A. 329, W.O. A. 92); im zweiten endigt sich die Erfüllungsfrist mit dem nächstvorhergehenden Werktag (A. 330 in Abweichung von der W.O. A. 92).<sup>18)</sup> Dort findet demnach eine Verlängerung, hier eine Verkürzung der Frist statt.

Welche Tage allgemeine Feiertage sind, bestimmt sich nach Recht und Sitte des Erfüllungsorts. Viele Einführungsgesetze haben darüber Bestimmungen.<sup>19)</sup>

<sup>15)</sup> Z. B. ein am 16. Dezember erhobener Vorschuss ist in  $2\frac{1}{2}$  Monaten zurückzuzahlen. Hier darf nicht gerechnet werden:  $16 + 15 = 31$ , also ist die Frist in 2 Monaten vom 31. Dezember d. h. mit dem letzten Februar abgelaufen. Vielmehr ist so zu rechnen: 2 Monate vom 16. Dezember gleich dem 16. Februar; dazu 15 Tage ergibt den 4., im Schaltjahr den 3. März als Endtag.

<sup>16)</sup> H.G.B. A. 571 Abs. 3: „ununterbrochen fortlaufende Tage“, aber auch A. 574 Abs. 1 und 2. R.O.H.G. VI Nr. 17 S. 93, eine Entscheidung, welche dem Parteiwillen wohl nicht gerecht wird.

<sup>17)</sup> H.G.B. A. 333 spricht nur von der Verlängerung der vertragsmässigen Frist. Warum die Vorschrift für gesetzliche Fristen nicht gelten soll, ist nicht abzusehen und daher die ausdehnende Auslegung unbedenklich. Vgl. Hahn, Komm. zu A. 333.

<sup>18)</sup> W.O. A. 92: „Fällt der Zeitpunkt, in welchem die Vornahme einer der vorstehenden Handlungen spätestens gefordert werden musste, auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so muss diese Handlung am nächsten darauf folgenden Werktag gefordert werden.“ Diese Bestimmung ist für Wechselverbindlichkeiten, welche aus Handelsgeschäften herrühren, durch das H.G.Buch nicht ausser Kraft gesetzt (H.G.B. A. 2).

<sup>19)</sup> Eine Zusammenstellung bei Hahn, Komm. zu A. 329 Not. 2. — In R.O.H.G. II



Eigenthümliche Vorschriften bestehen für Wechselzahlungen an Orten, wo allgemeine Zahltage (Kassiertage) gelten (W.O. A. 93).

G. Die **Tageszeit**, zu welcher geleistet und bei Vermeidung der Verzugsfolge angenommen werden muss, bilden die am Erfüllungsorte üblichen Geschäftsstunden (A. 332).

H. Für die Liquidationstermine der Börsengeschäfte hat das H.G.Buch ausdrücklich den Börsenordnungen Abänderungen von den unter B. vorletzter und letzter Absatz, C., D., F. vorgetragenen Regeln vorbehalten (A. 331).<sup>20)</sup> Dieser Vorbehalt ist übrigens selbstverständlich, da die Börsenordnungen nur eine öffentliche Feststellung der am betreffenden Platz für Börsengeschäfte bestehenden Uebungen enthalten.<sup>21)</sup> Sicherlich darf daraus der Schluss nicht abgeleitet werden, dass die gesetzlichen Regeln nicht ausser Anwendung treten, wenn in andern Fällen sich die Parteien einem andern Handelsgebrauch unterworfen haben. Und ebensowenig ist dem an einem Börsenplatz in Geltung befindlichen Handelsgebrauch die Bedeutung als Auslegungsmittel des Parteiwillens darum abzusprechen, weil derselbe in die Börsenordnung keine Aufnahme gefunden hat.<sup>22)</sup>

## § 256.

### F. Die Sicherung der Erfüllung.

Das bürgerliche Recht enthält eine Reihe von Rechtsgeschäften, welche sämmtlich auf Stärkung und Sicherung eines Forderungsrechts hinwirken. Diesem Zweck entsprechend haben sie eine anderweite Leistungspflicht zur Voraussetzung. Es ist nicht Erforderniss, dass dieselbe schon bei Abschluss des Sicherungsgeschäfts besteht; sie kann auch als nur künftig mögliche ins Auge gefasst sein, wie bei der Sicherheitsleistung für eine Krediteröffnung. Im letztern Fall entspringt aus dem Sicherungsvertrag vorerst nur eine Gebundenheit, keine Schuld.

Dem Handelsverkehr sind diese Sicherungsgeschäfte keineswegs fremd, sie ermöglichen vielfach den erforderlichen Kredit und tragen nicht selten schon durch ihr Dasein zur Ersparung des immerhin lästigen Prozesswegs bei. Trotz dieser Bedeutung finden sich über sie im H.G.Buch nur wenige Bestimmungen; der Schwerpunkt ihrer rechtlichen Regelung liegt im allgemeinen bürgerlichen Recht mit seiner landschaftlichen Mannigfaltigkeit. Die handelsrechtliche Erörterung kann sich auf wenige Punkte beschränken. Den im Eingang erwähnten Zweck verfolgen nachstehende Rechtsgeschäfte.

I. Die **Daraufgabe** oder **Arrha**. Nach ihrer regelmässigen Anwendung

---

Nr. 91 S. 411 ist ausgesprochen, dass die jüdischen Feiertage zu den allgemeinen Feiertagen im Sinne des H.G.Buchs nicht gehören. Es sind jedoch etwaige abweichende Platzübungen zu beachten. Vgl. die in Not. 3 erwähnten Börsenbedingungen § 5, § 13.

<sup>20)</sup> Vgl. Not. 3. Dazu R.O.H.G. V Nr. 87 S. 376.

<sup>21)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 73 S. 356 findet den Satz mindestens rätlich.

<sup>22)</sup> Gegen die abweichende Ansicht des Berliner O.Tr. mit Recht Makower, Komm. zu A. 331.

dient sie in erster Linie als Zeichen des Vertragsabschlusses, als Markstein zwischen den unverbindlichen Verhandlungen und dem fertigen Vertrag. Insofern aber die Rückgabe erst bei Erfüllung der Verbindlichkeit zu erfolgen hat, wirkt sie als Antrieb zur Erfüllung.<sup>1)</sup> Die besonderen Bestimmungen des H.G.Buchs über die Daraufgabe sind im § 253 VI B. erörtert.

II. Die Verabredung, dass der Verpflichtete bei Nichterfüllung oder nichtrechtzeitiger Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine bestimmte Summe bezahlen soll, die Konventionalstrafe bewirkt abgesehen von den Fällen der sog. Wandelpoen immer eine Sicherung. Enthält die Konventionalstrafe nur den Anschlag des Interesses, so sichert sie den Gläubiger gegen die Gefahren des Interessebeweises; die Sicherung ist wenigstens eine prozessualische. Wenn die Konventionalstrafe über den Schaden des Gläubigers aus der Nichterfüllung hinausgeht oder neben der Vergütung dieses Schadens geleistet werden muss, so bildet sie wegen des in ihr liegenden Sporns zur Erfüllung ein materielles Sicherungsmittel. Im übrigen vgl. § 253 VI A.

III. Der **Schuldanerkenntnisvertrag** hat in den meisten Fällen den Zweck, eine bestehende Forderung festzustellen und dem Gläubiger auf die geschuldete Leistung einen neuen Schuldtitel zu verschaffen. Die Forderung erhält dadurch eine Stärkung und eine wenn auch nur prozessualische Sicherung. Die weitere Ausführung über diesen Vertrag ist oben § 251 II gegeben.

IV. Unter denjenigen Verträgen, welche unmittelbar gegen die Zahlungsfucht und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Sicherung geben sollen, steht durch seine Bedeutung im Verkehr heutzutage obenan der **Pfandvertrag**. Die Rechtsverhältnisse aus diesem Vertrag sind in einem andern Zusammenhang erörtert (§§ 175—180).

V. Das **vertragsmässige Zurückbehaltungsrecht**. Dem Gläubiger kann durch Uebereinkunft die Befugniss eingeräumt werden, eine Leistung, zu welcher er dem Schuldner verpflichtet ist, insbesondere die Herausgabe einer Sache so lange vorzuenthalten, bis er für seine Forderung Befriedigung erlangt hat. Hierin liegt die vertragsmässige Begründung eines Zurückbehaltungs- oder Retentionsrechts. Die Voraussetzung, dass der Schuldner gegen den Gläubiger einen dinglichen oder obligatorischen Anspruch auf eine Leistung besitzt, kann geschaffen werden, indem dem Gläubiger behufs der Zurückbehaltung eine Sache übergeben wird. Auch kann die Bewilligung nicht blos vom Schuldner sondern von jedem ausgehen, welcher über den Gegenstand der Zurückbehaltung Verfügungsberechtigt ist.<sup>2)</sup>

Sonach nimmt das vertragsmässige Zurückbehaltungsrecht zwischen zwei früher geschilderten Rechtsinstituten Stellung, zwischen dem gesetzlichen Zurück-

<sup>1)</sup> Windscheid, P. § 325. Stobbe, Deutsch. P.R. § 174 III. Förster, Preuss. P.R. § 81.

<sup>2)</sup> Das pignus enthielt im ältern römischen Recht nichts als eine Retentionsbefugniss, Dernburg, Pfd. I S. 45. Eine vertragsmässige Einräumung des Retentionsrechts in L. 30 pign. act. 13,7, L. 135 § 2 V.O. 45,1. Goldschmidt, Hdb. § 94 Not. 31.

behaltungsrecht (§§ 181—183) und dem vertragsmässigen Faustpfandrecht (§§ 175—178). Nach seinen Wirkungen steht es jenem, nach seiner Entstehung diesem Rechte näher. Wegen der Verwandtschaft in der Entstehung kann zuweilen zweifelhaft sein, ob ein Faustpfand- oder ein Zurückbehaltungsrecht beabsichtigt ist, so wenn Werthpapiere als „Deckung“, „Depot“, „Sicherheit“ gegeben werden. Das gebrauchte Wort entscheidet nicht; im Handelsverkehr ist der Ausdruck verpfänden trotz Geläufigkeit des Verpfändungsgeschäfts nicht üblich.<sup>3)</sup> Wo erweislichermassen dem Gläubiger die Befugniß zum Verkauf nicht eingeräumt werden wollte, da ist keine Verpfändung sondern die Begründung eines Zurückbehaltungsrechts anzunehmen. Denn an veräusserlichen Sachen kann durch Vertrag dem Pfandgläubiger das Veräusserungsrecht nicht entzogen werden,<sup>4)</sup> und ob an Sachen, welche des Verkaufswerths entbehren, überhaupt ein Pfandrecht stattfindet, ist zweifelhaft.<sup>5)</sup> Der Vertrag über die Begründung eines Faustpfands an einer solchen Sache ermangelt aber keinesfalls jeder Wirkung, sofern die Uebergabe der Sache an den Gläubiger erfolgt ist; er begründet ein vertragsmässiges Zurückbehaltungsrecht.<sup>6)</sup> Auch können infolge der Uebergabe die Voraussetzungen eines gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts gegeben sein, dem die Ungültigkeit des Vertrags nicht entgegen steht.<sup>7)</sup>

Ueber die handelsrechtliche Gestalt des vertragsmässigen Zurückbehaltungsrechts ist Folgendes zu bemerken.

1. Das Verhältniss ist, wenn zur Sicherheit einer Handelsforderung errichtet oder durch Handelsgeschäft begründet, Handelssache im Sinne des H.G.Buchs A. 1.

2. Der Bestellungsvertrag ist, wenn er die Natur eines Handelsgeschäfts hat, an eine Form nicht gebunden (A. 317). Aber er empfängt diese Eigenschaft nicht schon dadurch, dass die zu sichernde Forderung aus einem Handelsgeschäfte stammt.

3. Die Voraussetzungen, welche das H.G.Buch für das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht aufstellt (A. 313—315), leiden auf das vertragsmässige Zurückbehaltungsrecht nur zum Theil Anwendung. Das letztere ist nicht beschränkt: auf Kaufleute, auf fällige Forderungen, auf Forderungen aus Handelsgeschäften, auf Sachen oder Werthpapiere, welche dem Schuldner gehören.

<sup>3)</sup> Goldschmidt, Hdb. § 85 Not. 33—36 a. Dernburg, Pfdr. I S. 185.

<sup>4)</sup> L. 4 de pign. act. 13,7. Sächs. G.B. § 479. Preuss. Ldr. I, 20 §§ 25—27, worin jedoch die Beschränkung des Pfandgläubigers auf die Befriedigung aus den Erträgen der Sache als zulässig erklärt ist. Vgl. Achilles in Koch's Komm. z. Ldr. 6. Aufl. Not. 51 zu I, 20 § 27.

<sup>5)</sup> Ein Faustpfandrecht ohne Verkaufsmöglichkeit hätte vor dem Zurückbehaltungsrecht die dingliche Verfolgbarkeit mit Klage voraus. Nach gemeinem Recht ist die Möglichkeit eines solchen Pfandrechts nicht abzuspochen, da die Verkaufsbefugniß ursprünglich überhaupt keinen Bestandtheil des Pfandrechts bildete. Nicht entgegen L. 9 § 1 de pign. 20,1, worüber Dernburg, Pfandr. § 54 Not. 1.

<sup>6)</sup> R.O.H.G. III Nr. 33 S. 159.

<sup>7)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 39 S. 198.

Dagegen ist ein auf die Begründung des Zurückbehaltungsrechts gerichteter Vertrag zwischen dem Besteller und dem Gläubiger erforderlich in Verbindung mit der Uebertragung des Besizes, sofern sich der Gegenstand nicht schon in der thatsächlichen Machtsphäre des Gläubigers befindet.

Wer rechtliche Verfügungsgewalt über den Gegenstand hat, kann das Zurückbehaltungsrecht begründen, nicht blos der persönliche Schuldner. Bestellung durch einen Nichtberechtigten wird durch die Zustimmung des Berechtigten wirksam.

Dass der Gegenstand Verkaufswerth besitzt, ist für das vertragsmässige Zurückbehaltungsrecht so wenig Erforderniss, wie für das gesetzliche. Es kann daher gültig an Beweisurkunden über Vermögensrechte und selbst an nichtvermögensrechtlichen Urkunden (Reisepässen) begründet werden.<sup>8)</sup>

4. Die Wirkung des vertragsmässigen Zurückbehaltungsrechts beschränkt sich auf die Befugniss zur Vorenthaltung. Ein Verkaufsrecht ist damit nicht verbunden. Dasselbe fehlt, selbst wenn die besonderen Voraussetzungen des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts erfüllt sind; weil es durch die Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen ist (A. 316). Die Einräumung der Verkaufsbefugniss würde das Geschäft zum Faustpfandvertrag gestalten.

Auch ein dinglicher Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer entspringt aus dem Zurückbehaltungsrecht nicht. Dagegen ist der Besteller aus dem zu Grunde liegenden obligatorischen Vertrag im Zweifel verpflichtet, die Sache, welche ohne den Willen des Zurückbehaltungsberechtigten in seinen Besitz gelangt ist, an diesen wieder auszuhändigen. Nach Inhalt dieses Vertrags kann dem Besteller sogar die weiter gehende Verpflichtung obliegen, dem Gläubiger die abhanden gekommene Sache von dem dritten Besitzer zu verschaffen. Von selbst versteht sich dies nicht und noch weniger der Anspruch des Gläubigers, Ersatz für die verlorene oder Nachschuss zu der unzureichend gewordenen Sache zu fordern.

Die Wirksamkeit des freiwilligen Zurückbehaltungsrechts im Konkurse des Eigenthümers beschränkt sich jetzt auf die im § 41 der Reichskonkursordnung aufgeführten Fälle. Die Nr. 8 daselbst, welche das nach dem H.G.Buch zustehende Zurückbehaltungsrecht den Faustpfandrechten gleichstellt, begreift nur das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht.

VI. Die Bürgschaft. — Wer sich verbürgt, übernimmt die Haftung für eine fremde Schuldverbindlichkeit. Er übernimmt die fremde Schuldverbindlichkeit nicht an Stelle sondern neben dem bisherigen Schuldner, und er thut dies durch einen Vertrag mit dem Gläubiger zu dessen Sicherheit.<sup>9)</sup> Der Bürge ist

<sup>8)</sup> R.O.H.G. III Nr. 33 S. 159; VI Nr. 39 S. 198; IX Nr. 75 S. 242.

<sup>9)</sup> Wer sich dem Schuldner verpflichtet, seine Schuld zu tilgen oder auf sich zu nehmen, ist kein Bürge. R.O.H.G. X Nr. 15 S. 88. Der Schuldner wird beim Bürgschaftsvertrag häufig den Vermittler spielen. Ueber die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags wegen einer vom Schuldner in dieser Vermittlerrolle begangenen Arglist R.O.H.G. IV Nr. 60 S. 306.

begrifflich ein Nebenschuldner, nicht Mitschuldner,<sup>10)</sup> aber darum nicht nothwendig ein subsidiärer Schuldner.

1. Der Bürgschaftsvertrag ist gesetzlich formfrei, wenn er ein Handelsgeschäft bildet (A. 317). Diese Eigenschaft empfängt er nicht schon dadurch, dass die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft stammt,<sup>11)</sup> auch dadurch nicht, dass die Verbürgung gegen Entgelt erfolgt (Note 29), wohl aber, wenn die Bürgschaft entweder einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes geleistet oder von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes übernommen wird; für diese Zugehörigkeit kann dort der Ursprung der Forderung, hier die Entgeltlichkeit der Uebnahme zeugen (H.G.B. A. 273 mit A. 272 Nr. 3). Die gesetzliche Vermuthung des A. 274 greift auch hier Platz, aber sie kann durch die Umstände widerlegt werden.<sup>12)</sup>

Im Handelsverkehr wird die Bürgschaft nicht selten in Wechselform (durch Accept oder Eigenwechsel) geleistet.<sup>13)</sup> Der der Wechselverpflichtung zu Grunde liegende Bürgschaftszweck kommt im Wechsel selbst nicht zum Ausdruck und kann nach den Grundsätzen des Wechselrechts nur in beschränkter Weise zur Geltung gebracht werden (W.O. A. 82).

2. Die Fähigkeit zur Verbürgung bestimmt sich nach Civilrecht mit einer Ausnahme: Handelsfrauen kommt bei einer durch Handelsgeschäft eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung die in den Landesrechten zu ihren Gunsten begründete Ausnahmstellung nicht zu statten (H.G.B. A. 6 Abs. 2, Hdb. § 31 Not. 4 und 5).<sup>14)</sup> Eine andere Vorschrift des H.G.Buchs in Ansehung der Bürgschaftsleistung, die Verpflichtung der Handelsmäkler, sich der Bürgschaft für die von ihnen vermittelten Geschäfte zu enthalten (A. 69 Ziff. 1), entbehrt der privatrechtlichen Wirkung, denn dieses Verbot ist aufgestellt „unbeschadet der Gültigkeit der Geschäfte“.

3. Der Bürge übernimmt die Haftung für eine fremde Schuld. Wo keine Hauptschuld, da keine Bürgschaftsschuld. Nicht jede Garantieübernahme ist eine Verbürgung. Aber man kann sich als Bürge verpflichten für eine noch nicht vorhandene, eine künftig erwartete oder auch nur künftig mögliche Schuld. Dann besteht zur Zeit eine Bürgschaftshaftung, keine Bürgschaftsschuld. Und man kann sich nicht bloß für eine bestimmte in Aussicht stehende Schuld verbürgen sondern auch für alle Schulden, welche zwischen zwei Personen aus einem gewissen Rechtsverhältnisse (z. B. einer Krediteröffnung) oder aus einer

<sup>10)</sup> Ueber den Gegensatz von Bürge und Mitschuldner Arndts, P. § 349 a. E. Z. f. H.R. XV S. 528.

<sup>11)</sup> R.O.H.G. V Nr. 82 S. 367; XIII Nr. 38 S. 108. Dernburg, Preuss. P.R. II § 241 Not. 23. Behrend, H.R. § 28 Zusatz (Bd. I S. 135).

<sup>12)</sup> R.O.H.G. II Nr. 7 S. 44; IX Nr. 51 S. 172. R.G. I Nr. 13 S. 25 und Seuffert, Arch. XXXVI Nr. 219. Oesterr. oberster G.Hof in Seuffert, Arch. XXXVI Nr. 217.

<sup>13)</sup> R.G. IV Nr. 3 S. 11. Aehnlich die Gefälligkeitsaccepte oder Gefälligkeitsindossamente. R.O.H.G. XIX Nr. 73 S. 251 u. cit.

<sup>14)</sup> Für den Wegfall der weiblichen Rechtswohlthaten nach dem H.G.Buch ist der Umstand weder ausreichend noch erforderlich, dass die Schuld, für welche die Frau sich verbürgte, eine Handelsschuld ist. H.A.G. Nürnberg in Z. f. H.R. XV S. 530.

bestimmten Geschäftsverbindung oder überhaupt<sup>15)</sup> entstehen werden (Kreditbürgschaft). Bei dem letztern gerade im Handelsverkehr häufigen Fall pflegt die Bürgschaftshaftung auf einen Zeitraum<sup>16)</sup> und auf einen Höchstbetrag beschränkt zu werden. Die zeitliche Beschränkung kann entweder die Bedeutung haben, die Haftung auf diejenigen Schulden einzugrenzen, welche in diesem Zeitraum zur Entstehung gelangten, oder das Ende der Haftung selbst zu bestimmen.<sup>17)</sup> Hat sich Jemand für alle aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse entspringenden Schulden verbürgt, so haftet er für den jeweiligen Schuldenstand, sofern dieser den übernommenen Höchstbetrag nicht übersteigt.<sup>18)</sup>

4. Die Haftung des Bürgen erstreckt sich nie über den Umfang der Hauptschuld hinaus,<sup>19)</sup> kann aber auf ein geringeres Mass beschränkt werden. Wer schlechthin für die Schuld eines Andern gut sagt, haftet auf den vollen Umfang der Hauptschuld. Ob auch für die Erweiterung durch Zinsen, Früchte, Schäden, Konventionalstrafe, Kosten, bestimmt sich in erster Linie nach der Vereinbarung, in deren Ermangelung nach Civilrecht.<sup>20)</sup>

5. Bezüglich der Frage, ob sich der Bürge der dem Hauptschuldner zustehenden Einreden gegen den Gläubiger bedienen kann, entscheidet das bürgerliche Recht.<sup>21)</sup>

Dagegen greift das H.G.B. in die landesrechtliche Begünstigung der Bürgen durch die Einrede der Vorausklage und der Theilung ein. Nach Handelsrecht ist der Bürge auch ohne ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht, wenn er sich nur nicht das Gegentheil vorbehalten, nicht befugt, vom Gläubiger die vorgängige Ausklagung des Hauptschuldners, oder als Mitbürge, die Ausschlagung der Forderung auf sämtliche Bürgen zu fordern, unter der Voraussetzung, dass entweder

a. die Hauptschuld in einem Geschäfte ihren Ursprung hat, das wenigstens auf Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, oder dass

b. der Bürgschaftsvertrag selbst die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts, wenn auch nur für einen Vertragstheil hat (A. 281 Abs. 2 mit A. 277).

Die Vorschrift über den Wegfall der Einrede der Vorausklage berührt die

<sup>15)</sup> „Für alle Ansprüche des A. an B.“ Z. f. H.R. XVI S. 211.

<sup>16)</sup> Auch ohne ausdrückliche Feststellung eines Endzeitpunkts ist die Haftung im Zweifel keine zeitlich unbegrenzte. Der Bürge ist vielmehr berechtigt, die Bürgschaft nach Ablauf eines den Umständen gemäss zu bemessenden Zeitraums zu kündigen, so dass er für später entstehende Verbindlichkeiten nicht aufzukommen hat. R.O.H.G. XIX Nr. 36 S. 110.

<sup>17)</sup> Dernburg, Preuss. P.R. II § 242 Nr. 2. R.O.H.G. V Nr. 79 S. 352.

<sup>18)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 44 S. 215; IX Nr. 55 S. 185 (Bürgschaft für einen Kredit in laufender Rechnung ist Bürgschaft für die Saldoschuld des Kreditnehmers); Bd. XI Nr. 3 S. 5. — Kreditbürgschaft ohne Angabe eines bestimmten Gläubigers: R.O.H.G. XVII Nr. 33 S. 149 und Pariser Kassationshof in Z. f. H.R. XXII S. 257.

<sup>19)</sup> Ueber Befreiung des Bürgen wegen Stundung der Hauptschuld durch den Gläubiger ohne Zustimmung des Bürgen R.O.H.G. V Nr. 79 S. 352.

<sup>20)</sup> Windscheid, P. § 477 Nr. 3. Dernburg, Preuss. P.R. II § 242 Nr. 1.

<sup>21)</sup> Windscheid, P. § 477 Not. 6—9. Dernburg a. a. O. Nr. 4.

sog. Schadlosbürgschaft nicht. Wer sich nur zur Deckung des Ausfalls verpflichtet, welchen Jemand aus dem Kreditverhältniss mit einem Dritten erleiden wird, der verpflichtet sich nur bedingt: wenn und soweit ein Ausfall sich ergibt.<sup>22)</sup> Die Behauptung und der Beweis, dass die Bedingung eingetreten ist, gehört zum Klaggrund und Klagbeweis.

Im Handelsverkehr bewegt sich die Bürgschaft vorwiegend in der Form des del-credere-Stehens und des Kreditauftrags. Daher sollen im Anschlusse diese beiden Rechtsformen ihrem allgemeinen Wesen nach geschildert werden.

A. **Del-credere-Stehen** heisst, die Haftung für den richtigen Eingang eines Ausstands oder überhaupt für den aus einer Kreditgebung entstehenden Schaden gegen Entgelt übernehmen. Das Entgelt wird del-credere-Provision genannt und kann von gewissen Personen kraft Gesetzes gefordert werden (vom Kommissionär unter der Voraussetzung des A. 370 und von jedem Kaufmann, welcher die Haftung in Ausübung des Handelsgewerbes übernimmt A. 290 und oben § 252), sonst nur auf Grund besonderer Zusage, es müsste denn durch partikuläres Handelsgewohnheitsrecht begründet sein. Während die gewöhnliche Bürgschaftsleistung in der Regel auf Antrieb des Hauptschuldners erfolgt, kommt der del-credere-Vertrag meistens ohne jede Beteiligung des Schuldners zu Stande; es ist dies für den Rückgriff des del-credere-Stehenden an den Schuldner von Erheblichkeit. Ebenso pflegt die Uebernahme der Haftung überwiegend<sup>23)</sup> von einer solchen Person zu geschehen, welche das Kreditverhältniss sei es als Stellvertreter (Agent)<sup>24)</sup> oder als Zwischenperson (Kommissionär)<sup>25)</sup> vermittelt hat, ein Umstand, der für die Frage von Einfluss sein kann, inwiefern Ansprüche und Einreden aus dem Hauptgeschäfte im Verhältniss des Garantienähmers zum Garanten wirksam sind.<sup>26)</sup>

Die Haftung del-credere kann in gewissen Verhältnissen ortsüblich sein, so dass sie in Ermangelung gegentheiliger Verabredung als übernommen gilt.<sup>27)</sup> Sonst bedarf sie besonderen Gedings, das zwar den Willen der Haftungsübernahme nicht wörtlich auszudrücken braucht, aber doch über dessen Dasein keinen Zweifel lassen darf.<sup>28)</sup>

Der Vertrag enthält seinem Wesen nach eine Versicherung. Trotzdem ist

<sup>22)</sup> L. 116 V.O. 45,1: *Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit.* Die civilrechtliche Frage, ob die sog. Schadlosbürgschaft sich unter den Begriff der Bürgschaft oder auch nur unter den weitem Begriff der Intercession ordnet, mag hier auf sich beruhen. R.O.H.G. X Nr. 15 S. 88; XIII Nr. 62 S. 173.

<sup>23)</sup> Jedoch nicht ausschliesslich Seuffert, Arch. XX Nr. 58: Uebernahme des del-credere für den Eingang von Wechslern. R.O.H.G. XXIV Nr. 45 S. 151.

<sup>24)</sup> R.O.H.G. V Nr. 79 S. 352; XII Nr. 51 S. 153; XIX Nr. 61 S. 187; XXII Nr. 27 S. 125.

<sup>25)</sup> H.G.B. A. 370. Dies ist wohl der häufigste Fall des del-credere-Stehens. Vgl. unten die Lehre vom Kommissionsgeschäft.

<sup>26)</sup> R.O.H.G. XIX Nr. 61 S. 187.

<sup>27)</sup> Hierauf weist auch das H.G.B. A. 370 Abs. 1 hin: „oder am Orte seiner Handelsniederlassung Handelsbrauch ist.“

<sup>28)</sup> R.O.H.G. XXII Nr. 27 S. 125 und XXIV Nr. 45 S. 152.

er nicht ein Versicherungsgeschäft in der gewöhnlichen Bedeutung dieses Worts. Der eingebürgerte Begriff der Versicherungsgeschäfte umfasst nur diejenige Gefahrübernahme, welche nicht vereinzelt steht sondern Bestandtheil einer nach einem gewissen Plan betriebenen Unternehmung dieser Richtung ist. Dieser engere im Verkehrsleben herrschende Begriff liegt auch dem A. 271 Nr. 3 des H.G.Buchs zu Grunde,<sup>29)</sup> und deshalb ist die einzelne entgeltliche Haftungsübernahme nicht an sich sondern nur im Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe eines Kaufmanns ein Handelsgeschäft.

Was die innere Seite anlangt, so enthält das Geschäft immer eine Intercession, denn sachlich tritt der del-credere-Stehende für eine fremde Verbindlichkeit ein, aber nicht immer eine Bürgschaft. Es enthält keine Bürgschaft sondern eine selbständige Verpflichtung, wenn dem Garantieempfänger ein Forderungsrecht auf die versicherte Leistung nicht zusteht, wie in dem Hauptfall, da der Kommissionär dem Kommittenten für die Erfüllung der abgeschlossenen Verträge del-credere steht.<sup>30)</sup> Demzufolge bestimmt sich das rechtliche Verhältniss zwischen dem Garantieempfänger und dem Garant bald nach Bürgschaftsgrundsätzen bald nach den Regeln über selbständige Schuldverträge. Aber auch als Bürge kann sich der del-credere-Stehende der Einrede der Vorausklage nicht bedienen, in den meisten Fällen gemäss H.G.Buch A. 281 Abs. 2 und da wo die besonderen Voraussetzungen für die Anwendung dieses Gesetzes nicht gegeben sind (oben Ziff. 5), nach einem allgemeinen Handelsgewohnheitsrecht, dessen Entstehung in die Zeit vor Erlass des H.G.Buchs zurückreicht.<sup>31)</sup>

B. Der **Kreditauftrag**<sup>32)</sup> ist ein anderes gangbares Geschäft zur Kreditvermittlung und besteht darin, dass Jemand einen Andern ermächtigt, einem Dritten im eigenen Namen aber auf Gefahr des Ermächtigenden Kredit zu geben oder gegebenen Kredit zu verlängern.<sup>33)</sup> Hieraus können sich drei verschiedene Rechtsverhältnisse entwickeln.

#### 1. Zwischen dem Urheber und dem Empfänger der Ermächtigung.

<sup>29)</sup> Ein streitiger Punkt. Nach dem Wortlaut vertheidigen die gegentheilige Ansicht Thöl § 301 Not. 3, Anschütz-Völderndorff Bd. III S. 22 und wie es scheint auch Hahn, Komm. zu A. 281 § 8. Dagegen macht Goldschmidt, Hdb. § 49 Not. 6 und in Z. f. H.R. XXIII S. 179, 181 mit Recht geltend, dass hier die historische Auslegung Platz zu greifen hat und dass „nur diejenige Gefahrübernahme, welche bei vorhandener oder als vorhanden gedachter Möglichkeit eines rationellen genossenschaftlichen Betriebs stattfindet, unter den geschichtlich ausgebildeten und praktisch bestehenden Begriff der Assekuranz fällt.“ Ebenso Dernburg, Preuss. P.R. II § 232 Not. 2. Unentschieden R.O.H.G. V Nr. 79 S. 356; XII Nr. 51 S. 154; dagegen mindestens stark zu Thöl hinneigend Bd. V Nr. 73 S. 336.

<sup>30)</sup> R.O.H.G. XII Nr. 51 S. 153.

<sup>31)</sup> Vgl. Seuffert, Arch. XX Nr. 58 (O.G. Wolfenbüttel) und die dort angeführten Belege, nach welchen der del-credere-Stehende wie ein Selbstschuldner behandelt wird.

<sup>32)</sup> Thöl § 302. Endemann § 149. Dernburg, Preuss. P.R. II § 247 Nr. 1.

<sup>33)</sup> Ein den Römern wohl bekanntes Geschäft. L. 6 § 4 L. 10 § 8 L. 12 § 13 § 14 L. 21 L. 56 pr. L. 59 § 5 mand. 17,1 L. 24 L. 71 § 2 de fidejuss. 46,1, von den Neueren *mandatum qualificatum* genannt. — Preuss. Ldr. I, 14 §§ 213, 214. — Sächs. G.B. §§ 1476—1479. Schweiz. Obl.R. Art. 418—421.



a. Nach dem regelmässigen Inhalt des Geschäfts wird der Ermächtigte selbst durch die Annahme der Erklärung dem Machtgeber in keiner Weise verpflichtet, auch nicht zur Gewährung des Kredits. Doch kann das Mandat im Sinne der Verpflichtung zur Kreditirung gegeben sein, und wenn dies der Fall ist, tritt der Empfänger durch die Annahme in die Verbindlichkeit zur Ausführung.<sup>34)</sup> Auch die vom Mandanten für die Krediterteilung gegebenen Weisungen zu beobachten, ist dem Ermächtigten nur in seinem eignen Interesse geboten, da er durch eine Vernachlässigung derselben seinen Rückgriff gegen den Mandanten gefährdet, nicht aber sich diesem verantwortlich macht.

b. Aus dem Kreditauftrag entspringt für den Machtgeber eine Verpflichtung, wenn und soweit der Ermächtigte der Ermächtigung gemäss mit dem Dritten das Kreditgeschäft abschliesst oder ihm die Stundung bewilligt. Der Machtgeber haftet wie ein Bürge für die Schuld des Dritten, nicht aus dem Schuldverhältnisse desselben (aus Darlehen, Kauf u. s. w.), sondern aus der Ermächtigung (*actio mandati contraria*), so dass der Kreditgeber nicht blos zwei Schuldner sondern auch zwei Forderungen auf Deckung des materiell einen Anspruchs hat. Ob der Machtgeber vor dem Schuldner oder erst nach dessen fruchtloser Ausklagung belangt werden kann, bestimmt sich zunächst nach dem Inhalt der Verabredung. Hat letztere sich auf diesen Punkt nicht erstreckt, so fällt die Einrede der Vorausklage weg, wenn entweder das Schuldverhältniss zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber aus einem Handelsgeschäft stammt, oder wenn der Kreditauftrag selbst ein Handelsgeschäft ist (H.G.B. A. 281 Abs. 2 und oben Ziff. 5). In Ermangelung dieser Voraussetzungen entscheidet das bürgerliche Recht.

Auch in allen übrigen Punkten regelt sich der Ersatzanspruch des Kreditgebers gegen den Kreditvermittler nach Civilrecht. So die Frage, ob der Kreditvermittler sich dem Kreditgeber gegenüber auf die Unwirksamkeit der Verpflichtung des Dritten berufen kann, wenn sie in persönlicher Unfähigkeit desselben ihren Grund hat.<sup>35)</sup> Ebenso die Frage, ob der Ersatzanspruch nicht entsteht, wenn bei der Kreditgebung die vom Mandanten gegebenen Vorschriften nicht eingehalten wurden,<sup>36)</sup> und ob er erlischt, wenn der Kreditgeber dem Kreditnehmer ohne Einwilligung seines Mandanten stundet<sup>37)</sup> oder wenn er andere Sicherheiten freigibt oder in der Ausklagung des Kreditnehmers säumig ist.

<sup>34)</sup> Die Bezeichnung Auftrag passt daher für dieses Geschäft in der Regel nicht; sie ist eine Uebertragung des römischen *mandatum*, welches den doppelten Begriff des Auftrags und der Ermächtigung in sich schliesst.

<sup>35)</sup> Das sächs. G.B. § 1477 spricht diese Berufung dem Mandanten schlechthin ab; ebenso das schweiz. Obl.R. A. 419. Nicht so unbedingt das gemeine Recht, worüber ausführlich Thöl § 302 Not. 17 u. 18.

<sup>36)</sup> Z. B. nur gegen Unterpfand (L. 59 § 6 mand. 17,1) oder gegen Wechsel zu kreditiren.

<sup>37)</sup> Bejaht im sächs. G.B. § 1478 und im schweiz. Obl.R. A. 420. Nach gemeinem Recht kommt es darauf an, ob die erwähnten Mandatswidrigkeiten die Lage des Mandanten verschlechtern haben.

2. Kreditgeber und Kreditnehmer stehen sich als Gläubiger und Hauptschuldner gegenüber; bei dem Auftrag Kredit zu geben entsteht dieses Verhältniss erst mit dem Abschluss des Kreditgeschäfts. Das letztere kann Darlehen Kauf sein oder jeder andere Vertrag, mit welchem eine Kreditgebung vereinbar ist. Hienach bestimmt sich die rechtliche Natur der Forderung des Kreditnehmers gegen den Kreditgeber.

3. Der Kreditvermittler tritt zu dem Kreditnehmer unmittelbar weder durch den Kreditauftrag selbst noch durch dessen Ausführung in ein rechtliches Verhältniss. Denn darin unterscheidet sich der Kreditauftrag von dem Auftrag, einem Dritten eine Summe als Vorschuss des Auftraggebers auszuzahlen. Dort schliesst der Mandatar mit dem Dritten einen Schuldvertrag im eigenen Namen, hier schliesst er entweder überhaupt keinen Schuldvertrag mit dem Dritten oder wenn auch, so als Stellvertreter des Mandanten. Dort kreditirt dem Dritten der Mandatar, hier der Mandant. Der sog. Kreditbrief kann diesen oder jenen Inhalt haben,<sup>38)</sup> der häufigeren Erscheinung nach schliesst er einen Zahlungsnicht einen Kreditauftrag in sich.

Es ist möglich, dass der Kreditauftrag infolge einer Aufforderung des Kreditnehmers erteilt wurde. Unter dieser Voraussetzung haftet der Kreditnehmer nach Mandatsgrundsätzen auf Ersatz der Zahlung, welche der Kreditvermittler an den Kreditgeber geleistet hat. Dieser Rückgriff kann in Ermangelung eines Mandatsverhältnisses nach dem Gesichtspunkt der freiwilligen Geschäftsführung begründet sein. Jedenfalls ist der Mandant berechtigt, vom Gläubiger die Abtretung seines Anspruchs gegen den Kreditnehmer (Hauptschuldner) zu verlangen. Nach manchen Civilrechten vollzieht sich dieser Uebergang kraft Rechtsvorschrift.<sup>39)</sup>

4. Der Kreditauftrag ist nicht an sich ein Handelsgeschäft und wird es auch nicht dadurch, dass das Schuldverhältniss zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber in einem Handelsgeschäft seine Grundlage hat. Es gilt hier das oben Ziff. VI 1 Gesagte.

<sup>38)</sup> So mit Recht Thöl § 302 Not. 2. Beispiele für einen Kreditbrief im Sinne eines Kreditauftrags. L. 59 § 5 mand. 17,1 L. 24 de fidej. 46,1. R.O.H.G. XXII Nr. 33 S. 147. Zu eng schweiz. Obl.R. § 415.

<sup>39)</sup> Preuss. Ldr. I 14 § 338 fg. Einen Anspruch auf Abtretung setzt voraus das sächs. G.B. § 355 mit § 1479. Ueber gemeines Recht Windscheid, P. § 481. Den gesetzlichen Uebergang stellt auch auf das schweiz. Obl.R. A. 504.

## VI. Die Uebertragung von Forderung und Schuld.

### § 257.

I. Die Forderungsübertragung.<sup>1)</sup> — Trotz des römischen Ursprungs des Namens ist dasjenige, was wir heutzutage Cession nennen, dem römischen Rechte unbekannt. Das römische Recht lehnte bis in die späteste Zeit die Zulassung einer Sonderrechtsnachfolge in das Forderungsrecht ab und verwies den Verkehr auf Ersatzmittel. Die an einzelne Abtretungsgeschäfte angeknüpfte utilis actio des Cessionars rückte freilich der Forderungsübertragung sehr nahe und schloss dem praktischen Erfolge nach einen Forderungsübergang in sich.<sup>2)</sup> Dem deutschen Recht war die Uebertragung des Gläubigerrechts auch nicht von jeher geläufig,<sup>3)</sup> sie hat sich aber seit mehreren Jahrhunderten in fester Weise eingebürgert und selbst die romanisirenden Bestrebungen der neueren Zeit vermochten ihren Bestand nicht mehr zu erschüttern.

Die Cession im heutigen Sinn ist die Rechtsform zur Uebertragung der Forderungsrechte. Sie begründet einen Gläubigerwechsel unter Aufrechterhaltung der Forderung. Der Cedent tritt aus dem Forderungsverhältnisse aus, der Cessionar in seine Stelle ein, es vollzieht sich eine Sondernachfolge in das Recht wie bei der Eigenthumsübertragung auf dem Gebiete des Sachenrechts. Und zwar knüpft sich diese Veränderung an den Cessionsakt, also nach der regelmässigen Beschaffenheit desselben an das Uebertragungsgeschäft zwischen Cedenten und Cessionar. Benachrichtigung des Schuldners ist kein Erforderniss des Forderungsübergangs. Doch wird der Schuldner gegen diejenigen Nachtheile in Schutz genommen, welche für ihn aus einer entschuldbaren Unkenntniss des Gläubigerwechsels entspringen. Hat er z. B. nach der Cession

<sup>1)</sup> Thöl § 324. Endemann § 97 IV B. Windscheid §§ 329–337. Stobbe, Deutsch. P.R. § 177. Dernburg, Preuss. P.R. II §§ 80–85. Förster, Preuss. P.R. § 99.

<sup>2)</sup> Ueber ein anderes Ersatzmittel Gaius II § 38: si velim tibi deberi, . . . opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis (sog. Aktivdelegation).

<sup>3)</sup> Die hierüber früher gang und gäben abweichenden Ansichten sind jetzt aufgegeben. Brunner in Holtzendorffs Encyclopädie 3. Aufl. S. 210 und in Z. f. H.R. XXII S. 522 fg., XXIII S. 234 fg., Stobbe a. a. O. Not. 2.

an den Cedenten Zahlung geleistet, ohne dass er Grund hatte, dessen gegenwärtige Berechtigung zu bezweifeln, so ist er von der Pflicht nochmaliger Zahlung, nämlich an den Cessionar, frei, trotzdem dass er an einen Nichtgläubiger, dem die Befugnis zum Zahlungsempfang fehlte, geleistet hat (propter ignorantiam suam). Insofern läuft der Cessionar vorerst Gefahr, dass er um den Erfolg des Forderungserwerbs komme, und darum liegt es in seinem Interesse, den Schuldner von dem Gläubigerwechsel so schleunig als möglich zu benachrichtigen. Indes hat jede aus anderer Quelle dem Schuldner zufließende, den Stempel der Glaubwürdigkeit an sich tragende Kunde von dem Forderungsübergang dieselbe Wirkung.<sup>4)</sup>

Die Forderungsabtretung berührt sich mit dem Handelsrecht, wenn entweder sie selbst ein Handelsgeschäft ist oder wenn die abzutretende Forderung aus einem Handelsgeschäfte stammt. Aber auch solche Forderungsabtretungen streift das H.G.Buch nur mit wenigen Bestimmungen und überlässt die Regelung den subsidiären Rechtsquellen, insonderheit dem allgemeinen bürgerlichen Recht. Daher genügt in diesem Handbuch die Erwähnung folgender Punkte.

1. Als Handelsgeschäft erfreut sich die Forderungsabtretung der grundsätzlichen Formfreiheit. Dass die abgetretene Forderung in einem Handelsgeschäft ihren Ursprung hat, ist dafür kein Erforderniss.

2. In der Anschauung, dass der Handel mit Forderungen die Schuldner gefährde, hat das spätere römische Recht den Anspruch des Käufers aus der abgetretenen Forderung auf die Höhe des Kaufpreises beschränkt (sog. *lex Anastasiana*). Das H.G.Buch hat dieser und den verwandten partikularrechtlichen Vorschriften die Anwendbarkeit auf die Abtretung aller Forderungen entzogen, welche aus einem einseitigen oder zweiseitigen Handelsgeschäfte hervorgegangen sind. Es kann der volle Betrag der abgetretenen Forderung auch dann verlangt werden, wenn er die Summe des vereinbarten Preises übersteigt (A. 299). Das Gesetz bezweckt damit die Verwerthbarkeit von Forderungen aus Handelsgeschäften zu erleichtern. Daher kommt es für die Anwendbarkeit des A. 299 nur darauf an, dass der Gegenstand des Abtretungsgeschäfts den bezeichneten Ursprung hat. Ob das Abtretungsgeschäft selbst ein Handelsgeschäft ist oder nicht, bleibt hier unerheblich.

Durch die Reichscivilprozessordnung § 236 ist ein anderes Hinderniss der Begebarkeit von Forderungen beseitigt, das gleichfalls aus dem gemeinen Recht stammende Verbot der Abtretung von Forderungen, über welche ein Rechtsstreit schwebt.

3. Im Handelsverkehr bildet die häufigste Veranlassung zur Forderungs-

<sup>4)</sup> So die überwiegende Praxis. R.O.H.G. XXIII Nr. 104 S. 314. R.G. IV Nr. 32 S. 114. Seuffert, Arch. XXXI Nr. 26, XXXII Nr. 127, Nr. 128 u. cit. Ueber die Literatur Windscheid, P. § 329 Not. 10. Stobbe a. a. O. — Preuss. Ldr. I, 11 §§ 376, 377, 393, 413, 414. Oest. G.B. §§ 1392—1396. Sächs. G.B. §§ 968, 972. Code civ. art. 1689—1691. Zürich. privatr. G.B. §§ 1031, 1032. Schweiz. Obl.R. A. 187, 189. Trotz Abweichung im einzelnen entspricht die Grundauffassung der Cession in allen neueren Gesetzbüchern der im Text gegebenen Schilderung.

abtretung der Kauf und die Hingabe der Forderung zur Befriedigung des Cessionars für ein Guthaben. Doch ist mit dem Wesen der Cession auch ein materieller Zweck verträglich, wonach der Forderungswerth nicht in das Vermögen des Cessionars übergehen soll. Es kann eine Forderung zu Pfandzwecken d. h. zur Sicherheit des Gläubigers für einen gegenwärtigen oder künftigen Anspruch cedirt werden.<sup>5)</sup> Nicht minder kommt vor, dass eine Forderung zu dem Zweck abgetreten wird, damit der Cessionar die Forderung für Rechnung des Cedenten betreibe und das Begetriebene dem Cedenten übermache.<sup>6)</sup> In beiden Fällen bildet die Cession ein fiduziarisches Geschäft (§ 241 Not. 21); der materielle Zweck wird durch das obligatorische Verhältniss zwischen Cedenten und Cessionar gewahrt, dort durch den Pfandkontrakt, hier durch einen Mandatsvertrag. Die rechtliche Verfügungsmacht des Cessionars über die Forderung wird dadurch nicht geschmälert. Das Abtretungsgeschäft bestimmt, was der Cessionar bezüglich der abgetretenen Forderung kann, der kausale obligatorische Vertrag, was er darf und soll.

Bei der Forderungsabtretung zum Zweck der Tilgung eines Guthabens des Cessionars ist die Wirkung auf die zu tilgende Forderung je nach der Absicht der Parteien verschieden. Der Gläubiger nimmt die Forderung entweder an Zahlungsstatt oder Zahlungshalber.<sup>7)</sup> Dort erklärt er sich durch die Abtretung der Forderung, sei es ganz oder auf den Betrag der abgetretenen Forderung für seine eigene Forderung befriedigt; hier soll ihm die abgetretene Forderung nur ein Mittel bieten, um zur Befriedigung für seine Forderung zu gelangen. Dort wird die Forderung des Gläubigers sofort durch die Cession ganz oder theilweise getilgt; hier bleibt seine Forderung trotz der Cession aufrecht und erlischt erst, wenn und insoweit er durch die Beitreibung des abgetretenen Aktivausstands Deckung erhält. Desshalb ist der Gläubiger bei der Forderungsabtretung an Zahlungsstatt in der Verfügung über die abgetretene Forderung bezüglich des Könnens und Dürfens frei, er steht in keinem Pflichtverhältniss zum Cedenten, er kann die abgetretene Forderung verschenken, erlassen, auf sofortiger Bezahlung bestehen oder Stundung geben. Ist die Forderung Zahlungshalber abgetreten, so geht dem Forderungserwerb in der Regel eine vertragsmässige Verpflichtung des Cessionars zur Seite, im Interesse des Cedenten den Gegenstand der abgetretenen Forderung beizutreiben, das Empfangene zur Befriedigung für seine eigene Forderung zu verwenden und einen allenfallsigen Mehrerlös an den Cedenten herauszugeben. Für eine Vernachlässigung dieser Pflicht wird der

<sup>5)</sup> R.O.H.G. III Nr. 88 S. 433; XIX Nr. 43 S. 131, Nr. 111 S. 384; R.G. II Nr. 44 S. 170 Not. 1.

<sup>6)</sup> R.O.H.G. X Nr. 35 S. 168 (auch Seuffert, Arch. XXX Nr. 20).

<sup>7)</sup> Schliemann, Haftung des Cedenten S. 53 fg. hält die Vereinbarung, dass die Forderung des Cessionars nur nach Massgabe der Zahlung des debitor cessus aufgehoben werden soll, mit dem Wesen der Cession für unvereinbar. Dieser Meinung liegt eine mangelhafte Unterscheidung zwischen der Rechtsform und ihrem materiellen Zweck zu Grunde. Mit demselben Rechte könnte man eine Unvereinbarkeit der Eigenthumsübertragung mit dem Pfandzweck behaupten. Seuffert, Arch. XXI Nr. 43. R.O.H.G. III Nr. 88 S. 432; XIX Nr. 43 S. 131.

Cessionar dem Cedenten auf Schadenersatz haftbar, wodurch sich die Gefahr des Cedenten aus der Cession erheblich mindert. Praktisch wird der Unterschied vorzüglich von Erheblichkeit, wenn der Schuldner in der abgetretenen Forderung sich als zahlungsunfähig erweist. Bei der Cession Zahlungshalber fällt der Nachtheil immer auf den Cedenten. Ob dagegen bei einer Cession an Zahlungsstatt der Cedent dem Cessionar dafür aufzukommen hat, bestimmt sich in erster Linie nach der unter den Parteien getroffenen Verabredung, in deren Ermangelung nach dem einschlagenden allgemeinen bürgerlichen Recht.<sup>8)</sup>

Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Cession Zahlungshalber nicht an Zahlungsstatt erfolgt ist,<sup>9)</sup> denn der Gläubiger sichert sich auf dem ersteren Weg die Befriedigung in gleichem Masse ohne die Nachtheile, welche die Wahl des zweiten für ihn im Gefolge haben kann.

4. Im Vorstehenden ist gezeigt worden, dass mit der Cession sehr wohl eine Verpflichtung des Cessionars vereinbar ist, die abgetretene Forderung für Rechnung des Cedenten geltend zu machen, sei es dass der Cessionar im ausschliesslichen Interesse des Cedenten handeln soll (ersterwähnter Fall) oder in seinem und des Cedenten Interesse zugleich (zweiter Fall).

Dieser materielle Zweck lässt sich auch ohne Cession erreichen durch eine Ermächtigung des Gläubigers, den zur Verwirklichung bestimmten Aktivausstand vom Schuldner beizutreiben, kurz durch eine **Einzugsvollmacht (Inkassomandat)**.

Durch die Ertheilung einer Einzugsvollmacht wird im Gegensatz zur Cession keine Veränderung in der Person des Gläubigers herbeigeführt. Der Ermächtigte erhält zwar eine Verfügungsgewalt über die Forderung, aber beschränkter Art, die Befugniß zur Geltendmachung; ein rechtlicher Missbrauch ist hier ausgeschlossen. Kommt es zur gerichtlichen Verfolgung des Anspruchs, so hat der Schuldner als Partei den Machtgeber gegenüber und kann daher alle gegen diesen begründete Einreden, auch eine nach der Vollmachtsertheilung entstandene Gegenforderung zur Geltung bringen, während auf Gegenforderungen an den Bevollmächtigten eine Einrede nicht gebaut werden kann.

Das Rechtsverhältniss zwischen dem Gläubiger und dem Einzugs ermächtigten regelt sich durch den der Vollmachtsertheilung zu Grunde liegenden materiellen Vertrag. Dies kann ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Dienstvertrag oder ein Zahlungsvertrag sein. In beiden Fällen wird der Bevollmächtigte verpflichtet, die schuldige Leistung zu erheben und dabei, wenn ein Handelsgeschäft vorliegt, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu bethätigen (A. 282).<sup>10)</sup> Der materielle Grund der Einzugsvollmacht kann auch von der Beschaffenheit sein,

<sup>8)</sup> Die bürgerlichen Rechte gehen in dieser Frage auseinander. Das preussische Landrecht erstreckt der Regel nach die Haftung des Cedenten auf die Güte der Forderung (I, 11 §§ 427 fg.), das gemeine Recht beschränkt sie auf den Rechtsbestand derselben, und selbst dies ist nicht unbestritten. Windscheid § 336 Not. 3, § 342 Not. 17. Thöl § 324 Not. 27. Seuffert, Arch. XXIX Nr. 231.

<sup>9)</sup> Hierin ist Thöl a. a. O. beizustimmen.

<sup>10)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 106 S. 419.

dass dem Bevollmächtigten behufs der Erhebung keine Verpflichtung überbunden sondern nur eine rechtliche Möglichkeit eingeräumt wird; so wenn ihm der Gegenstand der Forderung schenkungs- oder darlehensweise überlassen wird.<sup>11)</sup>

Nach diesem Verhältniss ist auch zu entscheiden, ob der Bevollmächtigte den beigetriebenen Gegenstand behalten darf oder an den Gläubiger herausgeben muss, ob er procurator in rem suam oder rei alienae ist.

Die Parteien geben zuweilen einem Geschäft den Schein einer Cession, während sie in Wirklichkeit eine blosser Einzugsbevollmächtigung beabsichtigen. Aber weit häufiger ist eine Cession gewollt, jedoch nur zu dem materiellen Zweck, dass der Cessionar die Forderung für Rechnung des Cedenten betreibe. Mit Unrecht wird darin nicht selten ein simulirtes Geschäft erblickt.<sup>12)</sup>

5. Nicht blos durch Rechtsgeschäft kann der Uebergang einer Forderung vermittelt werden, sondern auch durch richterliche Verfügung oder durch Rechtsvorschrift.

a. Die häufigste Veranlassung zur gerichtlichen Cession bietet die Zwangsvollstreckung an einer Forderung. Ein Gläubiger, dem ein vollstreckbarer Titel zusteht, kann beim Vollstreckungsgericht behufs der Befriedigung aus einem Aktivausstand seines Schuldners nach freier Wahl beantragen, dass ihm die Forderung an Zahlungsstatt zum Nennwerthe überwiesen oder dass er zur Einziehung derselben für seine Rechnung ermächtigt werde. Nur im erstern Fall enthält die dem Gesuch entsprechende Verfügung des Richters eine Cession; im zweiten tritt der Gläubiger in die Stellung eines Inkassomandatars.

b. Während bei der Vermittelung des Uebergangs durch richterliche Verfügung von Cession füglich gesprochen werden kann, ist diese Bezeichnung für den auf Grund des Gesetzes sich vollziehenden Forderungsübergang ungeeignet; denn eine Handlung, ein Geschäft, worauf cedere und cessio begrifflich hinweisen, ist hier nicht vorhanden und die Fiktion, bei welcher auch hiefür eine Anleihe gemacht wird, vermag das fehlende nicht zu schaffen. Nennt man den Thatbestand, was er in Wirklichkeit ist, einen gesetzlichen Forderungsübergang, so vermeidet man jede Künstelei und was wichtiger, so manche Versuchung zu praktischen Irrgängen.

Mit dem gesetzlichen Forderungsübergang darf die gesetzliche Pflicht zur Forderungsabtretung nicht verwechselt werden. Diese Pflicht macht das Cessionsgeschäft keineswegs entbehrlich, wie z. B. für die vom Kommissionär im Kommissionsverhältniss erworbenen Forderungen ausdrücklich anerkannt ist (H.G.B. A. 360, 368). Auch fehlt es durchaus nicht an einem guten praktischen Grund, für gewisse Fälle bei der gesetzlichen Cessionspflicht stehen zu bleiben und nicht bis zur Aufstellung eines gesetzlichen Forderungsübergangs vorzuschreiten. Das Erforderniss eines Cessionsgeschäfts liegt im Interesse des Cessionsverpflichteten und des Schuldners in der abzutretenden Forderung. Dem Cessions-

<sup>11)</sup> L. 10 § 4 mandati 17,1. Die hier berührte Möglichkeit ist in der sonst so befriedigenden Darstellung von Thöl § 323 nicht berücksichtigt.

<sup>12)</sup> Regelsberger im Arch. für civ. Prax. Bd. 63 S. 174—180 und oben § 241 bei Not. 21.

verpflichteten gibt es Gelegenheit, etwaige Gegenansprüche im Retentionswege zur Geltung zu bringen (H.G.B. A. 374). Der Schuldner wird dadurch der Prüfung enthoben, ob die Voraussetzungen für den gesetzlichen Forderungsübergang vorliegen, und damit der Gefahr, bei einem Irrthum in dieser Richtung nochmalige Zahlung leisten zu müssen. Es hat daher mehr als theoretisches Interesse, ob man in den Vorschriften des H.G.Buchs über die Befugniss des Prinzipals, gewisse von seinem Bevollmächtigten für eigene Rechnung gemachte Geschäfte als für ihn, den Prinzipal, geschlossen zu behandeln (A. 56 Abs. 3, A. 59, 97, 157), die Anerkennung eines durch die Erklärung des Berechtigten bedingten gesetzlichen Forderungsübergangs erblickt oder, wie ich für richtig halte, die Gewährung eines gesetzlichen Anspruchs auf Cession.<sup>13)</sup>

II. Die Schuldübertragung oder Schuldübernahme. — Unter der letzteren Bezeichnung werden Rechtsvorgänge verschiedener Art begriffen. Sie haben zwar sämmtlich den Endzweck gemeinsam, dem Schuldner die ökonomische Last der Schuld abzunehmen, verfolgen aber dieses Ziel auf verschiedenen Wegen.

A. Jemand verpflichtet sich einem Schuldner zur Abführung der Schuld in der erkennbaren Absicht, dem Gläubiger selbst nicht verhaftet zu werden. Dieses Geschäft, welches ich **Erfüllungs-(Zahlungs-)Uebernahme** nennen möchte, beschränkt seine rechtlichen Wirkungen auf die Vertragschliessenden. Der Uebernehmer wird auf Erfüllung seines Versprechens nur dem Schuldner verpflichtet. Der Gläubiger kann daraus thatsächlich Vorthiel ziehen, indem er früher, leichter oder sicherer Befriedigung erlangt; aber er erwirbt aus dem Geschäft keinen Anspruch gegen den Uebernehmer, verliert freilich auch sein Recht gegen den Schuldner nicht. Zur Hervorbringung jener Wirkung genügt das Abkommen zwischen Schuldner und Uebernehmer; eine Beitrittserklärung des Gläubigers ist weder erforderlich noch von rechtlicher Bedeutung.<sup>14)</sup>

B. Die rechtliche Befreiung des Schuldners kann trotz der Bereitwilligkeit des Uebernehmers, als Schuldner dem Gläubiger gegenüber einzutreten, an der Geneigtheit des Letztern scheitern, gegen die Verpflichtung des Uebernehmers den Schuldner seiner Haftung zu entlassen. Hier bietet sich den Parteien zur Verwirklichung der auf Uebernahme der Schuld gerichteten Absicht folgender Ausweg. Der Uebernehmer erklärt, dem Gläubiger gegenüber die Haftung für die geschuldete Leistung neben dem Schuldner zu übernehmen und durch rechtzeitige Erfüllung dafür zu sorgen, dass dem Schuldner die Forthaftung unschädlich bleibe. Der Gläubiger soll gegen den Uebernehmer einen Anspruch auf Erfüllung erlangen unbeschadet seines Anspruchs gegen den Schuldner. Beide haften ihm alternativ für dieselbe Leistung und zwar nach seiner Wahl; denn

<sup>13)</sup> Uebereinstimmend Laband in Z. f. H.R. X S. 202. Hahn, Komm. zu A. 56 § 4. Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 19—22. Zimmermann, Stell. neg. gest. S. 29.

<sup>14)</sup> L. 72 pr. de jure dot. 23,3 L. 28 de donat. 39,5 Const. 22 de donat. 8,54. Savigny, System des röm. Rechts IV S. 137 fg. R.O.H.G. X Nr. 15 S. 88. Seuffert, Arch. XX Nr. 27 (Celle), XXVII Nr. 17 (Berlin), XXXV Nr. 279 (Wien). Ebenso lag, soweit ersichtlich, der m. E. unrichtig entschiedene Fall Bd. XXI Nr. 41 (München).



die besondere Verpflichtung des Uebernehmers, die Nothwendigkeit der Erfüllung an den Schuldner nicht herantreten zu lassen, spielt nur unter diesen Personen und berührt ihr Verhältniss zum Gläubiger nicht. Die Grundlage dieser Wirkungen bildet der Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer. Es ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter<sup>15)</sup> und daher die Frage, ob der Forderungserwerb des Gläubigers durch eine Beitrittserklärung bedingt ist, nach den einzelnen Civilrechten verschieden zu beantworten. Vgl. § 250 Ziff. III. Der Uebernehmer wird Mitschuldner des bisherigen Schuldners,<sup>16)</sup> aber er erhält nicht die Stellung eines Bürgen, da dem thatsächlichen Erfolge nach die Schuld seine eigene sein soll.<sup>17)</sup> Der ganze Vorgang lässt sich füglich als **kumulative Schuldübernahme** bezeichnen.<sup>18)</sup>

C. Kann Jemand eine Schuld in der Art übernehmen, dass er an Stelle des bisherigen Schuldners in die Schuld eintritt? Gibt es m. a. W. eine **privative Schuldübernahme** oder eine **Sonderrechtsnachfolge in die Schuld**? Diese Frage ist zu bejahen.<sup>19)</sup>

Zwar das römische Recht hat auch hier an seiner Abneigung gegen die Anerkennung eines förmlichen Subjektwechsels festgehalten und hatte dafür in soweit inneren Grund, als die Persönlichkeit des Schuldners dem Gläubiger in der Regel nicht gleichgültig ist. Allein dieses Bedenken fällt weg, sobald sich der Gläubiger mit dem Eintritt eines andern Schuldners an Stelle des bisherigen einverstanden erklärt. Aber auch unter dieser Voraussetzung bot das römische Recht der Parteiabsicht keinen unmittelbaren Befriedigungsweg, sondern nur Ersatzmittel in der Novation und in der Prozessübernahme. Dort schloss der Uebernehmer mit dem Gläubiger einen Vertrag, in welchem er sich zur Leistung des Geschuldeten an Stelle des bisherigen Schuldners verpflichtete. Hier übernahm er an Stelle des Schuldners die Beklagtenrolle. Dort knüpfte sich die

<sup>15)</sup> Seuffert, Arch. XXI Nr. 39 (H.A.G. Nürnberg). Das sächs. G.B. §§ 1402 bis 1404 behandelt die Schuldübernahme ausschliesslich unter diesem Gesichtspunkt.

<sup>16)</sup> Stehen beide im korrealen oder solidarischen Verhältniss zu dem Gläubiger? Der Absicht der Parteien wird jenes mehr entsprechen als dieses. So auch Windscheid, P. § 297 Not. 3. A. M. Simon in Z. f. H.R. XXIV S. 97.

<sup>17)</sup> Die Einrede der Vorausklage ist mit der Grundanlage dieses Geschäfts unvereinbar. Seuffert, Arch. XXIII Nr. 120.

<sup>18)</sup> Aus der Praxis sind zu vergleichen die Erkenntnisse in Seuffert, Arch. XXI Nr. 38—40; XXIII Nr. 120.

<sup>19)</sup> Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden 1853 (eine bahnbrechende Arbeit). Gürgens in Iherings Jahrb. VIII Abh. 8 (vielfach fördernd). Windscheid, P. §§ 338—340: „Die Sondernachfolge in die Schuld.“ Stobbe, Deutsch. P.R. § 181 (unter dem unzureichenden Gesichtspunkt der Verträge zu Gunsten Dritter). Dernburg, Preuss. P.R. II § 65. Förster, Preuss. P.R. § 102. Ungenügend ist die Behandlung dieses Rechtsvorgangs in den Gesetzbüchern, auch in den neuesten. Ueber das sächs. G.B. s. Not. 15. Das schweizerische Obligationenrecht findet sich damit ab durch den Satz in Art. 142: „Neuerung (Novation) ist vorhanden . . . wenn ein neuer Schuldner mit Befreiung des früheren Schuldners an dessen Stelle tritt.“ Hiebei hätte zur Vermeidung von Missverständnissen mindestens die Erwähnung der Novation unterbleiben sollen.

Befreiung des Schuldners und die Haftung des Uebernehmers an den Vertragsabschluss zwischen Gläubiger und Uebernehmer (stipulatio), hier an die Streitbefestigung (litiscontestatio). In beiden Fällen konnte der Schuldnerwechsel auf Weisung des bisherigen Schuldners (delegatio)<sup>20)</sup> oder ohne seine Veranlassung und sogar gegen seinen Willen stattfinden (expromissio).

Unvollkommen waren diese Ersatzmittel, weil die Befreiung des bisherigen Schuldners und die Verpflichtung des Uebernehmers nur unter Aufhebung der bisherigen Obligatio und Begründung einer neuen erreicht wurde. Die Folgen jener Aufhebung für die Neben- und Vorzugsrechte wurden wenigstens bei der Novation streng gezogen: der Bürge wurde von Haftung frei, das Pfandrecht erlosch, die Zins- und Strafobligatio ging unter, die Konkursprivilegien übertrugen sich nicht auf die neue Forderung.<sup>21)</sup>

Eine wesentlich freiere Behandlung weist das römische Recht in einer einzelnen Anwendung auf.<sup>22)</sup> Aber dieser Keim zu einer vollkommeneren Rechtsform ist bei den Römern nicht mehr zur Entwicklung gelangt.

Im heutigen Recht ist die anspruchtilgende und anspruchbegründende Kraft der Litiskontestation und damit diese selbst als Ersatzmittel für die Schuldübertragung weggefallen. Dagegen findet sich auch hier die Möglichkeit der Schuldübertragung durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldübernehmer, in welchem sich dieser unter Befreiung des bisherigen Schuldners auf die schuldige Leistung verpflichtet. Aber es muss bezweifelt werden, dass dieser heutige Vertrag die rechtliche Natur einer Novation hat: nicht wegen der mangelnden Form, da die im heutigen Recht begründete grundsätzliche Formlosigkeit der Verträge sich auch auf die Novationen erstreckt, sondern aus der materiellen Erwägung, dass die mit der Novation verbundene Vernichtung der bestehenden Obligatio der Parteiabsicht nicht entspricht und dass das Hinderniss, welches im römischen Recht einer vollkommeneren Verwirklichung dieser

<sup>20)</sup> L. 11 § 1 de novat. 46,2: Fit autem delegatio (i. e. alium reum creditori dare) vel per stipulationem vel per litiscontestationem. Ueber die Delegation als Anstoss zu einem Gläubigerwechsel vgl. Not. 2 und zu dem Ganzen Danz in Iherings Jahrb. XIX Abh. III (Aktivdelegation oder delegatio nominis und Passivdelegation oder delegatio debiti). Auch das constitutum debiti alieni konnte zu dem praktischen Zweck einer Schuldübertragung verwerthet werden in Verbindung mit einem pactum de non petendo zwischen Gläubiger und (bisherigem) Schuldner. Bruns in Z. f. Rechtsgesch. B. I S. 81, 98 und Leonhard in Z. f. H.R. XXVI S. 313, 325 unten.

<sup>21)</sup> Bei der Litiskontestation beschränkte sich die tilgende Wirkung auf die Bürgschaft und selbst diese Wirkung ist im Justinianischen Recht beseitigt. Sprechend die Gegenüberstellung von Litiskontestation und Novation in L. 11 pr. § 1 pign. act. 13,7; hiezu L. 13 § 4 pign. et hyp. 20,1 und Keller, Civilprozess § 60 Not. 709. Für das neueste römische Recht Const. 28 de fidejuss. 8,40 (41).

<sup>22)</sup> Const. 2 de pact. 2,3 entscheidet: Wenn eine Erbschaft im Ganzen (mit Aktiven und Passiven) verkauft worden ist, und ein Erbschaftsgläubiger belangt im Bewusstsein der Veräußerung den Erbschaftskäufer ohne Vorbehalt seines Anspruchs an den Verkäufer, so soll darin ein stillschweigender Verzicht auf diesen Anspruch (pactum de non petendo) erblickt werden.

Parteiabsicht entgegenstand, durch die veränderte Anschauung über die Zulässigkeit eines Subjektwechsels in der Obligatio in Wegfall gekommen ist.<sup>23)</sup>

Uebrigens wird die Schuldübertragung heutzutage in der Mehrzahl der Fälle überhaupt nicht durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer vermittelt. Nach ihrer häufigsten Erscheinung tritt sie in Verbindung mit der Uebertragung eines ganzen Vermögens (z. B. Erbschaftsverkauf) oder mit der Veräußerung eines Handelsgeschäfts oder mit dem Verkauf eines hypothekarisch belasteten Grundstücks ein. Die Grundlage der Schuldübernahme bildet hier der Vertrag zwischen dem bisherigen Schuldner (Veräußerer) und dem Uebernehmer (Erwerber). In diesem Vertrag erklärt der Letztere die zu dem Vermögensinbegriff gehörigen oder auf dem Vermögensstück lastenden Schulden an Stelle des bisherigen Schuldners zu übernehmen; er erklärt zu übernehmen, nicht bloß sich zur Uebernahme zu verpflichten. Allerdings wird durch diesen Vertrag, den Schuldübernahmevertrag, der Schuldnerwechsel noch nicht bewirkt. Da der Vertrag eine Einwirkung auf eine fremde Vermögenssphäre, auf das Vermögen des Gläubigers enthält, so ist der beabsichtigte Erfolg durch die Zustimmung des Gläubigers bedingt.<sup>24)</sup> Mit deren Ertheilung vollzieht sich der Schuldnerwechsel, der Schuldübernahmevertrag erreicht sein Ziel. Es handelt sich demnach auf Seite des Gläubigers nicht um einen Vertragsabschluss, nicht um die Acceptation eines Vertragsangebots, denn ein solches ist nicht an ihn gestellt, weder ein einfaches vom Uebernehmer noch ein Kollektivangebot von Schuldner und Uebernehmer,<sup>25)</sup> es handelt sich lediglich um die Guttheissung einer Verfügung, welche dritte Personen über eines seiner Vermögensrechte getroffen haben. Der Gläubiger steht der durch den Schuldübernahmevertrag geschaffenen Rechtslage gegenüber wie der Eigenthümer der Veräußerung oder Verpfändung seiner Sache durch einen Dritten, wie der Pfandgläubiger der lastenfreien Veräußerung der Pfandsache durch den Eigenthümer.<sup>26)</sup>

Der Schuldübernahmevertrag hat in Verbindung mit der Genehmigung des Gläubigers die Wirkung, dass der bisherige Schuldner aus dem Schuldverhältnisse aus- und der Uebernehmer in dasselbe als Schuldner eintritt und zwar

<sup>23)</sup> Windscheid, P. § 338 Not. 5.

<sup>24)</sup> Welcher von beiden Parteien liegt die Pflicht ob, den Gläubiger zu der Genehmigung zu veranlassen? Im Zweifel dem übertragenden Schuldner? So O.G. Wolfenbüttel in Seuffert, Arch. XXIII Nr. 120. Es ist Thatfrage.

<sup>25)</sup> Die im Text bekämpfte Zurechtlegung ist schon mehrfach versucht worden: Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 272. Simon in Z. f. H.R. XXIV S. 102. Danz in Iherings Jahrb. XIX S. 122 Not. 3. Abgesehen davon, dass nicht ohne einige Willkürlichkeit ein Vertragsangebot in dem Hergang gefunden werden kann, so verrückt diese Auffassung den Schwerpunkt des Geschäfts, verlegt ihn aus dem Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer in den mindestens nur hinzutretenden Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer.

<sup>26)</sup> L. 16 § 1 pign. et hyp. 20,1 L. 8 § 16 quib. mod. pign. 20,6. Const. 3 R.V. 3,32. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Geschäfte S. 69: „Der Vermögensherr fügt den auf seinem Vermögensgebiet vorgenommenen fremden Handlungen dasjenige Willensmoment hinzu, welches zu ihrem beabsichtigten Rechtsbestand erforderlich ist.“

unbeschadet des Bestandes der Forderung. Es vollzieht sich eine Sondernachfolge in die Schuld wie durch die Cession eine Sondernachfolge in das Forderungsrecht (Ziff. I). Die privative Schuldübernahme ist das Seitenstück zur heutigen Cession. Beide bewirken eine Succession in das Schuldverhältniss ohne Veränderung des Schuldgrundes.<sup>27)</sup>

Ueber diese regelmässige Erscheinung der privativen Schuldübernahme noch folgendes.

1. Das grundlegende Geschäft ist, wie bereits erwähnt, der auf die Ueberwälzung gerichtete Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer, der Schuldübernahmevertrag. Er kann als selbständiges Geschäft vorkommen, bildet aber in der Regel einen Bestandtheil eines umfassenderen Vertrags (Kauf-, Schenkungsvertrags). Nichtigkeit dieses Uebereinkommens entzieht der Genehmigung des Gläubigers den rechtlichen Boden.<sup>28)</sup> Dagegen kann dem Anspruch des Gläubigers gegen den Uebernehmer eine Anfechtung, welche dem Rechtsverhältnisse des Uebernehmers zum Schuldner entnommen ist (z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags), nicht entgegengehalten werden. Insoweit ist die Erklärung der Schuldübernahme abstrakter Natur. Der benachtheiligte Uebernehmer muss seine Schadloshaltung bei seinem Vertragsgegner, dem befreiten Schuldner suchen.<sup>29)</sup>

2. Die Genehmigung des Gläubigers ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Hat sie die Natur eines Handelsgeschäfts, so ist sie auf Grund des H.G.Buchs an eine Form nicht gebunden (A. 317). Aber auch in den Landesrechten findet sich für derartige einseitige Erklärungen unter Lebenden kein Formgebot. Weil formlos kann sie auch stillschweigend ertheilt werden. In welchen Handlungen und in welchem Verhalten des Gläubigers überhaupt eine stillschweigende Einwilligung zu dem beabsichtigten Schuldnerwechsel liegt, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu beurtheilen. Kenntniss des Gläubigers von dem Schuldübernahmevertrag ist immer Voraussetzung. Wo diese vorliegt, wird z. B. die

<sup>27)</sup> Gürgens in Iherings Jahrb. VIII S. 240 fg., S. 261 fg. Windscheid § 338 Not. 4—9. R.O.H.G. VIII Nr. 27 S. 118: „Die Schuldübernahme schafft einen neuen Schuldner, nicht einen selbständigen Schuldgrund.“

<sup>28)</sup> Dies verkennt Gürgens a. a. O. S. 283—285; übrigens gibt er mit der Anerkennung der Ausnahmen in Not. 8 S. 285 die Regel auf. Die Richtigkeit des im Text vertretenen Standpunkts folgt aus der Grundauffassung der heutigen privativen Schuldübernahme. Analog tritt auch bei Nichtigkeit des Cessionsgeschäfts der Cessionar in kein rechtliches Verhältniss zum Schuldner (Not. 12).

<sup>29)</sup> Die Entscheidungen des römischen Rechts über das Verhältniss des Delegatars zum Delegaten bei der Passivdelegation können nicht unmittelbar angerufen werden, weil bei der heutigen Schuldübernahme ein Vertrag (Novation) zwischen Gläubiger und Schuldner fehlt. Aber die Gründe, welche die römischen Juristen für die Nothwendigkeit des Ausschlusses der Einreden aus dem Verhältniss zwischen Deleganten und Delegaten in der Richtung gegen den Delegatar anführen, schlagen auch für das heutige Uebertragungsgeschäft an. L. 12 de novat. 46,2: quia ille (i. e. creditor) suum recepit. L. 19 eodem: quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est, aut etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur. Vgl. auch L. 13 eod. L. 4 § 20 L. 5 § 5 de dolo m. 44,4 L. 1 § 10 quar. rer. act. 44,5. Vgl. Danz in Iherings Jahrb. XIX S. 110—116.

vorbehaltlose Anstellung der Klage gegen den Uebernehmer, die an ihn gerichtete Kapitalskündigung, die ihm gewährte Stundung, die Zurückgabe des von dem bisherigen Schuldner ausgestellten Schuldscheins als Zustimmung des Gläubigers zu deuten sein. Die Annahme einer Zins- oder Abschlagszahlung aus der Hand des Schuldners reicht dazu nicht hin.<sup>30)</sup> Eine beschränkte Genehmigung z. B. unter Vorbehalt der Forthaftung des bisherigen Schuldners ist Verweigerung der Genehmigung.

3. Mit dem Dasein der zwei Grundlagen der privativen Schuldübernahme wird der Schuldner von seiner Haftung frei<sup>31)</sup> und beginnt die Haftung des Uebernehmers. Folgt die Genehmigung dem Schuldübernahmevertrag nach, so wird die Wirkung auf den Abschluss dieses Vertrags zurückgezogen.

Der Anspruch des Gläubigers gegen den Uebernehmer ist der Anspruch aus dem Schuldverhältnisse, in welchem vor der Uebertragung dem Gläubiger der Schuldner gegenüberstand.<sup>32)</sup> Daher können die rechtlichen Mängel, welche diesem Schuldverhältnisse ankleben (sog. *exceptiones rei cohaerentes*), dem Gläubiger auch vom Uebernehmer entgegengesetzt werden. Zur Abrechnung mit einer Forderung des Schuldners ist der Uebernehmer nur auf Grund einer Abtretung dieser Forderung befugt.

Die verzinsliche Schuld geht als verzinsliche auf den Uebernehmer über. Für die schon beim Schuldner verfallenen Zinsen hat der Uebernehmer nur soweit aufzukommen, als er diese Zinsrückstände übernommen hat; aus der Uebernahme der Hauptschuld folgt dies nicht von selbst.

Auch die Vorzugsrechte der Forderung werden durch den Schuldnerwechsel nicht berührt.

Dagegen kann das Gleiche nicht so unbeschränkt für die Sicherung der Forderung durch Bürgschaft oder Pfandrecht gesagt werden.

Wer Bürgschaft leistet, übernimmt die Haftung für den gegenwärtigen Schuldner und dessen Erben, aber nicht für jeden Dritten, welcher durch Sonderrechtsnachfolge in die Schuldnerstelle einrückt. Diese Beschränkung liegt im Bürgschaftsvertrag und bedarf keines besonderen Ausdrucks; es genügt, dass nicht das Gegentheil erklärt wurde. Hieraus folgt, dass die Haftung des Bürgen mit dem Schuldnerwechsel für die übertragene Schuld erlischt.

Die gleiche Schranke trägt dasjenige Pfandrecht in sich, welches nicht vom persönlichen Schuldner bestellt wurde. Sachlich tritt dadurch wie bei der Bürgschaft Jemand für eine fremde Schuld ein (*Intercession*). Demgemäss knüpft

<sup>30)</sup> L. 2 § 1 de pact. 2,14 Const. 2 de pact. 2,3. Rein positiv ist die Bestimmung des preussischen Grundeigentumsgesetzes § 41 Abs. 2 und 3, dass der Gläubiger sich nur an den Uebernehmer halten kann, wenn er nicht innerhalb eines Jahres von der Bekanntgabe der Schuldübernahme an das Hypothekenkapital dem Schuldner gekündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit eingeklagt hat.

<sup>31)</sup> R.O.H.G. XVI Nr. 82 S. 328.

<sup>32)</sup> Anerkannt für den Schuldübergang nach § 41 des preuss. Grundeigentumsgesetzes vom R.G. I Nr. 142 S. 403.

sich für ein solches Pfandrecht an den Schuldnerwechsel durch Sonderrechtsnachfolge die Aufhebung oder, wo nach Landesrecht die Erlöschung eines Immobiliarpfandrechts durch den Löschungseintrag im Grund- oder Hypothekenbuch bedingt ist, wenigstens ein obligatorischer Anspruch auf Löschung (*condictio sine causa*).

Dagegen ist das vom persönlichen Schuldner bestellte Pfandrecht an sich von dieser Schranke frei und wird durch einen Wechsel des Schuldners, mag er sich auch im Weg der Sonderrechtsnachfolge vollziehen, nicht berührt, dies selbst dann nicht, wenn die verpfändete Sache nicht im Eigenthum des die Schuld übertragenden Schuldners steht. Es ist dies um so wichtiger, als die letztgenannten Pfandrechte die überwiegende Regel bilden. In der Erhaltung des Pfandrechts liegt der wesentlichste Vorzug unserer heutigen Schuldübertragung vor der römischen Novation.

D. Welche von den drei unterschiedenen Arten der sog. Schuldübernahme im einzelnen Fall vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung, für deren Lösung sämtliche Umstände in Erwägung zu ziehen sind. Im Handelsverkehr tritt diese Frage am häufigsten auf bei der Uebernahme eines Handelsgeschäfts mit Aktiven und Passiven sowie bei dem Eintritt einer Person in ein Einzelgeschäft als Gesellschafter.<sup>33)</sup> Im Zweifel wird für das den Uebernehmer wenigst Beschwerende, also für eine blosse Erfüllungsübernahme zu entscheiden sein. In dem auf privative Schuldübernahme gerichteten Vertrag darf aber an sich nicht der eventuelle Parteiwille erblickt werden, eine kumulative Schuldübernahme zu begründen. Denn es ist keineswegs selbstverständlich, dass die Parteien dem Gläubiger, falls er die Einwilligung in den Schuldnerwechsel verweigert, eine Verstärkung seines Rechts durch die Mithaftung des Uebernehmers verschaffen wollen.<sup>34)</sup>

Zum Schluss der ganzen Betrachtung ist noch zu bemerken.

Unter den Mitteln zur Uebertragung von Forderung und Schuld wird in Lehr- und Handbüchern des heutigen Rechts häufig auch die **Delegation** vortragen. Die Delegation ist aber ein geltendes Rechtsinstitut nicht. Sie ist theils durch die Anweisung, theils durch die Cession und Schuldübernahme ersetzt. Ihr für das heutige Recht Geltung beizulegen, beruht auf einer Verkenning entweder des Wesens der Delegatio<sup>35)</sup> oder der heutigen Rechtsvor-

<sup>33)</sup> Vgl. hierüber Bd. I § 43. Den in Not. 11 daselbst angezogenen Erkenntnissen ist jetzt noch beizufügen R.G. II Nr. 16 S. 54.

<sup>34)</sup> Nach § 41 des preuss. Grundeigentumsgesetzes haftet der Erwerber eines Grundstücks, welcher eine auf demselben lastende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat (ein Fall der privativen Schuldübernahme), dem Gläubiger sofort und zwar vorerst neben dem bisherigen Schuldner. Dies ist aber positive Bestimmung und darum unbedenklich, weil diese kumulative Haftung nur vorübergehend ist. Vgl. Not. 30.

<sup>35)</sup> Delegatio wird in den Quellen die Ueberweisung einer Person behufs Leistung an einen Dritten genannt (Not. 20). Sie kann Ueberweisung zum Zahlen sein (Const. 7 de novat. 8,41 [42]), ist aber in der Regel eine Ueberweisung zur Verpflichtung, und

gänge. Es ist bezeichnend, dass man in den Sammlungen richterlicher Erkenntnisse, namentlich unter den Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandels- und des jetzigen Reichsgerichts vergebens einen Delegationsfall sucht.

---

dies wiederum meistens auf den Inhalt einer bestehenden Obligatio, so dass das Geschuldete entweder einem Andern an Stelle des Gläubigers oder von einem Andern an Stelle des Schuldners versprochen wird. Dort liegt eine delegatio nominis (Aktivdelegation) mit dem Zweck der Forderungsübertragung, hier eine delegatio debiti (Passivdelegation) mit dem Zweck der Schuldübertragung vor. Vgl. die einsichtsvolle Abhandlung von Danz in Iherings Jahrb. XIX Nr. 3 und Windscheid, P. § 353 Not. 9.

## Abschnitt 2.

# Das Kaufgeschäft.

(Von Herrn Professor Dr. Carl Gareis zu Giessen.)

## I. Einleitung.

§ 258.

### Die auf das Kaufgeschäft anzuwendenden Rechtsnormen und deren Tragweite.

Der Begriff des Handels (s. oben § 1) sowie ein Blick auf den thatsächlichen Handelsverkehr ergibt, dass das Kaufgeschäft das vornehmste und wichtigste Handelsgeschäft, ja im gewissen Sinne das Handelsgeschäft schlechthin ist. Nach ihm führt der Kaufmann seinen Namen (s. oben Buch I, Abschnitt 1); sein Begriff wird zur Definirung des Wortes „Kaufmann“ im engeren Sinne verwendet; <sup>1)</sup> ihm schliessen sich die Arbeits- und die Kreditgeschäfte als dienende Geschäfte, nicht weniger aber die Versicherungs- und die Zahlungsgeschäfte an; dem Kaufgeschäfte vorzugsweise dient der Verkehr mit Wechseln, mit Werthpapieren überhaupt; einer tiefer liegenden Kulturstufe gehört der Tausch an, der wie „eine Ruine aus vergangener Zeit in eine ganz andere Zeit hereinragend“ <sup>2)</sup> jene primitive Verkehrsart darstellt, aus welcher sich allmählig als Sonderart der Naturkauf und der Kreditkauf und schliesslich als Gegensatz zum alten Tausch der Kaufkontrakt herausentwickelte; <sup>3)</sup> und die Geschäfte des Börsenverkehrs, die höchsten Spitzen, die der spekulirende Gedanke ersteigt, die Differenz- und

<sup>1)</sup> S. oben § 25 (I S. 133—134).

<sup>2)</sup> S. Kuntze in G.Z. Bd. VI S. 39 (auch Thöl, H.R. 6. Aufl. S. 801 Anm. 4). Vgl. Homer's Ilias VII 472—475 in § 2 J. 3.23. Endemann, H.R. § 102. Einen modernen doppelseitigen Kauf (vgl. unten S. 545) s. Reichsbankgesetz v. 14. März 1875 § 14: „Die Reichsbank ist verpflichtet Barrengold zum festen Satze von 1392 Mark für ein Pfund fein gegen ihre Noten umzutauschen.“

<sup>3)</sup> Ueber diese Entwickelung vor Allem Aug. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Rechte. I. Theil. Geschichte des Kaufes im römischen Rechte. Erlangen 1876, insbes.



Prämiengeschäfte, die Report- und Promessengeschäfte sind nichts Anderes als Weiterentwickelungen des Kaufkontrakts, wie dieser eine solche des Tauschverkehrs ist.<sup>4)</sup>

Trotz dieser zentralen Stellung, die das Kaufgeschäft innerhalb des Zyklus der Handelsgeschäfte einnimmt, ist dasselbe doch kein dem Handelsgewerbe oder Handelsstande eigenthümliches Geschäft; ohne Kauf und Verkauf könnte auch der nichthandelsmässige, der gewöhnliche bürgerliche Verkehr nicht bestehen; daher sind denn auch die das Kaufgeschäft beherrschenden Rechtsregeln auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts zuerst und ausgedehnt entwickelt worden, und das Handelsrecht und dessen Wissenschaft bleibt darauf beschränkt, nur diejenigen Regeln vom Kaufvertrag zu enthalten und bezw. darzustellen, welche dem im Bereiche des Handels liegenden Kaufe eigenthümlich sind.

Das Kaufgeschäft des Handels ist nicht prinzipiell von dem Kaufgeschäft des übrigen bürgerlichen Verkehrs verschieden.<sup>5)</sup> Je weiter und je mehr zeitgemäss das für den letzteren geltende bürgerliche Recht in Bezug auf den Kaufvertrag entwickelt ist, desto weniger bedarf der im Handel vorkommende, ja dessen Mittelpunkt bildende Kaufvertrag besonderer, von dem übrigen bürgerlichen Rechte abweichender Rechtsregeln:<sup>6)</sup> so bedarf das französische Handelsrecht nur eines einzigen Artikels in Betreff des Kaufvertrags, da das französische Civilrecht das Kaufgeschäft ausführlich und zeitgemäss genug regelt;<sup>7)</sup> der Mangel eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches macht viele besondere handelsrechtliche Vorschriften in Betreff des Kaufes nöthig; dennoch liegt die grosse Menge der den Kaufvertrag normirenden Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts überhaupt, der Landesrechte in dem oben § 238 Anm. 4 (S. 387) fixierten Sinne; was demnach im System eines Handelsrechts in Betreff des Kaufvertrags geboten werden kann (und muss), ist nothwendig Stückwerk, der Inbegriff derjenigen Rechtsregeln, welche der Handelsverkehr für sein besonderes Kaufgeschäft erheischt, entweder wegen Besonderheit dieses Geschäfts — und dies ist in fast verschwindend kleinem Maasse der Fall — oder wegen der Unzulänglichkeit des gemeinen oder der partikularen Rechte und wegen des Fehlens eines überall geltenden gemeinen Rechts.

Bezüglich des auf den Kaufvertrag in Deutschland in Anwendung zu bringenden Rechts gilt demnach:

I. **Diejenigen Kaufgeschäfte, welche nicht Handelssachen sind,** werden nur nach dem gewöhnlichen bürgerlichen Rechte beurtheilt (nach gemeinem Rechte,

§§ 2—4. Auch Goldschmidt, H.R. (1. Aufl.) I 2 § 91 (S. 1064) Anm. 11 und die ebenda (namentlich Anm. \*) angeführte Literatur.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu auch Büsch, Theor.-prakt. Darstellung der Handlung S. 192 ff.

<sup>5)</sup> S. den Begriff des Kaufes unten § 259.

<sup>6)</sup> Vgl. hierüber meine „Aphorismen über die Zukunft des Handelsrechts“, in Busch's Archiv Bd. XXIX S. 1 ff. Hoffmann, Ueber die Stellung des Civilrechts zum Handelsrecht, insbesondere nach dem A. D. H.G. beim Kaufvertrage und dessen Arten, Archiv f. prakt. Rechtswiss., N. F. Bd. III S. 135 ff., s. auch oben S. 34, 35.

<sup>7)</sup> C. d. comm. art. 109. Dagegen C. civ. art. 1582—1701. Vgl. auch Hoffmann a. a. O. S. 137 ff. auch Lyon-Caen et Renault, préc. de dr. comm. Nr. 636.

Landrecht, Partikularrecht u. s. w.); sie fallen in keiner Weise unter das Handelsrecht.<sup>8)</sup> Demnach ist (— gemäss Art. 1 und Art. 277 des A. D. H.G.B. —) zu untersuchen, ob das einzeln vorliegende Kaufgeschäft eine Handels- sache (näher: ein „Handelsgeschäft“) sei oder nicht.<sup>9)</sup> Hier ist nur hervorzuheben, dass die Realisationsveräusserungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebs vorgenommen werden, zwar Kaufverträge sein können, aber nicht Handelsgeschäfte, demnach nicht nach Handelsrecht zu beurtheilen und zu behandeln sind,<sup>10)</sup> es sei denn, dass die Realisationsveräusserung des Hand- werkers auf Seite des andern Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, ein Fall, in welchem trotz Art. 273 Abs. 3 doch die Bestimmungen des Handelsrechts auf die handwerksmässige Realisationsveräusserung anzuwenden wären, sofern nicht eine nur einseitig wirkende Bestimmung des Handelsgesetzbuchs in Frage käme.<sup>11)</sup>

Wenn der Kaufvertrag auf Seite eines der beiden Kontrahenten ein Handels- geschäft ist, sind die Bestimmungen über Handelsgeschäfte (Buch 4 d. A. D. H.G.B.) in Beziehung auf beide Kontrahenten in Anwendung zu bringen, sofern nicht aus diesen Bestimmungen selbst sich ergibt, dass ihre besonderen Fest- setzungen sich nur auf denjenigen der beiden Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist; die letztere Einschränkung findet sich unter den das Kaufgeschäft speziell regelnden handelsgesetzlichen Normen nicht.

**II. Diejenigen Kaufgeschäfte, welche Handelssachen sind** — sei es auf Seite beider Kontrahenten, sei es auf Seite eines derselben (letzteren Falls sofern nicht die rein einseitige Wirkung dieser Rechtsregel ausdrücklich fest- gesetzt ist), — werden beurtheilt und behandelt

1. nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches;
2. in Ermangelung solcher nach den Handelsgebräuchen,<sup>12)</sup> und
3. in Ermangelung auch solcher nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte (gemeinem Recht, Landrecht, Partikularrecht).

Unter den (1) erwähnten Bestimmungen des A. D. H.G.B. sind

- a. zunächst die „vom Kaufe“ handelnden Art. d. H.G.B. (Art. 337 bis 359) zu verstehen, ausserdem aber
  - b. auch die allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte (Art. 271 bis 336) sowie
  - c. auch sonstige Normen des H.G.B. (z. B. Art. 3, 42, 43, 47, 67 u. a.)
- Da die unter Ziffer 3 erwähnten Rechtsnormen nicht handelsrechtlicher

<sup>8)</sup> Vgl. jedoch das Hamburger Einführungsgesetz z. H.G.B. § 41 angeführt in v. Hahn's Komm. z. A. D. H.G.B. 2. Aufl. Bd. Anm. \* auf S. 231.

<sup>9)</sup> Art. 271—277 d. A. D. H.G.B. s. oben Einleitung I C. 2 a b c. (Endemann) Goldschmidt, H.R. §§ 42—59. Vgl. unten § 267.

<sup>10)</sup> Art. 273 Abs. 3, Thöl a. a. O. S. 799.

<sup>11)</sup> Art. 277.

<sup>12)</sup> Die einschlägigen Kontroversen über die Kraft und Anwendbarkeit des Handelsgewohnheitsrechts s. oben § 10 Bd. I S. 44 ff.

Natur sind, die unter 1 b und 1 c soeben angeführten Normen aber ihre Erörterung anderweitig im Systeme des H.B. finden,<sup>13)</sup> so erübrigt für die handelsrechtliche Darstellung des Kaufgeschäfts nur die Erörterung des Inhalts der unter Ziff. 1 a sowie unter Ziff. 2 angedeuteten Bestimmungen, jedoch in der ganzen Tragweite, welche denselben von der Rechtsdogmatik gegeben werden muss und in der Rechtspraxis gegeben worden ist.

Selbstverständlich aber ist, dass die in Betreff der Handelsgeschäfte überhaupt geltenden Rechtsgrundsätze von der Darstellung des Rechts des Kaufgeschäfts nicht vollständig ausgeschlossen werden können; ebensowenig kann und darf von den allgemeinrechtlichen Normen, welche in Betreff des Kaufvertrags gelten, gänzlich abgesehen werden.

Denn wenn auch die vom Handelsrecht in Bezug auf das Kaufgeschäft gebotene Materie nur Fragmente eines Systems bildet, so muss die rechtswissenschaftliche Darstellung doch erkennen lassen, an welchem Ort des Systems und in welchem Kontrast zum Landesrecht u. s. w. sich die handelsrechtliche Einzelregel einschleibt.

III. Die demnach hier zu erörternden Rechtssätze besitzen jedoch eine Tragweite, welche über das Kaufgeschäft hinausreicht:

1. Sie sind anwendbar und müssen angewandt werden auch auf diejenigen Handelsgeschäfte, deren Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen gegen einen bestimmten Preis besteht;<sup>14)</sup> durch die handelsgesetzliche Feststellung dieser Ausdehnung der Tragweite der Regeln vom Kaufe ist zunächst eine Streitfrage theilweise entschieden, welche sonst in Betreff der sog. Lieferungsverträge (— nicht zu verwechseln mit dem Lieferungskauf, der im Gegensatz zum Tagskauf steht und ein unangezweifelter Kauf ist, s. unten § 264) aufgeworfen ward: der Lieferungsvertrag ist nämlich ein Vertrag, inhaltlich dessen sich der eine Kontrahent zur Leistung gewisser Sachen, die er noch nicht besitzt,<sup>15)</sup> sondern erst selbst noch anschaffen oder anfertigen<sup>16)</sup> muss u. dgl., an den andern Kontrahenten gegen einen bestimmten Gegenwerth (Preis, möglicherweise aber auch in Waaren ausgedrückt)<sup>17)</sup> verpflichtet; die Natur dieses Vertrags war streitig und ist es zum Theil noch: man sieht in ihm bald eine Dienstmiete (Arbeitsvertrag), bald einen Innominatkontrakt nach der Formel: *facio ut des*,<sup>18)</sup> bald einen Kaufvertrag; das A. D. H.G.B. scheint die letzte Auffassung theoretisch zu verwerfen — wenigstens dem Wortlaute nach, der den Kauf in Gegensatz zum Lieferungsvertrage stellt —, praktisch aber zu billigen, wenigstens in Bezug auf

<sup>13)</sup> S. oben Drittes Buch Abschn. 1 (Regelsberger).

<sup>14)</sup> Art. 338.

<sup>15)</sup> Dieses „noch nicht besitzen“ Seitens des Lieferanten wird wenigstens gewöhnlich als Charakteristikum dieses Vertrags hervorgehoben, allein gerade die preussische landrechtliche Judicatur entfernt sich von der Nothwendigkeit dieses Requisites, für welche dieses Unterscheidende am meisten praktische Bedeutung haben müsste. S. unten § 264 Anm. 4—6.

<sup>16)</sup> Vgl. *Entsch. d. R.O.H.G.* Bd. IX Nr. 4 S. 13.

<sup>17)</sup> Vgl. unten 261.

<sup>18)</sup> Vgl. *Preuss. L.R.* I 11 §§ 981—987, in dem Abschn.: Von Verträgen über Handlungen.

vertretbare Sachen.<sup>19)</sup> Da richtiger Ansicht zufolge nach gemeinem Rechte<sup>20)</sup> der Lieferungsvertrag überhaupt ein Kauf ist, so hat die handelsgesetzliche Bestimmung ihre Hauptbedeutung<sup>21)</sup> denjenigen Partikularrechten<sup>22)</sup> gegenüber, welche den Lieferungsvertrag ausdrücklich nicht als Kauf, sondern als eine andere Rechtsfigur betrachten; bilden nichtvertretbare Sachen den Gegenstand der Lieferung im Lieferungsvertrage, so ist zunächst nur soviel klar, dass Art. 338 d. H.G.B. nicht in Anwendung kommen kann; allein es ist damit noch keineswegs gesagt, dass die handelsrechtlichen Normen vom Kaufe nicht dann doch auf ein unvertretbare Sachen betreffendes Lieferungsgeschäft Anwendung finden können, ja müssen; denn wenn das Geschäft überhaupt ein Handelsgeschäft ist (s. Art. 271 Ziff. 1 und 2), so kommt die landesrechtliche Qualifizierung desselben gar nicht in Betracht, demnach fällt auch das darin aufgestellte Hinderniss, das Geschäft als das was es ist, als Kauf, zu betrachten, weg und haben demnach die Art. 337, 339 ff. darauf Anwendung zu finden, freilich aber nicht nach Art. 338.<sup>23)</sup>

Zu den zweifellos nach den handelsrechtlichen Regeln vom Kaufe zu beurtheilenden Lieferungsverträgen gehört z. B. der in Bayern regelmässig zwischen Brauern und Wirthen abgeschlossene Bierabnahmevertrag,<sup>24)</sup> nicht unbestritten jedoch die Uebernahme einer Lieferung von Maschinen.<sup>25)</sup>

2. Die für Kaufgeschäfte massgebenden Regeln gelten auch vom sog. **doppelseitigen Kauf**, nicht aber vom Tausche;<sup>26)</sup> ein doppelseitiger Kauf liegt in folgenden zwei Fällen vor:

<sup>19)</sup> Vgl. Lewis in v. Holtzendorff's R.-Lex. unter „Lieferungsgeschäft“. Hierüber unten § 264 Anm. 5. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 133 S. 419, Bd. XX Nr. 33 S. 106. R.G. I Nr. 29 S. 57.

<sup>20)</sup> L. 20 D. de contr. empt. (18,1): Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. Vgl. l. 2 § 1 D. loc. (19,2).

<sup>21)</sup> Hierüber Thöl, H.R. § 251 Anm. \*. Vgl. auch unten § 264 unten (Gegensatz zum Tagskauf u. Lieferungskauf). Ferner R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 13 S. 33, R.G., Entsch. I Nr. 29 S. 57.

<sup>22)</sup> Z. B. Preuss. L.R. s. oben Anm. 18 u. die Not. 19 angef. Entsch.

<sup>23)</sup> Obige Ausführung steht theilweise in Widerspruch mit der Praxis des R.O.H.G.; dieser Gerichtshof hielt in Bezug auf Verträge über Lieferung von nichtvertretbaren Sachen in erster Linie die Landesrechte für entscheidend: ganz mit Unrecht, sofern eine Handelsache vorlag (Art. 1 d. H.G.B.); auch unvertretbare Sachen können „Waaren oder andere bewegliche Sachen“ im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 u. 2 sein. — Vgl. R.O.H.G., Entsch. Bd. II Nr. 68 S. 287, XIII Nr. 135 S. 424, XIX Nr. 77 S. 262. Nun: R.G. I Nr. 29 S. 57. Auf den Fall einer Werkverdingung (d. i. Lieferung von Arbeit oder Stoff, oder von Arbeit nebst Stoff) findet das handelsrechtl. Kaufrecht allerdings keine Anwendung. S. R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 30 S. 87, auch Bd. II Nr. 38 S. 290.

<sup>24)</sup> Vgl. R.O.H.G., Entsch. Bd. VII Nr. 39 S. 155, XIV Nr. 94 S. 291, 292, R.G. I Nr. 31 S. 62. Anderes Beispiel: Lieferung von eisernen Säulen für ein zu errichtendes Fabrikgebäude s. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 135 S. 423, Zeitungsdebit der Post s. R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 4 S. 9—18, Lieferung der sich auf einem Pachtgute ergebenden Butter, ebenda Bd. I Nr. 38 S. 133 ff.

<sup>25)</sup> Vgl. Thöl S. 802 Anm., Entsch. d. R.O.H.G. Bd. II Nr. 68, S. 289, XI Nr. 26 S. 62.

<sup>26)</sup> Eine eigenthümliche Grenze zwischen Kauf und Tausch s. in § 1055 d. Oesterr. bürgerl. G.B.

a. wenn vereinbart ist, dass der eine Kontrahent eine Waare für einen bestimmten Preis liefern und der andere Kontrahent diese Waare empfangen und für den Preis eine andere Waare liefern solle; in jedem der beiden Geschäfte findet sich ein Preis; er bildet den Maassstab und bezw. das Aequivalent für die Lieferung des Käufers; desshalb liegt kein Tausch vor, sondern zwei Kaufgeschäfte;

b. wenn ein Barattogeschäft im uneigentlichen oder weiteren Sinne geschlossen wurde (im engeren Sinne ist Barattogeschäft,<sup>27)</sup> das Troquieren, nichts Anderes als Tausch); das uneigentliche Barattogeschäft aber ist vorhanden, wenn vereinbarungsgemäss beide Kontrahenten einander Waaren zu liefern haben, aber die Leistung eines jeden Theils zu Geld angeschlagen und dabei festgesetzt wird, dass nur der etwa sich ergebende Unterschied beider Preise durch Zahlung getilgt werden soll; dieses Geschäft — es ist Ein Geschäft — ist eine juristische Verschmelzung zweier Kaufverträge und auch darauf sind die Regeln vom Kaufvertrag anzuwenden.<sup>28)</sup> Ueber das Kompensationsgeschäft s. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. I Nr. 24 S. 88 und unter Differenzgeschäft s. u.

Auf die Trödelverträge sind die handelsrechtlichen Normen des Kaufvertrags nicht anzuwenden.<sup>29)</sup>

---

<sup>27)</sup> Vgl. Büsch, theor.-prakt. Darstellung der Handlung Bd. I S. 193.

<sup>28)</sup> Vgl. Entsch. d. R.O.H.G. V Nr. 100 S. 419. XVIII Nr. 98 S. 384. Erk. d. O.A.G. Jena Seuffert's Arch. XXVIII 43. G.Z. XXIII S. 518. Vgl. hiezu aber Thöl § 251 Anm. 2.

<sup>29)</sup> Vgl. Windscheid, P. § 383.

## II. Wesen und Abschluss des Kaufgeschäfts.

### § 259.

#### A. Der Begriff des Kaufes.<sup>1)</sup>

Das Kaufgeschäft ist der wesentlich zweiseitige Vertrag, inhaltlich dessen sich der eine Kontrahent (Verkäufer) verpflichtet, dem andern (Käufer genannt) eine Sache zu dauerndem Haben zu liefern, der andere Kontrahent aber sich verpflichtet, Geld (den Preis) für diese Sache zu bezahlen;<sup>2)</sup> der Zweck des Geschäfts ist demnach Umsatz von Sachen (Waaren) gegen Geld, der juristische Kern durch Uebereinstimmung über Waare und Preis, die gegen einander zu liefern sind.<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Endemann, H.R. § 103. Windscheid, P. § 385. v. Vangerow, P. § 632 Anm. I. Treitschke, Der Kaufkontrakt II. Aufl. herausgegeben v. Wengler 1865 §§ 1, 2.

<sup>2)</sup> Inst. III 23 de emptione venditione. Dig. XVIII 1 de contr. empt. Cod. IV 38 de contrah. empt. Bayer. Ld.Recht (Codex Maximil. Bavar. Civilis) IV 3 §§ 1—3. Allg. Preuss. L.R. I 11 1. Abschn. § 1 ff. code civil franç. liv. III Tit. VI Art. 1582 ff. Badisches L.R. III 6, Satz 1582 ff., Oesterr. Allg. bürgerl. G.B. § 1053 ff., Bürgerl. G.B. f. d. Kgr. Sachsen § 1082 ff.

<sup>3)</sup> Das A. d. H.G.B. nennt diesen Vertrag schlechthin Kauf (Art. 337 ff., 271); die römische Bezeichnung dafür ist emptio et venditio, „Kauf und Verkauf“, (aber auch bloss das Eine oder Andere wird nicht selten genannt,) die französische ist vente, Verkauf: la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer (a. 1582). Uebrigens ist zur heutigen Nomenclatur Zweierlei zu bemerken: Mitunter kommen zur Bezeichnung eines echten Kaufes andere Ausdrücke in unseren Gesetzen vor; so im deutschen Genossenschaftsgesetze (v. 4. Juli 1868 § 1 Ziff. 4) „gemeinschaftlicher Einkauf von Lebensmitteln im Grossen und Ablass in kleineren Partien“; auch mit dem Worte „Einlage“ kann ein Verkauf gemeint sein (vgl. H.G.B. Art. 180, Art. 209 b, in letzterem Artikel ist auch unter der „Uebernahme eines Vermögensstückes“ an einen Kauf zu denken; zur Bezeichnung des Kaufes von Forderungsrechten sind — unter den durch das Objekt bedingten Modifikationen — verschiedene Ausdrücke eingeführt z. B. „Diskontirung“; ebenso führen die Kaufgeschäfte des Börsenverkehrs verschiedene Namen z. B. „Hereinnehmen“, „Reportirung“, auch unter „Agiotage“ ist ein Kaufgeschäft verstanden. Ueber Kauf von Forderungsrechten s. unten S. 549. Vgl. aber auch die Anm. 23 zu § 261 über sog. Kauf von Legitimationszeichen. Andererseits wird das Wort „Kauf“ zur Bezeichnung sehr verschiedener, auf Zuwendungen gegen Entgelt berechneter Rechtsgeschäfte angewandt z. B. „Kauf einer Rente“, „Einkauf in eine Lebensversicherung“ (vgl. hiezu Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. III S. 362, § 198 Anm. 2). „Rückkauf

Der Kaufvertrag unterscheidet sich vom Tausche durch die Vereinbarung der für die Sachleistung zu prästirenden Geldleistung,<sup>4)</sup> das ist dadurch, dass die Gegenleistung in dem allgemeinen Tauschmittel gewährt oder wenigstens ausgedrückt sein muss.<sup>5)</sup>

Eben diese Vereinbarung eines Preises (nicht eine bloss Limitirung) unterscheidet den Kauf auch von der Einkaufskommission, (ausserdem kann aber der Unterschied dieser beiden Geschäfte auch durch andere Umstände sich ergeben,<sup>6)</sup> allerdings aber auch verwischt werden). Und ebenso kann die feste Uebernahme einer Waare zu einem bestimmten Preise ein unterscheidendes Merkmal eines Verkaufes gegenüber einer wenn auch unter Preislimitirung erfolgten Verkaufskommission bilden.<sup>7)</sup>

Vom Trödelvertrage unterscheidet sich der Kaufvertrag wie auch die Kommission dadurch, dass die Hingabe der zu verkaufenden Sache ein wesentliches Erforderniss des Abschlusses des Trödelvertrages ist, nicht aber zur Perfection des Kaufes oder der Verkaufskommission erfordert wird.<sup>8)</sup>

Wenn der Käufer sich neben der Verpflichtung zur Zahlung eines Preises

einer Polize“ vgl. (Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter S. 278). Ueber die Auffassung der Lebensversicherung s. insbes. Hinrichs, Die Lebensversicherung in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. H.R. B. XX S. 339 ff., ferner Stobbe a. a. O. und nun Friedrich Buff: „Ueber einige Fragen aus dem Gebiete der Lebensversicherung“, Giessen 1881, insbes. S. 23 (hier auch die Kritik der Entscheidung des Reichsgerichts v. 3. März 1880 Bd. I S. 188, hiezu Buff a. a. O. S. 30). Ueber den „Rückkaufwerth der Polizen“ s. Buff a. a. O. S. 37 u. die dort angef. Lit.

<sup>4)</sup> *Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem l. 2 § 1. D. 18,1. (Ul.)* — Ueber die unter den römischen Juristen, namentlich den Sabinianern und Proculjanern verhandelte Controverse, ob der Tausch Kaufnatur habe, s. Goldschmidt I § 99 Anm. 11 (I. Aufl. Bd. I S. 1064). Interessante Wirkung des Unterschiedes zwischen Kauf und Tausch s. v. Roth, Bayr. Civilrecht § 58 S. 351 Anm. 36; Württembergisches L.R. Th. IV Tit. 4; v. Kurz, Mainzer L.R. S. 165 ff.

<sup>5)</sup> Hierüber s. oben S. 540, ferner § 261. Wenn Thöl (§ 251) sagt: Die feilgebotene Sache ist als Waare kenntlich, und daher liegt, wenn eine Sache und nicht Geld für sie gegeben wird, ein Kauf vor, denn diese Sache nimmt der Verkäufer an Geldesstatt — so ist dem nicht unbedingt beizustimmen; das Feilbieten einer Sache macht die dafür gewünschte Gegenleistung auch nicht zum Repräsentanten oder Substituten von Geld; auch der Tauschvertrag kann durch einseitiges Feilbieten eingeleitet werden; l. 1 C. de rer. permut. (464) spricht nicht dagegen, denn in dem „venalem habere“ liegt die Absicht einen Kaufvertrag abzuschliessen unverkennbar ausgedrückt. Dieselbe Ansicht wie Thöl vertritt Vangerow, P. § 632 Anm. I 2. — Ist der Nennung des Kaufpreises die Klausel „effectiv“ oder Gleichbedeutendes (s. H.G.B. Art. 336) beigefügt, so verliert dadurch die somit fixirte Münzsorte nicht den Charakter des Geldes; der Vertrag wird demnach durch eine derartige Klausel nicht zum „Tausche“, sondern bleibt ein Kauf unter Vereinbarung eines besondern Zahlungsmodus.

<sup>6)</sup> R.O.H.G. Bd. III S. 43, XII S. 121, XVIII 194, XIX 66, XX 309, R.G. III Nr. 33, S. 109. Ueber das „Indentgeschäft“ s. R.G. Bd. V Nr. 21 S. 84.

<sup>7)</sup> S. vorige Note. — Ueber die Befugniss des Kommissionärs das Gut selbst zu liefern bzw. zu behalten s. H.G.B. Art. 376 und unten Kommissionsgeschäft.

<sup>8)</sup> R.O.H.G. Bd. VII Nr. 45 S. 179.

noch zu einer anderen Leistung dem Verkäufer verpflichtet, so beeinträchtigt dies den Begriff des Kaufes ebensowenig<sup>9)</sup> wie der Umstand, dass ein Verkäufer ausser zum Liefern der Sache auch noch zu einer anderen Leistung dem Käufer sich verpflichtet.<sup>10)</sup>

Der Schluss von den Seitens der Kontrahenten gebrauchten Ausdrücken (z. B. „Kauf“, „Preis“, „Lieferung“ oder „Provision“, „Kommission“) auf das von ihnen gewollte Geschäft und dessen Rechtsnatur ist nicht unter allen Umständen sicher, doch steht in Zweifel zu vermuthen, dass die Parteien einen technischen Ausdruck in der gebräuchlichen Bedeutung anwenden, und es ist demnach, wenn die Umstände nicht das Gegentheil als das vernünftigermassen Gewollte anzunehmen zwingen, das Recht des Kaufvertrags auf die von den Parteien „Käufe“ genannten Rechtsgeschäfte in Zweifel anzuwenden.<sup>11)</sup>

Im Begriffe des Kaufvertrags sind die elementaren Begriffe: Waare, Preis und Willensübereinstimmung enthalten. Es ist nun zu untersuchen:

1. was „Waare“ ist und sein kann; (§ 260)
2. worin der „Preis“ besteht (§ 261) und
3. wie die „Willensübereinstimmung“ in Betreff des Austausches von Waare und Geld zu Stande kommt („der Abschluss des Kaufvertrags“) (§ 262).

## § 260.

### B. Die Waare.

1. Das Objekt, welches der Verkäufer dem Käufer zu liefern verspricht, heisst die Waare (merx)<sup>1)</sup> im weiteren Sinne; im engeren Sinne bedeutet Waare Dasjenige, was Gegenstand eines **Handelseinkaufs** sein kann, so dass demnach alle diejenigen Objekte des Verkehrs überhaupt, welche, sei es ihrer Natur nach, sei es kraft positiver Rechtsvorschrift, nicht Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, vor Allem die unbeweglichen Sachen,<sup>2)</sup> aus dem Begriffe von Waare ausscheiden.

2. **Körperliche und unkörperliche Sachen.** Gegenstand eines Handelskaufs können, die eben erwähnte Schranke vorausgesetzt, vor Allem die materiellen Werthträger sein, körperliche Sachen, welche um des von ihnen getragenen materiellen Gebrauch- oder Tauschwerthes willen gesucht und in Handel gebracht werden, z. B. Kolonialwaaren, Metalle, edle wie unedle, gemünzt<sup>3)</sup> oder ungemünzt.

<sup>9)</sup> S. Windscheid, Pand. § 385 zu Anm. 10.

<sup>10)</sup> Z. B. zum Montieren der gelieferten Maschine. Hierüber s. oben § 250 (Bd. II S. 481) insbes. Anm. 42–44.

<sup>11)</sup> Vgl. Windscheid a. a. O. § 385 a. E. zu Anm. 11 u. die dort cit. Lit. Uebrigens auch R.O.H.G. in den vor. Seite Anm. 6 angeführten Entscheidungen.

<sup>1)</sup> Ueber den Begriff, das Wesen und die rechtlich erheblichen Eigenschaften der Waaren s. oben Buch II Abschn. I Bd. II S. 1 ff., § 163 ff., Treitschke-Wengler §§ 7–16.

<sup>2)</sup> Art. 275 d. A. D. H.G.B.

<sup>3)</sup> Ueber die Streitfrage, ob Geld Waare sein kann, eine Frage, die entschieden zu bejahen ist, s. Windscheid § 385 Anm. 3, Vangerow § 632 Anm. I 1 (Bd. III S. 425, 7. Aufl.) Goldschmidt H.R. § 103 Anm. 11 (I. Aufl. Bd. I S. 1104) u. die dort cit. Lit.



Aber auch sog. ideelle Werthträger können Waaren sein; auch der Handel beschäftigt sich mit dem Kaufe und Verkaufe von unkörperlichen Sachen, welche beweglich sind;<sup>4)</sup> auch die Uebertragung von Rechten seien es dingliche oder obligatorische oder Individualrechte<sup>5)</sup> (so weit letztere überhaupt negoziabel sind), kann Gegenstand eines Handelskaufs sein (z. B. Kauf einer Lizenz gemäss § 6 des deutschen Patentgesetzes); jedoch liebt der Handel den Verkehr mit Rechten dann besonders, wenn dieselben an Werthpapiere geknüpft sind; hierüber s. oben §§ 191 ff. (H. Brunner).

In dieser Weise werden Forderungsrechte am gewöhnlichsten der Gegenstand von Handelskäufen: Verkauf von Aktien ist Verkauf der laut Gesellschaftsvertrag und Gesetz dem Verkäufer zustehenden Gesellschaftsrechte, welche sehr verschiedener Gestalt sein können, z. B. anders bei Stammaktien als bei Prioritätsaktien; solche Eigenschaften derselben sind in der Regel als eine juristisch relevante Eigenschaft dieser Waaren anzusehen. Vgl. oben S. 201.

Verkauf einer Staatsobligation, einer „Prioritätsobligation“, einer sog. „Obligation“ ist Verkauf eines incorporirten Darlehensforderungsrechts.

Ein Verkauf ist auch jenes Rechtsgeschäft, inhaltlich dessen sich der Aussteller von Inhaberpapieren, mag ihre scripturmässige causa specialis auch als Anlehen bezeichnet sein, verpflichtet, einen bestimmten Nominalbetrag derselben dem Zeichner (Subscribenten) zu einem bestimmten Emissionskurse (Preise) zu überlassen.<sup>6)</sup>

Auch das Verhältniss zwischen einer Zeichnungsstelle (d. h. dem Annehmer von Subscriptionen auf Werthpapiere, die erst noch emittirt werden sollen) und dem Zeichner kann — unter Umständen — als Verkauf aufzufassen sein;<sup>7)</sup> das Aufdenmarktwerfen von Anleihepapieren, die Emission im engeren Sinne, ist ebenfalls Verkauf,<sup>8)</sup> ja auch das Inverkehrbringen von bereits gezeichneten Aktien ist nach den Grundsätzen vom Verkaufe zu beurtheilen, selbst wenn von einer „Subscription“ solcher Aktien gesprochen wird.<sup>9)</sup>

<sup>4)</sup> So kann der Kauf eines Kux nun, nachdem der Kux als bewegliche Sache erklärt ist, Handelsgeschäft sein, während der Kauf eines älteren Kux kein Handelsgeschäft ist, da dieser als Theil des unbeweglichen ganzen Bergwerks aufgefasst wurde. Der Besitz einer Sache kann Gegenstand eines Kaufes sein, (s. l. 34 § 4 D. 18,1) und zwar eines Handelskaufes, wenn es sich nicht um den Besitz von Liegenschaften handelt.

<sup>5)</sup> S. Gareis in Buschs Archiv f. H.R. Bd. XXXV S. 185 ff., S. 201, 204 ff. unter C. Die Uebertragbarkeit von Individualrechten s. z. B. Reichsgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst, vom 9. Jan. 1876 § 2, Patentgesetz vom 25. Mai 1877 § 6. Thöl, H.R. §§ 206—208.

<sup>6)</sup> Vgl. R.O.H.G. Entsch. Bd. XX S. 253—254, ferner Unger, rechtl. Natur der Inhaberpapiere S. 47 u. a, Centralorgan f. H. u. W.R. N. F. Bd. IX S. 212 u. die übrige vom R.O.H.G. Bd. XX S. 254 Anm. cit. Lit..

<sup>7)</sup> S. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. XVII S. 49. Die thatsächlichen Verhältnisse können aber auch die Annahme eines Kaufgeschäfts ausschliessen. Vgl. die ebenda S. 51 Anm. cit. Lit.

<sup>8)</sup> S. oben Not. 3.

<sup>9)</sup> Vgl. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. VI 146, XIV S. 301, Bd. XVII S. 46, B. XVIII S. 180.

Hinsichtlich des Verkaufs von **Koupons** ist zu unterscheiden zwischen Koupons von Darlehenspapieren (von „Obligationen“, auch „Prioritäten“ genannten) und von Aktien (Dividendenscheinen); die ersteren (die Darlehen-Zins-Koupons) werden als wirklich vorhandene Sachen, als Träger unbedingter Forderungsrechte in dem Sinne behandelt, dass die nähere Vereinbarung darüber zu entscheiden hat, ob der Verkäufer bloss für die Existenz des Forderungsrechts oder auch für die Befriedigung desselben zu haften hat; der Verkauf von Aktienkoupons (Dividendenscheine) ist, vorausgesetzt, dass die Koupons als Objekte eines selbständigen Kaufgeschäfts, nicht als mitverkaufte Accessorien<sup>10)</sup> der Aktien in Betracht kommen, und ferner vorausgesetzt, dass es nicht sog. Bauzinsenkoupons sind, welche Abs. 2 des Art. 217 d. H.G.B. gestattet und welche demnach wie Darlehenszinskoupons zu behandeln sind, im Zweifel als eine Art des Hoffungsverkaufes (*emptio venditio spei*) anzusehen; doch ist nicht ausgeschlossen, dass die Willensmeinung der Kontrahenten dahin gehe, dass der Kaufpreis nur dann zu bezahlen sei, wenn diese Koupons seitens ihrer Emittenten eingelöst würden, eine Vereinbarung, durch welche der Kauf zu einer *emptio rei speratae* umgewandelt würde. Vgl. oben S. 202—203.

Der Verkauf eines **Talons** ist unbedingter Verkauf einer existirenden Sache, eines Forderungsrechts; der Verkauf von **Lotteriepapieren** wie der von Loosen, Ausspiellosen u. dgl. eine *emptio venditio spei*: der Käufer muss den Kaufpreis bezahlen gleichviel welchen Ausgang die Verloosung, das Ausspielen nimmt, vorausgesetzt nur, dass die Verloosung u. s. w. in der That vereinbarungsgemäss (programmässig) vorgenommen wird und der Thatbestand nicht vorher erheblich geändert wird (z. B. durch Untergang der auszuspielenden Sache). Nach denselben Grundsätzen von der *emptio spei* ist auch das **Promessen-** oder **Heuer-**geschäft zu beurtheilen.<sup>11)</sup> Vgl. oben S. 204—205.

3. **Existirende und noch nicht existirende Sachen.** Dass die Waare zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits existire ist zur Gültigkeit des Kaufvertrags ebensowenig erforderlich wie dass sie gegenwärtig sei; über noch nicht existirende Sachen wird der Kaufvertrag nach Maassgabe der näheren entweder ausgesprochenen oder zu vermuthenden Vereinbarung (*dicta et promissa*) abgeschlossen oder zu interpretiren sein. Hieher gehört:

a. der Kauf einer erhofften Sache (*emptio rei speratae*); die Hoffnung, welche den Gegenstand der *emptio spei* bildet, ist eine bereits existirende unkörperliche Sache, wie die Aussicht auf Gewinn, aber der Kauf einer erhofften Sache ist ein nur unter der Bedingung abgeschlossener Kauf, dass die Sache zur Existenz gelange, eine Bedingung, welche für beide Theile besteht und wirksam ist.<sup>12)</sup>

b. Die noch nicht existirende Waare ist Gegenstand des Kaufs entweder in

<sup>10)</sup> Wie z. B. in dem v. R.O.H.G. in Entsch. Bd. I S. 166 entschied. Falle.

<sup>11)</sup> S. Gareis in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Promessengeschäft.“ Ueber die Nomenclatur vgl. oben § 259 Anm. 3. Ueber den „Kauf“ von Legitimationszeichen, S. Anm. 28 zu § 261.

<sup>12)</sup> S. Windscheid, P. § 385 Anm. 5. Vangerow, P. § 632, Bd. III S. 425—426, Treitschke-Wengler S. 45 ff.

dem Sinne, dass der Verkäufer oder ein anderer sie herzustellen, zu produciren habe,<sup>13)</sup> oder so, dass die Waare als durch organische Kraft einer andern Sache existent werdend gedacht wird: Verkauf der erwarteten Ernte, Weinlese, Feldfrüchte,<sup>14)</sup> Thierjungen.

3. **Eigene und fremde Sachen.** Es ist zur Gültigkeit des Kaufvertrags keineswegs erforderlich, dass die Waare sich im Eigenthum ihres Verkäufers befinde; sowohl beim Kauf von nur in genere bestimmten Waaren, als auch beim Specieskaufe ist die zu liefernde Species möglicherweise im Eigenthum einer dritten Person (— nur darf sie nicht im Eigenthum des Käufers stehen; denn alsdann wäre der Vertrag gemeinrechtlich als nichtig, und zwar nichtig wegen Unmöglichkeit der Erfüllung, anzunehmen; doch ist der Verkauf des Besitzes einer im Eigenthum des Käufers bestehenden Sache möglich, s. oben Anm. 4 —)<sup>15)</sup> Wird die verkaufte Sache dem Käufer evincirt, so muss der Verkäufer, sofern er sich nicht durch die Klausel „ohne Obligo“ oder Gleichbedeutendes von der Evictionshaftung befreit, das Interesse ersetzen, das der Käufer an dem ungestörten Behalten der Waare hat.<sup>16)</sup> Jedoch ist hier, daran zu erinnern, dass nach Handelsrecht der gutgläubige Käufer einer Waare selbst dann Eigenthum an derselben erwirbt, wenn der Verkäufer nicht Eigenthümer war, vorausgesetzt nur, a) dass die Waare weder verloren noch gestohlen war, und b) dass sie von einem Kaufmanne in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben wurde, zwei Voraussetzungen, die im Handel mit Inhaberpapieren ausser Betracht bleiben.<sup>17)</sup>

## § 261.

## C. Der Preis.

I. **Preis, Geld.** Der Preis, (Kaufpreis, pretium, Kaufschilling) die Gegenleistung, welche der Käufer dem Verkäufer zu liefern hat, muss stets in Geld bestehen, gleichviel ob eine Baarzahlung verabredet ist oder ob dem Willen der Parteien nach eine Anrechnung anderer Leistungen oder eine Abrechnung des baaren Geldes an Stelle der Baarzahlung treten soll.<sup>1)</sup> Verpflichtet sich der

<sup>13)</sup> Grenze des Kaufes in solchen Fällen gegenüber Arbeits- und Miethsverträgen s. oben S. 543, 544, insbes. Anm. 14—25. Windscheid, P. § 401 a. E. Ziff. 3, Thöl, H.R. § 251 Anm. 6.

<sup>14)</sup> Ueber das Verbot des Verkaufs von Früchten auf dem Halme (s. Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 19 § 3) s. Seuffert's Arch. Bd. XIV S. 35 (Nr. 24) Entsch. d. R.O.H.G. Bd. V S. 431 ff., Treitschke S. 40 ff. Stobbe, Deutsch. P.R., § 184 Anm. 3, Regelsberger oben § 253, insbes. zu Anm. 3 (oben Bd. II S. 501).

<sup>15)</sup> Treitschke-Wengler § 10 S. 34 ff.

<sup>16)</sup> S. aber Französ. R. (cod. civil. Art. 1599 u. Bad. L.R.: „Der Verkauf einer fremden Sache ist ungültig, er kann jedoch einer Entschädigungsklage Platz machen, wenn dem Käufer unbekannt war, dass der Verkäufer kein Verkaufsrecht habe.“)

<sup>17)</sup> H.G.B. Art. 306, 307, 308 u. oben § 174 (Bd. II S. 53 ff.).

<sup>1)</sup> Röm. Recht l. 1 § 1 D. de contr. empt. 18,1. Windscheid, P. § 385 u. die dort angeg. Lit. Preuss. L.R. I 11 § 46: Der Kaufpreis muss in einer bestimmten Summe Geldes bestehen. Oesterr. b. G.B. § 1054. Code civil u. Bad. L.R. Art. 1582,

Käufer ausser zur Zahlung (oder Anrechnung) einer Geldsumme dem Verkäufer noch zu anderweitigen Leistungen, so verliert dadurch das Geschäft weder seine Gültigkeit noch die Natur eines Kaufvertrags, vorausgesetzt, dass diese anderweitigen Leistungen hinlänglich bestimmt sind.<sup>2)</sup> Ueber den Unterschied gegenüber dem eigentlichen und uneigentlichen Barattohandel s. oben § 258 S. 544—545. Der Begriff Geld muss hier vorausgesetzt werden.<sup>3)</sup>

Mit der Aufstellung des Erfordernisses, dass der Kaufpreis in „Geld“ bestehen müsse, ist keineswegs verlangt, dass er in der landesüblichen Währung oder in der münzgesetzlich erlaubten Geldsorte und Münze ausgesprochen sei; es liegt vielmehr auch dann ein wirklicher Kauf vor, wenn der Preis in einer nicht mehr üblichen Währung, in veralteten oder ausländischen Münzsorten ausgedrückt ist (z. B. wenn im Pferde- oder Viehhandel so und so viele Louisd'ors, im deutschen Grenzverkehr österreichische Gulden, oder Franken oder Napoleons als Kaufpreis genannt sind); auch der Umstand, dass von vorne herein bestimmt ist, der Kaufpreis sei in Wechseln zu berichtigen, nimmt dem Geschäft die Natur des Kaufes keineswegs.

II. **Bestimmter Preis.** Der Preis, die vom Käufer zu leistende Geldsumme ist entweder ausdrücklich vereinbart (eigentlicher Conventionalpreis) oder stillschweigend angenommen (praesumtive oder fictive Preisfestsetzung.)<sup>4)</sup> Weder das Eine noch das Andere und demnach kein Kaufvertrag liegt vor, wenn die Festsetzung des Preises in die reine Willkür eines der beiden Kontrahenten gelegt ist,<sup>5)</sup> wohl aber gilt der Kaufvertrag dann, wenn unter der Vereinbarung der Preisfestsetzung durch die Partei eine Vereinbarung zu verstehen ist, welche dieser Preisfestsetzung so feste objective Anhaltspunkte bietet, dass auf die Zugrundelegung einer praesumtiven oder fictiven Preisfixirung geschlossen werden kann.

Zweifelhaft kann sein, ob der Kauf in denjenigen Fällen vorliegt, in welchen

1591, 1650 u. A. Kgl. Sächs. bürgerl. G.B. § 1086. Hierüber im Allg. Treitschke a. a. O. § 17 l. 6 §§ 1, 2; l. 21 § 4 D. d. a. e. o. 191 l. 79 D. d. e. e. o. 181. — Der Umstand, dass die Uebertragung der nach Geldwährung gemessenen Leistung des Käufers sehr oft, ja im grösseren Handelsverkehr meist, nicht durch „Geld im eigentlichen Sinne“, sondern durch andere Werthträger oder Werthausgleichung vermittelt wird, ist nicht — wie Endemann § 103 will —, als eine Erweiterung des Begriffes des Preises anzusehen, sondern nur als eine andere Art der Berichtigung des Preises: Die Neuerung liegt nicht in Begriff pretium, sondern in dem der numeratio oder solutio.

<sup>2)</sup> S. Preuss. R.: Koch, Komm. z. A. L.R. a. a. O. Erk. d. O.Tr. v. 6. Septbr. 1861. Entsch. dess. Bd. XLVI S. 38. Vgl. aber Sächs. bürgerl. G.B. § 1086: Sind ausser Geld noch Leistungen anderer Art versprochen, so ist der Vertrag ein Kauf, wenn der grössere Werth in der Geldleistung enthalten oder der Werth beider Leistungen gleich ist.“ Vgl. hiermit Bayer. L.R. Th. 4 Kap. 3 § 5, 2 do.

<sup>3)</sup> Vgl. über den Begriff „Geld“ s. oben § 184 ff., Goldschmidt, H.R. I § 99, Thöl, H.R. § 210, Gareis, Kurzgef. Lehrb. d. H.R. §§ 45, 46.

<sup>4)</sup> S. oben § 167, insbes. IV Bd. II S. 26 ff. Vgl. Fels, Bestimmtheit des Kaufpreises, Berlin 1878.

<sup>5)</sup> Vgl. Bayr. L. a. a. O. § 7, 3tio. Sächs. bürgerl. G.B. Art. 802, Treitschke-Wengler, S. 52 Anm. 1 a.

die Preisfixirung von der reinen Willkür eines Dritten abhängig gemacht ist, minder zweifelhaft sondern nach Lage der Umstände als rechtlich zulässig und den Kaufskarakter des Geschäfts nicht ausschliessend ist der Fall anzusehen, dass die Preisfestsetzung von dem vernünftigen, objektiven Ermessen eines Dritten (*arbitrium boni viri*) abhängig erklärt wird.<sup>6)</sup> Vgl. übrigens unten § 262 S. 574—575.

Der Handelsverkehr hat unzweifelhaft die Tendenz, die Verträge als Kaufverträge aufrecht zu erhalten, wengleich die Preisangabe nicht von vornherein bestimmt ist und auch nicht sofort ersichtlich ist, in welcher Weise die Preisfixirung eintreten soll. Dieser Tendenz, insbesondere dem im Handelsverkehr regierenden guten Glauben, entspricht es, gewisse Fälle der Unbestimmtheit der Preisfixirung durch richterliches Ermessen in der Weise entscheiden zu lassen, dass der Vertrag das Handelsübliche, Ortsübliche, Vernünftige, der Natur der Sache Entsprechende gewollt und gemeint habe.<sup>7)</sup>

Sind für mehrere gleichzeitig gekaufte Sachen (oder Sachquantitäten) verschiedene Preise verabredet, so liegen, eben desshalb, weil der Preis dem Kaufe wesentlich und Ein Kauf nur unter der Beredung Eines Preises denkbar ist, rechtlich ebensoviele Kaufverträge vor, als verschiedene Preise vereinbart sind.<sup>8)</sup>

Mit dem nach obigen Erörterungen durchaus nicht engherzig zu interpretirenden Erforderniss der „Bestimmtheit“ des Preises ist keineswegs das Erforderniss ausgesprochen, dass der Werth, welchen die als Preis versprochene Geldsumme habe, sofort schon nach der landesüblichen Währung erkennbar sei. Ist der Preis in der Vereinbarung in einer nicht mehr üblichen Währung, in veralteten oder ausländischen Münzsorten ausgedrückt, so kann der Preis auch dann nicht als unbestimmt (und als desshalb unzulässig) angesehen werden, wenn der Coursverth dieser Münzen schwankend und den Parteien zunächst unbekannt war; dasselbe ist zu sagen, wenn der Preis vereinbarungsgemäss in Wechseln berichtet werden soll und über den Cours, zu welchem die Wechsel zu rechnen seien, nichts vereinbart wurde: der Cours des Tages und des Platzes des Vertragsabschlusses ist alsdann im Zweifel als gewollt anzusehen; ist der Wohnort des Käufers verschieden von dem des Verkäufers und an letzterem ein anderer Cours zur Zeit des Verfalls des Preises, als am Wohnort des Käufers, so ist — in Ermangelung anderweiter besonderer Verabredung, der Coursverth des Erfüllungsorts (Wohnort des Verpflichteten in Zweifel) gemäss gesetzlicher Bestimmung massgebend.<sup>9)</sup> Es ist überhaupt zur Gültigkeit des Kaufvertrags nicht erforderlich, dass die Parteien den Preis, der objektiv bestimmt ist, ziffermässig kennen; desshalb genügt z. B. die Preisbezeichnung: was im Beutel ist,

<sup>6)</sup> R.O.H.G. Bd. V S. 421, Bd. XI S. 247, 249, Bd. XIII S. 75, 76. Vgl. Bayr. L.R. a. a. O. § 7, 3tio. Goldschmidt, H.R. I § 64. Anm. 60—70. S. auch unten § 270 I a. (am Ende).

<sup>7)</sup> Vgl. hiezu den Fall doppelseitigen Kaufes, *Entsch. d. R.O.H.G. Bd. V S. 418 bis 423*, insbes. S. 421 (auch oben S. 545).

<sup>8)</sup> Vgl. *Entsch. d. R.O.H.G. Bd. XVI S. 313*.

<sup>9)</sup> Vgl. H.G.B. Art. 324, 325, 336, *Treitschke-Wengler a. a. O. S. 53*.

was in der Kasse vorrätig ist, — vorausgesetzt, dass sich hierin überhaupt Geld befindet.<sup>10)</sup>

Der Handelsverkehr geht in der oben bezeichneten Tendenz so weit, dass man fast versucht ist zu glauben, es sei von dem (gemeinrechtlichen) Erforderniss einer Preisfestsetzung („pretium certum“) beim Kaufvertrag gar nicht mehr die Rede; diese Meinung wäre jedoch falsch; wenn auch heut zu Tage von jeder ausdrücklichen Vereinbarung irgend eines Preises vollkommen abgesehen werden kann und dennoch im einzelnen Falle ein Kauf angenommen werden muss, so wird dabei doch immer vorausgesetzt, dass die Willensmeinung der Parteien dahin geht, dass ein bestimmter Preis als gewollt und als solcher auch objektiv zu ermitteln anzunehmen ist. Am nächsten liegt diese präsumtive Vereinbarung des Preises dann, wenn Letzterer facturirt und die Faktura vom Waarenempfänger ohne Widerrede angenommen ist; damit kann der Fall Hand in Hand gehen, dass auch über die Waaren keine vorgängige Vereinbarung abgeschlossen wurde, sondern dieselben von dem Verkäufer ohne Bestellung dem Käufer zugewandt wurden. (Hiervon s. unten § 262 VI 2 und Erk. d. R.O.H.G. Bd. III S. 113.)

Eine stillschweigend erfolgende Preisfestsetzung ist nicht selten in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bezugnahme auf den **Marktpreis** zu sehen.<sup>11)</sup> Das Gesetz (H.G.B. Art. 353) bestimmt hierüber, dass, wenn im Verträge der Marktpreis oder der Börsenpreis als Kaufpreis bestimmt wird, im Zweifel hierunter der laufende Preis, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren massgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, in Ermangelung solcher Einrichtungen oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit derselben der mittlere Preis zu verstehen sei, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergibt. Unter der von dieser Gesetzesstelle vorausgesetzten „Bestimmung als Kaufpreis“ kann ebensowohl eine stillschweigende wie eine ausdrückliche Bestimmung angenommen werden. Indem das Gesetz den Börsenpreis mit dem Marktpreis in Eine Linie stellt, schliesst es sich der älteren Rechtsprechung an, welche erklärte, „dass es nicht gerade auf den an der Börse oder zur Börsenzeit gemachten, sondern nur auf den Preis ankommen kann, der sich überhaupt als der Marktpreis jenes Tages herausgestellt hat.“<sup>12)</sup> Bei der Berechnung des laufenden Preises ist es gleichgültig, ob die in Komputation gezogenen Einzelgeschäfte, in denen sich Angebot und Nachfrage preisbildend geltend

<sup>10)</sup> L. 7 § 1. D. de contr. empt. 18,1 „quantum pretii in arca habeo.“ Vgl. Treitschke-Wengler S. 58. S. unten § 266 III und § 270 I c. u. II 1.

<sup>11)</sup> S. oben § 167 III (Bd. II S. 23 ff.).

<sup>12)</sup> Erk. d. Lübecker O.A.G. v. 29. Dezbr. 1843 (Hamburger Sammlung Bd. I 1 S. 166, Seuffert's Archiv Bd. I S. 43, 44). Hiermit ist zu vergleichen das Erk. d. Leipziger R.O.H.G. v. 8. März 1873, welches unter Anderen ausspricht, dass es nicht darauf ankommt, ob die betreffende Waare auf öffentlichem Markte feilgehalten wird, sondern darauf, dass der betr. Preis als der gemeine Durchschnittspreis zu der betreffenden Zeit und an dem betreffenden Orte dargelegt wird. (Bd. IX S. 129.) Ebenso Entsch. d. R.O.H.G. Bd. II S. 194, Bd. III S. 95, Bd. VII S. 174.

machten, Reallieferungsgeschäfte oder Differenzgeschäfte, Prämien-, Reportgeschäfte oder dgl., ob sie von reellen Spekulationen oder von Schwindelunternehmungen getragen waren, „denn die Art und Weise, wie dieser gemeine Werth erzeugt worden ist, kommt dabei nicht in Betracht,“<sup>13)</sup> es wäre denn, dass dem auf den so entstandenen Cours sich Berufenden der Vorwurf des Betrugs entgegengesetzt werden könnte.<sup>14)</sup> Unter dem Börsen-Marktpreise im Sinne des Gesetzes sind demnach nicht bloss die amtlich notirten Preise, sondern auch die aus einer nur zu diesem Zwecke nichtamtlich festgestellten Vergleichung von Preisen, der Durchschnitt von Gelegenheitspreisen zu verstehen.<sup>15)</sup> Diese in der einen oder andern Weise gefundenen Durchschnittspreise stellen da, wo es darauf ankommt, den „wahren Werth“ im Sinne von gemeinem Werth, das *pretium justum*, aufzufinden, diesen „als den von den besonderen persönlichen Beziehungen und sonstigen speziellen Umständen des Geschäftsschlusses unabhängigen, gemeinen Werth der betreffenden Waare dar.“<sup>16)</sup>

Der zur Gültigkeit des Kaufes erforderlichen Bestimmtheit des Preises thut der Umstand, dass die ziffermässige Feststellung des Preises erst von dem Eintritt eines in der Zukunft gelegenen Umstandes, z. B. von dem genauen Messen oder Zählen der Waare, oder von dem Resultat der vom Käufer beabsichtigten Weiterveräußerung abhängig sein soll,<sup>17)</sup> keinen Abbruch, vorausgesetzt, dass zwischen den Parteien über die objektive Art der schliesslichen Preisermittlung eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung besteht. Ueber das Zustandekommen dieser Einigung s. unten § 262 und § 266 III.

III. Gerechter Preis. Dass der Kaufpreis dem wahren Werth der Waare entsprechen — werthentsprechend sein müsse und nur dann, wenn dies der Fall sei, der Preis erlaubt und der Kaufvertrag gültig, kann weder vom Standpunkte des älteren gemeinen Rechts aus noch von dem des Partikularrechts noch von dem des Handelsrechts insbesondere behauptet werden. Der Preis ist vielmehr auch dann als gerecht und erlaubt zu bezeichnen, wenn ihn die Vereinbarung der Kontrahenten abweichend von dem am Orte und zur Zeit des Vertragsabschlusses oder der Vertragserfüllung geltenden Markt- oder Durchschnittspreise festgesetzt hat. Mit Recht sagt ein bayerisches Erkenntniss:<sup>18)</sup> Vor Allem ist es ganz unklar, was unter dem „entsprechenden Werthe“ zu verstehen sein sollte; der Werth der Waare ist heute ein anderer hier und ein

<sup>13)</sup> Erk. d. Lübecker O.A.G. v. 29. Dezbr. 1843. Seuffert's Arch. I S. 43.

<sup>14)</sup> Ueber die Berechnung, Konstatirung und Anfechtung des Börsen- oder Marktpreises s. oben S. 25; ferner s. Goldschmidt, H.R. Bd. II 580—586. Gareis, Kurzgef. Lehrb. § 46. Ferner die Börsenordnungen, citirt unter „Zeitgeschäft“ in v. Holtzendorff, Rechtslexikon a. E. Ueber die Zulässigkeit des Gegenbeweises s. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. V Nr. 72 S. 329, 331, auch Bd. II Nr. 46 S. 196.

<sup>15)</sup> Vgl. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 43 S. 174 ff.

<sup>16)</sup> Entsch. d. R.O.H.G. Bd. II S. 196.

<sup>17)</sup> S. Treitschke S. 59.

<sup>18)</sup> Sammlung handelsgerichtl. Entscheidungen in Bayern, Bd. I S. 385 ff., Entsch. d. H.App.G. zu Nürnberg v. 24. Dezbr. 1863, ferner S. 387 ebenda, Entsch. dess. Gerichtshofs v. 29. Okt. 1863, S. 561, ebenda Entsch. dess. Gerichtshofs v. 28. Oktbr. 1864.

anderer dort, ein anderer für den Verkäufer, ein anderer für den Käufer, ein anderer für den Grossisten, ein anderer für den Detailisten und ein anderer für den Konsumenten. Wollte man aber auch hievon absehen und die vage Bezeichnung „werthentsprechend“ dahin auslegen, dass darunter jener Werth zu verstehen sei, welchen eine Sache gleicher Art und Gattung zu der in Frage stehenden Zeit an dem Orte des Empfanges unter den besonders obwaltenden Verhältnissen nach billigem Ermessen Sachverständiger für den Empfänger hatte, so ist zwar zuzugeben, dass unter Umständen derjenige, welcher eine ihm zugekommene Waare für sich verwendet hat, dem Eigenthümer diesen Werth ersetzen muss, allein diese Pflicht ist eine Entschädigungspflicht, nicht die Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises.“<sup>19)</sup>

Die auch für das gemeine Recht anzuerkennende Regel, dass die Preisbestimmung der freien Vereinbarung der Kontrahenten überlassen sei,<sup>20)</sup> ist, soweit es sich um Käufe handelt, welche Handelsgeschäfte sind, durch eine auf sog. *laesio enormis* gegründete Anfechtung nicht durchbrochen; eine Anfechtung von Handelsgeschäften wegen *laesio enormis* ist durch Art. 286 d. H.G.Buchs allgemein ausgeschlossen.<sup>21)</sup> Schliessen Kaufleute Kaufverträge ab, welche nicht Handelsgeschäfte sind, so haben die nach Landesrecht bestehenden Normen der Anfechtbarkeit wegen übermässiger Verletzung, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte — gleichviel ob der hierdurch Verletzte der Käufer oder der Verkäufer ist, — allerdings in Anwendung zu kommen, sofern die Normen landesrechtlich noch bestehen.<sup>22)</sup> Hier könnte der klaren Bestimmung des

<sup>19)</sup> So richtig diese Erwägungen des bayr. H.App.G. sind, so ist die darauf gebaute Entscheidung, — dass die Kaufklage nicht darauf gegründet werden könne, es sei zwar kein Kaufpreis vereinbart, aber eben deshalb der entsprechende Werth als Kaufpreis zu bezahlen, — doch keineswegs in dieser Allgemeinheit gerechtfertigt. Vielmehr ist mit dem R.O.H.G. (Entsch. v. 4. Novbr. 1871, Entsch. Bd. III S. 388) anzunehmen, dass in der doppelten Behauptung, der Kaufpreis sei wie verlangt verabredet und dieser Preis sei auch der zur Zeit des Kaufes übliche (marktmässige) gewesen, keineswegs ein Widerspruch liege; der zweite Theil der Behauptung ist als nur eventuell aufgestellt anzusehen und geht dahin, dass, wenn die zunächst behauptete ausdrückliche Vereinbarung nicht sollte festgestellt sein, der Anspruch auf den eingeklagten Kaufpreis dennoch ein begründeter sein würde, weil alsdann angenommen werden müsse, dass der Beklagte sich für die ihm käuflich überlieferte auch von ihm in Empfang genommene und verwendete Waare zu dem geforderten Kaufpreise, dessen Marktmässigkeit vorausgesetzt, stillschweigend verpflichtet habe. — Hiernach dürfte die in den Schlussworten der oben erwähnten bayerischen Erkenntnissen enthaltene Wendung zu rektifiziren sein, wenn die gegebenen Thatumstände es zulassen.

<sup>20)</sup> L. 16 § 4 D. de min. 4,4 u. a.

<sup>21)</sup> Nicht ausgeschlossen ist jedoch durch diesen Artikel die Ungültigkeit von wucherlichen Geschäften auf Grund des R.G. v. 24. Mai 1880. Hievon unten § 276.

<sup>22)</sup> Vgl. Preuss. L.R. I 11 § 58—69, wodurch ein Anfechtungsrecht des Käufers begründet wird. Generell ist Anfechtung wegen *laesio enormis* aufgehoben durch ein bayr. Gesetz v. 10. Novbr. 1861. Landtagsabschied v. demselben Tage, III § 28. „Bei entgeltlichen Verträgen, Theilungen ausgenommen, können aus dem Missverhältniss, welches zwischen dem Werthe der Leistung und dem der Gegenleistung stattfindet, für



Gesetzes gegenüber höchstens in Frage kommen, ob die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommen werden, der Anfechtbarkeit wegen übermässiger Verletzung unterliegen.<sup>23)</sup> Da diese Weiterveräusserungen aber keine Handelsgeschäfte sind, ist das Handelsrecht darauf nicht anwendbar.

Ist demnach gegenüber der gemeinrechtlichen Schranke die Freiheit der Preisbestimmung in Handelsgeschäften zu konstatiren, so darf doch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Werthangemessenheit des Preises in denjenigen Fällen in Betracht kommen kann, in denen sich der eine oder andere Kontrahent eines Betrages, eines Verstosses gegen Treu und Glauben in Bezug auf die Preisfestsetzung schuldig macht; es ist jedoch — streng genommen — nicht richtig, diese Anfechtung unter der Erörterung des Erfordernisses eines „pretium justum“ zu erwähnen; denn nicht der unangemessene Preis, sondern die Art und Weise, wie der eine Kontrahent den andern Kontrahenten zur Eingehung der objektiv unangemessenen Preisvereinbarung veranlasst, ist der Anfechtungsgrund in Fällen dieser Art; es ist hierher zu rechnen der Handel mit Geheimmitteln, welche zu einem ganz unverhältnissmässig hohen Preise ausboten und auch verkauft werden, und nicht minder berechtigt ist auch — wengleich die Praxis darüber wegzueilen scheint — hier die Erwähnung eines gewissen Theiles des Börsenverkehrs, indem sowohl das schwindelhafte Preissteigen z. B. durch das sog. Schwänzemachen, als auch Börsenmanöver der Baisseurs unter Umständen dem Vorwurfe der Verletzung des guten Glaubens nicht entgehen können. Scheinmanöver, durch welche der Preis einer Waare künstlich gehoben wird, fallen dem Begriffe nach, sofern sie eben Scheinmanöver sind, unter den Begriff des Dolus, und der Umstand, dass die Wirkung der Täuschung über den Gegenkontrahenten des die Täuschung veranlassenden Kontrahenten hinausreicht und vielleicht die ganze Börse ergreift, ist kein Grund, das Vorhandensein des Dolus als einen Anfechtungsgrund auszuschliessen.<sup>24)</sup> Besondere Grundsätze stellt das Handelsrecht hierüber jedoch nicht auf.

Die in den Bestimmungen der lex Anastasiana liegenden Begrenzungen des Kaufpreises und Forderungen sind durch Art. 299 des H.G.Buchs aufgehoben, sofern es sich um Credirung von Forderungen handelt, welche aus Handelsgeschäften hervorgegangen sind, nicht aber sofern nur die Abtretung ein Handelsgeschäft, die abgetretene Forderung aber einem Nichthandelsgeschäft entsprungen ist. Doch hat die Bestimmung der lex Anastasiana in Deutschland auch ausserhalb des Handelsrechts nur mehr eine sehr geringe Bedeutung.<sup>25)</sup>

sich allein weder ein Anfechtungsgrund noch sonstige Ansprüche abgeleitet werden.“ S. Anschütz u. Völderndorff III S. 80. — Ueber das gemeine Recht s. Vangerow § 611 Anm. §§ 1064, 1048, 1049 d. Oesterr. O.G.B. berührt Art. 286 d. H.G.B. nicht.

<sup>23)</sup> Vgl. Thöl, H.R. S. 810.

<sup>24)</sup> Vgl. Preuss. O.L.R. I 4 § 84 ff., I 5 § 349 ff.

<sup>25)</sup> Preuss. L.R. Th. I 11 §§ 390, 391; Preuss. G. s. 1. Febr. 1864. (G.S. 1864 S. 33. Bayer. G. v. 22. Febr. 1855; Kgl. Sächs. G. v. 9. Jan. 1836 u. a. s. Makower, H.G.B. zu Art. 299. Anschütz u. Völderndorff ebenda.

Für die Fälle, in denen amtlich festgestellte **Taxen** bestehen, ist das Recht der freien Preisfestsetzung im Kaufvertrage ebenfalls eingeschränkt. Allein diese Fälle sind durch die Gewerbeordnung nahezu gänzlich beseitigt; auch die Gewerbeordnung huldigt dem Grundsatz der freien Preisbildung und nur für die Apothekerwaaren können noch Taxen, die als Minimalsätze binden, festgesetzt werden.<sup>26)</sup> Insbesondere ist auch die Festsetzung der Brodpreise, der Preis für Backwaaren überhaupt, der Preis der in Gastwirthschaften ausgebotenen Speisen und Getränke völlig der freien Vereinbarung überlassen, nur Publicirung oder amtliche Anzeige der Preise können die Polizeibehörden fordern.<sup>27)</sup> Sind durch die Ortspolizeibehörden die Bäcker, die Verkäufer von Backwaaren oder die Gastwirthe angehalten worden, ihre Preistarife durch Anschlagung zu veröffentlichen, so ist das kaufende Publikum allerdings berechtigt, die tarifirten Preise als die in den einzelnen Verkäufen Seitens des Verkäufers proponirten Preise zu vermuthen; da aber in dem Anschlagen des polizeilich geforderten Tarifes — wegen Art. 337 d. H.G.Buchs. — keine verbindliche Offerte zu erblicken ist, so hat der veröffentlichte Preistarif, abgesehen von jener Vermuthung und von Fällen des Betrages, keine civilrechtliche Bedeutung.

Dasselbe ist von denjenigen Preistarifen zu sagen, welche die Pächter von Wirthschaften (z. B. Bahnhofrestaurateure) auf Veranlassung der Verpächter oder kontrollirenden Behörden anschlagen müssen; die vom Pächter des Wirthschaftslokales u. dgl. gegenüber dem Verpächter übernommene Verpflichtung, nur zu den tarifirten Preisen zu verkaufen, begründet keinen privatrechtlichen Anspruch eines Dritten, die aufgeführten Waaren zu dem tarifirten Preise fordern zu können.

Für die Folgen des durch den Tarif erregten Irrthums hat der Veranlasser dieses Irrthums selbstverständlich nach Civilrecht zu haften.<sup>28)</sup>

Das Erforderniss, dass der Preis ein „pretium justum“ sei, kann jedoch in Betracht kommen, wenn das Kaufgeschäft zu wucherlichen Geschäften dienen soll; die wucherlichen Vermögensvortheile, gegen deren Rechtsbeständigkeit sich das Reichsgesetz betr. den Wucher<sup>29)</sup> richtet, bestehen möglicherweise in einem ganz unverhältnissmässig hoch oder niedrig angesetzten Kaufpreise, zu welchem dem Käufer Waaren überlassen oder aufgenöthigt werden; das Maass des Erlaubten im Preise ist alsdann verletzt, „wenn jene Vermögensvortheile den üblichen Zinsfuss dergestalt überschreiten, dass nach den Umständen des Falles

<sup>26)</sup> Gew.O. § 80.

<sup>27)</sup> Gew.O. §§ 72, 73, 75.

<sup>28)</sup> An veröffentlichte Preistarife ist auch der sog. „Verkauf“ von Eisenbahnbillets (I. Betriebsreglement für die Eisenbahnen Deutschlands, s. 11. Mai 1874, § 9), von Theaterbillets, sonstigen Eintrittskarten, überhaupt von Legitimationszeichen geknüpft. Doch ist in diesen Fällen der „Kauf“ nur die äussere Erscheinung von Rechtsgeschäften, welche ihrer inneren Natur nach Arbeitsverträge, Dienstmiethverträge oder andere Nichtkaufverträge sind. Ueber Legitimationszeichen s. Gareis in Buschs Archiv f. H.R. (1876) Bd. XXXIV S. 97 ff. Wilh. Fuchs, Die Karten u. Marken des täglichen Verkehres. Wien 1881, insbes. S. 21 ff.

<sup>29)</sup> R.G. v. 24. Mai 1880, R.G.B. Nr. 10 S. 109.

die Vermögensvortheile im auffälligen Missverhältnisse zu der Leistung stehen;“ die Rechtsfolge dieser Verletzung ist Ungültigkeit des Vertrags, auch dann, wenn letzterer ein Handelskauf ist, das Rückforderungsrecht verjährt in 5 Jahren vom Tage der Leistung an.<sup>30)</sup>

In einigen Fällen verlangt das Handelsrecht eine Abschätzung und Genehmigung von gewissen Kaufgeschäften, welche unter den Gesichtspunkt des Erfordernisses der Werthangemessenheit des Kaufpreises gebracht werden kann; es sind dies die Fälle, in denen ein Mitglied einer Kommanditaktiengesellschaft oder ein Aktionär eine Einlage macht, die nicht in baarem Gelde besteht, — vorausgesetzt, dass die Einlage als verkaufte Waare betrachtet werden kann, — sowie der Fall, dass eine zu errichtende Aktiengesellschaft ein Vermögensobjekt, welche als Waare zu qualifiziren wäre, bei Gründung des Gesellschaftsverhältnisses übernimmt.<sup>31)</sup> Hier würde jedoch der Mangel der Werthangemessenheit nicht einen juristischen Anfechtungsgrund eines bereits perfekt gewordenen Kaufvertrages, sondern nur ein ökonomisch ins Gewicht fallendes Bedenken gegen die Genehmigung, gegen die Uebernahme oder gegen den Abschluss eines Kaufvertrages bilden; desshalb gehört die Erörterung dieser Fälle nicht hieher.<sup>32)</sup>

IV. Pretium verum. Wenn verlangt wird, dass der Preis wahrhaft festgesetzt werde, so kann damit das Erforderniss der Preisangemessenheit pretium justum gemeint sein und in diesem Sinne wird das Wort von den Römern gebraucht (hierüber wurde in III gehandelt); es kann aber auch gemeint sein, dass der Kaufpreis ernstlich gemeint sei<sup>33)</sup> und in diesem Sinne ist davon unten § 262 zu handeln, weil die veritas alsdann nicht den Preis, sondern den Vertragswillen betrifft. Hievon unten § 262.

## § 262.

### D. Der Abschluss des Kaufvertrages.

I. Wie jeder Schuldvertrag überhaupt, so ist auch der Kaufvertrag ein angenommenes Versprechen; sein Abschluss besteht in der erklärten Willenseinigung der Vertragschliessenden über Waare und Preis: da der Kauf ein gegenseitiger Schuldvertrag ist, so ist er, von der Seite der Vollendung her betrachtet, abgeschlossen, sobald sich die Vertragschliessenden über die beiderseitigen Leistungen (Waare und Preis) geeinigt haben und diese Einigung erklärt ist; es genügen hierzu zwei Willenserklärungen, der Antrag nemlich und die Annahme.<sup>1)</sup> Eine besondere Form ist weder für das Eine noch für das Andere vorgeschrieben.

<sup>30)</sup> Hierüber im einzelnen Art. 2 d. R.G. v. 24. Mai 1880.

<sup>31)</sup> H.G.B. Art. 180, 209 b.

<sup>32)</sup> S. oben §§ 115, 135 und Renaud, Recht d. Kommanditgesellschaften § 106, insbes. S. 725 ff.

<sup>33)</sup> S. Treitschke-Wengler, Der Kaufkontrakt § 20.

<sup>1)</sup> Dass diese beiden Akte in einander verschwimmen können und dass schliesslich und insbesondere dann, wenn der fertige Vertrag in rechtliche Erscheinung tritt,

Es gelten für den Abschluss des Kaufvertrages, für den Antrag und die Annahme die allgemeinen Regeln, nach denen die Abschliessung der Handelsgeschäfte überhaupt zu beurtheilen ist, ja man darf sagen, dieselben finden gerade beim Kaufvertrage ihre Hauptanwendung. Es sei hiermit ausdrücklich auf die in §§ 240—249, oben S. 399—468 ausdrücklich verwiesen.

1. Der Konsens über Waare und Preis, das Wesentliche des Kaufvertrages, kommt in der Regel freiwillig zu Stande, d. h. es ist in der Regel weder der Käufer noch der Verkäufer zum Abschlusse des Vertrages rechtlich gezwungen. Vorschriften, durch welche Jemand gegen seinen Willen zum Abschlusse eines Kaufvertrags veranlasst werden könnte, haben im Handelsrecht keine Basis.<sup>2)</sup>

Kein Kaufmann ist in Folge seiner Geschäftseröffnung, seiner Zeitungsannoncen, seines Ladenbetriebs u. s. w. land- oder handelsrechtlich verpflichtet, mit jedem Beliebigen aus dem Publikum oder auch nur mit irgend Jemanden einen Kaufvertrag abzuschliessen; dieses gilt natürlich auch von Gast- und Speisewirthen.<sup>3)</sup> Landesrechtlich<sup>4)</sup> kann sich Jemand zum Abschlusse eines Kaufvertrages, auch eines Handelskaufes mit Rechtswirksamkeit verpflichten durch einen darauf abzielenden Vorvertrag (pactum de emendo oder de vendendo)<sup>5)</sup>. Hievon oben § 244 II.

2. Andererseits ist der Abschluss von Handelskäufen aber auch Niemandem verboten. Dies ist wenigstens die Regel. Die Ausnahmen von dieser Regel haben ihren Boden in Rechtsverhältnissen, welche in andern Theilen des Systems zur Erörterung gebracht werden müssen; es gehört hieher das Verbot des Erwerbs eigener Aktien Seitens einer Aktiengesellschaft s. oben Bd. I S. 612 ff. (§ 124), das Verbot von Handelsgeschäften der Handlungsgehülfen s. oben Bd. I S. 254 ff. (§ 66), das für Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft bestehende Konkurrenzverbot s. oben Bd. I S. 371 (§ 88). Vgl. ferner die über das Recht der Ausübung von Handelsgewerben bestehenden Vorschriften s. oben §§ 37—39.<sup>6)</sup> Ferner die Verbote des Reichsbankgesetzes § 7.

nicht mehr zu erkennen ist, wer der anbietende und wer der annehmende Theil war, beeinträchtigt die Richtigkeit des oben aufgestellten Satzes — mindestens für die Fälle des Handelskaufes — nicht. Zwei sich zeitlich kreuzende und — die Parteirollen ausgenommen — inhaltlich deckende Anträge haben einander gegenüber zugleich die Rollen von Annahmeerklärungen. Hierüber s. Regelsberger oben S. 424 (Text zu Note 5) und S. 445 Abs. 1.

<sup>2)</sup> Ueber die gemeinrechtlichen Wiedereinlösungs- und Vorkaufsrechte s. Windscheid P. § 388. Vgl. auch unten § 268 C.

<sup>3)</sup> Vgl. hierüber Vangerow, P. § 648 Anm. 1.

<sup>4)</sup> Das Wort gebraucht wie von Regelsberger s. oben S. 387 § 238 Anm. 4.

<sup>5)</sup> Dieses Pactum ist aber weder ein Kauf schlechthin noch ein „einseitiger Kauf“, a. M. Treitschke-Wengler § 52.

<sup>6)</sup> An den angegebenen Stellen des Handbuchs s. auch die handelsrechtlichen Wirkungen der Verletzung des Verbots. Ueber das „Eintreten“ in das verbotswidrige Geschäft s. Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter, S. 20 ff., Laband in Goldschmidt Z. f. d. ges. H.R. Bd. X S. 202 ff.

II. Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob Angesichts des Gebrauchs der sog. „Promessen“ (das Wort hier in dem Sinne eines kaufmännischen Verpflichtungsscheines genommen) vom Handelskaufe allgemein der Satz aufrecht erhalten werden kann, dass das Wesen des Kaufvertrags in der erklärten Willenseinigung über Preis und Waare besteht. Nach Thöl <sup>7)</sup> kann der kaufmännische Verpflichtungsschein dazu benutzt werden, „einen zweiseitigen Vertrag in zwei einseitige Verträge zu verwandeln“, welche also beide von der causa abgetrennt sind; <sup>8)</sup> ein Hauptfall ist der Genuskauf: „die Verpflichtung des Verkäufers hat einen auf Lieferung eines Quantums Korn, Wein u. s. w. lautenden, die des Käufers einen auf Zahlung einer Geldsumme lautenden Verpflichtungsschein hervorgerufen, beide Scheine können Inhaberpapiere sein.“ Die Lieferungsscheine (Waarenliefererscheine) „kommen vor auf beträchtliche Quantitäten; und auch, oft unter dem Namen Marken, auf geringfügige, z. B. Biermarken, Speisemarken, Kohlenmarken, Holzmarken.“ Aus diesem Gebrauche kann jedoch nicht gefolgert werden, dass das oben aufgestellte Erforderniss des Wesens des Kaufvertrags, Konsens der beiden Kontrahenten über Waare und Preis, für Handelskäufe nicht ausnahmslos bestehe; denn der Kaufvertrag selbst wird in seinem Wesen durch das Ausstellen, Acceptiren oder Nehmen eines Waaren- oder Geldverpflichtungsscheines keineswegs berührt; <sup>9)</sup> diese auf die Promesse bezüglichen Akte gehen dem Abschlusse des Kaufvertrags entweder voran oder sie folgen ihm nach und dienen dem Vollzuge des abgeschlossenen Kaufvertrags. Wer einen Weizenlieferungsschein eines Getreidehändlers mit dem Willen, Gläubiger zu werden, nimmt, der nimmt damit das verbindliche Verkaufsangebot als Käufer an oder er hat bereits vorher einen Kaufvertrag mündlich oder schriftlich mit jenem Getreidehändler abgeschlossen und tritt mit dem Nehmen der Promesse nun in die entweder ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Erfüllungsart ein; wer sich eine Biermarke „löst“, der hat dadurch noch keinen Kauf, mindestens keinen Bierkauf abgeschlossen, sondern eine Pränumeration auf einen späteren Kauf geleistet. In beiden Fällen hat der Kaufvertrag seinen Bestand für sich und ausserhalb des Verpflichtungsscheines bzw. der Marke, und für ihn bleibt das wesentliche Erforderniss des beiderseitigen Konsenses über Waare und Preis unverändert bestehen. Daran ändert auch die durch die Order- oder Inhaberklausel geschaffene Transportfähigkeit des Scheines Nichts: der jeweilige Nehmer des Scheines oder der Marke hat entweder den Vertrag

<sup>7)</sup> H.R. § 213 I.

<sup>8)</sup> So kommt die neueste Entwicklung des Rechts vom Kaufe — scheinbar — zurück auf die älteste Konfiguration: im älteren röm. Recht wurden die Verbindlichkeiten der beiden Kontrahenten durch zwei getrennte Stipulationen klagbar gemacht. Vgl. Ihering, Geist d. röm. Rechts 2. Aufl. III S. 197 ff.

<sup>9)</sup> Es ist für unsere Frage gleichgültig, ob der Verpflichtungsschein den für die Orderqualität erforderlichen Voraussetzungen entspricht — also namentlich die Leistung unabhängig von einer Gegenleistung verspricht — oder ob dies wie bei den Promessen im engeren Sinne (s. Makower S. 316 Anm. 33 b 2. Protokolle S. 4566, 4569) nicht der Fall ist.

abgeschlossen, oder schliesst ihn gleichzeitig mit dem Nehmen ab oder tritt in die durch die Pränumeration geschaffene Rechtslage ein.

Kauft Jemand ein Quantum Getreide, welches in einem öffentlichen Lagerhause deponirt ist, so ist die daraufhin erfolgte Uebergabe des Lagerscheines an den Käufer ein vom Abschluss des Kaufvertrags unabhängiger, der Erfüllung dienender Rechtsakt; schickt der Inhaber des Lagerscheins (Deponent oder Indossatar) einem Geschäftsfreunde den — von ihm etwa al blanko indossirten — Lagerschein zu, so kann darin ein Antrag zum Kaufvertrage erblickt werden müssen, in einem Falle aber wie im andern hat der Kaufvertrag seine Existenz ausser und neben dem Scheine: es wird demnach nicht der Kaufvertrag in zwei einseitige Verträge „verwandelt“,<sup>10)</sup> sondern neben dem Kaufvertrage entstehen die an das Geben und Nehmen des Dispositionspapiers sich anreihenden Rechtsverhältnisse. Dies ist auch von dem Kaufe schwimmender Güter, über welche ein Konnossement ausgestellt ist, zu sagen; nur wird in der ordnungsmässigen Uebergabe des Konnossements an den Käufer der Güter unter den im Gesetze angegebenen Umständen die volle Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Verbindlichkeiten zu erkennen sein.<sup>11)</sup>

III. In gewissen Fällen ist der Antrag, einen Kauf oder Verkauf abzuschliessen, in gewissen Fällen die auf Abschluss eines Kaufvertrags gerichtete erklärte Willenseinigung nur eventuell gemeint; da nämlich ein **Kommissionär** bei der Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, wenn der Kommittent nicht ein Anderes ausdrücklich oder der Natur der Sache nach<sup>12)</sup> will, selbst als Verkäufer bzw. als Käufer eintreten kann,<sup>13)</sup> ist unter den erwähnten gesetzlichen Voraussetzungen in dem auf Abschluss einer Kommission gerichteten Antrage — sei es des Kommittenten, sei es des Kommissionärs — zugleich ein Antrag auf Abschluss eines Properhandels zu erblicken. Es ist somit denkbar, dass der im Antrag bindend erklärte Wille auf Zweierlei eventuell gerichtet ist, nämlich auf Abschluss eines Kaufvertrags oder auf Abschluss eines Kommissionsvertrags. Angesichts dieses kraft Gesetz Zweierlei bedeutenden Antrages kann der Antragsempfänger (Kommissionär) mehrere juristisch sehr verschiedene Wege einschlagen: a) er kann den Antrag ausdrücklich oder stillschweigend annehmen wie er ist, und es entsteht ein Konsensualkontrakt, bei welchem noch ungewiss ist, ob er eine Kommission oder ein Kaufvertrag ist; b) er kann den Antrag auf Kommission ablehnen und den auf Kauf annehmen, dann entsteht ohne Weiteres ein Kaufvertrag; oder c) er lehnt umgekehrt den Antrag auf Kauf ab und lässt durch seine Annahmeerklärung ein Kommissionsgeschäft entstehen. In dem gewöhnlichen Falle, dem unter a. angenommenen, entsteht weder eine alternative Obligation noch eine Mischung von Kauf und Kommission, sondern es entsteht

<sup>10)</sup> S. Thöl S. 639.

<sup>11)</sup> H.G.B. Art. 649, hiezu Makower, insbes. Not. 160 c. (S. 643, 8. Aufl.) Goldschmidt, H.R. § 73, insbes. S. 723, Lewis, Seerecht S. 300 ff.

<sup>12)</sup> R.O.H.G. XI S. 43.

<sup>13)</sup> Art. 376 d. H.G.B.

ein Wahlrecht des Antragempängers, ein Wahlrecht zwischen So- und Anderen, welches sich von dem ebenso zu bezeichnenden Wahlrechte des Wählers im Stellgeschäft<sup>14)</sup> dadurch unterscheidet, dass Letzterer zwischen den zwei Vertragsrollen (Käufer oder Verkäufer), der Kommissionär aber in unserm Falle zwischen zwei Vertragsarten (Kauf oder Kommission) zu wählen das Recht hat. Der Fall, dass der Kommissionär gar nicht wählt, ist ausgeschlossen; trifft der Kommissionär nicht ausdrücklich eine Wahl, sondern zeigt er, ohne eine andere Person als Käufer bez. Verkäufer zu nennen, die Ausführung des Einkaufs- oder Verkaufsauftrags an, so geht damit das Wahlrecht auf den Antragsteller (Offerten, Auftraggeber) über: Letzterer ist nämlich alsdann befugt, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen. Die richtige Konstruktion dieser Rechtsverhältnisse hat davon auszugehen, dass im Falle des Art. 376 d. H.G.Buchs kraft besonderer Gesetzesbestimmung in dem Kommissionsantrage der Antrag auf ein Propergeschäft mit eingeschlossen ist.<sup>15)</sup> Kommt es infolge der Anzeige des Kommissionärs oder infolge der schliesslichen Entscheidung des Kommittenten zur Annahme eines Kaufgeschäfts, so gelten von dem Zeitpunkte an, da dieses feststeht, für das Geschäft ausschliesslich die Regeln vom Kaufe, jedoch nur von diesem Zeitpunkte an, nicht rückwärts.<sup>16)</sup>

Das Handelsrecht lässt demnach — im Kommissionsgeschäft wie im Stellgeschäft — einen Kaufvertrag zu Stande kommen, obwohl der Antrag hiezu keineswegs ausschliesslich auf das später entstandene Geschäft gerichtet war.

Der Wille zu kaufen, sowie andererseits der Wille zu verkaufen, auch die auf das Eine und Andere gerichtete Willenseinigung beider Kontrahenten kann auch in einer wesentlichen Verbindung mit andern Willensrichtungen und Willenseinigungen vorkommen; so im Reportgeschäft (hier konkurriert der Wille zu kaufen bei ein und demselben Kontrahenten mit dem Verkaufswillen), in den Prämiengeschäften (hier ist die Willenseinigung, die dem Kaufvertrag wesentlich ist, abhängig erklärt von den verschiedengestalteten Wahlrechten) und in denjenigen Differenzgeschäften, die eine Wahl zwischen Erfüllung des Kaufvertrags oder Differenzzahlung gestatten.

Will ein Prinzipal einen von seinem Handlungsbevollmächtigten entgegen Art. 56 abgeschlossenen Handelskauf als für seine — des Prinzipals — Rechnung geschlossen ansehen, so hat dieser Prinzipal zwar auch den Willen zu

<sup>14)</sup> Hierüber Gareis in Siebenhaars Archiv f. deutsches Wechsel- u. Handelsr. 1869 Bd. XVIII S. 134, 159 ff., James Moser, Die Zeitgeschäfte, 1875, S. 9 S. 31 ff., Gareis, H.R. § 62 S. 319.

<sup>15)</sup> So auch Anschütz u. Völderndorff zu Art. 376 S. 386. Vgl. Grünhut, Kommissionshandel S. 452 ff. Der Auftraggeber hat den — eventuellen — Entschluss des Kommissionärs im voraus genehmigt und so kann der Verkaufskommissionär an dem bereits in seinem Gewahrsam befindlichen Kommissionsgute durch sog. *brevi manu traditio* Eigenthum erwerben. S. Goldschmidt, H.R. § 65 Anm. 10 (S. 609 I. Aufl.).

<sup>16)</sup> Hierüber Anschütz u. Völderndorff a. a. O., ferner Makower (8. Aufl.) S. 418 u. die dort cit. u. kritisierten Erkenntnisse, insbes. R.O.H.C. XIX S. 360.

kaufen, allein er schliesst infolge dessen nicht nothwendig mit dem Dritten einen Vertrag ab, sondern eignet sich nur das Resultat des von dem treubruchigen Handlungsbevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfts an (Laband), indem er in das von diesem Bevollmächtigten geschaffene Rechtsverhältniss eintritt und cessionsweise die diesem hieraus zustehenden Klagen erwirbt.<sup>17)</sup> Ebenso sind die analogen Verhältnisse in Fällen des Verbots der Konkurrenzgeschäfte u. s. w. zu behandeln.<sup>18)</sup>

IV. Hinsichtlich der Form des Abschlusses ist lediglich an die über die Form der Handelsgeschäfte überhaupt gegebenen Erörterungen (oben § 249) zu erinnern: Für den Abschluss des Handelskaufs ist vom Gesetze keine besondere Form vorgeschrieben. Hinzuzufügen ist, dass an dieser Regel durch die Bestimmungen des Mäklerrechts Nichts geändert wird; denn auch der Abschluss des Kaufvertrags, welcher durch Handelsmäkler vermittelt wurde, ist von der Eintragung in das Handelsbuch sowie in das Tagebuch des Mäklers und von der Aushändigung der Schlussnoten unabhängig.<sup>19)</sup>

V. Damit auf Grund eines Antrags die dem Kaufvertrage wesentliche Willenseinigung zu Stande kommen kann, muss der Antrag, gleichviel ob er vom Kaufen- oder Verkaufenwollenden ausgeht, hinreichend bestimmt sein. Mangelt es einem Antrage an der erforderlichen Bestimmtheit, so ist der Antrag eine möglicherweise zum Vertrage führende Einladung, eine Aufforderung, Anträge zu stellen, Bestellungen zu machen u. s. w. aber noch kein verbindlicher Antrag; unter einem verbindlichen Antrage ist aber nicht ein Antrag zu verstehen, durch dessen einfache Annahme, die sich mit einem blossen Ja begnügen könnte, ohne Weiteres ein Vertrag entstehen müsste, ein Antrag, der den beabsichtigten Vertrag bis zur Annahme fertig in sich enthält (detaillirt-prägnanter Antrag), sondern ein Antrag, von welchem der Antragsteller, sobald er ihn gestellt hat, nicht mehr willkürlich zurücktreten kann;<sup>20)</sup> es ist möglich, dass ein detaillirt-prägnanter Antrag unverbindlich ist (z. B. wenn er mit der Klausel „ohne Obligo“, „freibleibend“ oder Aehnlichem gestellt wurde),<sup>21)</sup> und es ist möglich, dass ein Antrag verbindlich ist, obwohl er sich nicht als detaillirt-prägnant darstellt (z. B. wenn er die Bestimmung des Lieferungsorts oder der Zahlungszeit ausdrücklich offen lässt, im übrigen aber den Vertragsinhalt bis auf das Ja des Antragsempfängers<sup>22)</sup> in sich trägt). Die hier vorangestellte Regel will nun Nichts Anderes aussprechen, als dass es Fälle gibt, in denen ein Antrag deshalb unverbindlich ist, weil er der detaillirten Prägnanz nicht hinreichend nahe gerückt ist. Diese Fälle machen Schwierigkeiten, weil sich keine allgemeine Regel darüber aufstellen lässt, bis zu welchem Grade sich die Detaillirung

<sup>17)</sup> Vgl. v. Hahn, Komm. z. H.G. Art. 56 § 4.

<sup>18)</sup> S. oben § 262 I 2 S. 560 Anm. 6.

<sup>19)</sup> Art. 76 d. H.G.B. Hiezu v. Hahn, Komm. S. 243—245. Goldschmidt, Z. f. d. ges. H.R. Bd. 8 S. 178 ff.

<sup>20)</sup> Dies ist im Sinne der in § 245 erörterten Wirkungen des Antrags zu verstehen.

<sup>21)</sup> Ueber diese Klauseln R.O.H.G. XIV Nr. 34 S. 81.

<sup>22)</sup> Ueber diesen Ausdruck s. Anm. 4 zu § 244 (oben S. 424).



im Antrage erstrecken muss, um ihn verbindlich zu machen, bis zu welchem Grade sich die Unbestimmtheit im Antrage ausdehnen darf, ohne die obligirende Kraft des Antrages zu verneinen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein Antrag verbindlich ist, obwohl er ausdrücklich dahingestellt sein lässt, ob „Franko Bahnhof“ oder „loko Fabrik A.“ geliefert, oder ob in Viermonat- oder Sechsmonatratzen bezahlt werden solle; wollte man die Verbindlichkeit eines derartigen Antrags dadurch erklären, dass hier nur Nebenpunkte offen gelassen oder eventuell-verbindliche Anträge zur Wahl gestellt seien, so würde diese Erklärung nicht weit genug reichen, um auch solche Fälle zu erklären, in denen sich der Antragende bindend dem Meistbietenden verpflichtet oder bindend nur im Maximalquantum begrenzte Waarenofferten stellt.<sup>23)</sup>

Die Regeln, welche das Erforderniss der Bestimmtheit des Antrags in Bezug auf die Handelsgeschäfte überhaupt aufstellen und erörtern,<sup>24)</sup> sind allerdings auf den Kaufs- oder Verkaufsantrag ebenfalls in Anwendung zu bringen, allein sie bieten keine durchaus maassgebenden Unterscheidungs Momente; Letzteres gilt nicht blos in Bezug auf den Antrag des Kaufwollenden, der im Gesetz nicht besonders erwähnt wird, sondern auch in Bezug auf den Antrag des Verkaufwollenden, obwohl von diesem das H.G.Buch sagt: „das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern geschieht, oder bei welchem die Waare, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf.“<sup>25)</sup> Diese Bestimmung hat nur den Sinn:

Wenn man sieht, dass das Anerbieten so allgemein gehalten ist, dass sich der Anerbietende in dieser Allgemeinheit offenbar nicht binden wollte (weil er dies vernünftigerweise wirtschaftlich nicht konnte), so darf man das Anerbieten nicht als verbindlich erachten.

Weiter reicht der Sinn dieses Artikels nicht, wohl aber der Wortlaut; Letzterer kommt hingegen nicht weiter in Betracht.<sup>26)</sup>

<sup>23)</sup> S. oben § 244 Anm. 6.

<sup>24)</sup> S. oben § 244, insbes. S. 424—429.

<sup>25)</sup> Art. 337. Der Art. spricht von „Anerbieten zum Verkauf“ und meint damit den Fall, dass Jemand einem Andern eine Waare zum Kaufe anbietet, mithin das Anerbieten des Verkäufers, das Anerbieten zum Kaufe. — Ueber diesen Artikel s. Regelsberger oben S. 428, v. Hahn, Komm. II. S. 232 ff.

<sup>26)</sup> Die Ansichten über Art. 337 sind getheilt; Anschütz und Völderndorff sehen darin für den im ersten Theil des Artikels angenommenen Fall (Offerte an Mehrere) eine schon nach allgemeinem Vertragsrecht bestehende Präsump tion zu Gunsten der Unverbindlichkeit, nicht eine absolute Regel, dagegen erblicken sie in dem Falle des 2. Theils des Artikels (Offerte mittels Preislisten u. s. w.) eine dem jus cogens angehörige absolute Vorschrift der Unverbindlichkeit. Mit dieser Auffassung stimmt v. Hahn wesentlich überein, indem er für den im ersten Theil angenommenen Fall lediglich eine Interpretationsregel gegeben erachtet, die für den zweiten Fall gegebene Regel aber als eine aus dem Wesen des Kaufvertrags sich ergebende, von dem Willen des Kontrahenten völlig unabhängige Konsequenz bezeichnet. Regelsberger dagegen (s. oben S. 428.

Je weniger bindende Bedeutung man dem Art. 337 beilegt, um so leichter ist die Uebertragung der in ihm enthaltenen Regeln auf das Anerbieten zum Kaufe, auf das Anerbieten eines Einkaufenswollenden.<sup>27)</sup> In Bezug auf jene Einkaufsofferten, welche die Waare, den Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnen, ist die Anwendung des oben aufgestellten Prinzips des Art. 337 unbedenklich; die an mehrere Personen zugleich gerichteten Einkaufsofferten sind auf den — vernünftigerweise wirtschaftlich operirenden — Willen des Anbietenden zu prüfen.

Im einzelnen ist demnach Folgendes festzustellen:

1. Die **Waare** muss hinreichend bestimmt in der Offerte bezeichnet sein, wenn der Antrag bindend sein soll; was unter „hinreichend“ zu verstehen sei, ergibt sich im Spezialkaufe aus der Natur der Sache: es muss die Spezies im Antrage genannt sein; der Antrag zu einem Genuskaufe muss die Gattung und Qualität der Waare in einer solchen Bestimmtheit bezeichnen, dass durch sie das in Antrag genommene Objekt von allen andern, den nichtgemeinten Objekten handelsmässig unterschieden wird; allein hierin ist der Privatwillkür keine Schranke zu ziehen: es kann im Interesse des Käufers wie des Verkäufers liegen, ohne nähere Bezeichnung der Gattung oder Qualität eine Waare in Handel zu nehmen; einen gewissen Anhaltspunkt — auch für die gewollte Qualität — bietet unter Umständen der im Anerbieten mitenthaltene Preis; nennt weder der Antrag noch ein anderer Akt des Vertragsabschlusses die Beschaffenheit und Güte der Waare, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte als gewollt anzusehen.<sup>28)</sup> In Bezug auf die Qualität sind — namentlich im Grosshandel — bestimmte Ausdrücke üblich, welche — unter Beachtung der Art. 278 und 279 — zu interpretiren und in der Regel als die Waare für sich allein schon hinreichend bezeichnend anzusehen sind.<sup>29)</sup> Die Bezugnahme auf eine Probe oder ein Muster, welches dem Antragsempfänger bekannt ist oder gleichzeitig zugänglich gemacht wird, lässt alle nähere Bezeichnung der Waare als überflüssig erscheinen.

2. Der **Preis** muss hinreichend bestimmt in dem Anerbieten bezeichnet sein, wenn dasselbe bindend sein soll.

Der Grad von Bestimmtheit, in welchem das Erforderniss eines pretium

---

spricht dem Artikel jede zwingende Kraft, auch die Bedeutung einer jur. Vermuthung ab. Der Wortlaut des Artikels würde für das Gegentheil sprechen, die Gerichts- und Handelspraxis hat sich aber für eine Auffassung entschieden, welche man so wie oben im Texte geschehen ausdrücken kann, eine Auffassung, welche mit der von Regelsberger a. a. O. ausgesprochenen Ansicht praktisch zusammenfällt: der Artikel will nur eine Wegleitung für die Lösung der Auslegungsfrage geben.

<sup>27)</sup> Darum darf es als auffallend bezeichnet werden, dass Anschütz und Völdern-dorff, obwohl sie dem Art. eine theils als lex cogens, theils als Präsumpcion bindende Kraft beilegen, ohne Weiteres die analoge Geltung desselben für Kaufsanerbieten aussprechen.

<sup>28)</sup> Art. 335. Hierüber s. oben S. 479—481.

<sup>29)</sup> Einzelnes hierüber s. bei Hahn a. a. O. S. 233 ff. u. in den dort cit. Erk. d. R.O.H.G.

certum für verbindliche Anträge gestellt wird, entfernt sich von jedem Formalismus noch weiter als der Grad der Bestimmtheit, mit welchem die Waare zu bezeichnen ist. So wie nämlich der Preis im perfekten Kaufvertrage<sup>30)</sup> entweder ausdrücklich vereinbart (eigentlicher Konventionalpreis) oder stillschweigend angenommen (als präsumtiv oder fictiv festgesetzt anzusehen) ist, so kann der Preis auch in der Offerte nicht bloß ausdrücklich genannt, sondern auch durch stillschweigende Bezugnahme auf ausserhalb des Antrags liegende, dem Antragsempfänger bekannte oder zugängliche Notizen u. s. w. angeboten sein, ohne dass durch letzteren Umstand, nämlich durch das Stillschweigen über den Preis, die Verbindlichkeit des Antrags ausgeschlossen wird. Es ist hiebei darauf aufmerksam zu machen, dass die Anwendung des Artikels 337 gerade hinsichtlich des Preiserfordernisses auf den Widerstand der Anschauungen und wohl auch der Bedürfnisse der Praxis stossen würde, wenn man ihn in einer andern als der oben angegebenen Weise interpretiren wollte: nicht immer berechtigt der Mangel einer Preisproponirung den Schluss darauf, dass sich der Antragende nicht binden wollte, sondern es kann der Mangel der Preisproponirung, wenn ihm nicht durch anderweite thatsächliche Umstände abgeholfen ist, den Eindruck einer solchen Allgemeinheit oder Vagheit der Offerte erzeugen, dass man diese nicht als verbindlich gewollt oder nicht als Kaufs- oder Verkaufsofferte gewollt annehmen darf. Ein anderer Maassstab für das Erforderniss der Preisproponirung lässt sich nicht festsetzen. Dem Antrage ist die Verbindlichkeit nicht unter allen Umständen aus dem Grunde zu versagen, dass der Antragsteller zwar einen Preis nannte, denselben aber als nur ungefähr maassgebend bezeichnete, etwa durch die Worte „circa“, „ungefähr“, „etwa“,<sup>31)</sup> oder durch den für gewisse angegebene Fälle beigefügten Vorbehalt der Preiserhöhung.<sup>32)</sup> Doch bildet die Unbestimmtheit des Preises in der Offerte weit eher einen Grund für die Annahme der Unverbindlichkeit des Antrags, als die Preisunbestimmtheit beim Vertragsabschlusse den Vertrag ungültig macht; denn auf die Ernstlichkeit des Willens des einen und des andern Kontrahenten ist aus der Thatsache der Willenseinigung mit Offenhaltung der Preisfeststellung sicherer und leichter zu schliessen als auf das Sichbindenwollen des Antragstellers aus dem der ausdrücklichen Preisproponirung entbehrenden einseitigen Antrage.

3. Um das Anerbieten verbindlich erscheinen zu lassen, muss auch die **Menge** der in den Handel genommenen Waaren hinreichend genau bezeichnet sein. Dieses Erforderniss fällt weg, wenn der Antrag sich nur auf ein Sachindividuum bezieht, der beabsichtigte Kauf oder Verkauf demnach ein Spezies-

<sup>30)</sup> S. oben § 261 II.

<sup>31)</sup> Ein derartiger Zusatz hat nach der Auffassung des R.O.H.G. die Bedeutung, dass nach dem Willen der Paciscenten die in Zahlen ausgedrückte Summe nicht in bedeutendem Maasse überschritten werden soll; und die Unbestimmtheit einer derartigen Vereinbarung schliesst dann die Verbindlichkeit nicht aus, wenn sich die Preishöhe eventuell durch arbitrium festsetzen lassen würde. Vgl. R.O.H.G. VIII Nr. 51 S. 209, I 56, 144. „Kundenüblicher Preis“ s. G.Z. XXIII S. 546.

<sup>32)</sup> R.O.H.G. X Nr. 29 S. 149. v. Hahn a. a. O., S. 234 Anm. 5—11. Lörtsch u. Schröder, Urkunden II. Aufl. Nr. 186 (Spekulationskauf vom Jahre 1831).

kauf<sup>33)</sup> sein soll. Aber auch für diejenigen Fälle, in welchen der Antrag die Waare nicht individuell sondern nur unter Angabe gewisser, mehr oder weniger genau, mindestens durch die Objektbenennung ausgedrückten Eigenschaften bezeichnet, das durch den Antrag eingeleitete Geschäft mithin ein Genuskauf werden soll, ist durch den Art. 337 keineswegs eine ziffermässig feste Quantitätsbestimmung gefordert. Vielmehr hat die Vorschrift dieses Artikels auch hier nur den Sinn, den Schluss aus der Vagheit auf die Unverbindlichkeit dem Ausleger der Offerte nahe zu legen. Wo die Menge der angebotenen oder gesuchten Waare nach Zahl, Maass oder Gewicht ungewiss, die Waare selbst aber so genau bezeichnet ist, dass die Quantitätsermittlung nur dem Zwecke der Preisberechnung u. s. w. noch zu dienen hat (z. B. Offerte des „Hopfenvorraths“), kann der Antrag sowohl als der darauf gegründete Vertrag bindend sein, ohne dass die Messung, Zählung oder Wägung stattgefunden hat; dasselbe ist von solchen Anerbietungen zu sagen, in denen die Waarenquantität nur durch Verweisung auf eine ausserhalb des Antrags liegende Thatsache (z. B. „meinen Bedarf“) bezeichnet wird.<sup>34)</sup> Die Bezeichnung dieser Thatsache kann allerdings so wenig Präzision enthalten, dass der Interpret des Antrags daraus auf deren Unverbindlichkeit schliessen muss (z. B. wenn sie ohne alle nähere Zeit- oder Ortsangabe geschieht) oder sie kann, worauf v. Hahn<sup>35)</sup> mit Recht aufmerksam macht, ein Antrag (bindender oder unverbindlicher Art) zu einem Vorvertrage sein. Wie die Qualität der Waare oder die Art derselben unter Umständen aus der im Antrage erwähnten Preisproponirung ersichtlich oder näher bestimmt werden kann, so kann auch die Menge der angebotenen oder gesuchten Waare hinreichend genau durch den angegebenen Preis allein bestimmt sein.<sup>36)</sup> Endlich ist, um das Anwendungsgebiet des Art. 337 richtig zu umgrenzen, zu berücksichtigen, dass die Handelssitte (nicht allgemein, wohl aber unter gewissen Umständen) gewisse Mengenbezeichnungen für ausreichend bestimmt erachtet, ohne dass darin ein ziffermässiges Festsetzen der Quantität der behandelten Waare zu erblicken wäre.<sup>37)</sup>

4. Der Umstand, dass das Anerbieten erkennbar an mehrere Personen gerichtet ist, kann dasselbe so unbestimmt erscheinen lassen, dass es nicht als verbindlicher Antrag aufgefasst werden darf. Das Gesetz hat auch in dieser Beziehung keinen bindenden Satz ausgesprochen, auch nicht für die durch die

<sup>33)</sup> S. hierüber Gareis, Das Stellen zur Disposition § 4, insbes. S. 9.

<sup>34)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 94 S. 291. Vgl. G.Z. XXIII S. 518.

<sup>35)</sup> A. a. O. S. 235 Anm. 14.

<sup>36)</sup> Unter Umständen ist die verbindliche Kraft einer der offerirten Menge nach unbestimmten Offerte dadurch aufrecht zu erhalten, dass das Anerbieten in mehrere alternativ gestellte, präcisirte Anträge zu zerlegen ist, von denen jeder als verbindlich erachtet werden muss. Diesen Fall erörtert v. Hahn a. a. O. S. 236.

<sup>37)</sup> Dieser Art sind die in verschiedenen Erkenntnissen d. R.O.H.G. erwähnten Bezeichnungen: „ein Pöstchen“ Bd. XIII Nr. 32 S. 94; „ungefähr“, „circa“, „etwa“ Bd. I Nr. 14 S. 57, VIII Nr. 51 S. 209, IX Nr. 38 S. 119, 129, XI Nr. 94 S. 285, XIII Nr. 24 S. 75, Bd. XV Nr. 96 S. 334. Der Ausdruck „mehrere hundert Dutzend“ (Bd. XI Nr. 1 S. 1—3) wird als zu unbestimmt aufgefasst. Vgl. VI Nr. 55 L. 241, Nr. 59 S. 255.

Beispiele: „Mittheilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben oder Mustern“ angedeuteten Fälle. In dem häufigen Falle, dass ein Kaufmann seine Waaren durch eine Zeitungsannonce empfiehlt, ist die Unverbindlichkeit eines derartigen Angebots wohl als Regel auszusprechen. Aber auch in andern Fällen ist die Unverbindlichkeit zweifellos anzunehmen, obwohl der Kreis der Antragsempfänger ein engbegrenzter war.<sup>38)</sup> Grund dieser Unverbindlichkeit ist keineswegs die thatsächliche Schwierigkeit der Erfüllung mehrerer über ein und dieselbe Waare abgeschlossenen Kaufverträge, — diese würde das Zustandekommen und die Rechtsverbindlichkeit der Kaufverträge keineswegs beeinträchtigen, sondern bei Mangel der lieferbaren Waare durch Interessesansprüche ausgeglichen werden — sondern der Mangel des Sichbindenwollens.

Aus dem Art. 337 den positiven Satz abzuleiten: das Anerbieten müsse, um verbindlich zu sein, an eine bestimmte, einzelne dem Antragsteller bekannte Person gerichtet worden sein, wäre durchaus unrichtig.

Ist das Anerbieten an eine *persona incerta* gerichtet, so ist die Unsicherheit dadurch nicht vergrößert, es kann eine Selbstbindung des Willens des Antragstellers auch in diesem Falle angenommen werden müssen.<sup>39)</sup> Letzteres ist auch dann der Fall, wenn das Anerbieten zwar erkennbar an mehrere Personen, aber unter ausdrücklicher Erklärung der Bindung des Offerenten gerichtet wurde. Es ist auch für die Verbindlichkeit der Offerte regelmässig gleichgültig, ob der Antragsteller den Antragsempfänger kennt oder nicht, für Denjenigen hält, der er wirklich ist, oder für einen Anderen; nur wo wie beim Kreditkauf die Individualität des Kontrahenten regelmässig eine Rolle spielt, ist der Irrthum in Bezug auf die Person des Antragsempfängers von rechtlicher Bedeutung.<sup>40)</sup> —

Entbehrt ein Antrag aus einem der erörterten Gründe der Eigenschaft eines verbindlichen Antrags in dem oben (unter V. am Eingang S. 564) angenommenen Sinne, so ist er darum nicht nothwendig juristisch bedeutungslos; nicht blos insofern er als Aufforderung zu Anerbietungen wirkt — eine nur thatsächliche Bedeutung —, sondern die speziellen *dicta vel promissa* eines wegen Vagheit unverbindlichen Anerbietens können bedingt verbindlich sein. Lässt sich der Empfänger eines Antrags, welcher wegen der in Art. 337 beschriebenen Allgemeinheit unverbindlich ist, durch die darin liegende Einladung zu einem

<sup>38)</sup> Z. B. ein Kaufmann lässt seinen Kunden durch den Laufburschen ansagen, dass soeben frische Schellfische angelangt seien. Der Mangel der Preisbestimmung würde, da der handelsmässige, handelsübliche, gewöhnliche Preis zu substituieren ist, die Verbindlichkeit nicht ausschliessen; aber man wird in dieser Mittheilung doch nur eine Einladung zum Kaufe erblicken können, denn — der Kaufmann hat nichts Anderes als Dies seinerseits gewollt. Wenn, während der Laufbursche bei den Kunden jene Mittheilung ansagt, der ganze Vorrath ausverkauft ist, so kann keiner der Kunden eine Klage gegen den Kaufmann aus der Offerte erheben; auch wenn der Kaufmann die erfolgte Ankunft der Fische nur einem einzigen Kunden ansagen liess, ist in dieser Thatsache — regelmässig — nur eine Einladung, nicht eine den Kaufmann bindende Offerte zu sehen.

<sup>39)</sup> Vgl. hierüber *Sohm* in *Goldschmidts Z. f. d. ges. H.R.* Bd. XVII S. 49 ff., 69 u. v. *Hahn* a. a. O. S. 240—241.

<sup>40)</sup> Vgl. oben S. 405.

darauf Bezug nehmenden Anerbieten und folgeweise zu einem Verträge herbei, so kann er die in der unverbindlichen Annonce hervorgehobenen Eigenschaften der Waare, die daselbst angegebenen Preise, Zahlungsarten u. s. w. als paktirt in Anspruch nehmen; unter der Bedingung, dass überhaupt der Vertrag abgeschlossen werde, ist hier der einseitige Akt einer Annoncirung ebenso verbindlich wie Einzelvertragsbestimmungen, Traktate oder Punktationen über Vertragsdetails unter der Bedingung verbindlich sein können, dass überhaupt der Vertrag zu Stande kömmt.<sup>41)</sup>

VI. Dem verbindlichen Anerbieten folgt, wenn es zu einem Vertragsabschlusse kommt — in der Regel als besonderer Akt <sup>42)</sup> — die **Annahme**; durch den Anschluss der Annahme an den Vertragsantrag entsteht der Vertrag. Für den Kaufvertrag sind in dieser Hinsicht neben den allgemeinen Sätzen über die Annahme in Handelsgeschäften — s. oben §§ 247, 248 — nur wenige Einzelheiten hervorzuheben.

1. Jene Anträge, welche Bestellungen sind und die Aufforderung zur sofortigen Vertragserfüllung ausdrücklich oder stillschweigend in sich enthalten, können durch die sofortige Zusendung der bestellten Waare — wie oben S. 447 (unter a.) erörtert ist — rechtsgültig angenommen werden. Der Beginn der Erfüllung Seitens des Verkäufers fällt alsdann zusammen mit dem Momente des Vertragsabschlusses. Der Vollgültigkeit der an oben erwähnter Stelle (S. 447—448) aufgestellten Regeln unbeschadet ist jedoch darauf aufmerksam zu machen, dass eine stillschweigende Aufforderung, den Vertrag sofort zu erfüllen und zwar ohne zuvor eine Annahmeerklärung abzusenden, bei Bestellungen im Grosshandel doch nicht als die Regel zu vermuthen, sondern nur dann anzunehmen ist, wenn der Besteller ganz unzweifelhaft gar Nichts anders wünschen oder vermuthen durfte, als dass der Verkäufer durch die sofortige Waarenabsendung im Interesse des Bestellers zu handeln glaubt; jedenfalls aber fordert es die bona fides des Handelskaufs wie die Handelssitte, mindestens gleichzeitig mit der Waarenabsendung dem Besteller im Grosshandel eine Notiz über diese Handlung zuzusenden, eine Notiz, welche allerdings im Zweifel nicht als Erklärung der Annahme der Bestellung, sondern nur als Nachricht von der begonnenen oder vollzogenen Erfüllung des — ohne ausdrückliche Annahmeerklärung — perfekt gewordenen Kaufes anzusehen ist; die Unterlassung dieser Notificirung würde in

<sup>41)</sup> Die scheinbare Anomalie der Thatsache, dass in einer nichtbindenden Willensäußerung Theile bindenden Charakters (wenn auch nur hypothetisch bindenden Charakters vorhanden sind und wirksam werden, verschwindet vor der richtigen Konstruktion des Verhältnisses: der Empfänger des unverbindlichen Antrags (d. i. also der Einladung), welcher diesen Antrag annimmt und in der Erklärung dieser Annahme die erste verbindliche Offerte erklärt, nimmt in diese ausdrücklich oder stillschweigend die dicta vel promissa der Einladung auf und wenn der Empfänger der verbindlichen Offerte diese annimmt, so nimmt er damit auch die Einzelheiten an, welche er zuerst unverbindlich proponirt hat. Diese Konstruktion muss auch der zu demselben Resultate gelangenden (wenngleich mit Recht Abweichungen im Einzelnen gestattenden) Entsch. d. R.O.H.G. XXI Nr. 62 S. 197 zu Grunde gelegt werden.

<sup>42)</sup> Vgl. aber Anm. 1 S. 559.

allen Fällen, in welchen der Natur der Sache nach irgend erhebliche Vorbereitungen Seitens des Bestellers getroffen werden müssen, wenn nicht Schaden oder ausserordentliche Kosten der Waarenabnahme entstehen sollen, den Waarenzusender zu Schadenersatz verpflichten.<sup>43)</sup> Kann die Waarenzusendung, welche der Verkäufer ohne direkte Annahmeerklärung und ohne Notifikation abgehen lässt, innerhalb der Wartefrist<sup>44)</sup> überhaupt nicht an den Besteller gelangen, so trägt der Zusender, ohne Rücksicht auf sonstige Gefahrtragung, das Risiko, welches darin besteht, dass der Besteller sich durch seine Bestellung nicht mehr gebunden erachtet, weil, ohne dass irgend eine Nachricht anlangte, der Zeitpunkt verstrichen ist, in welchem er bei ordnungsmässiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten durfte; denn in allen denjenigen Fällen, in welchen die Waarensendung, um zum Besteller zu gelangen, erheblich längere Zeit brauchen muss, als eine Briefsendung, kann die Absendung der bestellten Waare nicht als „rechtzeitige Absendung der Annahme“ betrachtet werden und darum könnte in diesen Fällen auch nicht die das Gebundensein des Antragenden (hier Bestellers) gesetzlich prolongirende Ausnahmebestimmung des Abs. 2 des Art. 319<sup>45)</sup> Anwendung finden. Die Thatsache, dass der Besteller wörtliche Annahme ausdrücklich fordern kann aber nicht gefordert hat, kann den Waarenabsender von der durch die sofortige Waarenzusendung übernommenen Haftung nicht befreien.<sup>46)</sup>

2. Die Annahme des Kaufs- oder Verkaufsantrags kann unter Umständen

---

<sup>43)</sup> Der Waarenzusender darf den Besteller nicht gerade überrumpeln; wer 50 Stück Mastochsen oder 100 Tonnen Stahlschienen oder 10 Waggons Eisenerz bestellt, kann trotz der Dringlichkeit der eigenen Bestellung mit Fug eine Notiz über die Absendung erwarten; die Sorge für die Thiere, die Vermeidung von Lager- und Wagengeld, die etwa nothwendige Umladung, Stellung von Fuhrwerk und Arbeitskräften zum Ausladen und Weiterbefördern, — Dinge, deren Nothwendigkeit im einzelnen Falle dem Absender bekannt ist — fordern, dass der Absender dem Besteller, brieflich oder telegraphisch, jedenfalls rechtzeitig, die Notiz zugehen lässt: „Die von Ihnen bestellten . . . Wagenladungen sind heute an Sie abgegangen“ oder dgl. Solches erheischt die Handelssitte; die Verletzung derselben, die Verletzung von Treu und Glauben würde eine Interesseforderung, den Schadenersatzanspruch begründen.

<sup>44)</sup> Art. 319, s. oben S. 436, 437.

<sup>45)</sup> S. oben S. 438.

<sup>46)</sup> Nicht die Grundsätze über die Dispositionsstellung von zu früh zugesandten Waaren (s. Gareis, Das Stellen zur Disposition §§ 66—69), aber auch nicht die Grundsätze über die von unbestellt zugesandten Waaren (Gareis, ebenda S. 83 ff., 165, 169—179) haben Anwendung zu finden, wenn der Besteller die Waarensendung als verspätete Annahmeerklärung zurückweisen will; die ersteren nicht, weil die Dispositionsstellung wegen Zufrühlieferung einen abgeschlossenen Vertrag voraussetzt, ein solcher aber nicht vorliegt; die letzteren nicht, weil die Waaren nicht unbestellt, sondern auf Bestellung zugesandt wurden; man wird als in der Handelssitte begründet und dem Gebot von Treue und Glauben entsprechend fordern müssen, dass der Waarenempfänger (Besteller) sofort bei Kenntnissnahme der Ankunft der als Annahmeerklärung zu spät, als Vertragserfüllung zu früh kommenden Waare dem Waarenzusender die Anzeige mache, dass er die Waare nicht mehr beziehen (empfangen, behalten) wolle oder dass er Ersatz für den durch die Ueberraschung eingetretenen Schaden verlange.

auch aus dem **Stillschweigen** des Antragsempfängers hervorgehen. Hievon oben S. 448—452. Es ist hier hervorzuheben:

a. Auf Aufträge, welche Bestellungen oder sonstige Anträge behufs Abschluss von Kaufverträgen sind, hat Art. 323 des H.G.Buchs keine Anwendung zu finden.<sup>47)</sup> Es gilt gegenüber den Kaufs- und Vertragsanträgen vielmehr das Prinzip, dass, sofern nicht besondere andersgebietende Umstände vorliegen, das **Stillschweigen Ablehnung** bedeutet.

b. Welche **Umstände** den Ausleger des Stillschweigens berechtigen und verpflichten, dasselbe als Genehmigung des Antrags zu deuten, lässt sich — abgesehen von dem Prinzip von Treue und Glauben<sup>48)</sup> — nicht allgemein aussprechen.

Im einzelnen lässt sich nur Folgendes konstatiren:

aa. Sind Antragssteller und Antragsempfänger Kaufleute, welche miteinander in bereits länger dauernder Geschäftsverbindung stehen,<sup>49)</sup> und richtet, dem bisherigen Gange des Geschäfts entsprechend, der Eine an den Andern einen Kaufs- oder Verkaufsantrag, dessen Verbindlichkeit unzweifelhaft ist, so würde ein einseitiges, dem andern Theile unerwartetes Verlassen der bisherigen zwischen Beiden beobachteten Geschäftspraxis gegen die Redlichkeit verstossen, insofern dadurch dem andern Theile Nachtheile zugehen; daher ist zunächst das mit Sicherheit zu sagen: War es unter diesen Beiden für ihre regelmässigen Geschäfte üblich, Anträge mit Stillschweigen zu acceptiren, so ist unter den angegebenen Voraussetzungen hieran festzuhalten und demnach das Stillschweigen für Annahme zu erklären. Schwieriger ist die Entscheidung, wenn es unter diesen Beiden bisher üblich war, auf die Offerten, wenn sie angenommen werden, mit Annahmeerklärung ausdrücklich zu antworten; dennoch ist auch hier möglich, dass das Stillschweigen konkludent für die Annahme werde, dann nämlich, wenn es sich um die gewöhnlichen, völlig in dem Kreise der bisherigen Geschäftsverbindung liegenden Bestellungen, Aufträge u. s. w. handelt.

bb. Wenn der Antragsempfänger Kaufmann ist, vollzieht sich der Abschluss des Kaufantrags mittels stillschweigender Annahme des verbindlichen Antrags, wenn Verhältnisse vorliegen, welche, wie der Antragsempfänger weiss, in dem Antragsteller die Ueberzeugung hervorrufen, der Antragsempfänger sei rechtlich oder wirtschaftlich gezwungen, den angebotenen Vertrag abzuschliessen, oder wenn die Lage des Geschäfts, die Art der Waare u. dgl. derart ist, dass der Antragsteller mit Sicherheit darauf rechnen zu können glaubt, der Antragsempfänger werde auf den Vertrag eingehen, und wenn diese Meinung oder jene Ueberzeugung des Antragstellers dem Antragsempfänger bekannt ist; hier würde der gute Glaube im Handelsverkehr ganz unzweifelhaft verletzt, wenn der An-

<sup>47)</sup> R.O.H.G. V Nr. 37 S. 170 (auch X Nr. 41 S. 188) und VII Nr. 90 S. 338. Vgl. auch v. Hahn S. 217 Anm. 2.

<sup>48)</sup> S. oben S. 451, Text zu Not. 19.

<sup>49)</sup> Aus der Thatsache, dass Jemand schon vorher Hopfen von dem Andern gekauft hat, ergibt sich noch keine Geschäftsverbindung zwischen diesen beiden, Erk. d. O.A.G. zu Jena, Buschs Arch. f. H.R. B. XIII S. 288, 289, Erk. d. A.G. zu Eisenach, ebenda S. 287. Vgl. aber auch G.Z. XXIII S. 525.



tragsempfänger obwohl nicht annehmend schweigen würde; dies ist mit Sicherheit für den Fall zu behaupten, dass der Antragsempfänger Kaufmann ist.

cc. Ist der Antragsempfänger durch die Art, Ausdrucksweise oder Motivirung des an ihn gelangten Antrags zu der Vermuthung veranlasst, — oder weiss er es gar bestimmt —, dass der Antragsteller ihn, den Antragsempfänger irrthümlicherweise für verpflichtet hält, den Antrag anzunehmen (ein Fall, der u. A. dadurch herbeigeführt werden kann, dass der Antragsteller einen vorausgehenden unverbindlichen Antrag des (jetzigen) Antragsempfängers für verbindlich hält, oder dadurch, dass der Antragsteller eine vorausgegangene Erkundigung des Antragsempfängers als eine feste Bestellung ansieht), so würde der Antragsempfänger, wenn er nicht annehmen will, aber den Antragsteller stillschweigend im Irrthum belässt, gegen die im Verkehr herrschende Redlichkeit verstossen; sein Stillschweigen wäre desshalb als Annahme des Antrags anzusehen.

dd. Sind mehrere Kaufs- oder Verkaufsanträge zugleich vom Antragsteller an den Antragsempfänger gerichtet, so ist, wenn einzelne derselben ausdrücklich abgelehnt werden, aus dem Stillschweigen in Betreff der übrigen auf die Annahme der letzteren zu schliessen.<sup>50)</sup> Bestehen die Verkaufsanträge in der Zusendung unbestellter Waaren, und acceptirt der Empfänger einen Theil derselben, so gelten die übrigen Waaren als abgelehnt — vorausgesetzt, dass die Waaren theilbar sind; — lehnt er aber einen Theil dieser Waaren ausdrücklich ab, so gelten die mit Stillschweigen übergangenen Waaren als genehmigt und der Kaufvertrag als durch stillschweigende Genehmigung des in der Waarenzusendung liegenden Verkaufsantrags abgeschlossen.<sup>51)</sup>

ee. Besteht das Verkaufsanerbieten in der Zusendung von unbestellten Waaren, so ist das Stillschweigen des Empfängers gegenüber dem Offerenten dann als Annahme des Antrags aufzufassen, wenn der Empfänger die Waaren in einer über eine blossе Prüfung derselben hinausgehenden Weise angegriffen, vollständig und dauernd in Gebrauch genommen, verarbeitet, verbraucht, konsumirt, verkauft oder sonst wie weiterveräussert, überhaupt darüber zu seinem Nutzen eigenmächtig disponirt hat.<sup>52)</sup> Jeder derartige Konsum der Waare hat die Wirkung der Antragsannahme und folgeweise des Vertragsabschlusses, wenn und weil in ihnen der Wille, den Vertrag abzuschliessen, gesehen wird. Ist letzteres ausgeschlossen, ist der Konsum vielmehr nur durch Zufall herbeigeführt, oder durch Irrthum, Verwechslung der unbestellten Waare mit einer ähnlichen bestellten oder dergl. veranlasst worden, so ist aus dem Konsum keine Annahme der Offerte zu folgern, mithin auch kein Vertrag vorhanden, möglicherweise ein Anspruch auf Schadenersatz, auf Herausgabe der Bereicherung gegeben, die Gefahr des Zufalls aber lastet auf dem Eigenthümer, dem Zusender der Waaren.

<sup>50)</sup> S. oben S. 451 Anm. 20.

<sup>51)</sup> Vgl. Steinbrüchel in Buschs Arch. f. H.R. Bd. I S. 354 ff. Vgl. ferner Busch, Arch. Bd. II S. 115—117. — Erk. d. H.A.G. zu Nürnberg d. 9. Dezbr. 1864, Z. f. H.G. u. Rechtspf. in Bayern XI S. 236. — G.Z. Bd. XXIII S. 530.

<sup>52)</sup> Erk. d. St.A. zu Frankfurt a. M. v. 9. Nov. 1865, Centralorgan f. H.R. N. F. II S. 374 ff. Erk. d. O.A.G. zu Dresden v. 5. Aug. 1865 in Buschs Arch. f. H.R. Bd. VII S. 57. Vgl. G.Z. XXIII S. 525, 527.

ff. Endlich ist auch auf die Bildung lokaler oder nur innerhalb gewisser einzelner Geschäftszweige maassgebender Gewohnheitsrechte aufmerksam zu machen, insoferne solche dahin gehen, von der unter aa. vorausgesetzten längeren Geschäftsverbindung unter Umständen abzusehen, und in dem stillschweigenden Behalten zugesandter Waaren eine Genehmigung des in der Waarenzusendung liegenden Antrags zu erblicken, dann nämlich, wenn der Waarenempfänger Kaufmann ist und die Waaren von Preisfakturen begleitet sind.<sup>53)</sup>

Die Kaufmannseigenschaft hat als einer derjenigen Umstände, unter denen das Stillschweigen als Annahme zu deuten ist, jedenfalls eine bedeutende Rolle zu spielen: ist ja doch innerhalb des Berufskreises der Kaufleute die Wirksamkeit des Prinzips von Treu und Glauben, in Gebräuchen bis zur Entstehung von Usancen, diese eingeschlossen, gesichert und die Kenntniss der Gebräuche der einzelnen Branche regelmässig vorauszusetzen; aber der handgreifliche Irrthum des Antragstellers (oben unter cc.) und der begonnene oder gar vollzogene Konsum der unbestellt zugesandten Waare (s. oben unter ee.) sind Umstände, welche die Geltung des Prinzips der stillschweigenden Annahme über den Bereich der Kaufmannschaft hinaustragen.

3. Der Antrag, zu kaufen oder zu verkaufen, und die Annahme dieses Antrags müssen sich, um den Kaufvertrag hervorzubringen, in allen Punkten decken. (Hierüber s. oben S. 452, 453.) Diese Forderung bezieht sich sowohl auf die Waare (s. oben § 260 S. 548) als auf den Preis (s. oben § 261 S. 551 ff.), sie bezieht sich sowohl auf die ausdrücklich erwähnten, d. i. unmittelbar erklärten<sup>54)</sup> als auch auf die stillschweigend, d. i. mittelbar geäusserten Punkte, in beiden Richtungen abermals die Vereinbarung über Preis und Waare, aber auch die sonstigen „Vertragsbedingungen“ wie Lieferzeit, Erfüllungsort, Zahlungszeit, Münzsorte u. s. w. umfassend: es muss eben „Willensübereinstimmung“ in Betreff des Austausches von Waare und Geld geschaffen sein, s. oben § 259 a. E. S. 548, ein voller und echter Konsens vorliegen.<sup>55)</sup>

Mit der Aufstellung dieses Erfordernisses ist keineswegs gesagt, dass zur Feststellung von „Waare“ und „Preis“ und sonstigen Vertragspunkten nicht auch Faktoren herangezogen und thätig werden können, welche ausserhalb der Willenserklärung der beiden Kontrahenten liegen, insbesondere auch so, dass erst nach der Perfektion des Vertrags eine den Vertragswillen präzisirende Thätigkeit (eines Kontrahenten oder eines Dritten) eintritt.

Solches liegt vor, so oft zur Ergänzung oder Erklärung einer unmittelbaren oder mittelbaren Willenserklärung eine Dispositivbestimmung oder Interpretationsregel des Gesetzes<sup>56)</sup> oder des Gewohnheitsrechtes, oder ein erst nach Abschluss des Geschäfts vorzunehmendes, zur Preisfestsetzung erforderliches Messen, Zählen,

<sup>53)</sup> Vgl. Z. f. G.G. u. Rechtspflege in Bayern Bd. XI S. 118, Bd. XIII S. 95, Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 179.

<sup>54)</sup> S. oben S. 387.

<sup>55)</sup> Vgl. Sohm, in Goldschmidts Z. Bd. XVII S. 81 ff.

<sup>56)</sup> Z. B. H.G.B. Art. 324—330, Art. 335, Art. 336.

Wägen der Waare, oder auch des Geldes,<sup>57)</sup> oder die Erklärung einer dritten Person herangezogen wird. Letzteres ist in mehrfacher Weise möglich: so dass die Willkür dieser Person oder so dass ein auf bestimmte objektive Momente sich gründendes Urtheil oder billiges Ermessen dieses Dritten maassgebend sein soll; das Handelsrecht neigt im Zweifel zu Letzterem und bindet alsdann den Willen jenes Dritten an das Handelsübliche;<sup>58)</sup> dies ist im Zweifel auch dann anzunehmen, wenn die Bestimmung der Waare im Vertrage dem Verkäufer, oder die Bestimmung des Preises dem Käufer überlassen ward<sup>59)</sup> und als der Preis ist regelmässig, für alle Fälle, in denen der Wille der Parteien nicht Anderes ausspricht, der Börsen- oder Marktpreis als das gewollte pretium certum, justum, verum anzusehen.<sup>60)</sup>

In denjenigen Fällen, in welchen der Kaufvertrag durch stillschweigendes Annehmen Seitens des Antragsempfängers entsteht, ist als vereinbarter Preis der fakturirte nicht beanstandete Preis oder in Ermangelung einer Preisfakturirung der geschäfts- oder marktübliche Preis zu bezahlen.

Dass der Wille des Käufers wie der des Verkäufers, um einen Kaufvertrag hervorzubringen, echt, ernstlich gemeint sein muss, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen (s. oben §§ 240, 241). Das Kaufgeschäft kann auch simulirt sein, es kann ferner als fiduziarisches Geschäft oder als rechtsgeschäftlicher Schleichweg gemeint sein (s. oben S. 408—411). So kann der (scheinbare) Kaufvertrag zur Schenkung werden, wenn der Preis nicht ernstlich gemeint oder durch die vereinbartermaassen zulässige Willkür des Käufers so weit herabgedrückt wird, dass er offenbar aufhört eine Gegenleistung gegen die hochwerthige Waare zu sein.<sup>61)</sup> So können Scheinkäufe zur Umgehung des Verbots von Schenkungen, zur Umgehung von Wuchergeschäften, zur Differenzenspekulation verwendet werden.<sup>62)</sup>

Die Vereinbarung über den Kaufpreis ist nach allgemeinem Handelsbrauche auch in der Annahme und dem Behalten der mit Preisfaktura (Preisnota) übersandten unbestellten Waare zu sehen.<sup>63)</sup> In gleicher Weise kann sich auch die Preisbildung bei denjenigen Kaufverträgen vollziehen, welche durch eine die Annahme eines Antrags enthaltende Waarenzusendung (d. i. durch sofortige Erfüllung auf Bestellung) abgeschlossen werden.<sup>64)</sup>

<sup>57)</sup> Kaufberedung für so viel Geld, als der vom Käufer vorgezeigte Beutel enthält, Kauf zum erwähnten Course. Ueber diese und ähnliche Fälle und die hierin möglichen Eventualitäten s. Treitschke-Wengler, Der Kaufkontrakt, 1865 S. 58 Anm. 4 u. 5.

<sup>58)</sup> Ueber die durch Schätzung Seitens eines Dritten festzustellende Preishöhe s. Treitschke-Wengler S. 57—59.

<sup>59)</sup> Vgl. Windscheid, P. § 386 Anm. 6 u. die dort cit. Literatur, insbes. a. Ende der Note.

<sup>60)</sup> S. oben § 261 S. 552 ff.

<sup>61)</sup> Windscheid, P. § 386 a. E. Anm. 7—8. — Vgl. oben S. 559.

<sup>62)</sup> Ueber Bedeutung von Gültigkeit solcher Geschäfte s. oben S. 408—411, insbes. Anm. 17, 22, 23, 26—30. — Treitschke-Wengler a. a. O. § 20 (S. 63, 64).

<sup>63)</sup> R.O.H.G. III Nr. 23 S. 113, vgl. oben Ziff. 2 b unter aa. — ff.

<sup>64)</sup> S. oben VI 1 (S. 570—571).

### III. Arten des Kaufes.

§ 263.

#### A. Der Baarkauf, der Kreditkauf und der Pränumerationskauf.<sup>1)</sup>

Das zeitliche Verhältniss, in welchem nach objektivem oder Vertragsrecht die Zahlung des Kaufpreises und die Lieferung der Waare zu einander stehen, führt zu der Unterscheidung von Baar-, Kredit- und Pränumerationskauf.

Ist der Kaufpreis sofort bei Empfang der Waare („gegen Empfang der Waare“) zu entrichten, so ist der Kauf ein Baarkauf, Kauf per contant,<sup>2)</sup> Kauf gegen baare Zahlung, Kauf Zug um Zug, Kauf per Kassa, Kontantkauf.<sup>3)</sup>

Ist der Kaufpreis vor der Uebergabe (Ablieferung) der Waare, vor Empfang der Waare zu bezahlen, gleichviel, ob kurze Zeit vorher oder ob sofort beim Vertragsabschluss oder ob zwischen diesem letzteren und der Waarenübergabe in irgend einem Zeitpunkte, so ist der Kauf ein Pränumerationskauf, Kauf gegen Vorausbezahlung, Kauf gegen pränumerirte Zahlung.

Ist der Kaufpreis gestundet und erst an einem Zeitpunkte nach der Uebergabe der Waare zu bezahlen, so ist der Kauf ein Kreditkauf, Kauf auf Borg, Kauf auf Zeit, Zeitkauf (in diesem Sinne), Kauf auf Ziel.

Wann der Kaufpreis zu zahlen und welche Art von Kauf demnach gemeint sei, hängt von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, von der unmittelbar oder mittelbar erklärten Willenseinigung der Kontrahenten ab.

<sup>1)</sup> Ueber Baar- und Kreditkauf s. Goldschmidt, H.R. (1. Aufl.) § 81 S. 847 ff. (Lit. Anm. 31 S. 449 Anm. 35 S. 850).

<sup>2)</sup> Im gewöhnlichen Sinne des Worts; die Bezeichnung hat auch eine ganz andere Bedeutung, nämlich die des Ausschlusses jeder nicht in Baargeldzahlung bestehenden Tilgung der Preisschuld. Vgl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 34 S. 159.

<sup>3)</sup> „Kontantgeschäft“ s. R.G. betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, vom 1. Juli 1881. (R.G.B. Nr. 17.) Tarif hierzu II Befreiungen 2, Kontantgeschäfte im Sinne dieses Reichsgesetzes sind Baarkäufe, „Käufe Zug um Zug“, und sie, d. h. die darüber angestellten Schlussnoten und Rechnungen, sind stempelfrei, wenn sie, gleichviel bis zu welchem Betrage, Wechsel oder gemünztes oder ungemünztes Gold oder Silber zum Gegenstand haben und ihre Eigenschaft als Kontantgeschäft sowie der Gegenstand

I. Der **Baarkauf** — im Kleinhandel das Regelmässige und wohl auch Wünschenswertheste — erhält seine juristische Charakterisirung dadurch, dass keiner der beiden Kontrahenten den andern rechtlich zwingen kann, mit seiner Vertragserfüllung voranzugehen. Jeder der beiden Kontrahenten ist demnach im Baarkaufverhältniss gehalten, seinerseits zu leisten oder wenigstens die Leistung zur sofortigen Entgegennahme bereit zu stellen, wenn er von dem andern vertragschliessenden Theile die schuldige Leistung fordern will.<sup>4)</sup> Hat der Käufer den Preis bezahlt, so kann er sofort die Lieferung der Waare verlangen; er braucht aber nicht vorher zu zahlen,<sup>5)</sup> sondern er kann den Preis zurückhalten, bis ihm die Waare geliefert ist; doch kann er die Waarenlieferung fordern, wenn er den Preis so angeboten hat, dass der Verkäufer ihn ergreifen kann; Letzteres kann nicht bloß dadurch geschehen, dass, wie im Ladenverkehr gewöhnlich ist, der Käufer den Preis dem Verkäufer vor Augen, auf den Laden- oder Kassatisch legt, sondern auch durch eine Deponirung bei einem Dritten (z. B. Bankier), bei welchem der Preis zur Disposition des Verkäufers steht. Hat der Verkäufer die Waare geliefert, so ist der Kaufpreis fällig vom Moment der Uebergabe der Waare an, daher bei Baarkäufen unter Kaufleuten von diesem Momente an ohne Verabredung oder Mahnung zu verzinsen<sup>6)</sup> und demnach beliebig zu fordern;<sup>7)</sup> aber auch der Verkäufer braucht nicht vorher zu leisten, sondern er kann die Waare zurückhalten, bis ihm der Preis bezahlt wird; er kann aber den Preis schon dann fordern, wenn er die Waare so angeboten hat, dass der Käufer sie ergreifen kann, z. B. vom Ladentisch wegnehmen, vom Depositar holen kann.<sup>8)</sup> Beim Genuskauf (hievon unten § 266) ist die Kaufpreisforderung erst dann gegeben, wenn der Verkäufer die Waare in der vertragsmässigen und gesetzmässigen Beschaffenheit geleistet hat.<sup>9)</sup>

des Vertrags aus den Schriftstücken ersichtlich ist. S. Gareis in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 3. Aufl. unter „Zeitkauf“ S. 1379 ff.

<sup>4)</sup> R.O.H.G. IX Nr. 118 S. 435, XII Nr. 91 S. 275.

<sup>5)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 62 S. 268. Vgl. Keyssner im Deutschen Handelsblatt 1881 Nr. 16 S. 161.

<sup>6)</sup> H.G.B. Art. 289.

<sup>7)</sup> Das Eigenthum an der Waare geht auf den Käufer nach röm. Rechte erst über, wenn er den Kaufpreis bezahlt oder wenn der ursprünglich als Baarkauf abgeschlossene Kauf hinterher ausdrücklich in einen Kreditkauf umgewandelt wurde. Vgl. Thöl, H.R. § 256 insbes. Anm. 3 u. 4.

<sup>8)</sup> Sind Ratenlieferungen im Baarkauf vereinbart, so ist der Preis für jede einzelne Lieferung Zug um Zug zu entrichten und folgeweise der Verkäufer nicht verpflichtet, die Ratenlieferungen, so lange frühere Raten nicht bezahlt sind, fortzusetzen. R.O.H.G. XXI Nr. 13 S. 34, vgl. hiermit R.O.H.G. III Nr. 31 S. 148.

<sup>9)</sup> R.G. III Nr. 26 S. 88. Der Satz, den das Reichsgericht daran reiht: „Daraus folgt, dass beim Genuskauf der Verkäufer, ehe er den Kaufpreis fordern kann, dem Käufer die Möglichkeit gewähren muss, sich von dieser Beschaffenheit der Waare zu überzeugen,“ — ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Die Beschaffenheit der Waare ist häufig erst später zu prüfen, oft erst beim Gebrauch zu erkennen. Aus demselben Grunde ist auch die Motivirung des Erk. d. R.O.H.G. v. 25. April 1874 (Entsch. Bd. XIII Nr. 65 S. 187 ff.) zu beanstanden, mit welcher die Unzulässigkeit der Preiserhebung mittels Nachnahme im Kassegeschäft dargethan werden soll; hierüber s. unten S. 579

Das Gesetz spricht eine Rechtsvermuthung für den Baarkauf aus: soferne nicht ein Anderes durch die Natur des Geschäft bedingt oder durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist, muss der Kaufpreis bei der Uebergabe der Waare entrichtet werden.<sup>10)</sup>

Es kann sein, dass die Charakterisirung des Kaufes im einzelnen Falle als Baarkauf ein wesentlicher Bestandtheil der Willensmeinung und Willenserklärung des Kontrahenten, insbesondere (im Gegensatz zum Kreditkauf) des Verkäufers ist; möglich ist aber auch, dass keiner der beiden Kontrahenten einen erheblichen Werth darauf legt, wann der Kaufpreis bezahlt wird.<sup>11)</sup> Hält der eine der Kontrahenten diesen Punkt für wesentlich, nicht aber der andere Kontrahent, so kommt es darauf an, ob nach der allgemeinen Sachlage die Zahlungszeit im vorliegenden Einzelfalle objektiv die Bedeutung eines wesentlichen Vertragspunktes hat. Ist letztere Frage zu bejahen und steht fest, dass die Kontrahenten in Bezug auf die Zahlungszeit verschiedener Meinung waren (nicht die Frage offen liessen), so darf die gesetzliche Präsumption des Art. 342 Abs. 2 nicht zur Ausfüllung dieser „Lücke“ im Vertrage herangezogen werden, sondern man muss sagen: es liegt kein Vertrag vor; alsdann kann der Verkäufer die etwa bereits übergebene Waare vindiziren, ohne dass seiner dinglichen Klage die Einrede des Vertrags (*exc. rei vend. & trad.*) entgegengesetzt werden könnte, und der Käufer kann die etwa geleistete Theilzahlung zurückfordern, denn es liegt kein Vertrag vor.<sup>12)</sup> Denkbar ist jedoch auch, dass die Meinungs-

bis 580 u. § 269 II. Vgl. aber auch Römer in Goldschmidts Z. Bd. XXIII S. 29, auch Keyssner im Deutschen Handelsblatt 1881 S. 161.

<sup>10)</sup> Art. 342 Abs. 3 (vgl. jedoch hierzu III. Kreditkauf).

<sup>11)</sup> Vgl. oben § 241 Anm. 3 (S. 405).

<sup>12)</sup> Zwei scheinbar identische Fälle, welchen das gemeinsam ist, dass die beiden Parteien einen Kaufvertrag abschliessen, ohne die Zahlungszeit zu erwähnen, sind demnach scharf von einander zu trennen. Einerseits:

a. aus dem in Betreff der Zahlungszeit herrschenden Stillschweigen der Kontrahenten ist zu schliessen, dass unter ihnen eine Meinungsverschiedenheit nicht besteht, so dass sie beide auf die Zahlungszeit keinen besondern Werth legen, oder so, dass sie beide nichts Anderes als das durch die Natur des Geschäfts, das Uebliche, das in der Branche Handelsmässige, eventuell das vom Gesetz Vermuthete wollen. In diesem Falle besteht der Vertrag; ist der vorliegende Kauf seinem hiernach zu interpretirenden Thatbestande nach ein Baarkauf, so ist, wenn die Waare übergeben wurde, die Klage auf Zahlung des Kaufpreises (mit oder ohne Zinsen), nicht aber eine auf Rückgabe der Waare gerichtete Klage oder die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrage (etwa nach Art. 354 d. H.G.) dem Verkäufer gegeben. Andererseits:

b. aus dem beiderseitigen Stillschweigen in Betreff der Zahlungszeit ergibt sich im Einzelfalle nicht, dass eine Meinungsverschiedenheit nicht bestehe, sondern es zeigt sich hinterher, dass der Käufer stillschweigend einen Kreditkauf, der Verkäufer stillschweigend einen Baar- oder gar einen Pränumerationskauf abzuschliessen gewillt war und vermeinte, während die objektive Betrachtung zeigt, dass es jedem der beiden Kontrahenten wesentlich darauf ankommt, dass die Bezahlung, so wie er und nicht die Gegenpartei meint, erfolge. (Kommt es nur dem Einen der beiden Kontrahenten darauf an, während die Zahlungszeit dem andern gleichgültig ist, so kommt das Geschäft zu Stande und zwar so, wie jener Eine es stillschweigend wollte; z. B. der Kunde tritt in den Kaufladen, ohne

verschiedenheit, welche in irgend einem Momente des Vertragsabschlusses oder der beginnenden Erfüllung zum Vorschein kam, wiederum schwindet, die Frage der Zahlungszeit dann überhaupt nicht mehr ausdrücklich berührt und somit für die Anwendung der gesetzlichen Präsumpcion des Baarkaufs Raum geschaffen wird.<sup>13)</sup>

II. Der Pränumerationskauf — im Handel der am seltensten vorkommende Kauf — findet seine juristische Charakterisirung darin, dass der Käufer mit seiner Leistung (Geldzahlung) vorangehen muss und erst dann die Waarenlieferung fordern kann, wenn er bezahlt hat und die etwa noch festgesetzte Frist abgelaufen ist. Vor Uebergabe der Waare Zahlung zu leisten, ist kein Käufer verpflichtet, es wäre denn die Pränumeration (ausdrücklich oder stillschweigend) beschlossen; zu vermuthen ist Letzteres nicht; doch kommen auch im grösseren Handelsverkehr Fälle vor, in denen die Vorausbezahlung des Kaufpreises nicht ungewöhnlich ist, namentlich die theilweise Pränumeration, die „Anzahlung“, der „Einschuss“.

Da der Käufer im Zweifel nicht zur Vorausbezahlung verpflichtet ist, so nimmt man an,<sup>14)</sup> dass dem Verkäufer ohne besondere Vereinbarung nicht das Recht zusteht, den Kaufpreis mittels Nachnahme zu erheben; als Grund hiefür wird angegeben, dass durch die Nachnahme der Käufer in die Lage versetzt werde, mit der Zahlung voranzugehen, um die Waare zu erhalten, wozu er, wenn es nicht vereinbart wurde, nicht verpflichtet sei. Diese Beweisführung ist nicht stichhaltig:<sup>15)</sup> die Uebermittlung von Waare und Preis auf dem Wege der Nachnahme ist vielmehr ein Handeln Zug um Zug, welches durch das Waarenzusenden eingeleitet wird, und, was die Uebergabe der Waare anlangt, damit abschliesst, dass durch den Frachtführer, die Post, die Eisenbahn, den Abrollspediteur u. dgl. das unter Nachnahme übersandte Gut dem Käufer

Geld bei sich zu führen; der Verkäufer weiss dies nicht, es ist ihm auch gleichgültig, ob er von dem Kunden sofort den Preis erhalte oder erst später, denn er kennt die Kreditwürdigkeit desselben; der Kauf kommt als Kreditkauf zu Stande, weil der momentan geldlose Kunde ihn nur so will; oder: der Kunde tritt, mit Geld versehen, in den Kaufladen, es ist ihm vielleicht erwünschter, auf Borg als gegen Baar zu kaufen; der Verkäufer aber will ihm nur gegen Baar verkaufen und damit ist der Käufer dann auch einverstanden, so dass dieser Kauf als Baarkauf zu Stande kommt. Civilistisch ist die Möglichkeit eines derartigen Zustandekommens des Vertrags dadurch zu konstruiren, dass man annimmt, der eine der beiden Kontrahenten, nämlich derjenige, welchem es nicht darauf ankommt, ob gegen Baar oder auf Borg gekauft werde, fasse zwei eventuelle Willensentschlüsse.) Fehlt es also an der Möglichkeit, eine auch die Zahlungszeit umfassende Willenseinigung Beiden (nöthigenfalls mittels eventuellem Willen) zu konstruiren und steht zugleich fest, dass jene Zeitbestimmung als wesentlicher Vertragstheil aufgefasst werden sollte, so kommt kein Vertrag zu Stande, die etwa schon in Voraussicht des Vertragsabschlusses übergebene Waare muss der Empfänger wieder herausgeben.

<sup>13)</sup> Nur unter diesen genau gefassten Voraussetzungen dürfte dem Erk. d. R.O.H.G. Bd. I Nr. 5 S. 31, 32 beizutreten sein.

<sup>14)</sup> Vgl. auch das R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 65 S. 187, 189.

<sup>15)</sup> Anderer Meinung war ich in Holtzendorffs Rechts-Lexikon „Zeitkauf“. Vgl. oben S. 577 Anm. 9.

am Ablieferungsorte realiter offerirt wird; damit ist, wie das R.O.H.G. selbst anerkennt,<sup>16)</sup> die Voraussetzung der Fälligkeit des Preises im Baarkaufe (anders im Kreditkaufe, wo die Kreditfrist schon früher, nämlich schon mit der Absendung beginnt) erfüllt; es ist aber denkbar, dass die Preiserhebung mittels Nachnahme der Vereinbarung in einem ihrer stillschweigend oder übungsmässig festgestellten Theile oder der Handelssitte widerspricht, auf keinen Fall dürfen dem Käufer durch die Nachnahmezusendung Mehrkosten oder sonstige Beeinträchtigungen zustossen.

In den Fällen vereinbarter Pränumeration ist der Abzug von Diskonto regelmässig als ausgeschlossen zu betrachten.<sup>17)</sup>

III. Der Kreditkauf<sup>18)</sup> schliesst die ihm charakteristische Vereinbarung in sich, dass der Kaufpreis erst nach der Uebergabe der Waare — und zwar eine kürzere oder längere Frist nachher — bezahlt werden solle, mithin die Zahlung aufgeschoben, befristet, gestundet ist, der Kaufpreis demnach kreditirt ist. Die Kreditirung kann a) ausdrücklich vereinbart, durch „Vertrag“ hergestellt sein; der Kreditirungsvertrag kann die Kreditfrist direkt nennen oder dadurch bezeichnen, dass er sich auf eine bestehende Uebung oder dgl. bezieht; durch vertragswidrigen Verzug des Käufers bei Zahlung des Kaufpreises kann ein als Baarkauf abgeschlossenes Geschäft nicht hinterher einseitig in einen Kreditkauf umgewandelt werden; oder b) die Kreditirung ergibt sich aus der Natur der Sache: wenn z. B. die Höhe des Preises sich erst nach dem Gebrauche oder gar Verbrauche der Waare feststellen lässt, vielleicht weil sich erst dann die Quantität oder die Brauchbarkeit der Waare ergibt u. s. w.; oder c) durch Handelsgebrauch ist eine Zahlungsfrist eingeführt und während dieser von der Uebergabe der Waare an laufende Frist ist die Zahlung kreditirt; solche Zahlungsfristen, nach der Handelsbranche, dem behandelten Artikel u. s. w. von verschiedener Dauer, verstehen sich in manchen Zweigen des Gross-, ja auch des Detailhandels von selbst; diese „Selbstverständlichkeit“ geräth in scheinbaren Widerspruch mit der vom Gesetz zu Gunsten des Baarkaufes aufgestellten Rechtsvermuthung, aber doch nur in scheinbaren Widerspruch: nicht blos der in dem einzelnen Geschäftszweige herrschende Handelsgebrauch, sondern auch die Auslegung des Willens des Kontrahenten führt in den angedeuteten Fällen

<sup>16)</sup> R.O.H.G. Bd. IX Nr. 113 S. 435, Bd. XII Nr. 91 S. 275.

<sup>17)</sup> Vgl. Art. 334. — Skontobewilligung im Baarkaufe s. R.O.H.G. Bd. I Nr. 14 S. 58. Ueber die Frage, ob eine Geldleistung des Käufers als Kaufpreiszahlung oder als Vorschuss anzusehen sei, s. R.G. Bd. III Nr. 36 S. 87 ff.

<sup>18)</sup> Der Kreditkauf wird auch Zeitkauf genannt; es wäre zu wünschen, dass diese Bezeichnung auf diejenigen Kaufverträge beschränkt und konsequent angewandt würde, in denen nicht die Preiszahlung vereinbarungsgemäss aufgeschoben wird, sondern die Waarenlieferung. Vgl. Gareis in v. Holtzendorffs Rechts-Lexikon (3. Aufl.) Bd. III S. 1379—1382. — Kreditkauf im westgothischen Rechtsverkehr s. Felix Dahn, Westgothische Studien S. 102. — Beispiele von Kreditkauf a. d. Jahre 1222, s. Loersch und Schröder, Urkunden zur Gesch. d. deutschen Rechts. 2. Aufl. 1881 S. 89—90, a. d. J. 1331 (Getreidekauf mit Vorbehalt der Preissteigerung) ebenda S. 141 Nr. 186; a. d. 14. Jahrh. (mit Satzung um Schuld) ebenda S. 188 Nr. 255.



zur Zulässigkeit der Kreditirung; ebenso gibt der Handelsgebrauch oder die Auslegung des Privatwillens an, wie lange die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Kreditirung währen soll; gibt nicht der Wortlaut des Vertrags Anhaltspunkte hierfür, so sind solche in den ortsüblichen oder in den besonderen Umständen des Falles zu finden, etwa in der erkennbaren Absicht der Kreditirung, dem Käufer die Möglichkeit zu eröffnen, den durch Weiterveräußerung erzielten Erlös zur Zahlung des Kaufpreises zu verwenden. Ist verabredet, dass der Preis „nach Belieben“, „nach Bequemlichkeit“, „nach Belieben und Möglichkeit“ bezahlt werden solle, so wird hierdurch zunächst eine Kreditirung des Kaufpreises bis zum Ablaufe der orts- oder besonderen geschäftsüblichen Kreditfrist und dann noch dazu die Gewährung einer nach den Umständen zu bemessenden billigen Wartefrist bewirkt.<sup>19)</sup> Besteht keine orts- oder geschäftsübliche Kreditfrist und sind die Parteien dabei übereingekommen, dass die Zahlung des Kaufpreises in das Belieben des Käufers gestellt sein soll, so ist diese Vereinbarung so zu verstehen, dass die Zahlung erst nach einer gewissen Frist, über deren Länge im Zweifel das richterliche Ermessen zu entscheiden hat, zu leisten ist, dass aber, um den Käufer in Verzug zu setzen, alsdann eine Zahlungsmahnung an diesen gerichtet werden muss.<sup>20)</sup>

Streitig kann werden, in welchem Momente die Zahlungsfrist zu laufen beginne, wenn die „Uebergabe“ der Waare mehrere zeitlich getrennte Handlungen umfasst (wie z. B. beim Distanzkaufe), die Absendung und die Ablieferung; man nimmt an, dass die Frist schon mit dem Momente der beginnenden Uebergabe, mit der Absendung u. dgl. und nicht erst mit der Ablieferung, Empfangnahme oder dgl. zu laufen beginne.<sup>21)</sup> Bevor diese Frist abgelaufen ist, kann die Zahlung des Preises, wenn wirklich ein Kreditkauf vorliegt, nicht gefordert werden, selbst dann nicht, wenn der Kredit des Käufers inzwischen erheblich erschüttert wird; ist aber der Kreditkauf noch nicht abgeschlossen, sondern nur ein Vorvertrag über den Abschluss eines Kreditkaufs rechtsverbindlich geworden, in welchem eine Krediteinräumung zugesagt wurde, so kann diese Zusage allerdings einseitig zurückgenommen werden, nämlich dann, wenn sich vor Abschluss des Kreditkaufs die Insolvenz oder eine derartige Unsicherheit des Käufers herausstellt, dass die Kreditirung dem Verkäufer vernünftigerweise nicht zugemuthet werden kann.<sup>22)</sup>

Ueber den Unterschied zwischen Baar- und Kreditkauf in Bezug auf **Verzinsung** des Preises s. unten § 269 II. 1 e und in Bezug auf den Uebergang des **Eigenthums** an der Waare auf den Käufer s. unten § 270, 275, 269 II. 1 f. S. 632 ff.

<sup>19)</sup> R.O.H.G. II Nr. 44 S. 185, v. Hahn, Komm. II S. 265 Anm. 8.

<sup>20)</sup> Der Satz: Dies interpellat pro homine kann nur in solchen Fällen wirken, wo der Erfüllungstag oder das Ende der Erfüllungsfrist fest bestimmt ist. R.O.H.G. Bd. X Nr. 49 S. 234, XXIV Nr. 89 S. 344.

<sup>21)</sup> R.O.H.G. Bd. II Nr. 84 S. 377, Bd. VI Nr. 34 S. 167, 168.

<sup>22)</sup> R.O.H.G. XXIII Nr. 48 S. 137.

## § 264.

## B. Der Tagskauf und der Lieferungskauf.

Während für diejenigen Arten von Kaufgeschäften, mit welchen sich der vorhergehende Paragraph beschäftigt, das Unterscheidende das zeitliche Verhältniss der Preiszahlung zur Waarenübergabe ist, liegt der Unterschied zwischen den hier erörterten Kaufarten in dem zeitlichen Verhältniss zwischen dem Kaufabschluss und der Waarenübergabe. Von einem Vorausgehen der letzteren vor dem ersteren wird hierbei nicht gesprochen; es handelt sich also nur um ein Früher- oder Späterliefern, in jedem Falle aber um ein Liefern nach dem Abschlusse.<sup>1)</sup> Die Sicherheit in der Feststellung der Begriffe Tagskauf und Lieferungskauf leidet aber nicht nur darunter, dass mit jenem „Später“- oder „Früher“- (oder statt letzterem:) einem „Sofort“-Liefern kein Zeitpunkt fest ausgedrückt, vielmehr einer verschleiernnden Vagheit Eingang verschafft ist, sondern sie leidet auch darunter, dass der gewöhnliche Sprachgebrauch den Ausdruck „Lieferungskauf“ oder „Lieferungsgeschäft“ für rechtlich verschiedene Geschäfte anwendet; der Buntheit dieses Sprachgebrauchs hat sich leider auch die juristische und kommerzielle Terminologie nicht verschlossen und so kommt es, dass das preussische Landrecht einen Lieferungsvertrag als eigenartigen Vertrag behandelt, der erst von einem gewissen in seiner Entwicklung eintretenden Momente an nach den Grundsätzen des Kaufvertrags behandelt wird; hiernach ist Lieferungsvertrag ein Vertrag, inhaltlich dessen sich der eine Kontrahent (Lieferant genannt) verpflichtet, einem Andern eine bestimmte Sache für einen gewissen Preis zu verschaffen; ist der Lieferant dieser seiner Verpflichtung nachgekommen, so findet unter den Kontrahenten Alles das statt, was zwischen Käufern und Verkäufern Rechtens ist; vorher aber sind Abweichungen möglich, namentlich die, dass der Besteller der Lieferung die Bestellung unter gewissen Umständen widerrufen kann, ohne den Lieferanten anders als durch Ersatz der aufgewandten Kosten und Mühen entschädigen zu müssen.<sup>2)</sup> Diese Abweichungen sind aber für das Handelsrecht ausgeschlossen, es ist das Lieferungsgeschäft des preussischen Landrechts, wenn es Handelssache ist, völlig nach den Grundsätzen vom Kaufe (Handelskaufe) zu beurtheilen.<sup>3)</sup> Schon nach dem preussischen Landrecht war aber der Gegensatz, welchen Manche zwischen den Lieferungsvertrag und den Kaufvertrag oder zwischen ersteren und den Tagskauf legen wollen, nicht anzuerkennen, nämlich der Umstand, dass der Lieferant die Waare nicht vorräthig habe, sie erst fertig

<sup>1)</sup> Der Fall, dass die Waare dem Empfänger vor dem Abschluss des Kaufvertrags übergeben wurde, würde weder unter Tagskauf, noch unter Lieferungskauf zu stellen sein, wengleich er in manchen Konsequenzen dem Tagskaufe folgen würde. So erwirbt durch sog. *brevi manu traditio* der Verkaufs-Kommissionär Eigenthum am Konsignationsgut durch seinen kundgegebenen, einseitigen, aber vom Auftraggeber im voraus genehmigten Entschluss, als Selbstkäufer eintreten zu wollen. Vgl. oben § 262 Anm. 15 S. 563.

<sup>2)</sup> Allgem. Preuss. L.R. I 11 §§ 981—987.

<sup>3)</sup> H.G.B. Art. 338. R.O.H.G. XIII Nr. 133 S. 419, 420, XX Nr. 33 S. 106. Vgl. hierüber oben § 258 III S. 543.

stellen oder kommen lassen soll u. dgl.; es hat diesen Unterschied schon das preussische Recht verworfen,<sup>4)</sup> er ist gemeinrechtlich aber deshalb zu verwerfen, weil das Gegentheil nicht für den Kaufvertrag wesentlich ist. Aber auch nicht darin kann das Charakteristische des Lieferungs geschäfts gesehen werden, dass für die Uebergabe der Waare eine bestimmte Zeit vereinbart wurde, denn auch bei dem Geschäfte, welches Tagskauf genannt wird, findet letzteres statt und denkbar ist auch, dass ein Geschäft mit vertragsmässig aufgeschobener Waarenlieferung nicht unter den gewöhnlichen Begriff von Lieferungs geschäft im Gegensatz zum Tagsgeschäft fallen wird.<sup>5)</sup>

Das Reichsgesetz vom 1. Juli 1881, betreffend die Erhebung von Reichsstempelsteuern, gebraucht den Ausdruck „Lieferungsgeschäft“, wie es scheint, im Sinne des preussisch-landrechtlichen „Lieferungsvertrags“, indem es das Lieferungs geschäft koordinirt neben Kauf-, Rückkauf- und Tauschgeschäft stellt und dann den Fall, dass eines dieser Geschäfte „auf Zeit abgeschlossen oder auf Zeit prolongirt wird“, besonders hervorhebt und unter einen (fünfmal) höheren Steuersatz stellt. Eben jene Geschäfte (Kauf-, Rückkauf-, Tausch- und Lieferungs geschäfte) resp. die über sie ausgestellten Rechnungen und Schlussnoten

<sup>4)</sup> Ob.Tr. (Pl. Präj. 1755) Bd. XIII S. 57, Striethorst A. Bd. 20 S. 63, Bd. 36 S. 99, Bd. 40 S. 221, auch Förster-Eccius, Preuss. P.R. § 128 E. (Bd. II S. 125) Anm. 63. S. hierüber auch oben § 258 III Anm. 15 und die in vor. Anm. 3 cit. Erk.

<sup>5)</sup> Hierüber Thöl, H.R. § 258. Insbes. Anm. 3 (Lit. hierüber s. auch Anm. 1 ebenda). Lewis hält „Lieferungsgeschäft“ (im weiteren Sinne) für den Namen zweier verschiedener Geschäfte, nämlich des „Lieferungskaufes“ und des „Lieferungsvertrages“; unter „Lieferungskauf“, im Gegensatz zum Tageskauf, versteht er ein Kaufgeschäft, bei welchem für die Lieferung resp. Empfangnahme der Waare ein bestimmter Termin oder eine bestimmte Frist gesetzt ist, wodurch nicht die Perfektion, sondern die Erfüllung des Geschäfts hinausgeschoben wird; unter „Lieferungsvertrag“ aber versteht Lewis einen Vertrag, wodurch sich Jemand zur Leistung gewisser Sachen, welche er noch nicht besitzt, an einen Andern für einen bestimmten Preis verpflichtet; diesen „Lieferungsvertrag“, den Manche (z. B. Mittermaier) als Dienstmiete auffassten, hält Lewis (mit Gelpke) für einen Kaufvertrag mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten des Käufers (Bestellers) und des Verkäufers (Lieferanten). So Lewis in v. Holtendorffs „Rechtlexikon“ 3. Aufl. unter „Lieferungsgeschäft“. Das Streben von Lewis, die Terminologie durch Auseinanderhalten von Lieferungs geschäft, -kauf und -vertrag festzustellen, ist anerkennenswerth, wengleich in der Praxis und Gesetzessprache vor der Hand leider nicht begründet, auch das R.Ges. v. 1. Juli 1881 hat einen andern Sprachgebrauch; die Unterscheidung selbst ist richtig, aber die Unterordnung des „Lieferungsvertrags“ im Sinne des preussischen Landrechts unter dem Kaufvertrag dürfte schwerlich zu billigen sein; denn dass der Käufer, wenn wegen veränderter Umstände die versprochene Lieferung zu dem Zweck, wozu sie bestellt ward, unnütz wird, den Vertrag widerrufen kann und dann dem Verkäufer nicht das volle Interesse, sondern nur Auslagen, Aufwendungen und Bemühungen (nicht aber ein *lucrum cessans*) zu ersetzen hat, ist eine Besonderheit, durch welche sich dieser Lieferungsvertrag preussischen Rechts nicht blos von dem Kaufvertrag preussischen Rechts (vgl. Th. I Tit. 11 § 219, 220 mit Th. I Tit. 11 § 985), sondern auch von dem des gemeinen Rechts und die hier eintretende Entschädigung von der sonst zu Recht bestehenden Entschädigung des preussischen, gemeinen, französischen und Handelsrechts entfernt. Diese Differenz bleibt für alle Fälle, welche nicht Handelssachen betreffen, bestehen. Hinsichtlich solcher Geschäfte, welche Handelssachen sind, herrscht Streit, wovon oben § 258 Anm. 14—19.

sind aber steuerfrei, soweit sie nur sogenannte **Kontantgeschäfte** über Wechsel, gemünztes oder ungemünztes Gold oder Silber zum Gegenstande haben und dieser Inhalt des Geschäfts aus den Schriftstücken ersichtlich ist.<sup>6)</sup>

Um zur Feststellung des Begriffes Lieferungskauf im Gegensatz zum Tagkauf zu gelangen, ist zunächst der Umstand, dass der Lieferungspflichtige die versprochene Waare zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht besitzt, also erst anschaffen soll, oder schon besitzt, als irrelevant zu bezeichnen. Ebenso ist für den hier zu ermittelnden Gegensatz irrelevant, wann der Preis vertragsmässig zu zahlen ist, ob sofort bei Waarenempfang (d. i. das Kontantgeschäft im Sinne des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1881, nämlich der Baarkauf, Kauf Zug um Zug), oder vorher oder nachher.

Es bleibt als relevant lediglich der **Zeitpunkt** der Waarenlieferung zum Zweck der Erfüllung des vorher abgeschlossenen Vertrags.

<sup>6)</sup> Die zur Erläuterung des Gesetzes sich bietenden Materialien enthalten nichts, wodurch die Terminologie fixirt würde. Der Bericht der mit der Vorberathung des Gesetzes beauftragten Reichstagskommission, verfasst von dem R. Abg. Bankdirektor Büsing, enthält über die Frage, ob es nicht nothwendig sei, eine Definition des Begriffes „Zeitgeschäfte“ in das Gesetz aufzunehmen, nun Folgendes: Von einer Seite wurde folgende Formulirung vorgeschlagen: „Auf Zeit abgeschlossen oder prolongirt gilt im Sinne dieses Gesetzes jedes auf Kauf, Anschaffung oder Lieferung von Werthpapieren oder Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, gerichtete Geschäft, durch welches bedungen wird, dass die Lieferung genau zu einer späteren festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist für einen beim Abschluss des Geschäfts festgesetzten Preis erfolgen soll.“ Von anderer Seite wurde hervorgehoben, das Charakteristische des Zeitgeschäftes sei, dass die Lieferung spätestens an einem Börsenabrechnungstage (Medio, Ultimo) zu erfolgen habe, wengleich allerdings auch Zeitgeschäfte mit anderer Lieferungsbestimmung (per morgen und dergl.) vorkämen. Die Reichstagskommission kam jedoch schliesslich zu der Ansicht, dass es bedenklich sei, eine Legaldefinition einer Gattung von Geschäften in ein Steuergesetz aufzunehmen, dass jede Definition die Gefahr einer Gesetzesumgehung vergrössere, da der Verkehr leicht Formen finden und ausbilden könne, welche von irgend einem der in der Definition aufgestellten Requisite absehen und damit den gesetzlich festgestellten Begriff des Zeitgeschäftes ausschliessen würden, dass im praktischen Börsenverkehr keine Zweifel darüber obwalteten, ob ein Geschäft ein Zeitgeschäft sei oder nicht und dass durch Zuziehung von Börsensachverständigen die Frage im einzelnen Falle daher leicht werde entschieden werden können. Aus diesen Gründen, welchen auch seitens der Regierungsvertreter beigeplichtet wurde, beschloss man, von einer Definition der Zeitgeschäfte Abstand zu nehmen und die Lösung der Frage der Praxis zu überlassen. Einig war man jedoch darüber, dass ein Lieferungsgeschäft, dessen Abwicklung sich, wenn auch vielleicht längere Zeit hindurch, dadurch verzögere, dass die zu liefernden Werthpapiere oder Waaren aus zufälligen Gründen noch nicht zur Hand seien, etwa weil sie von einem anderen Orte erst an den Lieferungsort geschickt werden müssten, nicht als Zeitgeschäft im Sinne dieses Gesetzes zu betrachten sei. — Was speziell noch die Zeitgeschäfte über Waaren betrifft, so hat die Regierungsvorlage diese von der höheren Besteuerung der Zeitgeschäfte ausgeschlossen. Die Kommission war jedoch der Ansicht, dass hierzu ein genügender Grund nicht vorliege, und dass, wenn man die Zeitgeschäfte höher besteuern wolle, als die Kontantgeschäfte, man nicht nur die Zeitgeschäfte über Werthpapiere, sondern auch die Zeitgeschäfte über Waaren, welche ebenso wie jene häufig der wilden Spekulation dienten, der höheren Besteuerung unterwerfen müsse. (S. Drucksachen d. deutschen Reichstags, 4. Legislaturperiode 1881 Nr. 162 S. 11 bezw. S. 888.)

Hiernach ergibt:

1. Der **Tagskauf**, auch das **Kassageschäft** genannt (nicht zu verwechseln mit dem Baarkauf s. vor. Paragraphen),<sup>7)</sup> ist ein Kaufvertrag, welchen der Verkäufer sofort nach Abschluss oder an einem nur unbedeutend späteren Zeitpunkte erfüllen muss.<sup>8)</sup>

2. Der **Lieferungskauf**, auch **Zeitkauf**, **Zeitgeschäft** und auch **Lieferungsgeschäft** oder **Lieferungsvertrag** genannt, in letzteren Bezeichnungen aber den erwähnten Missverständnissen ausgesetzt, ist ein Kaufvertrag, inhaltlich dessen die vom Verkäufer zu bewirkende Lieferung der Waare an einem erheblich späteren Termine nach Abschluss des Vertrags zu erfolgen hat.<sup>9)</sup>

<sup>7)</sup> Vgl. auch Thöl a. a. O. § 258 Anm. 9.

<sup>8)</sup> Die Bedingungen für den Abschluss von Geschäften an der Berliner Fondsbörse s. Goldschmidt, Z. Bd. XXIV S. 541 sagen:

§ 10. Als Kassageschäft gelten ausser den ausdrücklich „per cassa“, „per morgen“ oder „per einige Tage“ geschlossenen Geschäften, auch diejenigen Geschäfte, bei denen die Zeit der Erfüllung nicht ausdrücklich bestimmt ist, falls bei letzteren nicht aus der Gattung der Effekten, der Zahl der verschlossenen Stücke oder der Höhe der verschlossenen Summe oder aus anderen Umständen mit Sicherheit zu entnehmen ist, dass die Absicht des Kontrahenten auf ein Zeitgeschäft gerichtet war. Bei Kassageschäften ist der Tag des Vertragsschlusses, bei „per morgen“ geschlossenen Geschäften der nächste Börsentag der Fälligkeitstag, bei „per einige Tage“ geschlossenen Geschäften ist jede Partei berechtigt, vom dritten Börsentage nach dem Abschlusse ab den Fälligkeitstag für eingetreten zu erklären. Betrifft das Geschäft Komptanten, Papiergeld, Diskonten oder andere in deutscher Reichswährung lautende Wechsel, so ist die Lieferung am Nachmittage des Fälligkeitstags, von 3 bis 5 Uhr zu leisten. Sind dagegen Wechsel in anderer als deutscher Währung, Effekten und Koupons Gegenstand des Vertrages, so erfolgt die Lieferung erst am nächstfolgenden Börsentage Vormittags von 9 bis 12 Uhr; doch ist der Käufer berechtigt, Wechsel schon am Fälligkeitstage des Geschäfts, Nachmittags bis 5 Uhr gegen Valuta abholen zu lassen.

Die Zinsen werden hierbei nur bis zu dem Fälligkeitstage gerechnet.

Geschäfte in Effekten, welche am Ultimo-Lieferungstage per Kasse geschlossen werden, sind noch an demselben Tage zu erfüllen u. s. w.

§ 11. Geräth einer der Kontrahenten mit der Erfüllung in Verzug, so darf der nicht säumige Theil erst dann zur Zwangsregulirung schreiten, wenn der säumige Kontrahent zuvor zur Erfüllung aufgefordert worden ist. Die Aufforderung darf innerhalb der ersten 24 Stunden, sie muss aber spätestens am achten Börsentage nach dem Fälligkeitstage bewirkt werden, widrigenfalls das Geschäft für aufgehoben gilt u. s. w.

<sup>9)</sup> Vgl. James Moser, Die Lehre von den Zeitgeschäften, Berlin 1875. Einleitung.

Die Bedingungen der Berliner Fondsbörse s. vor. Anm., G.Z. 24 S. 543 sagen in dieser Beziehung:

§ 12. Bei Zeitgeschäften ist der im Vertrage festgesetzte Tag der Fälligkeitstag. Ist „täglich“ oder „fix und täglich“ gehandelt, so hat die Kündigung resp. Ankündigung an der Börse bis Mittag 1 $\frac{1}{2}$  Uhr zu erfolgen. Die Kündigung, resp. Ankündigung kann sich auf Theilsummen, jedoch nur in usancemässigen Beträgen, beschränken. Zeitgeschäfte gelten in Ermangelung einer besonderen Verabredung als einfach fix geschlossen u. s. w.

§ 14. Wenn einer der beiden Kontrahenten nicht pünktlich liefert oder abnimmt, so hat der andere Theil nur dann das Recht, auf effektive Erfüllung zu bestehen, wenn er dies Verlangen dem Säumigen in einem spätestens am nächsten Börsentage nach dem Fälligkeitstage zur Post zu gebenden eingeschriebenen Briefe mitgetheilt hat. Will er

Die Ausdrücke „unbedeutend“ und „erheblich“ späterer Termin deuten an, dass der Erwägung des zur Beurtheilung vorliegenden Einzelfalles in vielen Fällen anheim zu stellen ist, ob der Kauf ein Tags- oder ein Lieferungskauf ist. Es kann dies nicht besser ausgedrückt werden, als von Thöl<sup>10)</sup> mit folgenden Worten: Das „sofort“ stellt sich am strengsten heraus, wenn die verkaufte Waare in präsentia ist, so dass der Käufer den Besitz schon oculis und affectu erwirbt; es braucht aber nicht so eng genommen zu werden, wie das „nach einiger Zeit“ nicht zu weit zu nehmen ist, denn es vergehen vereinbarterweise bei einem Tagskauf zwischen dem Abschluss und der Lieferung nicht blos Stunden, sondern selbst Tage<sup>11)</sup> und längere Zeit, und auf der andern Seite widerstrebt es dem Lieferungskauf nicht, dass die Zwischenzeit auf eine Stunde und einige Zeit beschränkt ist. Der Unterschied liegt nämlich in einer den Umständen nach verschiedenen Zeit und die genauere Fixirung desselben im einzelnen Fall ist eben nach dem Grunde zu machen, wesshalb man auf den Unterschied, auf welchen oft wenig oder gar nichts ankommt, Gewicht legt.

Die Waarenlieferungszeit wird im Lieferungskaufe in der Regel ausdrücklich festgesetzt, häufig im Börsenverkehr durch die Beziehung auf die Liquidationstermine, auf Medio und Ultimo.

Die richtige Feststellung der Begriffe Tagskauf (Kassageschäft) und Lieferungskauf (Zeitgeschäft) ist von besonderer Bedeutung für den Börsenverkehr,<sup>12)</sup> aber auch für die Steuerpflicht<sup>13)</sup> und andere Verhältnisse.<sup>14)</sup> Ein Tagskauf kann nicht einseitig in einen Lieferungskauf umgewandelt werden, auch nicht durch eine in äusseren Verhältnissen begründete Verzögerung.

Der Tagskauf kann ein Barkauf oder Kreditkauf sein, ebenso der Lieferungskauf.

---

nicht auf Erfüllung bestehen, so ist er berechtigt, sofort und ohne dass eine vorgängige Ankündigung erforderlich wäre, die Zwangsregulirung . . . zu bewirken . . . Der säumige Theil hat bei Zeitgeschäften ausser der Maklerkourtage, der Portoausage und dem Zinsverlust auch noch als Konventionalstrafe den von der Sachverständigenkommission der Fondsbörse festzustellenden Entschädigungssatz für am Erfüllungstage unterbliebene Vertragserfüllung zu zahlen u. s. w.

<sup>10)</sup> H.R. § 258 I (S. 828).

<sup>11)</sup> Vgl. z. B. „per morgen“, „per einige Tage“ in den Bestimmungen der Berliner Fondsbörse, s. Anm. 9.

<sup>12)</sup> S. folgenden Abschnitt. In dieser Hinsicht ist der Unterschied sehr bedeutend. Man vgl. z. B. § 11 der Berliner Fondsbörsenbedingungen mit § 14 desselben, s. oben Anm. 8 u. 9.

<sup>13)</sup> Vgl. R.G. v. 1. Juli 1881, Tarif II a und b nebst Befreiungen. Vgl. Reichstagskommissionsbericht oben Anm. 6 S. 584.

<sup>14)</sup> Die weiteren Unterscheidungen und Konsequenzen s. unten Abschnitt 3 Lit. u. die Börsenordnungen, s. auch in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Lieferungsgeschäft“ und unter „Zeitgeschäft“.

## § 265.

## C. Der Kauf auf Probe, der Kauf nach Probe und der Kauf zur Probe.

Drei rechtlich unter sich ganz verschiedene Geschäfte sind die in der Ueberschrift genannten; nur die Aehnlichkeit der Namen und die darin liegende Gefahr der Verwechslung kann dazu berechtigen, diese drei Arten von Kaufgeschäften zusammenzustellen, um nämlich ihre Gegensätze dadurch ans Licht treten zu lassen. Während der „Kauf auf Probe“ in der vom Gesetze angenommenen Bedeutung ein suspensiv bedingter Kauf ist, dessen Wirksamwerden von dem Belieben des Käufers abhängt, ist der „Kauf nach Probe“ unbedingt und ihm nur die Art der Waarenbezeichnung im Konsense sowie die sich daran knüpfende Verpflichtung des Verkäufers eigenthümlich, und der „Kauf zur Probe“ ebenfalls unbedingt und nur durch die in der Regel juristisch ganz gleichgültige Angabe eines den Käufer bestimmenden Motives charakterisirt; übrigens enthalten die gesetzlichen Bestimmungen, denen diese Regeln entnommen sind, nur theilweise Rechtsvermutungen, nur theilweise Auslegungsregeln, durch welche Zweifel über das von den Kontrahenten im Vertrage Gewollte beseitigt werden sollen, in der Hauptsache nur Legaldefinitionen, welche sich an den durch Auslegung der vorliegenden Handlungen und Umstände aufzufindenden Vertragswillen ohne Zwang oder Präsumption anzulehnen bestimmt sind, sowie rechtliche Konsequenzen des wirklichen oder präsumptiven Inhalts der Willenseinigung.<sup>1)</sup>

I. Der Kauf auf Probe<sup>2)</sup> oder auf Besicht, auch „Handel auf Prüfung“, — auf Nachsicht, — auf Nachstich, — auf Nachziehen, — wie zu besehen, — *emptio ad gustum, vente à l'essai* genannt,<sup>3)</sup> wird in seiner Eigenart besser,

<sup>1)</sup> Ueber eine bedenkliche Seite dieser Legaldefinitionen s. Hahn zu Art. 341 Anm. 1 a. E.

<sup>2)</sup> Reich ist die Literatur über dieses Rechtsgeschäft: Goldschmidt, Z. f. H.R. Bd. I S. 66 ff., S. 262 ff., 386 ff., Fitting, ebenda Bd. II S. 203 ff., Unger, ebenda Bd. III S. 386 ff., Fitting, ebenda Bd. V S. 79 ff. und in Arch. f. civil. Pr. Bd. 46, 11. Vgl. Unterholzner, Schuldverhältnisse § 433 S. 224. Göschen, Vorles. § 498 S. 347, Puchta, P. § 360 S. 500, Vorles. II S. 199, v. Vangerow, P. Bd. III § 625 Anm. II, Arndts, P. § 301 Anm. 5, Holzschuher, Theorie und Kasuistik III S. 739 ff. Windscheid § 387 (Lit. s. Anm. 5), Cropp in Heise u. Cropp, Jurist. Abhdlgn. I Nr. 12 S. 187 ff., Brackenhöft hierüber Z. f. Civ. u. Pr. N. F. Bd. XVII S. 386 f., Bender, H.R. § 87, Thöl, H.R. § 259, Endemann, H.R. § 117 IV, Treitschke-Wengler, Kaufkontrakt § 53 u. die dort angegeb. übrige Lit. Ferner: F. Hofmann, Ueber das Periculum beim Kauf S. 92 ff., Hirsch im Neuen Arch. f. H.R. I S. 155 ff. (vgl. auch S. 439 ebenda), Voigtel in Busch's Arch. Bd. VI S. 251, Meyer, Centr. Org. f. H.R. N. F. Bd. IV S. 383 ff., Eck, in v. Holtzendorffs Rechtslex. III. Aufl. Bd. III S. 186—187 („Probekauf“).

Von Kommentaren sind hervorzuheben: Anschütz u. Völderndorff zu Art. 339, v. Hahn ebenda, von Entscheidungen des R.O.H.G. besonders die in Bd. VII Nr. 85 S. 320—329, vgl. ferner die Zusammenstellung bei Fuchsberger S. 483—485.

<sup>3)</sup> Um die Bedeutung der Klauseln „auf Nachstehen“ im Zucker- und Kaffeehandel, sowie „auf Nachziehen“ im Baumwollenhandel s. Brinckmann, H.R. § 88 S. 359,

als durch diese Benennungen, durch den Namen „Handel auf Laune“ (Thöl), oder „Handel nach Belieben“ (Goldschmidt) oder „Kauf auf Gefallen“<sup>4)</sup> (Fitting, Unger) bestimmt. Denn der „auf Probe“ abgeschlossene Kauf ist ein Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit rein von dem Belieben des Käufers abhängt; es ist der Kauf, bei welchem der Käufer sich zu sagen vorbehält: „Ich will die Waare, wenn sie mir gefällt; konvenirt sie mir nicht, so gebe ich sie zurück.“<sup>5)</sup>

1. Der Kaufvertrag wird in diesem und in ähnlichen Fällen unter der im Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, dass er, der Käufer, die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde; diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende,<sup>6)</sup> der Kaufvertrag besteht vor Erfüllung der Bedingung (Prüfung und Genehmigung) zwar zu Recht, ist aber in seiner Wirksamkeit gehemmt, bis die Genehmigung ausdrücklich oder (unter besonderer Voraussetzung) stillschweigend erfolgt ist. Der Verkehr hat in zahlreichen Fällen entschieden das Bedürfniss, das Zustandekommen eines Kaufvertrags erst von einem Untersuchen der Waare abhängig werden zu lassen, welches nicht sofort vorgenommen werden kann,<sup>7)</sup> während alle übrigen Elemente des Kaufes fertig vorliegen und die Wirkung desselben nur noch von dem günstigen Ausfall der Untersuchung abhängig gemacht ist; dieser Ausfall, die Genehmigung, vollendet die Willenseinigung, die bis dahin nur fragmentarisch existirte und nur einseitig band, wie der Schlussstein das bis dahin unvollendet ragende Gewölbe schliesst, festigt und abrundet. Es ist somit Alles auf den Ausfall einer dem Käufer zukommenden Untersuchung gestellt, und doch auch — gar Nichts: denn — im Zweifel entscheidet nicht der objektive Ausfall der Untersuchung, sondern **trotz mit oder ohne** Untersuchung das rein subjektive Belieben,<sup>8)</sup> die unmotivirte Laune des Käufers. Im Handel auf Probe wird die Willkür des Käufers über den Vertrag gesetzt und unter dem Vorwand einer Probe der Waare jedes Vertragselement, so sicher die Willenseinigung sich etwa darauf erstreckte, in Frage gestellt.<sup>9)</sup>

Arch. f. H.R. (altes) Bd. I S. 333, Neues Arch. f. H.R. Bd. I S. 165. Goldschmidt in seiner Z. f. d. ges. H.R. Bd. I S. 440—442. Treitschke-Wengler § 53 Anm. a. (S. 192, 193).

<sup>4)</sup> Hierüber s. übrigens v. Hahn, Komm. Anm. 5.

<sup>5)</sup> Auch das „Nehmen zur Ansicht“ kann unter den „Kauf auf Belieben“ fallen (so Thöl), wengleich der Fall, dass der Käufer mehrere Stücke zur Ansicht (Auswahl) mitnimmt, von denen er eines bezahlte, möglicherweise eine andere Konstruktion des Geschäfts fordert: unbedingter Kauf eines Stückes, welches der Käufer auszuwählen hat.

<sup>6)</sup> R.O.H.G. XXIV Nr. 12 S. 48. Vgl. code civil Art. 1588.

<sup>7)</sup> In der Unmöglichkeit, die Untersuchung sofort vorzunehmen, ist jedoch kein wesentliches Moment des „Kaufes auf Probe“ zu sehen; es kann vielmehr sehr wohl vorkommen, dass die Untersuchung auch momentan möglich wäre, z. B. Probe gegenwärtiger Cigarren oder Weine, aber nicht sofort beliebt wird.

<sup>8)</sup> Vgl. R.O.H.G. VII Nr. 85 S. 322—325.

<sup>9)</sup> Der Jäger will den gekauften Jagdhund erst auf der Jagd erproben, der Reiter das gekaufte Pferd erst einmal spaziren reiten, vor der Front oder im Feuer probiren, die Frau den gekauften Sommerhut erst noch ihrem Manne zeigen, — angenommen diese



Hiebei ist aber zu bemerken: das Gesetz sagt nicht, unter welchen Voraussetzungen ein Kauf auf Probe oder auf Besicht anzunehmen sei, das Gesetz gibt keine Präsumtion für oder gegen die Annahme dieser Art von Käufen an, sondern lässt die Existenzfrage als reine Thatfrage unberührt; der Artikel setzt voraus, dass der Thatbestand des „Kaufes auf Probe“ gegeben und ermittelt sei, gleichviel wie; ist dies der Fall, so gewinnt die gesetzliche Bestimmung Bedeutung: sie knüpft an das Dasein des Thatbestandes rechtliche Konsequenzen und unter diesen auch eine Rechtsvermuthung, die nämlich, dass die Bedingung im Zweifel eine aufschiebende sei. Daraus ergibt sich Zweierlei: Für das thatsächliche Vorhandensein eines Kaufes auf Probe ist nicht der Gebrauch gewisser Worte (auf Probe, Besicht oder dergl.) entscheidend, sondern die beliebig ausgedrückte Willenseinigung der Kontrahenten, inhaltlich welcher der Käufer die Waare erst noch besehen (oder prüfen) und genehmigen solle, bevor der zweiseitig bindende Voleffekt des Kaufvertrags eintrete. Ob die Thatsachen den Schluss auf das Vorhandensein des Kaufes auf Probe zulassen, ist vom Gesetz nach keiner Seite erörtert; denkbar ist sehr wohl, dass die Parteien sich in der Wahl der Ausdrücke vergriffen, ihr Geschäft einen Kauf auf Probe nannten und ein unbedingtes Geschäft wollten, etwa eine Alternativobligation oder eine alternative Ermächtigung des Gläubigers;<sup>10)</sup> dann ist selbstverständlich das wirklich Gewollte durchzuführen und der Art. 339 nicht anwendbar.

Ist zwar ein „Kauf auf Probe“ von den Kontrahenten beabsichtigt, das willkürliche Genehmigen oder Ablehnen des Käufers die Thatsache, von welcher alles Weitere abhängen soll, so ist die Anwendbarkeit des Art. 339 in seinen praktischen Konsequenzen doch keineswegs gesichert; z. B. nicht, wenn bestimmte zwingende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Parteien die Bedingung: Genehmigung bezw. Missbilligung als auflösende Bedingung statuirten;<sup>11)</sup> es finden die allgemeinen (landesrechtlichen) Regeln von der Wirkung der Bedingung überhaupt Anwendung, nicht aber Handelsrecht;<sup>12)</sup> ist die vom

gekauften Objekte bestehen ihre Proben glänzend, der Hühnerhund „revirt und steht vorzüglich“, das Reitpferd bewährt sich als durchaus sicher und ruhig, der Sommerhut entzückt den Gemahl, aber man findet den Preis zu hoch, nicht objektiv sondern subjektiv, wegen plötzlich eingetretener Ebbe in der Kasse des Jägers, des Reiters, des Ehemannes zu hoch und der Kauf wird aufgehoben, vielleicht angeblich wegen des Ausfalls der Probe, jedenfalls aber weil die Laune, das Missbehagen oder irgend ein im Geheimen mehr oder minder stark motivirtes Wollen des Käufers dagegen ist. Dies ist der Sinn der Worte: „unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung.“ Protokolle S. 1368, Hahn, Komm. Art. 339 § 4. Freilich kann die Willensmeinung trotz ähnlicher Ausdrücke auch auf eine zweiseitig wirksame Willensbindung, auf eine andere Art von Bedingtheit des Geschäfts gerichtet sein (s. oben).

<sup>10)</sup> Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. Bd. XVI N. F., Bd. IV S. 159—175.

<sup>11)</sup> Hahn, Komm. a. a. O. § 5.

<sup>12)</sup> Ueber den Beweis suspensiv- und resolutivbedingter Geschäfte s. R.O.H.G. I Nr. 20 S. 74, Nr. 64 S. 220, II Nr. 21 S. 92, III Nr. 54 S. 246, IV Nr. 23 S. 127, VII Nr. 5 S. 37, VIII Nr. 94 S. 387, X Nr. 49 S. 233, XI Nr. 113 S. 362, XII Nr. 25 S. 84, Nr. 28 S. 90, Nr. 64 S. 201, XIV Nr. 68 S. 204, XX Nr. 90 S. 353.

Gesetze aufgestellte Vermuthung, dass die Bedingung eine aufschiebende sei, thatsächlich ausgeschlossen, so ist damit jedoch noch nicht gesagt, dass die bedingende Hinzufügung nothwendig eine auflösende Bedingung sei; da nämlich nach der gemeinrechtlichen Lehre mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung das bedingte Geschäft direkt — auch mit sofortiger dinglicher Wirkung — aufgehoben wird, nicht etwa blos eine obligationsmässige Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes (Restitutionspflicht u. dgl.) entsteht, so ist denkbar, dass die Parteien sich mit der zuletzt angedeuteten obligatorischen Wirkung der Bedingung begnügten,<sup>13)</sup> dann ist zwar keine Suspensiv- aber auch keine Resolutivbedingung anzunehmen;<sup>14)</sup> auch für diesen Fall enthält das H.G.Buch keine Bestimmungen. In diesem wie in dem ersteren Falle (einer Resolutivbedingung) hat derjenige Kontrahent, welcher auf den Eintritt der auflösenden Thatsache ein Recht gründen will, diese, mithin die rechtzeitig erfolgte Erklärung der **Missbilligung** zu beweisen. Ist die Waare im Falle einer vollwirkenden Resolutivbedingung oder auch einer nur die Restitutionspflicht erzeugenden Vereinbarung vor dem Ablaufe der Wartefrist und vor der Erklärung der Missbilligung Seitens des Käufers untergegangen, so trägt der Käufer die Gefahr: er kann die Missbilligung nicht geltend machen.<sup>15)</sup> Ist aber, wie zu vermuthen steht, die Bedingung eine suspensive, so bleibt die Gefahr dem Verkäufer: der Käufer kann auch die untergegangene oder verschlechterte Sache aufschliessen, muss aber alsdann den von der Sache gezogenen Nutzen herausgeben und ist dem Verkäufer verpflichtet, wenn durch seine, des Käufers Schuld der Untergang oder die Verschlechterung veranlasst wurde.<sup>16)</sup>

2. Die im „Kauf auf Probe“ anzunehmende Bedingung stellt die Wirksamkeit des Geschäfts in das willkürliche Ermessen des Käufers;<sup>17)</sup> ist es anders gemeint, soll der Käufer bei dem objektiv günstigen Ausfall der Probe gehalten sein, den Kauf aufrecht zu halten, die Wirksamkeit des Geschäfts zu konserviren, die Waare zu behalten, so liegt zwar ein bedingtes Kaufgeschäft vor, aber die Bedingung ist nicht die dem „Kauf auf Probe“ charakteristische Bedingung (si placuerit, oder: si voluerim), sondern auf das arbitrium boni viri, auf objektiv festzustellende Momente gestellt. Soll man dem Art. 339 Abs. 1 den Sinn beilegen: Ueberall, wo es auf eine noch vorzunehmende Probe zum Zweck der Aufrechterhaltung des Kaufes ankommt, ist im Zweifel nicht objektives Ermessen, sondern subjektive Willkür des Käufers entscheidend? — Oder: Hat Art. 339 Abs. 1 den Sinn: Nur da, wo ein subjektives Ermessen des Käufers — der bestimmten festgestellten Willensmeinung der Parteien nach — entscheiden soll,

<sup>13)</sup> Eck a. a. O. S. 186 glaubt, dass man im Zweifel eher eine Resolutivbedingung als einen Wiederaufhebungsanspruch voraussetzen müssen wird.

<sup>14)</sup> Vgl. Windscheid, P. § 90 u. die dort cit. Lit.

<sup>15)</sup> Thöl, H.R. § 259 IV, insbes. zu Anm. 37, 38. Diese Ansicht ist jedoch sehr bestritten, s. Windscheid § 387 Anm. 10 u. die dort cit. Lit.

<sup>16)</sup> Anschütz-Völderndorff III S. 261, Windscheid, P. § 387 Anm. 9. — Seufferts Arch. Bd. 28, 208. — Eck a. a. O. S. 187.

<sup>17)</sup> Thöl § 259 I.

ist der Kauf als „Kauf auf Probe“ im Sinne des Gesetzes zu betrachten und der übrige Inhalt des Art. 339 anzuwenden. Die erstere Annahme wäre unrichtig; es spricht keine Präsump tion für die Herrschaft der Willkür des Käufers, allerdings auch nicht für das Gegentheil; es ist Thatfrage, ob die Bedingung „im Willen des Käufers steht“ oder im objektiven Ermessen eines Sachverständigen, und nur wo Ersteres thatsächlich feststeht, ist ein „Kauf auf Probe“ im Sinne des Gesetzes gegeben.<sup>18)</sup> Die Vereinbarung, dass die Waare, wenn sich bei ihrem Gebrauch ihre Nichtanwendbarkeit herausstellen sollte, wieder zurückzugeben („aufzuschiessen“) und der Kauf aufzuheben sei, ist demnach, wenn und weil die Bedingung nicht in die reine Willkür gestellt ist,<sup>19)</sup> kein „Kauf auf Probe“, sondern ein von dem Eintritte einer ausserhalb der Willkür des Käufers liegenden Thatsache abhängig gemachter — demnach objektiv — bedingter Kauf.<sup>20)</sup> In dieser Weise kann noch heut zu Tage ein im Punkte der objektiven Feststellung der Bedingung dem römischen Rechtsgeschäfte der degustatio (vini)<sup>21)</sup> wesentlich gleiches Geschäft vorkommen.

<sup>18)</sup> Vgl. Hahn, Komm. zu Art. 339 §§ 1 u. 2. Die Fassung: „Ist ein Kauf unter der Bedingung geschlossen, dass der Käufer die Waare genehmigen werde, so gelten folgende Sätze“ — entscheidet nicht die Frage, ob diese Genehmigung eine willkürlich zu ertheilende und ebenso zu verweigernde sei; nur wenn die Frage in concreto zu bejahen ist, gelten die folgenden Sätze des Artikels.

<sup>19)</sup> Selbst wenn vereinbart wäre: falls Käufer bei Verarbeitung findet, dass die Waare nicht zu dem beabsichtigten Zwecke brauchbar ist, darf noch keineswegs ohne Weiteres ein „Kauf auf Probe“ angenommen werden.

<sup>20)</sup> Vgl. R.O.H.G. XIV Nr. 68 S. 205.

<sup>21)</sup> Das Eigenthümliche dieses im Einzelnen nicht unbestrittenen Rechtsgeschäfts des römischen Verkehrs, namentlich des Weinhandels lag hauptsächlich darin, dass der Käufer (von Wein) beim Abschluss des Kaufes sich vorbehalten konnte und regelmässig, möglicherweise auch stillschweigend, sich vorbehielt, das Gekaufte binnen kurzer Frist zu versuchen und wenn die Waare sich hierbei nicht als unverdorben zeigte, vom Kaufe zurückzutreten (die Vereinbarung scheint so häufig vorgekommen zu sein, dass sie in gewissen Geschäften, selbst ohne ausgedrückt zu sein, als gewollt erschien); bei der Prüfung durfte sich der Käufer jedoch nicht von subjektiver Willkür, sondern musste sich von dem vernünftigen Ermessen leiten lassen; daher war die Zuziehung von entscheidenden Sachverständigen nicht ausgeschlossen; bis zur Vornahme der Prüfung (degustatio) trug die Gefahr der Verschlechterung (*periculum acoris et mucoris*, Gefahr des Sauer- und Kahnigwerdens beim Wein) der Verkäufer; erst mit der Prüfung und Genehmigung ging auch die Gefahr auf den Käufer über; die Prüfung der Waare hatte zwar vereinbarte Zeit, in Ermangelung solcher Vereinbarung innerhalb einer angemessenen, nöthigenfalls gerichtlich festzusetzenden Frist zu geschehen, widrigenfalls die Waare als genehmigt galt und der Käufer von jenem Termin an das gesammte Risiko, mithin auch die Gefahr der Verschlechterung, zu tragen hatte. Dieses Rechtsinstitut ist nicht vollständig in unser Rechtsleben übergegangen (vgl. aber Code Nap. art. 1587: A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées); was man jetzt „Kauf auf Kosten“, Kauf ad gustum, — sub gustatione ad degustationem u. s. w. nennt, das ist gleichbedeutend mit „Kauf auf Probe“ und die Namen sind ebenso wohl auf Fälle zu beziehen, in denen die reine Willkür des Käufers die Schlussentscheidung zu bringen hat (d. i. Kauf auf Probe im Sinne des H.G.B.), als auf solche, in denen

3. Da das Gesetz sagt, dass der Käufer vor seiner Genehmigung<sup>22)</sup> nicht an den Kauf gebunden sei, der Verkäufer aber aufhört, gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablaufe der verabredeten oder ortsüblichen Frist nicht genehmige,<sup>23)</sup> so liegt es nahe, in dem „Kauf auf Probe“ nur ein *pactum de vendendo* zu erblicken.<sup>24)</sup> Diese Auffassung wäre unrichtig: der Verkäufer im Kauf auf Probe hat sich nicht verpflichtet, zu verkaufen, sondern er hat verkauft;<sup>25)</sup> die vom Käufer gegebene Genehmigung hat eine andere Bedeutung als sie haben müsste, wenn vorher nur ein *pactum de vendendo* vorläge. Im Falle, dass der Vorbehalt der Prüfung als eine Resolutivbedingung aufzufassen sei, findet weder der Satz: der Käufer ist vor seiner Genehmigung an den Kauf nicht gebunden, Anwendung, noch kann von einem blossen *pactum de vendendo* auch nur entfernt die Rede sein. Die Auffassung jenes Vorbehalts der Prüfung als einer Bedingung, sei es als einer resolutivwirkenden, sei es als einer suspensivbedingung, wie das Gesetz es gestattet und bezw. vorschreibt, würde in denjenigen Fällen, in welchen eine objektive Prüfung entscheiden sollte, in Widerspruch mit dem Satze stehen, dass der Käufer vor der Genehmigung nicht gebunden ist; denn sowohl der suspensiv wie der resolutiv Bedingungsverpflichtete ist gebunden. Nur wenn, wie im Falle des Art. 339, anzunehmen ist, dass die Prüfung oder Besichtigung nur scheinbar von Einfluss, in der That aber die Willkür entscheidend sei, kann man sagen, der Käufer sei nicht gebunden.

sachverständiges Urtheil über dem Ausgang der Prüfung steht. Ueber die *degustatio vini* s. l. 1 pr. l. 4 pr. § 5 l. 15. D. de per (18,6) l. 34 § 5 D. de c. e. (18,1) u. Cato de re rustica cap. 148. — Goldschmidt in seiner Z. f. d. ges. H.R. Bd. I S. 66 ff., 262 ff., 386 ff., Fitting im Arch. f. civilist. Praxis Bd. 46, 11. Vangerow, P. § 635 Anm. Windscheid, P. § 387 Anm. 6—8, Eck in Holtzendorffs Rechtslex. 3. Aufl. Bd. III S. 187, Gareis, ebenda Bd. I S. 503. Nicht nach den Grundsätzen von der *degustatio vini*, sondern lediglich nach der konkreten Willensmeinung der Parteien und den Grundsätzen der *bona fides* ist ein Kaufvertrag zu beurtheilen, welcher über jungen Wein im Herbste bald nach der Lese unter dem Vorbehalt der Bestätigung seitens des Käufers bei Probeansicht abgeschlossen wurde und erst im nächsten Frühjahr durch Lieferung des Weines erfüllt werden soll. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 81 S. 333, insbes. Bd. XXII Nr. 25 S. 108—114.

<sup>22)</sup> Die Genehmigung kann direkt oder indirekt erklärt werden, letzteres z. B. dadurch, dass der Käufer die vorher noch nicht tradirte Waare — nach vorgenommener Prüfung — beim Verkäufer abholen lässt, oder die tradirte Waare nach der Prüfung absichtlich konsumirt und hiervon dem Verkäufer Mittheilung macht. Vgl. Hahn, Komm. § 5 a. E. Anm. 9, 10, § 7 ebenda.

<sup>23)</sup> Art. 339 Abs. 2.

<sup>24)</sup> So in der That Hahn, Komm. zu Art. 339 § 6. Vgl. Treitschke-Wengler §§ 52, 53. Hahn ist in der Durchführung des erwähnten Gedankens übrigens nicht konsequent; wenn er in § 8 Abs. 2 sagt: „Ist durch die rechtzeitig eingetroffene Erklärung der Vertrag perfekt geworden“ etc., so muss man fragen: welcher Vertrag? Das *pactum de vendendo* ist doch schon vor der Genehmigungserklärung perfekt. Vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 85 S. 322.

<sup>25)</sup> Vgl. § 4. J. de empt. 3,24. Thöl, H.R. § 259 II. — Ob im Falle des Aufschliessens der Waare der Käufer Ersatz der Fracht- und Lagergelder fordern darf, hängt von den einzelnen Umständen des Falles (Absicht der Kontrahenten) ab, so wenigstens d. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 12 S. 48.

Die Genehmigung, welche den Käufer bindet, muss zwar eine unbedingte sein, allein es versteht sich dabei von selbst, dass hinsichtlich der bei der Probe nicht in Erwägung und Prüfung gezogenen Eigenschaften oder Waarenpartieen weitere Reklamationen und schliesslich die Beanstandung der Waare auf Grund des § 347 stattfinden kann.<sup>26)</sup>

4. Der Zustand der Ungewissheit, welchen der „Kauf auf Probe“ zunächst erzeugt, darf nicht dauern: Bedürfniss und Recht fordern eine Ueberführung in einen sicherern Zustand; und diese Ueberführung muss auch für den Fall bewirkt werden, dass die Parteien sich nach Abschluss des Kaufes stille verhalten.

Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle:

a. Die Waare ist dem Käufer zum Zweck<sup>27)</sup> der Besichtigung oder Probe übergeben; in diesem Falle muss der Käufer, der die Waare auf Probe oder Besicht gekauft hat, die Waare als Kaufsobjekt behalten — sie gilt als genehmigt —, wenn er eine bestimmte Zeit hindurch, nemlich während der Wartezeit, die Waare behielt und schwieg: das Stillschweigen und gleichzeitige Behalten der zum Zwecke der Probe übergebenen Waare gilt als Genehmigung. Ohne die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes (Art. 339 Abs. 4) wäre es nicht ausser Streit und Zweifel, ob das Schweigen und Behalten Genehmigung wäre; denn eine Geschäftsverbindung ist noch nicht in Folge eines einmaligen Vertrages anzunehmen,<sup>28)</sup> auch keiner der übrigen Fälle, in denen Stillschweigen als Annahme erscheint, s. oben § 262 VI aa. ff. S. 572.<sup>29)</sup> Allein das Ent-

<sup>26)</sup> Art. 347 letzter Abs. Hahn, Komm. a. a. O. § 7 Abs. 2. Treitschke-Wengler a. a. O. S. 197, insbes. Anm. 9a. Vgl. übrigens R.O.H.G. X Nr. 26 S. 144.

<sup>27)</sup> Der Zweck der Besichtigung oder Prüfung muss allerdings stets vorhanden sein, wenn die erwähnten gesetzlichen Folgen eintreten sollen, es kann sich mit ihm aber auch ein anderer Zweck der Tradition verbinden, z. B. die Absicht, für den Genehmigungsfall schon erfüllt zu haben.

<sup>28)</sup> Vgl. Hahn a. a. O. S. 251.

<sup>29)</sup> Eine Ausnahme dürfte der oben unter S. 573 unter ee. aufgeführte Fall bilden, wenn sich nemlich mit der Uebergabe zum Zweck der Prüfung die Uebergabe zum Zweck eventueller Vertragserfüllung verbindet und der Waarenempfänger die tradirte Waare prüft und konsumirt. Hierbei dürfte die ausdrückliche Genehmigung überflüssig, das Stillschweigen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Disposition für Annahme entscheidend sein. Vgl. Hahn S. 246. Schicke ich dem Buchhändler, der mir auf oder ohne Bestellung ein Buch „zur Ansicht“ sandte, den fakturirten Preis hiefür zu, indem ich das Buch behalte, so ist damit sicher die Genehmigung ertheilt. Somit ist demnach kein Unterschied zwischen dem verbindlichen Antrag mit Zusendung fakturirter unbestellter Waare einerseits und dem gemäss Kauf auf Besicht erfolgten Zusenden bestellter Waaren zur Ansicht. Ob aber das bloss Liegenlassen des zugesandten Buches mich zum Behalten und Bezahlen des Buches verpflichtet, hängt, wenn das Buch unbestellt zugesandt wurde, von den oben S. 572 ff. erörterten Umständen, wenn es auf Besicht gekauft und so zur Ansicht zugesendet ward, von Art. 339 Abs. 4 ab. Es ist aber noch ein dritter Fall denkbar: weder das Bestellen noch das Zusenden soll verpflichtend sein, es ist keiner gebunden und das Stillschweigen des Empfängers führt für sich allein nicht zum Vertrage. (Z. B. ich ersuche den Buchhändler, mir ein Werk nur zur bequemeren Durchsicht in meine Wohnung zu senden; er thut dies ohne sich binden zu wollen und

scheidende ist, dass ein Vertrag abgeschlossen und auf Grund dessen eine Waare dem einen Kontrahenten übergeben wurde; weder das Eine noch das Andere hievon wäre für sich allein entscheidend, das Stillschweigen hier als Annahme deuten zu lassen.<sup>30)</sup>

b. Die Waare wurde nicht übergeben oder zu einem andern Zwecke, als zu dem der Prüfung oder Besichtigung dem Käufer übergeben; in diesem Falle gibt das Gesetz es in die Hand der Beteiligten, durch positives Thun den Zustand der Ungewissheit zu endigen und durch Gewissheit zu ersetzen; es trifft aber keine direkte Entscheidung für den Fall des Schweigens beider; während der Wartefrist ist der Verkäufer gebunden; er hört aber auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer vor Ablauf der Wartefrist seine Nichtgenehmigung ausdrücklich erklärt, die Waare aufschiesst, oder wenn er bis zum Ablauf der Wartefrist nicht genehmigt; hört der Verkäufer auch auf, berechtigt zu sein, wenn der Käufer die Wartefrist schweigend verstreichen lässt? Dieser Frage hat die andere Frage voranzugehen: Ist der Verkäufer aus dem „Kauf auf Probe“ überhaupt zu irgend Etwas berechtigt? Man könnte dies deshalb verneinen, weil das Gesetz sagt, der Käufer sei vor einer Genehmigung an den Kauf nicht gebunden. Allein es könnte denn doch noch die Frage aufgeworfen werden, ob der Käufer in diesem Falle nicht wenigstens seinen Rücktritt, seine Nichtgenehmigung, das Aufschiessen der Waare erklären müsse. Auch dies ist zu verneinen; das Gesetz zwingt den zurücktretenden Käufer nicht, wenn die Waare nicht zum Zwecke der Probe übergeben wurde, sein Stillschweigen zu brechen;<sup>31)</sup> die Suspensivbedingung erfüllt sich nicht, sie fällt auch nicht weg, der Verkäufer ist nach der Wartefrist nicht mehr gebunden, der Käufer schon vorher nicht, die im Kauf auf Probe steckende Suspension der Wirksamkeit des Geschäfts verwandelt sich nach Ablauf der Wartefrist in dauernde Unwirksamkeit des Geschäfts, nemlich in Aufhebung desselben mittels Zeitablauf, und

lässt noch am nemlichen Tage das Werk wieder abholen, da er es inzwischen fest an einen Dritten verkauft hat; ich wurde hierbei weder berechtigt noch verpflichtet.)

<sup>30)</sup> Vgl. die Motive zum preuss. Entwurfe d. H.G.B., cit. v. Hahn a. a. O. S. 251.

<sup>31)</sup> Das Gesetz räumt demnach dem Umstande, dass ein Kaufvertrag abgeschlossen wurde, eine weniger bindende Kraft ein, als die Handelssitte und bezw. die Usance im Falle einer bindenden Offerte den meisten der oben § 5 VI unter aa—ff aufgezählten Umständen für sich allein einräumt. Als Grund hiefür wird anzuführen sein, dass ja im Kauf auf Probe der eine Kontrahent dem andern das relaxirende Zugeständniss der Bedingung si placuerit ausdrücklich machte und im angegebenen Falle (Abs. 2. 3 Art. 339) auch keine Waarenübergabe stattfand, vgl. oben S. 593 und die in voriger Anm. cit. Motive. Eben wegen jenes Zugeständnisses der beliebigen Entscheidung kann auch den nebenbei vorhandenen Umständen (oben aa—ff), welche sonst die affirmative Wirkung des Schweigens gegenüber einem bindenden Antrage rechtfertigen, diese Kraft im Kauf auf Probe nicht beigelegt werden, wenn die Waare nicht zum Zweck der Prüfung zugesandt war, sondern ist das Schweigen über die Wartezeit hinaus als Ablehnung zu interpretiren, Abs. 2 d. Art. 339. Ist die Waare übergeben, geprüft und konsumirt (oben S. 573 Fall ee.), so muss sie allerdings auch im Falle eines Kaufes auf Probe als genehmigt gelten.

somit ist auf einem Umwege auch für den Fall des beharrlichen Schweigens beider Kontrahenden eine Entscheidung getroffen.

5. Die wiederholt erwähnte Wartefrist ist entweder eine einfache oder eine zusammengesetzte:

a. eine einfache dann nemlich, wenn sie verabredet<sup>32)</sup> oder ortsgebräuchlich<sup>33)</sup> ist; in einem solchen Falle hört die Gebundenheit des Verkäufers ipso facto auf, wenn nemlich der Käufer bis zum Ablaufe dieser Frist nicht genehmigt hat;<sup>34)</sup>

b. eine zusammengesetzte, wenn weder durch die Vereinbarung noch durch den Ortsgebrauch eine Frist festgesetzt ist, so besteht die Wartefrist aus einer den Umständen angemessenen Frist und aus dem Zeitraume, welchen die in diesem Falle vom Gesetze verlangte Aufforderung<sup>35)</sup> und die darauf zu gebende Antwort nothwendig in Anspruch nimmt.

II. **Der Kauf nach Probe.** Der Ausdruck „Kauf nach Probe“, — „nach Muster“, — „laut Probe“, „vente sur échantillon“ ist mehrdeutig; die Handels-sitte wendet denselben zur Bezeichnung folgender Rechtsverhältnisse an:

1. Der Verkäufer (z. B. der Handlungsreisende, welcher Muster bei sich führt) hat den Käufer dadurch zum Abschluss des Kaufvertrags, zu einer Bestellung zu bewegen gesucht und auch vielleicht bewogen, dass er ihm Muster vorzeigt; letzteres hatte lediglich den Zweck, dem Käufer einen allgemeinen Begriff von der Waare und die Lust zur Bestellung beizubringen.<sup>36)</sup>

2. Der Verkäufer hat sich verpflichtet, die bestellte Waare so zu liefern, wie die Probe ist; diese, das Muster, ist der sichtliche Träger der dicta et promissa des Verkäufers; der Käufer kann verlangen, dass die Waare dem beim Verkaufsabschlusse vorgelegten Muster, der Probe entspricht; ist dies, wie sich bei der Erfüllung herausstellt, nicht der Fall, so kann der Käufer Schadenersatz, Preisabzug oder dgl. fordern, die Waare zur Disposition stellen (Art. 347 des H.G.B.), kurz alle diejenigen Wege beschreiten, welche das Gesetz bei Mangel der vertragsentsprechenden Erfüllung dem Käufer eröffnet.

3. Der Käufer und der Verkäufer sind übereingekommen, dass der Kaufvertrag nur dann wirksam sein solle, wenn die gelieferte Waare der Probe entspreche; ist Letzteres nicht der Fall, so soll es angesehen werden, als sei

<sup>32)</sup> Wie die Verabredung lauten kann, s. Hahn, Komm. a. a. O. § 10.

<sup>33)</sup> Hahn, Komm. a. a. O. § 12.

<sup>34)</sup> Ueber die Gefahr des Untergangs oder der kasuellen Verspätung der Genehmigungsnachricht s. Hahn, Komm. a. a. O. § 16.

<sup>35)</sup> Art. 339 Abs. 3: „In Ermangelung einer verabredeten oder ortsgebräuchlichen Frist, kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf, gebunden zu sein, wenn sich der Käufer auf die Aufforderung nicht sofort erklärt.“ Ueber das „sofort“ s. Hahn, Komm. Art. 339 §§ 14, 15. Anschütz-Völdendorff S. 263.

<sup>36)</sup> Dies übersieht Treitschke-Wengler a. a. O. S. 159, 160. — Möglicherweise birgt das Vorzeigen solcher Proben aber Arglist. — Vgl. R.O.H.G. II Nr. 94 S. 418. XV Nr. 52 S. 171.

gar kein Kauf abgeschlossen worden, oder es soll der abgeschlossene Kauf einfach aufgehoben werden; mit andern Worten: es kann sein, dass die Bezugnahme auf die Probe den Sinn einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung hat.

4. Der Käufer und Verkäufer haben den Kauf zunächst ohne Probevorzeigung abgeschlossen, aber vereinbart, dass vor der Lieferung der Waare eine Ausfallsprobe,<sup>37)</sup> ein Ausfallmuster Seitens des Verkäufers dem Käufer vorgelegt werde. Hiebei ist zu unterscheiden, ob die Vorlegung des Ausfallmusters zum Vertragsabschlusse insofern gehört, als der Vertrag dadurch noviert, in einen Kauf nach Probe umgewandelt wird, oder ob die Vorlegung des Ausfallmusters die Erfüllung einleiten soll; weder für das Eine noch für das Andere spricht eine Rechtsvermuthung.<sup>38)</sup>

Es liegt völlig im Willen der Parteien, welche Bedeutung sie der Probe beilegen; ist die Meinung die, dass die Bezugnahme auf eine Probe dem Käufer das Recht geben solle, von dem Kaufe nach freiem Belieben zurückzutreten, so dass der Kauf von der Suspensivbedingung der Genehmigung des Käufers abhängig gemacht ist, so liegt ein „Kauf auf Probe“ im Sinne des Gesetzes Art. 339 Abs. 1 vor, hiervon I). Dass aber mit dem Ausdruck „Kauf auf Probe“ auch andere Vereinbarungen, ein resolutiv bedingter Kauf, eine Alternativobligation u. s. w. gemeint sein kann, wurde bereits oben (S. 590) erwähnt; so wie aber das Gesetz in einem bestimmten gesetzlichen Sinne von dem „Kauf auf Probe“ spricht, so gibt es auch einen „Kauf nach Probe“ in einer bestimmten Legalbedeutung: ein Kauf nach Probe oder Muster ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, dass die Waare der Probe oder dem Muster gemäss sei.<sup>39)</sup>

Da die Verpflichtung, probemässige Waare zu liefern, vom Verkäufer auch ohne den Ausdruck „Kauf nach Probe oder Muster“ zu gebrauchen, überhaupt ohne formelle Voraussetzung übernommen werden kann, und da anderweit mit dem gebrauchten Ausdrucke „Kauf nach Probe oder Muster“ nicht unter allen Umständen darauf zu schliessen ist, dass der Verkäufer probemässige Waare zu liefern sich verpflichtet, so hat der angeführte Artikel des H.G.Buchs nur den Sinn, dass es einen „Kauf nach Probe“ gibt, der im Gegensatz steht zum „Kaufe auf Probe“ und zum „Kaufe zur Probe“, alle 3 Ausdrücke im Sinne des Gesetzes genommen; wann aber der eine oder der andere oder der dritte diesem Kaufe vorliegt, das ist nicht vom Gesetze gesagt, sondern Frage der Auslegung der Thatsachen, der Umstände, der Willensmeinung der Betheiligten.

Von den oben vorangestellten verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks „Kauf nach Probe“ gibt das Gesetz der unter 2. erwähnten den Vorzug; man

<sup>37)</sup> Gareis, das Stellen zur Disposition § 17 S. 53 ff.

<sup>38)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. XI Nr. 23 S. 49, Bd. XI Nr. 35, S. 97. — Ueber Kauf unter Bezugnahme auf eine der noch unfertigen, inneren Veränderungen noch unterworfenen Waare entnommene Probe s. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 81 S. 329, Bd. XXII Nr. 25 S. 108.

<sup>39)</sup> Art. 340 d. H.G.B.



drückt dies gewöhnlich<sup>40)</sup> damit aus, dass man sagt, der „Kauf nach Probe“ sei im Zweifel oder vermuthungsweise ein unbedingter, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossener Kauf, die Waare probemässig zu liefern. Das Anwendungsgebiet dieses Satzes als einer „Präsumption“ ist sicher ein sehr enges: es muss sich vielmehr in der Regel feststellen lassen, was die Parteien wollten, und wenn sich zeigt, dass die Parteien den unbedingten Kauf mit der erwähnten Verpflichtung des Verkäufers wollten, so ist dementsprechend zu handeln und zu urtheilen.

Legen wir fortan die Legalbedeutung des Ausdrucks „Kauf nach Probe“ zu Grunde: Der „Kauf nach Probe“ ist ein Kaufvertrag, in welchem die vertragsmässig gewollte Beschaffenheit der Waare ganz oder theilweise, anstatt durch Beschreibung in Worten, durch ausdrückliche Verweisung auf eine bestimmte Sache bezeichnet wird.<sup>41)</sup>

Dieser Kauf kann ein bedingter sein,<sup>42)</sup> als „Kauf nach Probe“ ist er ein fester Kauf, d. h. die Verweisung auf die Probe hat nicht den Sinn einer Suspension des Effekts des Kaufs- und Verkaufswillens, noch den Sinn der Eröffnung der Möglichkeit der Auflösung; es kann aber diesem Kaufe eine beliebige Resolutiv- oder Suspensivbedingung beigefügt sein.

Die probemässig zu liefernde Waare kann eine Species oder nur in genere bestimmt sein; Letzteres wird in „Käufen nach Probe“ gewöhnlich der Fall sein: anstatt Qualitäten der zu liefernden nur in genere bestimmten Waare wird auf die Probe verwiesen, es verspricht der Verkäufer, dass die von ihm zu liefernde Waare dieselben Eigenschaften habe, wie die Probe; diesen Inhalt kann auch das Versprechen des Verkäufers im Specieskaufe haben, nemlich, dass die gekaufte Species dem Muster entspreche.<sup>43)</sup> Die Probe (das Muster) kann vom Käufer oder vom Verkäufer als Grundlage des Vertrags, soweit dieser die Qualitätsbestimmung überhaupt aus der Probe beziehen soll, proponirt werden; charakteristisch ist nur, dass der Verkäufer, gleichviel, ob er die Probe

<sup>40)</sup> Anschütz-Völderndorff III S. 264, 265. Endemann, H.R. § 117 III S. 575, R.O.H.G. Bd. II Nr. 94 S. 419, Bd. VIII Nr. 62 S. 249, auch Gareis, H.R. S. 296.

<sup>41)</sup> Vgl. Hahn zu Art. 340 § 8. — R.O.H.G. XIV Nr. 93 S. 289, XVI Nr. 80 S. 318. Fraglich ist, ob eine Klausel: „Wie bisher“ oder dgl. den Kauf nach Probe hinreichend bezeichnet. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 72 S. 213.

<sup>42)</sup> Dies ist der Fall, wenn vereinbart ist, dass, falls die Waare nicht nach Probe ausfällt, der Kauf nicht als geschlossen anzusehen sei. Das im Hamburger Einführungsgesetz zum D. H.G.B. und in den Motiven daselbst geschilderte an der Hamburger Börse übliche Kaufgeschäft nach Probe ist ein Beleg hiefür (s. v. Hahn S. 255, 256); dass für diese Geschäfte kennzeichnend ausser der Erwähnung der Probemässigkeit eine entweder für das spezielle Geschäft oder usancemässig bestimmte Frist zur Prüfung der Waare feststeht (z. B. morgen nachzustechen) (s. Hahn a. a. O.), hat keine weitergehende Bedeutung. — Ein Kauf, der auf Grundlage eines Musters unter Verpflichtung des Verkäufers, mustergiltige Waare zu liefern, abgeschlossen wurde, kann beliebig resolutiv oder suspensiv bedingt sein, s. R.O.H.G. II Nr. 94 S. 419, VIII Nr. 62 S. 250.

<sup>43)</sup> s. Hahn a. a. O. § 5.

zuerst einführt oder ob etwa der Besteller seine Bestellung auf eine von sich aus beigelegte Probe gründet, die Waarenlieferung nach Probe versprach. Wie weit im einzelnen Falle die Uebereinstimmung der versprochenen Waare mit der zu Grunde gelegten Probe reichen müsse, ist abermals Auslegungsfrage: es kann ebensowohl gemeint sein, dass die Waare nur „annähernd“ oder „möglichst“ der Probe entsprechen soll,<sup>44)</sup> als auch der konkreten Willenseinigung entsprechen, dass die Probe nur in einer einzigen bestimmten Richtung die Qualität der Waare anzuzeigen habe, während im Uebrigen eine anderweite ausdrückliche Vereinbarung<sup>45)</sup> oder die Handelssitte Eigenschaften vorschreibt.<sup>46)</sup>

Der Mangel der Probemässigkeit der gelieferten Waare ist wie jeder andere Mangel der Waarenlieferung geltend zu machen. Hievon unten §§ 273, 274.

Für die Rechtsnatur des Kaufes nach Probe ist es regelmässig gleichgültig, welches Schicksal die als Probe die Vertragsgrundlage bildende Waarenquantität, das Muster hat; es ist, sofern nicht das Gegentheil erhellt, nicht als veräussert anzusehen, sondern verbleibt im Eigenthum Desjenigen, welcher sie als Vertragsgrundlage liefert, z. B. des Bestellers, dem der Verkäufer hiernach Waare liefern soll.<sup>47)</sup> Die Aufbewahrung der Probe Seitens des Nichteigenthümers ist in Ermangelung anderer Vereinbarung nach den Grundsätzen des Hinterlegungsvertrags zu beurtheilen; die wiederholt aufgestellte Behauptung, dass diese Aufbewahrung mit einer Präjudiz für die Beweislast Betreffs der Probemässigkeit der Waare verbunden sei,<sup>48)</sup> ist ohne positiven Anhaltspunkt in unserem heutigen Rechte; richtig aber ist, dass zum Beweise richtiger Vertragserfüllung Seitens des Verkäufers im Bestreitungsfall auch der Nachweis der Uebereinstimmung der gelieferten Waare und der Probe gehöre, daher dem Verkäufer, welcher die Identität der beim Vertragsabschlusse vorliegenden, inzwischen vom Käufer aufbewahrten und der nun wieder vorgelegten Probe bestreitet, der Beweis für die Echtheit der von ihm behaupteten Probe, folgeweise der Beweis der Unechtheit der vom Käufer vorgelegten, obliegt.<sup>49)</sup>

Für den Fall, dass ein Handelsmäkler den Kauf nach Probe vermittelte, enthält das Gesetz eine Specialvorschrift: Der Mäkler muss, sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet, von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, nachdem er dieselbe Behufs der Wiedererkennung gezeichnet hat, so lange aufbewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise erledigt ist.<sup>50)</sup>

<sup>44)</sup> R.O.H.G. II Nr. 94 S. 420.

<sup>45)</sup> Vgl. R.O.H.G. XXII Nr. 54 S. 246.

<sup>46)</sup> R.O.H.G. XIV Nr. 93 S. 290.

<sup>47)</sup> Vgl. Thöl § 260 Anm. 6, Anm. 11.

<sup>48)</sup> Thöl § 260, III Nr. 5 Anm. 14, 15. Hahn a. a. O. § 9, s. R.O.H.G. Bd. VI Nr. 77 S. 339, Bd. IX Nr. 10 S. 27, Bd. XXIII Nr. 101 S. 308.

<sup>49)</sup> R.O.H.G. Bd. VI Nr. 77 S. 339, XII Nr. 2 S. 9, XVIII Nr. 52 S. 206. Ueber die Beweislast s. Keyssner, H.G.B. S. 340 Ziff. 12.

<sup>50)</sup> Art. 80 D. H.G.B.

III. **Der Kauf zur Probe.** Durch den in Art. 341 des H.G.Buchs enthaltenen Satz:

„Ein Kauf zur Probe ist ein unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes.“

gibt der Gesetzgeber ebensowenig wie in der Definition des „Kaufes nach Probe“ und des „Kaufes zur Probe“ eine Auslegungsregel oder Rechtsvermuthung,<sup>51)</sup> sondern er gibt nur zu erkennen, dass ein Kauf auch das Motiv nennen kann, dass ein solches Geschäft dadurch nicht bedingt wird und dass er, der Gesetzgeber, dieses Geschäft einen „Kauf zur Probe“ nennt. Der Verkehr versteht unter dem „Kauf zur Probe“ auch nicht selten den „Kauf auf Probe“, nicht der Ausdruck, sondern der wahre Wille der Parteien ist jedoch entscheidend; es kann auch sein, dass die Parteien durch den Abschluss „zur Probe“ nicht bloß keinen „Kauf auf Probe“, demnach aber keinen Rücktritt wegen hinterher ermittelte Unbrauchbarkeit, keine Suspension bis zur Genehmigung und keine Resolution des Kaufes wegen Unanwendbarkeit der Waare zuzulassen beabsichtigten, sondern auch, dass sie über das in Art. 341 Vorausgesetzte nach der andern Seite hin hinausgehen wollten: nemlich das Geschäft so meinten, dass der Käufer die Waare nicht aufschiesse dürfen wegen solcher Mängel, wegen welcher ohne die Statuirung der Klausel „zur Probe“ eine Reklamation zulässig wäre; die Waare soll dann nur so beschaffen sein, dass man damit die Probe machen kann,<sup>52)</sup> gleichviel wie diese ausfällt: die Klausel zur Probe würde somit einen Verzicht auf die Geltendmachung gewisser Mängel in sich schliessen. Dass diese Meinung noch weniger zu vermuthen ist, als eine andere, bedarf keiner weiteren Erörterung.<sup>53)</sup>

Auch ist nicht zu vermuthen, dass sich der Käufer verpflichten wollte, für den Fall, dass sich die Waare bei der probeweisen An- oder Verwendung bewähre, einen neuen Kauf, insbesondere Kauf einer grösseren Quantität abzuschliessen.<sup>54)</sup>

In allen Fällen der Erwähnung einer „Probe“ im Kaufvertrage ist somit die Willensmeinung der Parteien ohne gesetzliche Zwangsregeln vor allem zu erforschen.

<sup>51)</sup> Wie Anschütz-Völderndorff III S. 265 annehmen.

<sup>52)</sup> Alsdann und insoweit ist freilich der Zusatz „zur Probe“ nicht „juristisch bedeutungslos“, Thöl § 260 IV.

<sup>53)</sup> Vgl. Hahn a. a. O. S. 261, 262.

<sup>54)</sup> Eck in Holtzendorff R.Lex. III (3. Aufl.) S. 187.

## § 266.

D. Genuskauf, Spezieskauf<sup>1)</sup> und verwandte Unterscheidungen.

I. Die hier in Betracht kommenden Unterscheidungen haben davon auszugehen, dass dem Käufer entweder daran liegt, die Waare als Sachindividuum (z. B. das Pferd „Hektor“, wie es ist) oder daran, die Waare als Träger bestimmter Eigenschaften (z. B. mittelfeine abgelagerte Holländer-Cigarren) zu erhalten; ist dieses oder jenes Interesse des Käufers im Vertragsabschlusse berücksichtigt, so ist der Kauf davon beeinflusst sowohl in Bezug auf die Verpflichtung des Verkäufers als auch in Bezug auf den Uebergang der Gefahr u. s. w. .

Liegt dem Käufer daran, ein bestimmtes Sachindividuum zu erhalten, und ist demnach vereinbart, dass das Sachindividuum in seiner unverkennbaren Vereinzelung (Singularität) als Sachindividuum Gegenstand des Kaufes sei, so liegt ein **Spezieskauf** vor; <sup>2)</sup> dagegen ist der **Gattungskauf**, Kauf in genere, oder kurz Genuskauf genannt, ein Kauf, bei welchem die Waare nach Maassgabe ausdrücklich bestimmter (d. h. mindestens in der mehr oder weniger technischen Benennung ausgedrückter) Eigenschaften gekauft ist, ohne Rücksicht auf ein Sachindividuum; in letzterem Falle ist so zu sagen die Eigenschaft oder die Summe von Eigenschaften in Handel genommen, freilich nicht in ihrer nichtfassbaren nur logischen Existenz, sondern in ihrer sichtlichen Darstellung an irgend einem Sachindividuum, das jedoch nicht als Individuum, sondern nur um der angegebenen Eigenschaften willen, die sich auch an mehr oder weniger zahlreichen anderen Sachindividuen finden, gesucht, angeboten, versprochen und geliefert wird.<sup>3)</sup> Wer „in genere“ kauft, der kauft eine Waare **nach** ihren Eigenschaften, die sie mit vielen anderen Sachen gemein hat und durch sie sich auch von vielen anderen Sachen unterscheidet; wer eine Spezies kauft, der kauft die Sache **mit** ihren Eigenschaften, nemlich zunächst als Individuum, dann aber doch auch als Träger bestimmter Eigenschaften, bestimmter Art-, Gattungs- oder anderer Merkmale, die entweder als selbstverständliche „Naturalien“ oder als garantierte Beschaffenheit in Betracht kommen können; im Spezieskauf ist eine bestimmte Sache vom Käufer ins Auge gefasst, ein Sachindividuum als solches Gegenstand seines Wunsches und so zu sagen in zweiter Linie steht ihm der Wunsch, dass dasselbe auch Träger bestimmter Eigenschaften sei, die dieser Sache gewöhnlich nach allgemeinen Verkehrsbegriffen oder zu Folge ausdrücklicher Vereinbarung zukommen sollen.<sup>4)</sup> In umgekehrter Rangordnung stehen

<sup>1)</sup> Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. IV S. 396 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. R.O.H.G. XXI Nr. 101 S. 313.

<sup>3)</sup> Vgl. oben § 164 IV. Lit. besonders bei Goldschmidt, H.R. § 61 Ziff. 1 (Not. 12—22).

<sup>4)</sup> Daher liegt der Spezieskauf auch im Anwendungsgebiet des Art. 335. Vgl. oben § 250 IV 2. Doch ist hier genau zu untersuchen, was die Parteien gewollt haben, insbes. ob

die Wünsche im Genuskaufe: Wer in genere kauft, dessen Wille erstreckt sich zunächst auf bestimmte Eigenschaften und erst folgeweise auf eine Einzelsache, die an sich beliebig ist, aber die Trägerin der vom Käufer als relevant behandelten Eigenschaften sein muss.

Wie man sieht, liegt die Unterscheidung zwischen „Genus“ und Spezies nicht in der Waare selbst, sondern in der Art der Bezeichnung derselben beim Kaufabschlusse; die meisten Gegenstände des Verkehrs werden in genere behandelt, können aber jeder für sich auch als Spezies gekauft sein. Die Unterscheidung liegt in der Art des Kaufabschlusses, d. h. in der Willenseinigung, welche sich im Genuskaufe nur auf den Träger bestimmter Qualitäten, im Spezieskaufe nur auf die bestimmte Individualität, auf die Sache nicht als Exemplar einer Gattung, sondern als Individuum bezieht, und zwar ist hier schliesslich der Wille des Käufers entscheidend: d. h. wenn der Verkäufer im Momente des Vertragsabschlusses der in genere lautenden Bestellung des Käufers gegenüber bereits eine bestimmte Spezies ins Auge gefasst hat, die er zum Zwecke der Erfüllung liefern will, bleibt das Geschäft darum doch ein „Genuskauf“; doch nur in dem Abschluss liegt das Unterscheidende: in die Erfüllung des Vertrags kommen stets nur Spezies: nur Sachindividuen können versandt, geliefert, tradirt werden, und „was sich tradiren lässt, ist stets eine Spezies“.<sup>5)</sup>

II. Nicht in der Art der Beredung, sondern in der Art der Waare selbst liegt der Gegensatz zwischen vertretbaren und nichtvertretbaren Sachen:<sup>6)</sup> die Eigenschaft der Unvertretbarkeit als Thatsache (vgl. unten Anm. 7.) kann einer Sache nicht beigelegt werden, sie liegt in ihr, wohl aber kann die Eigenschaft ignoriert, gar nicht in Betracht gezogen werden. Nichtvertretbare und vertretbare Sachen können Gegenstand eines Spezies- und eines Gattungskaufes sein, denn während bei letzterer Gegenüberstellung der Wille des Kontrahenten, insbesondere die Bestellung entscheidet, ist die Frage der objektiven

nicht durch die vom Käufer getroffene Wahl der von ihm besichtigten Spezies gewisse, sonst relevante Eigenschaften als bedeutungslos aufgefasst werden. Vgl. die scheinbar sich widersprechenden, aber auf verschiedene Thatbestände sich beziehenden und darum wohlvereinbarten Entsch. d. R.O.H.G. IV Nr. 7 S. 36 u. V Nr. 70 S. 322.

<sup>5)</sup> S. Goldschmidt, HR. I S. 536 Anm. 16. Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass die in genere gekaufte, vom Verkäufer ausgeschiedene, vom Käufer aber zurückgewiesene Waare durch letztere Manipulationen die Eigenschaft einer Spezies und das darüber abgeschlossene Geschäft die Natur eines Spezieskaufes annehme. Vgl. R.O.H.G. VII Nr. 74 S. 284.

<sup>6)</sup> S. oben § 164 V: Lit. n. röm. Quellenstellen bes. bei Goldschmidt, HR. § 61 Ziff. 2 (Anm. 23—33). Es ist hier keine Veranlassung auf die zwischen Goldschmidt a. a. O., insbes. Anm. 31 u. Endemann, HR. § 75 Not. 17 und oben § 164 Anm. 29 verhandelte Kontroverse einzugehen. Den Namen „Gattungssachen“ vermeide ich, sowohl wenn es sich um die Bezeichnung des Objekts eines Genuskaufes (so Endemann oben S. 12), als wenn es sich um die Bezeichnung von vertretbaren Sachen handelt, denn er ist entschieden irreleitend; nicht die Waare, sondern das Rechtsgeschäft wird durch die Bezugnahme auf die Gattung charakterisirt, wenn ein Gattungskauf vorliegt; die Anwendung des Namens Gattungssachen auf vertretbare Sachen s. Windscheid, P. § 141, vgl. auch folg. Anm. auf S. 602.



Vertretbarkeit (Fungibilität) dem Einflusse des menschlichen Willens entrückt; nichtvertretbar ist eine Sache, insofern sie eine Eigenschaft an sich trägt, welche sie mit keinem anderen Dinge der Welt gemein hat, eine Eigenthümlichkeit, wegen welcher demnach kein Gegenstand der Welt diese Sache zu ersetzen vermag; im Antiquitätenhandel, im Kunsthandel, im Verkehr historischer Museen, im sog. Raritätenkram u. dgl. werden tausenderlei Gegenstände umgesetzt, welche unvertretbar sind und daselbst nur in dieser ihrer Eigenschaft in Betracht kommen; hier sind sie unersetzlich, während dieselben Gegenstände nach der Meinung der Parteien in anderen Geschäften vielleicht durchaus ersetzlich sind.<sup>7)</sup> Trotz

<sup>7)</sup> Die Klinge des Degens eines berühmten Helden, die dem Antiquitätenhändler eine unvertretbare Sache ist und als solche von ihm im Verkehre mit dem nach Alterthümern oder Raritäten forschenden Kunden behandelt wird (Spezieskauf einer unvertretbaren Sache), die nemliche Degenklinge kann auch als Stück altes Eisen dem Gewichte nach verkauft werden (Genuskauf einer an sich unvertretbaren Sache, auf deren Unvertretbarkeit aber hier kein Gewicht gelegt wird). Es kann, wie man hieraus ersieht, sehr wohl Umgang genommen werden von der Unvertretbarkeit einer nichtfungiblen Sache und es ist darum der Genuskauf einer nicht vertretbaren Sache keineswegs eine wahre Anomalie, wie Hoffmann im Arch. f. praktische Rechtswissenschaft N. F. Bd. III S. 142 meint; Hoffmann fasst die Nichtvertretbarkeit überhaupt nicht scharf genug auf, in voller Schärfe sind die Gegensätze erkannt und dargestellt von Goldschmidt, H.R. I S. 538—543. Nur muss ich dem von Goldschmidt Dargestellten und von Gareis in seiner Lehre zur Disposition Entwickelten (S. 18—20) eine Ergänzung beifügen, welche eine Art der Entstehung der Unvertretbarkeit erläutert und den eigenartigen Zusammenhang beleuchtet, welcher zwischen der Unterscheidung der in genere und der als Spezies behandelten Waaren einerseits und der Unterscheidung der vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen andererseits besteht, überall geahnt, nirgends aber festgestellt wird. Die Thatsache, dass ein Kauflustiger eine Waare ausgewählt hat, genügt, um diese Waare von allen andern Sachen der Welt unterschieden zu machen und ihr eine Eigenschaft beizulegen, welche sie mit keinem Ding der Welt theilt; das vom Willen eines Käufers als Individuum erfasste Objekt ist in dieser seiner Eigenschaft gerade so objektiv unvertretbar, wie ein durch ein Naturereigniss oder durch die Weltgeschichte zum Unicum erhobenes Ding. Die vom Käufer ausgewählte, gekaufte Spezies ist in und wegen dieser Thatsache unvertretbar (man könnte auch davon mit Paulus I. 2 § 1. D. d. R.C. 12,4 sagen: quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest) freilich mit Wirksamkeit nur unter den Kontrahenten; aber auch die nicht durch den Willen des Kontrahenten erzeugte — ich möchte sagen, die natürliche oder geschichtliche — Unvertretbarkeit wird juristisch nur bedeutend, wenn und soweit sie von den oder dem Betheiligten in Betracht gezogen, mit Relevanz belegt wurde; nur ist im letzteren Falle ausser dem Willen noch die davon unabhängige Qualität der Unvertretbarkeit der Sache an sich bedeutungsvoll. Denjenigen Sachen, welche gewöhnlich pondere, numero, mensura consistunt, kommt gewöhnlich die Eigenschaft der Unvertretbarkeit nicht zu, d. h. sie werden, wenn pondere, numero, mensura behandelt, nicht als unvertretbar behandelt. Wird aber eine Sache um ihrer (nicht vom Willen der Betheiligten geschaffenen) Unvertretbarkeit willen in Handel genommen, so wird sie als Spezies behandelt, der Kauf derselben ist alsdann Spezieskauf. Kennt der Verkäufer die geschichtliche Singularität der von ihm feilgebotenen Waare nicht, wohl aber der sie als Spezies erwerbende Käufer, so ist die juristische Unvertretbarkeit durch den Vertrag gerade so wirksam geschaffen, wie wenn der Verkäufer jene geschichtliche Singularität gekannt hätte; wird die natürliche oder geschichtliche Nichtvertretbarkeit einer Sache als wesentlicher Bestandtheil in die Willenseinigung aufgenommen, so ist der darauf abgeschlossene Kaufvertrag ein Spezies-

der objektiven Existenz der Nichtvertretbarkeit ist doch auch das über nichtvertretbare Sachen abgeschlossene Kaufgeschäft völlig von dem Willen der Parteien beherrscht, soweit es sich um die Vereinbarung über die Waare und deren Qualitäten und folgeweise um die Verpflichtung des Verkäufers und um das Tragen der Gefahr handelt.

Es ist denkbar, 1) dass eine nichtvertretbare Sache, z. B. ein Pferd<sup>8)</sup> oder eine Waffe, Gegenstand eines Spezieskaufes ist, unter ausdrücklicher Betonung der die Unvertretbarkeit dieses Individuums begründenden Eigenschaft, z. B. der historischen Reminiszenzen, die sich an dasselbe knüpfen. Ist das Objekt gerade dieser Singularität wegen gekauft und dieselbe ausschliesslich maassgebend (ähnliche Fälle bietet insbesondere der Antiquitäten- und Raritätenhandel), so erfüllt der Verkäufer seine Aufgabe, wenn er gerade diese Sache (rechtzeitig, am rechten Orte, in der richtigen Art der Sendung, zum paktirten Preise) liefert, gleichviel, welche Mängel der Sache sonst anhaften.<sup>9)</sup> Diese Art des Geschäfts ist nicht zu vermuthen, denn gerade wie auf das Speziesgeschäft überhaupt die Präsumpcion des Art. 335 nicht an sich, sondern nur unter Umständen nicht angewendet werden kann, so ist auch der Spezieskauf einer unvertretbaren Sache im Zweifel nicht von der Bestimmung des Art. 335

kauf; aber dieser Spezieskauf unterscheidet sich in seinen Wirkungen durch Nichts von einem andern Spezieskauf, dessen Waarenobjekt vor der Wahl des Käufers als vertretbare Sache aufgefasst wurde.

<sup>8)</sup> Ich nenne dieses Beispiel absichtlich — in Hinblick auf die gerade daran sich darstellenden Eigenthümlichkeiten. Denn dass man Oel, Weizen, Geld und Wein jetzt wie in der römischen Verkehrssitte als vertretbare Sache regelmässig aufzufassen hat, ist ebenso klar und feststehend wie die Auffassung von Sklaven und Grundstücken als unvertretbarer Sachen. Aber wie ist es mit Pferden? Goldschmidt nimmt wie es scheint als feststehend an, dass Pferde nichtvertretbare Sache sein, daher soll das von ihm erwähnte Geschäft (H.R. § 61 Anm. 31) über die Hin- und Rückgabe von 10 Araberhengsten kein Darlehen, sondern ein Innominatkontrakt sein. Und Hoffmann (Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. III S. 143) sagt: „Man wird nicht wohl ein Pferd als Gattungssache, etwa mit der Bezeichnung als 6jähriger englischer Rappe von der und der Grösse, kaufen. Man wird, wie man sich im gewöhnlichen Leben ausdrückt, „nicht leicht eine Katze im Sacke kaufen“. Es ist sicher, dass jedem Pferdeliebhaber sein Pferd eine unvertretbare Sache ist und als solche auch sonst im Verkehr in der Regel aufgefasst wird. Warum? Wahrscheinlich doch nur wegen der zahlreichen Eigenschaften (sogar Gemüthseigenschaften), die beim Pferde und im Pferdehandel in Betracht kommen; allein es folgt daraus doch zunächst nur, dass man das Pferd in der Regel als Spezies kaufen wird, nicht aber dass das Pferd an sich eine unvertretbare Sache sei. Allein die Unvertretbarkeit der als Spezies behandelten und (s. vor. Anmerk.) nur dadurch unvertretbar gewordenen Sache kann auch ausser Betracht bleiben, ignorirt, aufgegeben werden und dies dürfte auch in dem Geschäft über Rückgabe von Araberhengsten der Fall sein, welchen Goldschmidt anführt. Und bei Massenzlieferung von Pferden, etwa Einkäufen zur Armee, ist es sehr wohl möglich, dass man die Verakkordirung der Lieferung nur nach generellem Merkmale (Race, Höhe, Alter, Gesundheit u. dgl.) vornimmt und dass die bei der Ablieferung vorgenommene Besichtigung der gelieferten Spezies nur die Bedeutung hat, Grundlage für die Erklärung der Empfangbarkeit zu bilden. Vgl. auch Regelsberger im Arch. f. civilist. Prax. Bd. 49 S. 215.

<sup>9)</sup> Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 6 Anm. 3 (S. 20—21).

befreit; der Käufer will im Zweifel nicht blos der Kuriosität halber, sondern auch der Brauchbarkeit wegen die Waare erwerben. Aber denkbar ist es immerhin, dass nur die Eigenschaft der Singularität (z. B. bei Erwerb von alten Waffen für historische Museen) juristisch gewollt ist — in dieser Hinsicht wird der Kauf unvertretbarer Sachen sogar dem Genuskaufe ähnlich: der Träger der historisch bedeutungsvollen Eigenschaft ist, was seine Brauchbarkeit u. s. w. anlangt, gleichgültig, nur die Singularität kommt in Betracht — die Waare kann alsdann nur wegen des Mangels der im Vertrage vorausgesetzten Singularität beanstandet und zur Disposition gestellt werden.

2. Es ist aber denkbar, dass die die Unvertretbarkeit bildende Eigenschaft zwar in Betracht gezogen wird, aber nicht ausschliesslich; die Kuriosität veranlasst den Käufer, gerade dieses Pferd, diese Waffe zu wählen, aber er will ein brauchbares Pferd, eine gute Waffe erwerben; die Verpflichtung in diesem Falle des Spezieskaufes richtet sich rein nach der Vereinbarung: hat der Verkäufer durch ein dictum die historische Singularität der Waare zugesichert, so haftet er auch in dieser Hinsicht für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft; aber es ist nicht blos zweifellos, dass er auch für die übrigen erforderlichen Eigenschaften (Art. 325 oder zugesicherte) haftet, sondern dass er häufig für das Vorhandensein jener Singularität nicht haftet: es kann sein, dass die historische Singularität zwar erwähnt, vielleicht sogar absichtlich erwähnt, aber nicht zum Vertragselement erhoben wurde. Nicht jede Erwähnung einer singulären Eigenschaft macht den Verkäufer civilrechtlich verantwortlich, Uebertreibungen, Anpreisungen, die nicht ernstlich gemeint und nicht dolos sind, binden nicht. Nicht jede civilrechtlich bedeutungsvolle, nemlich verpflichtende Hervorhebung der Singularität macht alle anderen Eigenschaften der Waare gleichgültig und den Verkäufer frei von der Haftung für dieselbe, sondern der Spezieskauf verpflichtet den Verkäufer zur Lieferung der vereinbarten Spezies im Zweifel unter Haftung für die ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Eigenschaften der Spezies.

3. Es ist denkbar, dass das unvertretbare Ding als vertretbar behandelt und zum Gegenstand eines Genuskaufes gemacht wird (z. B. ein Papierfabrikant kauft zum Zweck des Einstampfens alte Akten nach dem Gewichte, darunter historisch werthvolle Urkunden). Die Verpflichtung des Verkäufers richtet sich hierin ganz nach den Grundsätzen vom Genuskaufe: der Verkäufer trägt die Gefahr und hat für das Vorhandensein der generell bestimmten Eigenschaften an der von ihm gelieferten Spezies zu haften.<sup>10)</sup>

<sup>10)</sup> Es kommt vor, dass Antiquitätenhändler Gegenstände in genere kaufen, um daraus werthvolle Spezies auszulesen und besonders in den Handel zu bringen; sie kaufen die Aktenbündel einer alten Gerichtsregistratur, altes Eisen, altes Holzwerk — all dies in genere — u. s. w., um daraus interessante Gegenstände für den Antiquitätenhandel zu gewinnen. Wenn der Verkäufer dieser in genere verkauften Waaren vorher schon eine Auslese darunter vorgenommen und das historische oder künstlerisch Interessante davon weggenommen hat, so kann sich der Käufer der Makulatur u. s. w., der sich in seinen Erwartungen enttäuscht sieht, nur dann darüber beschweren, wenn die Vereinbarung ihm



III. Besondere Arten des Spezieskaufes bilden die Kaufgeschäfte, welche man mit dem Namen **Kauf in Bausch und Bogen**,<sup>11)</sup> **Aversionalkauf**, Kauf in Pausch, Mengekauf, Klumpenkauf,<sup>12)</sup> *vente en bloc*,<sup>13)</sup> Kauf per aversionem, unvertheilter Kauf,<sup>14)</sup> Kauf eines Sachenbegriffs,<sup>15)</sup> einer universitas rerum zu bezeichnen pflegt.<sup>16)</sup>

Man kann die hieher gehörigen Fälle in zwei Unterarten theilen:

1. Kauf einer Quantität von (in der Regel) vertretbaren Sachen derselben Gattung oder verwandter Gattungen, von solchen Sachen, welche — abgesehen vom Kauf in Bausch — in der Regel nach Maass, Zahl oder Gewicht verkauft, hier aber ohne Rücksicht darauf als eine Einheit behandelt werden, z. B. Kauf von einem „Fass Wein“ ohne Rücksicht auf die unbekannte oder bekannte Anzahl von Litern, die darin enthalten sind, oder: „der vorliegende Getreidevorrath“, oder: „die diesjährige Obsternte“. — Kauf einer Sache, „wie sie steht und liegt“.<sup>17)</sup>

2. Kauf eines Sachenbegriffs, welcher im Verkehr als eine Einheit aufgeführt wird, dessen einzelne Theile aber nicht nach Maass u. s. w. verkauft zu werden pflegen; z. B. „meine Bibliothek“, „meine Kunstsammlung“, „die gesammte Zimmereinrichtung“.<sup>18)</sup>

Die Fälle der ersteren Art (1.) bilden den Aversionalkauf im engeren Sinne: das Charakteristische ist nicht eine juristische Zusammenfassung natürlich getrennter Sachen, sondern eine Nichttheilung von natürlich vereinten Sachen, der Ausschluss der Theilberechnung und Ausmessung (Ausschluss der *admensuratio* und *adponderatio*), während das Charakteristische der Fälle der zweiten Art (2.) der Fälle des „Universitatskaufs“ in der juristischen Zusammenfassung der natürlich getrennten, als Einzelsachen (Spezies) existirenden Sachen liegt.

ein Recht auf den gesammten Vorrath oder einen bestimmten Theil des undurchforschten Ganzen gibt, eine Vereinbarung, welche das Geschäft regelmässig zum Spezieskaufe machen wird.

<sup>11)</sup> Lit. Gruchot in Goldschmidts Z. f. H.R. Bd. III S. 471 ff. Eck in v. Holtzendorffs Rechtslex. unter „Aversionalkauf“ und „Kauf“. Vgl. auch Goldschmidt, H.R. § 61 Anm. 27. Treitschke-Wengler, Kaufkontrakt § 19 u. die dort cit. Lit. Preuss. L.R. I 11 § 117.

<sup>12)</sup> Seuffert, Pand. § 258 I zu Anm. 11.

<sup>13)</sup> Code Nap. art. 1586. Hierzu s. Lyon-Caen et Renault Nr. 651 (p. 352).

<sup>14)</sup> Bayer. L.R. Th. IV Kap. 4 § 6.

<sup>15)</sup> Preuss. L.R. a. a. O. § 121.

<sup>16)</sup> Früher scheint man den Aversionalkauf auch mit dem Ausdruck: „Platzhandel“, „Handel auf dem Platze“ bezeichnet zu haben, s. Bender, H.R. § 89 S. 204, Pöhls, H.R. § 82 S. 171, Thöl, H.R. § 255 Anm. 2. Hofmann, Ueber das Periculum beim Kaufe § 16 S. 45 Nr. 2.

<sup>17)</sup> Preuss. L.R. I 11 §§ 117—120, vgl. ebenda §§ 83—91. Letztere Interpretationsregeln über Zubehör von in Pausch und Bogen oder als Universitas verkauften Sachen enthaltend. Bayer. L.R. IV 4 § 6 Imo. Vgl. Thöl, H.R. § 263 Anm. 6.

<sup>18)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 121. Bayer. L.R. IV 4 § 6 3tio wo statt „das ist“ nach Kreittmayers Anm. IV S. 249 „zumalen“ gelesen werden soll. Ueber das preuss. R. vgl. übrigens auch R.O.H.G. VI Nr. 59 S. 255, IX Nr. 33 S. 112.

Durch jene Nichtaustheilung (Nichtausmessung) und diese Zusammenfassung wird in jedem Falle eine Einheit, erstenfalls eine bereits natürlich vorhandene erhalten, letzterenfalls eine künstlich gebildete, der Gegenstand des Geschäfts; ebendesshalb ist jede der beiden Arten des Aversionalkaufes im weiteren Sinne ein **Spezieskauf**, der Kauf einer „bestimmten Sache“ im Sinne des Art. 342 Abs. 2 des H.G.Buchs. Diese charakteristische Einheit des Gegenstandes tritt mit grösster Deutlichkeit in der Einheit des vereinbarten Preises zu Tage. In den Fällen des Universitaskaufes ist die charakteristische Einheit des Gegenstandes in nichts Anderem auszudrücken, als in der Einheit des Preises, welcher in einer fixen Geldsumme sofort ziffermässig ausgedrückt wird.

Beim Aversionalkaufe im engeren Sinne ist zwar ebenfalls die Einheit des Preises und die Einheit der Waare bezeichnend und aus ersterer auf die letztere zu schliessen, aber es ist hiebei auch möglich, dass die erforderliche Einheit des Preises sich auf die Festsetzung eines einheitlichen Preissatzes, eines „Durchschnittspreises“ für die einzelnen durch Ausmessung, Auswägung, Abzählung u. dgl. zu ermittelnden Rechnungstheile oder Wertheinheiten beschränkt.

Hienach muss man zwei Arten des Aversionalkaufes (im weiteren Sinne) unterscheiden:

a. den **Kauf in Bausch und Bogen**, im engeren und im technischen Sinne (feste Preiseinheit, nicht blos Einheitssatz) und

b. den Kauf einer Zusammenfassung von Sachen mit einer sonst dem Genuskaufe zukommenden Preisfestsetzung nach Rechnungstheilen (Gewichtstheilen u. dgl.);<sup>19)</sup> die technische Bezeichnung dieser Art des Kaufes steht noch nicht ganz fest: man nennt ihn **Kauf nach Maass**<sup>20)</sup> (*emptio ad mensuram*) oder „Spezieskauf mit Quantitätspreis“.<sup>21)</sup>

Der Unterschied liegt demnach in der Art der Preisfestsetzung und hat seinen praktischen und hauptsächlichsten Werth in der Frage des Uebergangs der Gefahr nach gemeinem röm. Recht; hievon unten § 270 I. c. Dem „Kauf in Bausch und Bogen“ ist die einheitlich ziffermässig feststehende Summe eigenthümlich.<sup>22)</sup> In jedem Falle eines Aversionalkaufes handelt es sich nur um den

<sup>19)</sup> Regelsberger bemerkt mit Recht, dass diese Art der Preisfestsetzung auch beim Verkauf an Sacheinheiten möglich ist (z. B. Bauplätze nach dem Quadratfuss, Bäume nach dem Kubikmaass u. s. w.), sowie dass diese Preisbestimmung analog auch bei der Sachmiete und bei der Werkverdingung vorkommen kann. Krit. Vierteljahrschr. Bd. XIII S. 105.

<sup>20)</sup> Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. IV S. 373, 396. Regelsberger, Arch. f. civ. Prax. Bd. 49 S. 184 ff. Hofmann, Ueber das Periculum beim Kaufe 1870 § 16. Vgl. auch Eck im Rechtslex. unter Kauf.

<sup>21)</sup> Regelsberger, Krit. Vierteljahrschrift Bd. 13 S. 105. Diese letztere Bezeichnung hat den von Regelsberger hervorgehobenen Vorzug, allein auch dieser Quantitätspreis ist als Einheitspreis, als einheitlicher Preis für eine als Einheit gedachte Sache gedacht und gewollt.

<sup>22)</sup> Das Merkmal dieses Begriffs („Aversionalkauf“) liegt keineswegs, wie oft gelehrt wird, im Gegenstande, sondern in der Preisbestimmung, welche hier per aversionem, ab-

Kauf einer einzigen Waare, eines Sachindividuums, die Messung, Abzählung, Abwägung zerstört die Einheit des Objekts nicht, sondern dient nur zur Ermittlung der ziffermässigen Höhe des in seiner Gesamtheit auch hier schon beim Abschluss des Geschäfts gewollten Preises.<sup>23)</sup> Es ist die Voraussetzung des Aversionalkaufes, dass das gekaufte Objekt die Eigenschaft eines Sachindividuums schon in der Vereinbarung, nicht erst bei einer Ausscheidung oder bei der Uebergabe hat. (Den entgegengesetzten Fall s. oben S. 601 Anm. 5.) Ist diese Voraussetzung gegeben, nemlich die Einheit des Objekts als einer Spezies festgestellt, so ändert an der Natur des Geschäfts als eines Spezieskaufs auch der Umstand nichts, dass die einzelnen Theile des gekauften Ganzen oder die Stückzahl des in Bausch gekauften Sachquantums im Vertrage angegeben sind, vorausgesetzt, dass die Einheit des Kaufgeschäfts durch die charakteristische Preiseinheit, den Gesamtpreis, fest gewahrt ist oder dass deutlich wird, die Stückzahl- oder Theilangabe habe nur den Zweck einer näheren Bezeichnung des als Einheit verkauften Ganzen, nicht den Zweck, den Vertragswillen auf jedes der genannten Stücke auszudehnen oder einzuschränken.<sup>24)</sup> Würde die Waare zwar als Gesamtwoare genannt, dabei aber die Stückzahl annähernd und dazu ein Durchschnittsstückpreis genannt, so ist die Einheit — trotz des Gesamtnamens, — doch so sehr zersetzt, dass man, wenn nicht besondere Umstände Anderes

gewandten Gesichts, d. h. ohne Anlegung des sonst üblichen Detail-Maassstabes getroffen wird. I. 4 §§ 1, 2. D. de peric. 18,6 l. 62 § 2 D. de contr. empt. 18,1. So Eck in Holtzendorffs Rechtslex. unter „Aversionalkauf“. Diese Begriffsbestimmung bezieht sich auf den Kauf in Bausch und Bogen (engsten Sinnes) im Gegensatz zum „Kauf nach Maass“. Ein Aversionalkauf (weiteren Sinnes) aber verträgt sich auch mit der Paktirung eines Quantitätspreises; Aversionalkäufe sind demnach nicht blos die Fälle: „Ich verkaufe den ganzen in meinem Keller befindlichen Weinorrath für 20,000 M.“ „Ich verkaufe die ganze diesjährige Obsternte meines Obstgartens für 1000 M.“ (Es kann zugleich ein Hoffnungskauf sein), sondern auch folgende: „Ich verkaufe den in meinem Keller befindlichen Weinorrath, das Liter zu 1 M.“ „Ich verkaufe die ganze diesjährige Obsternte meines Gartens, den Zentner zu 25 M.“ Dagegen wäre kein Aversionalkauf vorhanden, wenn trotz der Zusammenfassung der Waare doch Stückpreise besonders und fest vereinbart wären: z. B. „Ich verkaufe meine 2 Chaisenpferde, nemlich das Handpferd zu 1000, das Sattelpferd zu 1200 M.“ In dieser Beziehung hat Eck vollkommen Recht: Das Merkmal liegt rein in der Preisbestimmung, in dem unum pretium, welches pariter oder universaliter festgesetzt ist, vgl. l. 44 D. 18 (zwei Sklaven „pariter uno pretio“), l. 35 § 6 D. ead. (grex universaliter uno pretio). Aber ein Aversionalkauf ist es doch auch, wenn der Kauf so gemacht worden ist, „dass man den Preis zwar stückweise und in singula capita, jedoch durchgehends gleichgesetzt und eins in das andere hierunter gerechnet habe, z. B. hundert Stück Schafe eins in das andere vor 3 fl., denn da wird der Schaden, welchen man etwa bei einem Stück leidet, bei dem andern wieder kompensirt.“ Kreittmayer, Anm. zu Cod. Max. bav. civ. IV S. 248.

<sup>23)</sup> Vgl. Treitschke-Wengler S. 60—62. — Anm. zum bayer. L.R. IV S. 248 s. vorige Anm. a. E.

<sup>24)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 213 u. § 122 vgl. mit ebenda §§ 123, 214. Bayer. L.R. IV 4 § 5, es habe der Verkäufer „die Spezifikation nur für ungewiss“, z. E. mit den Worten: „Beiläufig“ sohin mehr Demonstrationis als „Taxationis gratia“ angegeben.“

anzunehmen zwingen, den Kauf als Genuskauf,<sup>25)</sup> nicht mehr als Aversionalkauf bezeichnen muss.<sup>26)</sup>

Die Rechtsregeln, denen die verschiedenen Arten des Aversionalkaufes unterliegen, sind die vom Spezieskaufe geltenden Normen; sie gehören dem Civilrechte an und nur darauf ist aufmerksam zu machen, dass die Feststellung des Orts der Waarenübergabe von der Thatsache, dass der Aversionalkauf ein Spezieskauf und nicht ein Genuskauf ist, beeinflusst ist: da es sich in diesen Geschäften um den Verkauf „einer bestimmten Sache“ handelt, so hat die Uebergabe — präsumptive — an dem Lagerungsort derselben zu erfolgen.<sup>27)</sup> Ein solcher Kauf ist in jedem Falle schon vor der Zumessung oder Abwägung der Waare perfekt,<sup>28)</sup> sobald er vereinbart ist. Gleichzeitig geht nach römischem Rechte die Gefahr auf den Käufer über, während der Eigenthumsübergang von der Tradition und der Zahlung oder Stundung des Kaufpreises, wie auch sonst bei Spezieskäufen, abhängt und zwar bei unbedingten Käufen und ohne dass das Zumessen in den oben S. 606 unter b erwähnten Fällen eine Aenderung in die Haftungsverhältnisse brächte. Ueber die gemeinrechtlichen Kontroversen s. unten § 270. Dem römischen Rechte folgt das bayrische<sup>29)</sup> und das sächsische<sup>30)</sup> Recht.

Abweichende Grundsätze stellen das österreichische und das preussische

<sup>25)</sup> Vgl. R.O.H.G. X Nr. 79 S. 348, 349, ein Fall, in welchem der Gesamtkaufpreis von 5434 Rthlr. sich nur als blosse Addition der Einzelpreise darstellt, und als kein Kauf in Bausch und Bogen anzunehmen ist, XI Nr. 23 S. 49, in welchem letzteren Falle das Kaufobjekt als durch die eigenthümliche Art der Preisregulirung keineswegs zu einem einzigen, untrennbaren Objekt gemacht erscheint (Preis per Ballen Hopfen bestimmt). Mit Gesamtkaufpreis ist nicht zu verwechseln der „Grundpreis“, von dem aus sich mittels Heranziehung einer sog. Ueberpreisskala die gewollten Preise berechnen lassen, s. für den Eisenhandel R.O.H.G. XIX Nr. 115 S. 401 (XVIII Nr. 10 S. 48).

<sup>26)</sup> Z. B. Ich verkaufe „meine Schafheerde, ca. 100 Stück Schafe, das Stück zu 20 M.“; „meinen Weinorrath, ca. 600 Liter verschiedene Moselweine umfassend, das Liter zu 1 M. 50 Pf.“ (Einen Fall, in welchem streitig war, ob eine gewisse Anzahl Hammel in genere oder in specie verkauft worden seien, behandelt R.O.H.G. XIV Nr. 79 S. 239.) Es können Vereinbarungen vorkommen, welche unter dem Scheine eines Aversionalkaufes eine Anzahl von bedingten Käufen zusammenfassen, die als eine Anzahl einzelner Spezies- oder einzelner Genuskäufe zu qualifiziren sind; die Vereinbarung „über den Kauf meines Weinorrathes, per Liter zu 1 M.“ kann so gemeint sein: unter der Bedingung, dass Käufer alle meine Weine mir abnimmt, gebe ich ihm das Liter zu 1 M. Ebenso: unter der Bedingung, dass Käufer mir meine ganze Zimmereinrichtung abnimmt, gebe ich das dazugehörige Sopha für 300 M., den Arbeitstisch für 100 M. u. s. w. Dies ist nicht ein einzelner Kauf, sondern eine Reihe von einzelnen Käufen. Es kann fraglich sein, ob diese einzelnen Käufe bedingt sind, oder ob es vielleicht ein ihnen vorausgehender Vorvertrag, oder ob nicht eine Bedingung, sondern eine Voraussetzung in der Bezugnahme auf das Ganze zu erblicken ist. — Verkauf eines Inbegriffs beweglicher Sachen z. B. Gasthofsinventar s. R.O.H.G. XXI Nr. 65 S. 204 ff.

<sup>27)</sup> H.G.B. Art. 342.

<sup>28)</sup> Code Nap. art. 1586. Si les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées.

<sup>29)</sup> Bayer. L.R. IV 3 § 11.

<sup>30)</sup> Vgl. sächs. bürgerl. G.B. § 866.

Recht auf; Letzteres bürdet dem Verkäufer für die Zeit von der Perfektion des Kaufes bis zur Uebergabe der Waare die gesammte Gefahr (des Untergangs und der Verschlechterung) auf,<sup>32)</sup> ausser es wäre ein Anderes verabredet oder der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen; in letzterem Falle trifft zwar die Gefahr des zufälligen Untergangs ebenfalls den Verkäufer,<sup>33)</sup> die Gefahr der Verschlechterung aber den Käufer.<sup>34)</sup> Für das preussische Recht ist demnach die Feststellung des Begriffes „Kauf in Bausch und Bogen“ von ganz besonderer praktischer Bedeutung. In Bezug auf den Eigenthumsübergang aber ist dieser Kauf keinen besonderen Regeln unterworfen: das Eigenthum geht erst mit der Tradition über.<sup>35)</sup>

Mit dem zuletzt angeführten Satze stimmt das Oesterreichische B.G.Buch überein: der Eigenthumserwerb erfolgt erst durch die Uebergabe der Waare;<sup>36)</sup> bis dahin behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht; in Bezug auf das Tragen der Gefahr ist nach Oesterreichischem Rechte zu unterscheiden: ist die Waare vor der Uebergabe bzw. Uebergabezeit durch Zufall ganz untergegangen oder über die Hälfte am Werthe geschädigt, so ist der Kauf damit aufgehoben;<sup>37)</sup> andere vom Zufall vor der Uebergabe herbeigeführte Verschlechterungen der Waare gehen auf Rechnung des Besitzers (Verkäufers). Sind jedoch Sachen in Bausch und Bogen behandelt worden, so trägt der Uebernehmer (Käufer) den zufälligen Untergang einzelner Stücke, wenn anders hierdurch das Ganze nicht über die Hälfte am Werthe verändert worden.<sup>38)</sup>

Das französische Recht knüpft den Eigenthums- und Gefahrübergang schon an den Moment des Abschlusses des Kaufvertrags,<sup>39)</sup> auch beim Kauf in Bausch und Bogen.<sup>40)</sup>

Hinsichtlich der Haftung des Verkäufers für Fehlerlosigkeit der Waare ist auf die in §§ 273, 274 unten vom Kaufe überhaupt aufgestellten Regeln zu verweisen. Nur Folgendes ist für den Aversionalkauf hervorzuheben: Finden sich in dem gekauften Quantum einzelne Stücke von geringerem Werthe, schlechte

<sup>32)</sup> Preuss. L.R. I 11 §§ 95, 100.

<sup>33)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 120.

<sup>34)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 117.

<sup>35)</sup> Preuss. L.R. I 9 § 1, I 11 §§ 95 ff. Obertrib. Praejud. 533, S. 50. Striethorsts Arch. f. Rechtsfälle Bd. X S. 117.

<sup>36)</sup> Oesterr. bürgerl. G.B. § 1053.

<sup>37)</sup> Oesterr. bürgerl. G.B. § 1048.

<sup>38)</sup> Oesterr. G.B. § 1049. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Bestimmungen der §§ 1048, 1049 — trotz des Art. 286 d. H.G.B. — auch für Handelssachen gelten; diese Paragraphen handeln vom Tragen der Gefahr und die Maassgabe der Hälfte ist nur von diesem Standpunkte aus angeführt, während die — vom österr. G.B. an ganz anderer Stelle, §§ 934, 935, 1060 — erwähnte Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Verletzung über die Hälfte das Missverhältniss zwischen Waare und Preis beim Vertragsabschlusse zum Ausgangspunkt hat und für Handelssachen durch Art. 286 ausgeschlossen ist.

<sup>39)</sup> Cod. Nap. 711, 1138.

<sup>40)</sup> S. oben Anm. 28 S. 608.

Theile, so ist der Käufer — im Zweifel — nicht berechtigt, das Ganze aufzuschliessen, dazu wäre er nur berechtigt, wenn die Mangelhaftigkeit so weit einwirkt, dass das Ganze unbrauchbar<sup>41)</sup> oder er in der Verwerthung oder Verwendung des Ganzen wesentlich beeinträchtigt würde; abgesehen hievon ist der Käufer nur zur Beanstandung und eventuell Redhibirung der einzelnen Stücke, welche mangelhaft sind, unter den sonst für Beanstandung bestellter gelieferter Waare maassgebenden Voraussetzungen;<sup>42)</sup> ja es können Fälle vorkommen, in denen auch die Redhibirung einzelner mangelhafter Stücke dem Vertragswillen der Kontrahenten widersprechen würde, dann nemlich, wenn der Gesamtpreis derart gemeint ist, dass „Eins ins Andere“ gehen soll, die Minderqualität eines Theiles der Stücke demnach bereits bei der Preisregulirung berücksichtigt ist.

In Bezug auf die Quantitätsmängel ist zu unterscheiden, ob der Verkäufer nur der näheren Waarenbezeichnung wegen in nicht bindender Absicht<sup>43)</sup> ein Quantum nannte, oder ob er sich zu einem Minimum fest verpflichten wollte.<sup>44)</sup> Ist letzteres der Fall, so kann der Käufer Preiserminderung, Ersatz oder Nachlieferung verlangen, wenn der Verkäufer unter dem Maasse bleibt; es kann aber der Verkäufer nicht eine Preiserhöhung fordern, wenn in dem verkauften Pauschalquantum mehr Stücke enthalten sind, als er zugesagt hat.<sup>45)</sup>

### § 267.

## E. Spekulationskauf und Spekulationsverkauf, Realisationskauf und Realisationsverkauf.<sup>1)</sup>

Der Kaufvertrag hat im Handelsverkehr seine Hauptbedeutung als Glied einer **Handelsoperation** und unter einer Handelsoperation ist die rechtliche Durchführung einer wirtschaftlichen **Spekulation** zu verstehen. Spekuliren heisst: auf eine Meinung (Auffassung einer Thatsache, Annahme einer Hoffnung, Glaube einer Behauptung) eine Handlung mit der Absicht, Gewinn zu machen,

<sup>41)</sup> S. Eck a. a. O. S. 149. Mit Recht hebt Eck a. a. O. die Nothwendigkeit hervor, den Privatwillen der Parteien zu berücksichtigen, welcher die Zusammengehörigkeit der Gegenstände bald mehr bald weniger bedingt.

<sup>42)</sup> Anders das bayr. L.R. IV 4 § 6: Ersterenfalls (nemlich beim „Kauf in Bausch“) wird der Handel für einen einzigen Kauf geachtet und ist folglich der Käufer die Bezahlung weder ganz noch zum Theil getrennt zu thun schuldig, bis ihm alle und jede Sache extradirt werde, und da vielleicht eine darunter so mangelhaft befunden wird, dass sich obgedachtes Aedilitium edictum darauf qualifizirt, so versteht sich solches auch auf die übrigen Sachen.

<sup>43)</sup> S. oben S. 176 Anm. \*. Preuss. L.R. I 11 § 122 §§ 212, 213. (Anschlag zur näheren Information.)

<sup>44)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 123, §§ 207 ff. I. 13 § 14 D. de act. emti.

<sup>45)</sup> Eine Uebersicht der nach Maassgabe der mehr oder weniger weit gehenden Individualisirung der Waare im Kaufvertrage sich bietenden Unterscheidungen gibt E. Hoffmann im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. Bd. III (1866) S. 150 ff. Auf einzelne der im Anschluss darin erörterten Rechtsfragen ist in §§ 273, 274 unten einzugehen.

<sup>1)</sup> Thöl, „Verkehr mit Staatspapieren“ 1835 § 4 ff., Thöl, H.R. 6. Aufl. §§ 33, 283, 284, Endemann, H.R. 3. Aufl. § 5 I A., § 119 II.

gründen.<sup>2)</sup> Die Absicht, Gewinn zu machen, hier natürlich nur vom vermögensrechtlichen Gewinn gesprochen und demnach als die Absicht, den Aktivbestand des Vermögens zu mehren, ist allen Spekulationsgeschäften wesentlich, so verschieden dieselben auch in ihrem rechtlichen Inhalte sein mögen; es kann ein Darlehen aufgenommen und ebenso gegeben werden, in der Absicht, zu gewinnen, in gleicher Weise eine Leihe, ein Mandat, eine Dienst-, eine Wohnungsmiethe abgeschlossen werden u. s. w.; es kann auf das Leben und auf den Tod einer Person spekulirt werden, wie die Renten-, die Lebensversicherungsgeschäfte und die correspondirenden Erbverträge beweisen und nur selten legt das heutige Recht (— anders das römische Recht, z. B. das pactum de successione futura c. 4 C. de inutil. stip. 8. 38) der Verwirklichung der Gewinnabsicht mittels Vertragsschliessung Hindernisse in den Weg, z. B. Preussisches Landrecht II 8 § 1970 ff. Versicherung fremden Lebens.

Dass der Kaufvertrag in der Absicht, Gewinn zu machen, abgeschlossen werden kann, ist klar, aber nicht jeder in gewinnsüchtiger Absicht abgeschlossene Kaufvertrag ist eine Handelsoperation oder auch nur Bestandtheil einer solchen. (z. B. nicht der Kaufvertrag, der deshalb abgeschlossen wird, um den Verkäufer zu einer Schenkung zu bewegen, oder um ihn über die Vermögens-, insbesondere Kreditverhältnisse zu unterrichten oder zu täuschen), sondern: zum Begriffe der Handelsoperation gehört die rechtliche, d. h. durch Rechtsgeschäfte bewirkte Durchführung der Spekulation und diese ist nur möglich dadurch, dass der Spekulant mindestens zwei Rechtsgeschäfte abschliesst, die derselben Absicht dienen. Keineswegs wesentlich ist für den Begriff der Handelsoperation, dass jedes dieser Geschäfte ein Kauf sei oder auch nur eines derselben; wer Darlehen zu niederen Zinsen aufnimmt, um Darlehen zu höheren Zinsen gewähren zu können, der sucht seine Gewinnabsicht in der spekulativen Verbindung von mindestens zwei Darlehensgeschäften zu verwirklichen; so können zwei Leihverträge in eine spekulative Verbindung gebracht werden, und wer eine über seinen Bedarf geräumige Wohnung miethet, um Zimmer an Aftermieter abzugeben, der spekulirt in Miethgeschäften;<sup>3)</sup> es ist aber keineswegs erforderlich, dass die beiden eine Handelsoperation bildenden Rechtsgeschäfte dieselbe Rechtsfigur darstellen, wer ein Pferd kauft, um durch „Verleihen“ desselben Geld zu gewinnen, der spekulirt nicht minder wie derjenige, der das Pferd kauft, um durch Verkauf desselben Geld zu gewinnen; ist der Kauf in diesem Falle das einleitende Geschäft, so ist er in anderen Fällen das nachfolgende, das vollendende, den Gewinn flüssig machende Geschäft; wer Dienstverträge abschliesst,<sup>4)</sup>

<sup>2)</sup> Einen Thatumstand glauben und darnach handeln um Gewinn zu machen. So Thöl, „Verkehr mit Staatspapieren“ S. 10.

<sup>3)</sup> Es trifft, wie man aus den Beispielen schon ersieht, nicht zu, dass Handelsoperationen stets Handelssachen seien; der Ankauf eines Bauerngutes und der Verkauf der einzelnen Parzellen können vereinigt eine Handelsoperation bilden, aber keines von beiden ist Handelssache.

<sup>4)</sup> Vgl. z. B. § 2 d. R.G. betr. das Urheberrecht an Mustern u. Modellen vom 11. Jan. 1876.

um das Produkt der Arbeit der Gedungenen zu verkaufen, der eröffnet mit dem Abschlusse der Dienstverträge eine Handelsoperation.

Wenngleich jede Handelsoperation vollständig von der Spekulation beherrscht wird, so wird der Ausdruck **Spekulationsgeschäft** (im engeren Sinne) doch auch zur Bezeichnung eines Theiles der Handelsoperation verwendet, nemlich des zeitlich vorangehenden, des einleitenden (entirenden) Geschäfts, oder der Mehrheit von Geschäften, welche der Einleitung dienen.

Dem einleitenden Geschäfte (oder der Reihe von einleitenden Geschäften) steht gegenüber das abschliessende, das beendigende, abwickelnde Geschäft (oder die Reihe derselben), nemlich das **Realisationsgeschäft**. Es ist dies das dem Spekulationsgeschäft zeitlich nachfolgende Geschäft, obgleich die Realisation zur Zeit des Spekulationsgeschäfts schon beabsichtigt, ja auch schon eingeleitet sein kann. Das Spekulationsgeschäft verliert seinen Charakter als solches nicht, wenn die Realisation bereits sicher, der Gewinn schon ziffermässig zu berechnen wäre, soweit dies in menschlichen Dingen möglich ist. Wenn dem A eine Waare zum Preise von 10 in einem verbindlichen Antrage angeboten und dieselbe Waare am nemlichen Tage, bevor er das Anerbieten annahm, von anderer Seite in einem bindenden Antrage bei ihm zum Preise von 12 bestellt wird, so hat er den Gewinn, nemlich 2, so viel als sicher in der Tasche; es ist aber dasjenige Geschäft das Spekulationsgeschäft, welches zuerst juristisch perfekt wird; antwortet jener A zuerst dem Besteller mit der Erklärung der Annahme der Bestellung, so liegt ein Spekulationsverkauf vor, nemlich die „Uebernahme einer Lieferung von Waaren, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke anschafft“; <sup>5)</sup> die Anschaffung bewirkt A alsdann dadurch, dass er das an ihn gerichtete bindende Anerbieten zum Verkaufe annimmt und dieses Kaufgeschäft ist alsdann das Realisationsgeschäft, der Realisationseinkauf. Antwortet jener A zuerst dem die Waare Anbietenden, so entsteht durch die Annahme des A der Spekulationseinkauf des A, und das Realisationsgeschäft ist dann das hierauf durch die Annahme der Bestellung perfekt werdende Verkaufsgeschäft des A. Es widerstrebt dem Begriffe der Spekulation die annähernde Gewissheit des Gewinnes keineswegs (vgl. oben Anm. 2 zu S. 611). Das zuerst geschlossene Geschäft wird in Voraussicht des hierauf abzuschliessenden Geschäfts abgeschlossen, gleichviel, wie nahe der Abschluss des zweiten dem des ersten liegt. Der Realisationseinkauf, welcher den Zweck hat, die Waare zur Erfüllung des vorausgegangenen Spekulationsverkaufs zu liefern, ist demnach Etwas Anderes, als der Spekulationseinkauf, welcher den Zweck hat, für den beabsichtigten Realisationsverkauf die Waare zu liefern.<sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> S. oben § 14 II (Bd. I S. 65).

<sup>6)</sup> Trotzdem ist der Goldschmidt'schen Ansicht, dass der Realisationseinkauf unter Art. 271 Ziff. 1 zu fallen hat und demnach objektives Handelsgeschäft ist, vollkommen beizutreten; denn auch der Realisationseinkauf wird in der Absicht vorgenommen und abgeschlossen, die Waare weiter zu veräussern, das Wort veräussern ist in der technischen wie thatsächlichen Bedeutung der Veräusserung genommen, (alienatio, hier Aufgeben oder Uebertragung des Eigenthums oder wenigstens des Ersitzungsbesitzes) und



Hat der Umstand, dass ein Kaufvertrag Seitens des Käufers oder des Verkäufers ein Spekulations- oder ein Realisationsgeschäft ist, Einfluss auf die Rechtsnatur oder die Wirkungen des Vertrags?

Man könnte geneigt sein, diese Frage unbedenklich zu verneinen; denn es ist klar, dass die Motive, welche den Käufer oder Verkäufer zum und beim Abschluss des Vertrags leiteten, als Motive — abgesehen also von den gesetzlichen Anfechtungsgründen der Verträge, Betrug u. s. w. — ganz gleichgültig sind; der Umstand, dass der Eine oder der Andere der Kontrahenten oder Beide spekulierend den Vertrag abschlossen, oder eine Spekulation durch den Vertrag zur Realisirung brachten, hat nicht die Bedeutung einer wahren Voraussetzung.<sup>7)</sup> Wenn aber die Spekulations- oder Realisationsabsicht nicht die Bedeutung einer Voraussetzung hat, so ist sie darum doch nicht ohne juristische Bedeutung.

Zunächst ist sie, wie erwähnt, von Einfluss auf das Geltungsgebiet des Handelsrechts; denn die Spekulations- und die Realisationskäufe sind An-

steht sowohl im Gegensatze zum Behalten, Eigenkonsum, als auch im Gegensatze zum Veräußerungsgeschäft, dem abgeschlossenen aber noch nicht erfüllten Verkaufe, der an sich keine Veräußerung ist. S. hierüber Goldschmidt in seiner Zeitschr. Bd. X S. 55—57 u. H.R. 2. Aufl. § 48 Anm. 12. Man sieht hieraus wie auch aus der übrigen Darstellung im Texte, dass der gegenwärtige Paragraph einen andern Gegenstand hat, als die Erörterungen oben § 14 I u. II und die Ziff. 1 u. 2 des Art. 271 d. H.G.B. Was dort das Objekt der wichtigsten Kontroversen bildet, nemlich die Frage, ob die Absicht zu gewinnen in Art. 271 Ziff. 1 u. 2 wesentlich sei, ist hier ausser allem Zweifel: diese Absicht wird in vorliegendem Paragraphen schlechthin vorausgesetzt, sie gehört zum Thatbestande der hier erörterten Geschäfte. Sicher ist, dass von den hier erörterten Geschäften der Spekulationseinkauf, der Realisationseinkauf und der Spekulationsverkauf objektive Handelsgeschäfte sind, und zwar die beiden Erstern auf Grund des Art. 271 Ziff. 1, der Spekulationsverkauf aber als eines der unter Ziff. 2 dess. Artikels fallenden Geschäfte. S. Thöl, H.R. § 33 Ziff. 2 Anm. 8 u. 9. Sowohl Ziff. 1 als Ziff. 2 des Art. 271 gehen weiter als die hier zu erörternden Begriffe; ein anderer Unterschied liegt darin, dass sie die Frage offen lassen, ob die Gewinnabsicht wesentlich sei, eine Frage, die hier, wie gesagt, thatsächlich nicht in Betracht kommt, sie lassen dahin gestellt, ob die dem Spekulantem bestimmende Absicht der Weiterveräußerung den andern Kontrahenten erkennbar sein muss (was Hahn, Anschütz, v. Völderndorff und Goldschmidt bejahen, Gad und Hoffmann verneinen), ob diese Absicht dem andern Kontrahenten bewusst sein muss, (was von Thöl behauptet, sonst ignorirt oder verneint wird, s. Goldschmidt, H.R. § 47 Anm. 44). Hier, in der Feststellung besonderer Arten des Kaufvertrages ist die Frage so zu stellen: Welchen Einfluss hat auf die Rechts- und Pflichtstellung der Kontrahenten der Umstand, dass sie wissen, oder wissen müssen, dass ihre Gegenpartei im Vertrage von der Absicht der Weiterveräußerung geleitet sei. Hievon s. oben.

<sup>7)</sup> Der Spekulant, der an der Börse à la baisse spekulirt und infolge dessen Lieferungen übernimmt, ist von der Voraussetzung geleitet, dass die Preise zum Stichtage fallen werden; steigen sie trotzdem, so kann er den Vertrag nicht wegen mangelnder Voraussetzung anfechten, obwohl sein Kontrahent, der etwa à la hausse spekulirte, erkennbar von der entgegengesetzten Voraussetzung geleitet war, die sich schliesslich als richtig erwies.

wendungsfälle des Art. 271 Ziff. 1 und der Spekulationsverkauf ist ein Fall des Art. 271 Ziff. 2. Hiervon oben § 14 I u. II.<sup>8)</sup>)

Eine weitergehende Bedeutung hat der Spekulations- und Realisationscharakter eines Kaufvertrags aber dadurch, dass durch ihn Schlüsse auf den Inhalt der Willensmeinung der Kontrahenten gezogen werden können, ja gefordert werden. Die Art und Weise der Verbindung der Kaufverträge, deren mindestens zwei zu jeder Kauf-Handelsoperation gehören, zeichnet nicht selten genauer die Willensmeinung der Kontrahenten; in ihr, in der Art der Verbindung der Willensentschlüsse ist häufig nicht bloss die Absicht, zu gewinnen, sondern auch das Wie des Gewinnziehens ersichtlich. Dies kann von bedeutendem Einflusse auf die Auslegung der Willenserklärung sein, es kann die Zeit der Lieferung, der Ort der Lieferung, die Qualität der Waare, die Art der Verpackung u. dgl. dadurch als vertragsmässig festgestellt erscheinen, dass der Weiterverkauf als beabsichtigt im Vertrage ausdrücklich bezeichnet oder als beabsichtigt anzunehmen ist. Weiss der Verkäufer, dass der Käufer in der Absicht der Weiterveräußerung die Waare bezieht, oder muss er dies aus der Lage der Dinge annehmen, so hat er die Waare so zu liefern, wie sie sein muss, damit der Käufer den beabsichtigten Weiterverkauf u. s. w. durch die Waarenlieferung erfüllen kann; darüber entscheidet vielfach und sehr deutlich die Handelssitte; <sup>9)</sup>) durch sie wird die Art der Emballage, die Originalverpackung, die Quantitätenvertheilung u. dgl. häufig so sehr bestimmt, dass jede Abweichung von der Regel, unangesehen die Beschaffenheit der Waare an sich, die Lieferung der Waare zu einer fehlerhaften und darum zu beanstandenden macht, wenn die Waare zum Weitertrieb bestimmt ist, während dieselben Abweichungen keine Reklamation begründen würden, wenn es sich nur um einen Kauf zum Zweck des Konsums oder dgl. handeln würde.<sup>10)</sup>) Es ist Thatfrage, ob der Kontrahent die Spekulationsabsicht des andern kennen musste oder kannte; ist sie zu bejahen, so wirkt sie — unter Umständen — auf den Begriff der „Lieferbarkeit“ der Waare oder auf Ort und Zeit der Lieferung ebenso bestimmend ein, wie irgend eine andere Thatsache, aus welcher auf den Inhalt des Willens der Parteien zu schliessen ist.

<sup>8)</sup>) Ueber die Realisationsveräußerungen der Handwerker s. Art. 273 Abs. 2 und auch oben II. Bd. S. 542.

<sup>9)</sup>) R.G. II Nr. 35 S. 135—137. Ueber Emballage überhaupt s. unten §§ 269, Anm. 24, 273.

<sup>10)</sup>) Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 23 und die in Anm. 1 u. 2 daselbst angeführten Erkenntnisse.

## IV. Verschiedene andere Arten von Kaufverträgen.<sup>1)</sup>

§ 268.

### A. Platzgeschäft und Distanzgeschäft.

I. Das Wort „Platzgeschäft“ hat mehrere Bedeutungen und ebenso das in gewissem Sinne den Gegensatz hierzu bildende „Distanzgeschäft“.

1. Mitunter nennt man den „Kauf in Bausch und Bogen“ oder Aversionalkauf einen „Platzhandel“ oder „Handel auf dem Platze“. Hiervon wurde oben § 266 III<sup>2)</sup> gesprochen.

2. Häufiger ist der Sprachgebrauch, welcher unter Platzhandel den Vertragsabschluss unter Gegenwärtigen (im Sinne des Art. 318 d. H.G.B.), unter Distanzhandel den Vertrag, welchen die an verschiedenen Orten befindlichen Kontrahenten von diesen aus als Abwesende abschliessen (wie in den Fällen der Art. 319 u. 321 d. H.G.B.).<sup>3) 4)</sup>

3. „Platzhandel“ soll auch mitunter bedeuten: „Handel mit Platzwaaren“ und unter Letzteren sind zu verstehen entweder diejenigen Waaren, welche beim Vertragsabschlusse unter Abwesenden am Orte des Vertragsabschlusses lagern, (ein Geschäft, welches solche Waaren, vor den Augen der gegenwärtigen Kontrahenten liegende Sachen, betrifft, ist demnach ein besonderer Fall des Platzhandels in dem unter Nr. 2 erwähnten Sinne) oder solcher Waaren, welche zur Zeit des unter Abwesenden zu Stande gekommenen Vertrags am Wohn- oder Geschäftsorte des Käufers lagern.<sup>5)</sup>

<sup>1)</sup> Weitere Unterscheidungen von Kaufverträgen lassen sich nach der Verschiedenheit der Waare (z. B. Viehhandel, Kauf von Rechten, von Sachgesamtheiten u. dgl., aufstellen; zweckmässig dürfte sein, von den dadurch hervorgerufenen Besonderheiten in der Lehre von den Wirkungen des Kaufvertrags jeweilig zu sprechen (s. unten § 269 ff.).

<sup>2)</sup> Lit. s. oben S. 605 Anm. 16.

<sup>3)</sup> Ein Distanzgeschäft in diesem Sinne zu vermitteln, ist den Handelsmäklern untersagt, H.G.B. Art. 79 Ziff. 6. Distanzgeschäft in jedem andern Sinne z. B. dem unter 4 erörterten, ist ihnen gestattet.

<sup>4)</sup> Thöl, H.R. § 255 Abs. 2 u. Anm. 2. Endemann, H.R. § 105 I.

<sup>5)</sup> Brinckmann, H.R. § 71 Anm. 2. Endemann, H.R. § 105 Anm. 4—6.

4. Platzhandel ist im Gegensatz zum Distanzhandel häufig und man kann wohl sagen in dem als technische Bedeutung regelmässig anzunehmenden Sinne, dasjenige Kaufgeschäft, in welchem der Käufer die thatsächliche Herrschaft über die gekaufte Waare (so dass er über diese faktisch verfügen und insbesondere deren Beschaffenheit prüfen kann) an dem nemlichen Orte erhält, an welchem der Verkäufer diese Waare aus seiner Hand lässt oder abgibt. Das Geschäft ist ein Distanzgeschäft, wenn dieses „aus der Hand Lassen“ auf Seite des Verkäufers an einem andern Orte vor sich geht, als das „in die Hand Bekommen“ auf Seite des Käufers.<sup>6)</sup>

Das einzig Unterscheidende zwischen dem Platz- und dem Distanzgeschäft

<sup>6)</sup> Thöl (H.R. 6. Aufl. S. 883 ff., 918, 920—932) empfiehlt, für das Wort „Platzgeschäft“ den Ausdruck „Abholungsgeschäft“, für „Distanzgeschäft“ aber „Uebersendungsgeschäft“ zu gebrauchen. Als Wesen des „Abholungsgeschäft“ hebt Thöl hervor, dass sich die beiden Akte der Uebergabe, das Geben und das Nehmen, die Lieferung und die Empfangnahme in diesem Geschäfte in Anwesenheit der Waare und der beiden Kontrahenten (persönlich oder ihrer Vertreter) also an ein und demselben Platze vollziehen. Soweit ist Thöl beizustimmen; es ist aber nicht richtig, wenn weiter hervorgehoben wird: „der Käufer kommt zur Waare, die Waare wird durch den Käufer abgeholt“; denn es kann im Platzgeschäft die Waare auch zum Käufer kommen, vertragsmässig oder vor dem Vertrage schon ins Haus des Käufers gebracht werden (Letzteres z. B. wenn der Verkäufer die bestellte Waare selbst bringt, s. R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 21 S. 59, 60 u. unten Anm. 14 oder im Hausirhandel, oder im Falle einer traditio brevi manu, die keineswegs stets das Geschäft zum Distanzgeschäft macht, (vgl. aber Thöl S. 885). Als Wesen des „Uebersendungsgeschäfts“ bezeichnet Thöl, dass die Waare durch Vermittlung des Verkäufers zum Käufer wandert, begleitet von dem Traditionswillen des abwesenden Verkäufers, vom Verkäufer dem Käufer übersendet wird und demnach die Uebergabe unter Abwesenden geschieht, so dass die Waare nicht am Erfüllungsort, sondern an einem kraft Vereinbarung vom Erfüllungsort verschiedenen (mehr oder weniger von demselben entfernten) besonderen Empfangsort, am Ablieferungsort an den Käufer gelangt. Auch diese Beschreibung ist theilweise zutreffend, theilweise nicht; es ist im Begriffe des Distanzgeschäfts keineswegs gelegen, dass die Uebergabe am Absendeort sich vollziehe oder nicht vollziehe, oder dass der Ablieferungsort sich vertragsmässig vom Erfüllungsort entscheiden müsse. Das ist freilich richtig, dass der Absendeort entweder der Erfüllungsort sei oder ein anderer Ort, wornach man mit Thöl unterscheiden kann: „Uebersendungsgeschäft ab Erfüllungsort“ und „Uebersendungsgeschäft ab fremden Platze“ („Abladungsgeschäft ab fremden Plätzen“ in einem vom R.O.H.G. erörterten Falle der Vereinbarung zweier Verladungsplätze, R.O.H.G. II Nr. 76 S. 317, S. 322, Thöl S. 884 Anm. 24); es kann aber auch der Empfangsort der Erfüllungsort sein und wenn Thöl die Sendung von dem Traditionswillen des abwesenden Verkäufers begleiten lässt, so muss man vermuthen, dass auch er diesen Fall für denkbar annimmt, denn nur für diesen hat die Begleitung des Traditionswillens praktische Bedeutung. Ein Distanzgeschäft ist vorhanden, sowohl in denjenigen Fällen, in welchen der Absendeort als gesetzlicher oder vertragsmässiger Erfüllungsort, als auch in denjenigen, in welchen mit der Absendung schon die juristische Tradition als vollzogen anzusehen ist (R.O.H.G. V Nr. 91 S. 394, VI Nr. 69 S. 298 ff.). Es ist freilich misslich, dass das Wort „Platzgeschäft“ mehrere Bedeutungen hat, allein diese Eigenschaft theilt der Ausdruck mit sehr vielen anderen in der Sprache des Handelsverkehrs üblichen Ausdrücken (s. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 1 Anm. 1) und so mag er beibehalten werden, zumal die dafür von Thöl vorgeschlagenen Bezeichnungen nicht ganz zutreffend sind.

ist der Umstand, dass jener Ort, an welchem der Verkäufer die Waare abgibt, abgeliefert, und jener Ort, an welchem der Käufer sie annimmt (ohne dass schon vorher die beiden eine Tradition bildenden Rechtsakte, das Geben und das Nehmen vorgekommen sind und den Kauf in Bezug auf die Waarenlieferung vollständig beendigten) im Distanzgeschäft zwei verschiedene Orte, im Platzgeschäft aber ein und derselbe Ort sind.

In der weiteren Darstellung werden nun die Worte Platzgeschäft und Distanzgeschäft nur in der zuletzt (unter Nr. 4) festgestellten Bedeutung gebraucht werden.

II. Die Unterscheidung zwischen Platz- und Distanzgeschäft hat hauptsächlich, aber keineswegs ausschliesslich,<sup>7)</sup> Bedeutung in Hinsicht auf die Geltendmachung von Mängeln der Waare gegenüber dem Verkäufer.<sup>8)</sup> Es sei hier — da die ausführliche Darstellung der einschlägigen handelsrechtlichen Normen in einen andern Zusammenhang (unter §§ 273, 274) gehört, — nur in Kürze darauf aufmerksam gemacht, dass der Empfänger bestellter Waaren im Platzgeschäft nicht verpflichtet ist, die Waaren sofort nach der Ablieferung, soweit es nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen, um die etwa vorhandene Fehlerhaftigkeit desselben unverzüglich dem Verkäufer anzeigen zu können. Wenn aber, wie mitunter geschieht, behauptet wird: ein Unterschied zwischen jenen beiden Kaufarten liege auch darin, dass der Verkäufer beim Platzgeschäfte nicht für die beim Kaufabschlusse sichtbaren Mängel eintrete,<sup>9)</sup> so ist dies nur dann richtig, wenn das Wort Platzgeschäft in dem oben unter Nr. 2 besprochenen Sinne verstanden und dazu noch angenommen wird, dass nicht blos die Parteien, sondern auch die Waare sich an ein und demselben Orte beim Vertragsabschlusse befanden (s. oben Nr. 3). Für den Begriff Platz- bzw. Distanzgeschäft ist es in unserm Sinne<sup>10)</sup> völlig gleichgültig, ob das Geschäft unter anwesenden oder unter abwesenden Kontrahenten zum Abschlusse kam, ferner ob die Waare im Momente des Geschäftsabschlusses an diesem oder an jenem Orte lagerte, oder überhaupt schon existirte; es ist denkbar, dass beide Kontrahenten am nemlichen Platze wohnen oder bei Gelegenheit einer Messe ein Geschäft mündlich vereinbaren<sup>11)</sup> und sodann eine Uebersendung der Waare Seitens des Verkäufers an einen andern Ort in Gemässheit des zwischen den Kontrahenten abgeschlossenen Vertrags geschieht, und das Geschäft ist ein Distanzgeschäft, wenn hierbei nach dem übereinstimmenden Vertragswillen auch die Uebernahme der Waare erst an dem dritten Orte, an welchen die Waare

<sup>7)</sup> Eine wichtige Bedeutung des Unterschieds liegt darin, dass § 36 des Konkurs-Ord. auf Distanzgeschäfte, nicht aber auf Platzgeschäfte Anwendung findet s. Konkurs-Ord., Komm. von v. Völderndorff S. 391.

<sup>8)</sup> Ueber die Erhebung des Kaufpreises mittels Nachnahme, wenn der Kauf ein Baarkauf und Distanzgeschäft ist s. oben § 263 S. 579, 580. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 65 S. 187.

<sup>9)</sup> Vgl. Fuchsberger, Die Entscheidungen d. R.O.H.G. 1881 S. 538.

<sup>10)</sup> und im Sinne des Art. 347 d. H.G.B.

<sup>11)</sup> Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 7 Anm. 1 u. 2.

von dem Verkäufer zu übersenden ist, erfolgen soll, der Käufer also, trotz seiner Ortsanwesenheit, die Empfangbarkeit der Waare nicht vor der Absendung derselben, sondern erst nach der Ablieferung am dritten Orte zu prüfen braucht.<sup>12)</sup> In welchem Verhältniss die dem Distanzgeschäft wesentliche „Uebersendung von einem andern Orte“ zum Kaufvertrage zu stehen hat, dürfte bestritten sein;<sup>13)</sup> es sind folgende Fälle zu unterscheiden: dass jene Uebersendung im Kaufvertrage selbst ausdrücklich oder den Umständen nach vereinbart sei, die Effektuirung der Sendung aber zu der Verbindlichkeit des Verkäufers gehöre (z. B. bei allen Bestellungen in genere), ist sicher das Regelmässige, allein es sind davon nach zwei Richtungen Abweichungen möglich: es kann sein, dass trotz der im Kaufvertrage ausdrücklich oder den Umständen nach liegenden Vereinbarung der „Uebersendung an auswärts“ dennoch kein Distanzgeschäft erfüllt wird, sondern statt dessen ein Platzgeschäft; wenn der Verkäufer die zu übersendende Waare dem Käufer selbst persönlich bringt oder durch einen Stellvertreter bringen lässt (nicht durch einen Dritten, Frachtführer, Spediteur oder dergl. Personen, die nicht Stellvertreter des Absenders sind), die Ablieferung der Waare demnach vor den Augen des Käufers und des Verkäufers, unter Gegenwärtigen sich vollzieht, so ist das Geschäft, das ursprünglich als Distanzgeschäft abgeschlossen war, vor oder wenigstens bei der Erfüllung ein Platzgeschäft geworden;<sup>14)</sup> ebenso liegt kein Distanz- sondern ein Platzgeschäft vor, wenn die Zusendung der Waare zwar von Auswärts her (etwa aus der Fabrik des Verkäufers) erfolgt, aber nicht an den Käufer, sondern an den Verkäufer oder an einen Stellvertreter des Letzteren;<sup>15)</sup> endlich liegt auch dann kein Distanzgeschäft vor, wenn der Käufer die Waare vor der Zusendung bereits übernommen<sup>16)</sup> hat, die Versendung also nach der Waarenübergabe und -übernahme, gleichviel auf Grund welcher Vereinbarung und von wem, zu bewirken ist. Andererseits ist aber auch der Fall möglich, dass die Kontrahenten zur Zeit des Vertragsabschlusses der Ansicht waren, der Vertrag werde Seitens des Verkäufers durch eine in seiner und des Käufers Gegenwart zu vollziehende Sachlieferung, also ohne Zusendung (mithin als Platzgeschäft) erfüllt werden, während wegen einer zwischen der Zeit des Abschlusses und der Erfüllung des Vertrags eingetretenen Domiziländerung oder dergleichen Thatumstände, oder durch besonderen Vertrag etwa, die Uebersendung zur Vertragserfüllung nothwendig gemacht wird. Das Geschäft ist dann als Distanzgeschäft zu behandeln.

III. Darüber ob ein „anderer Ort“ oder ob die Ortsidentität vorliegt, kann nur in Abwägung des konkreten Falles entschieden werden; das Gesetz enthält

<sup>12)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 53 S. 237, XV Nr. 54 S. 174.

<sup>13)</sup> „Es kommt nicht darauf an, dass die Uebersendung mit zum Vertrage gehöre.“ Erk. d. O.T. zu Berlin vom 14. Dezbr. 1865. Buschs Arch. f. H.R. Bd. XI S. 272 ff., auch Löhrs Centralorgan f. H.R. N. F. Bd. II S. 566.

<sup>14)</sup> R.O.H.G. VI Nr. 53 S. 237, XIII Nr. 126 S. 392, XV Nr. 54 S. 176, XXIII Nr. 21 S. 59.

<sup>15)</sup> Vgl. die Erk. vor. Not. und R.O.H.G. XI Nr. 26 S. 62.

<sup>16)</sup> Nicht blos theilweise besichtigt hat, s. R.O.H.G. XIX Nr. 1 S. 1.

keine Regel in dieser Beziehung; meistens wird der mit einem Eigennamen bezeichnete kleinste geographische Begriff als ein Ort für sich, ein „Platz“ in dem hier technischen Sinne aufzufassen sein. Doch sind Abweichungen von dieser Annahme denkbar, so dass z. B. die mit der Altstadt unter einem Namen zusammengefasste Neustadt oder Vorstadt als ein von Ersterer verschiedener, mithin „anderer Ort“ im Sinne des Art. 347 ff. des H.G.Buchs aufzufassen ist, oder dass umgekehrt die mit der Altstadt zusammenhängende, aber einen besonderen geographischen Namen führende Neustadt trotz des Namens kein anderer Ort ist.<sup>17)</sup>

## B. Selbsthilfekauf (Deckungskauf)<sup>18)</sup> und Selbsthilfeverkauf.

Diese beiden Arten des Kaufes werden durch die Eigenthümlichkeit des Motives charakterisirt, welches in jedem der beiden Fälle das ist, Ersatz des durch Verzug in der Erfüllung eines anderen Kaufvertrags eingetretenen Schadens mit Abschluss des neuen Kaufvertrages zu erlangen.

I. Ein **Selbsthilfekauf**<sup>19)</sup> (Deckungskauf in diesem, wohl als technisch zu bezeichnenden Sinne) ist ein Kaufvertrag, welchen der Käufer in der Absicht abschliesst, sich dieselbe Art und Menge der Waare,<sup>20)</sup> welche ihm ein Verkäufer inhaltlich eines anderen Kaufvertrags hätte liefern sollen, aber nicht geliefert hat, von einem anderen Verkäufer zu verschaffen, und in der weiteren Absicht, den Ersatz des durch diesen neuen Kauf ihm etwa erwachsenden Mehraufwandes, nemlich eine Differenz der Preise des ersten und des zweiten Kaufvertrages, von dem säumigen ersten Verkäufer zu fordern.<sup>21)</sup> Hiervon handelt unten § 275.

II. Der **Selbsthilfeverkauf** (Verkaufsselbsthilfe) ist ein Kaufvertrag, welchen der Verkäufer in der Absicht abschliesst, die Waare, welche ihm ein Käufer inhaltlich eines anderen Kaufvertrages hätte abnehmen oder bezahlen sollen, aber, mit der Empfangnahme bezw. Zahlung im Verzuge stehend, nicht abgenommen bezw. nicht bezahlt hat, an einen anderen Käufer zu bringen, um dadurch sich und möglicherweise auch den säumigen Käufer des ersten Kaufvertrags vor weiterem Schaden zu bewahren, ein Kaufvertrag, welchen der Verkäufer nach vorgängiger Androhung im eigenen Namen, aber auf Rechnung des säumigen Käufers abschliesst.<sup>22)</sup> Hiervon das Nähere unten § 275 (Art. 343 und 354 des H.G.B.).

<sup>17)</sup> Hierüber und über Anhaltspunkte zur Entscheidung dieser Frage s. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 25—27.

<sup>18)</sup> Ueber mehrfache Bedeutung dieses Worts s. v. Hahn, Komm. Zusatz II zu Art. 354—359 d. H.G.B. Bd. II S. 405 Anm. 4.

<sup>19)</sup> Keyssner, H.G.B. zu Art. 343.

<sup>20)</sup> v. Hahn sagt a. a. O.: „Die nämliche Waare.“

<sup>21)</sup> Hierüber insbes. über die Voraussetzungen dieser Forderungen s. v. Hahn a. a. O. Bd. II S. 405—410. Thöl § 282, R.G. IV Nr. 14 S. 54, Nr. 19 S. 69, G.Z. XXIII S. 583.

<sup>22)</sup> Thöl § 268, v. Hahn, Komm. zu Art. 343 § 9 ff. (Bd. II S. 272—278). Keyssner, H.G.B. S. 344 Ziff. 4, G.Z. XXIII S. 579—594.

## C. Zwangskauf und Zwangsverkauf, Wiederkauf und Wiederverkauf, Vorkaufsrecht.

Diese Arten des Kaufvertrags haben die Eigenthümlichkeit, dass das Zustandekommen des Konsenses, welcher dem Kaufvertrag zu Grunde liegt, sei es auf Grund einer direkt eingreifenden Bestimmung des objektiven Rechts, sei es auf Grund eines Vertrags, beeinflusst ist und äussersten Falles erzwungen werden kann.

I. **Zwangskauf.** Ein Zwang zum Einkaufen,<sup>23)</sup> im älteren Rechte nicht ungewöhnlich, ist dem modernen Rechte und insbesondere dem Handelsrechte fremd. Aufgehoben sind insbesondere die Bannrechte im allgemeinen,<sup>24)</sup> und als nichtig erklärt sind die Verträge zwischen Gewerbetreibenden und den von ihnen beschäftigten Arbeitern über die Entnahme der Bedürfnisse der letzteren aus gewissen Verkaufsquellen, sowie überhaupt über die Verwendung des Verdienstes derselben zu einem anderen Zwecke, als zur Betheiligung an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familien.<sup>25)</sup> Ueber die vertragsmässig übernommene Verpflichtung, einzukaufen (*pactum de emendo*) s. oben S. 417—421 und a. a. O.

II. **Zwangsverkauf.** Nur sehr vereinzelt statuiren moderne Gesetze eine Verpflichtung zu bestimmten Verkäufen, z. B. die Verpflichtung der Apotheken zur Verabfolgung von Heilmitteln.<sup>26)</sup>

Ob der im Wege der Zwangsvollstreckung nothwendig gewordene Verkauf einer dem Schuldner abgepfändeten Sache als ein Namens des Schuldners vom Versteigerer abgeschlossener Verkauf aufzufassen sei,<sup>27)</sup> mag hier dahingestellt bleiben; jedenfalls ist ein derartiger Verkauf keine Handelssache. Letzteres gilt auch von den Fällen der Uebertragung von Eigenthum auf dem Wege der Enteignung (*Expropriation*),<sup>28)</sup> welche richtiger Theorie nach<sup>29)</sup> (nicht aber nach der Auffassung des preuss. L.R.)<sup>30)</sup> keine Käufe sind.

Die Versteigerung bildet nicht eine besondere Art des Kaufes,<sup>31)</sup> auch nicht eine besondere Art, gerade einen Kauf einzuleiten, Kaufsanerbietungen zu geben oder anzunehmen, sondern sie ist eine bei vielen Arten von Verträgen

<sup>23)</sup> Bedingter Zwang: Bannrecht, Salzkonskription (Thöl, H.R. 4. Aufl. § 67 Anm. 1).

<sup>24)</sup> Gewerbeordnung f. d. deutsche Reich v. 21. Juni 1869 § 7.

<sup>25)</sup> Gew.O. § 117 (Nov. v. 17. Juli 1878).

<sup>26)</sup> Vgl. Preuss. L.R. II 8 §§ 469, 470. Hess. Verord. v. 29. Juli 1811 §§ 18, 29 u. a.

<sup>27)</sup> Vgl. C.P.O. § 716 ff. Hierzu L. Seuffert, C.P.O. S. 745 ff. Theorie u. Praxis d. preuss. Priv.R. v. Fr. Förster, 4. Aufl., herausgeb. v. Eccius 1882 Bd. II S. 149 ff.

<sup>28)</sup> Eccius a. a. O. S. 166, 167 Anm. 6 u. 7.

<sup>29)</sup> Vgl. Gareis in Hartmanns Z. f. G.G. u. Prax. auf dem Gebiete des deutschen öffentl. R. Bd. III S. 137 ff.; Stobbe, deutsches Priv.R. § 92 Lit. s. Eccius § 131, Gareis, Grundriss z. Vorles. d. d. bürgerl. R. §§ 81, 82 u. Grünhut, Das Enteignungsrecht, Wien 1873.

<sup>30)</sup> Vgl. Eccius a. a. O. S. 169 Anm. 18—20.

<sup>31)</sup> Vgl. Preuss. L.R. I 11 § 340 ff., Förster-Eccius a. a. O. § 130 S. 145—149.



vorkommende besondere Einleitung des Abschlusses, welche darin besteht, dass mittels verbindlicher oder nichtverbindlicher Anerbieten derjenige Kontrahent ermittelt wird, welcher das Meiste zu geben<sup>32)</sup> (zu liefern, zu bieten, zu gewähren) oder das Wenigste zu nehmen geneigt ist.<sup>33)</sup>

Die Verwendung dieser Art Vertragsabschlüsse zu veranlassen ist im Handelsrecht bedeutend,<sup>34)</sup> vor Allem, wenn es sich um den Abschluss eines Kaufvertrags handelt; der im Gesetze häufig<sup>35)</sup> gebrauchte Ausdruck „öffentlicher Verkauf“ ist gleichbedeutend mit einem durch öffentliche Versteigerung eingeleiteten Verkaufe.

III. **Wiederkauf (Rückkauf) oder Wiederverkauf.**<sup>36)</sup> Die Thatsache, dass der Verkäufer die verkaufte Sache von dem Käufer vorher gekauft hat, ist ohne Einfluss auf das Wesen und die Wirkungen des Vertrags; von Bedeutung ist aber die Vereinbarung, inhaltlich welcher sich ein Käufer verpflichtet, die gekaufte Sache wieder an den Verkäufer zurückzuverkaufen, oder sich ein Verkäufer verpflichtet, die verkaufte Sache wieder zu kaufen, das Eine oder Andere unter bestimmten Umständen oder innerhalb bestimmter Frist, je nach Vereinbarung. Die Willensmeinung der Kontrahenten kann jedoch in diesen Fällen verschieden zu interpretiren sein: 1) Möglicherweise sind in der Vereinbarung drei Verträge zu unterscheiden: a) der vorangehende Kauf, b) der nachfolgende Kauf und c) die in Mitte liegende, häufig, aber nicht nothwendig, mit dem vorangehenden Kauf verbundene Vereinbarung, den zweiten Kauf abzuschliessen. Letztere ist ein Vorvertrag,<sup>37)</sup> pactum de contrahendo, pactum de retroemendo oder de retrovendendo. Man wird veranlasst sein, diese Willensmeinung der Vertragschliessenden anzunehmen, wenn der zweite Kauf unter ausdrücklichen echten Bedingungen, sowie gleichzeitig unter neuen Verpflichtungen (z. B. anderer Kaufpreis, anderer Lieferungsart u. dgl.) abgeschlossen wurde.<sup>38)</sup>

2. Möglicherweise ist die Willensmeinung der Vertragsschliessenden darauf

<sup>32)</sup> Cum a nemine plus offerretur, licet publice venale a nobis fuisset expositum, wie es bezeichnend in einer von Lörersch u. Schröder (Urkunden, 2. Aufl. S. 87 Nr. 115) mitgetheilten Urkunde über Verkauf kirchlicher Kleinode v. J. 1216 heisst.

<sup>33)</sup> Thöl, H.R. § 245, Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen S. 162 ff. Windscheid, P. § 303 Ziff. 2, Brinz, P. § 365, Stobbe, deutsches Priv.R. § 169, Rechtssprüche s. Seuffert, Arch. XXVII 347, XXXI 159 (auch G.Z. XXIII S. 516 ff.).

<sup>34)</sup> Vgl. H.G.B. Art. 137 Abs. 2 (auch Art. 244) Art. 311, 343 (hievon unten § 275) auch Art. 348 Abs. 3, Art. 354, 366, 407, 409) 473, 499, 626, 629, 648, 697, 877, 888. — Genossenschaftsgesetz v. 4. Juli 1868 § 43. R.Bankges. v. 14. März 1875 § 20.

<sup>35)</sup> S. vorige Not.

<sup>36)</sup> Preuss. L.R. I 11 §§ 296—330. Windscheid, P. § 388 Ziff. 1. Sintmis, P. II S. 637 ff. Treitschke-Wengler, Kaufkontrakt § 57 (S. 200—209. Förster-Eccius, Preuss. Priv.R. § 126 Ziff. 5 (S. 101—105).

<sup>37)</sup> Ueber Begriff des pactum de contrahendo, zu dessen Bezeichnung von Thöl das Wort „Vorvertrag“ mit Erfolg vorgeschlagen wurde, s. Thöl, H.R. 6. Aufl. § 246 (S. 777—784); ferner oben (Regelsberger) S. 417—421.

<sup>38)</sup> Vgl. Striethorst, Arch. Bd. 55 S. 294 (u. Bd. 86 S. 349): Vorbehalt des Wiederkaufes ist keine auflösende Bedingung, sondern ein eigener Nebenvertrag des Kaufes.

gerichtet, dass nur ein Kaufvertrag (der erste), dieser aber resolutiv-bedingt abgeschlossen sei. Da mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Wiederaufhebung des bedingten Vertrages direkt (*ipso jure*) bewirkt wird, es aber möglich ist, dass die Parteien durch ihre Vereinbarung nur eine Verpflichtung zur Rückgabe der Waare bzw. des Preises gegen Rückgabe des Preises bzw. der Waare schaffen wollten, so ist

3. auch die Möglichkeit gegeben, dass das *pactum de retroemendo* und *de retrovendendo* als „vertragsmässige Begründung des Anspruches auf Rückerstattung des gezahlten Preises gegen Ausantwortung der Kaufsache bzw. auf Herausgabe dieser gegen Rückerstattung des Preises“ aufgefasst werden muss.<sup>39)</sup>

Welcher Fall von den Parteien gemeint sei, ist nach den Umständen zu untersuchen; das Gesetz stellt keine Vermuthung darüber auf.<sup>40)</sup> Die Wirkungen sind hiernach verschieden; im zweiten Falle ist die Auflösung des Geschäfts, gleich als ob kein Kauf dagewesen wäre, die Folge der eingetretenen auflösenden Bedingungen; es ist also dann weder ein zweiter, noch ein erster Kauf vorhanden. Der Wiederkauf im dritten Sinne dürfte dem römischen *pactum de re restituenda* („*ut sit res inempta*“) entsprechen;<sup>41)</sup> der Wiederkauf im ersten Sinne aber ist — als zweiter Kauf — ein vollkommen neuer Kaufvertrag, zu dessen Abschluss der eine Kontrahent den andern auf Grund des Vorvertrags zwingen kann; die Befugniß zum Zwang verjährt nach dem Ablaufe der für Obligationen überhaupt bestehenden Verjährungsfrist; der neue Vertrag (der zweite Kauf) hat einen selbstständigen Inhalt; ist dieser nicht klar ausgesprochen, so kann der Inhalt des ersten Kaufes zur Erkenntniß des Vertragswillens herangezogen werden müssen, und nur in diesem Sinne ist es richtig, dass — im Zweifel — der nemliche Preis für den zweiten Kauf gemeint sei, wie für den ersten.

Handelsrechtlich ist von Bedeutung, dass der Wiederkauf eine wesentliche Rolle im **Reportgeschäft** (auch **Kost-** oder **Prolongationsgeschäft** in diesem Sinne genannt) zu übernehmen hat,<sup>42)</sup> sowie dass die Verabredung von Kauf und Wiederkauf auch „*fiduciarisches Geschäft*“ oder als „*rechtsgeschäftlicher Schleichweg*“ (s. oben S. 409—411) dienen kann.

Durch die letztere Verwendung gewinnt der „*Rückkauf*“ den Charakter eines gewerbmässigen betriebenen Geschäfts („*Rückkaufshandel*“) und als solches

<sup>39)</sup> Letztere Auffassung ist nach Regelsberger oben S. 421 die allein berechnete; vgl. die dort cit. Lit., insbes. Degenkolb u. Dernburg. Hiergegen Windscheid a. a. O., Ziff. 1 insbes. Anm. 7.

<sup>40)</sup> Auch das Preuss. L.R. nicht; sein § 296 d. T. I Tit. 11, wonach im Zweifel zu vermuthen sei, dass die Sache dem Käufer für eben den Preis, welchen er dafür erhalten hat, zurückgegeben werden solle, bezieht sich, ebenso wie die Rechtsvermuthung, dass der Wiederkauf nur zum Besten des Verkäufers für Vorbedingungen zu achten sei (§ 327 eod. tit.) auf jede der 3 im Texte unterschiedenen Möglichkeiten.

<sup>41)</sup> Treitschke-Wengler S. 201, 202, c. 2 c. 7 C. de pact. inter e. et vend. 4,54. — c. 1 C. quando decreto opus non est 5, 72 (diese Stelle ist besonders bezeichnend dafür, dass kein Kaufvertrag bei der Restitution abgeschlossen werde).

<sup>42)</sup> Hiervon unten vgl. Grünhut, Börsen- u. Maklerrecht (1875) S. 72 ff., Gareis in Meyers deutschem Jahrbuche 1878, S. 363.

ein besonderes polizeiliches und unter Umständen strafrechtliches Interesse: wer als Pfandleiher oder Rückkaufshändler bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt, insbesondere den durch Landesgesetz oder Anordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfuß überschreitet, wird mit Geldstrafe bis zu 150 M. oder mit Haft bestraft.<sup>43)</sup> Dass die Ungültigkeit der wucherischen Verträge sich auch auf das Handelsrecht, mithin auch auf handelsrechtliche Rückkaufsverträge erstreckt, wurde bereits (oben S. 500, 501) erörtert.

IV. **Vorkaufsrecht.**<sup>44)</sup> Eine Verpflichtung des Inhabers einer Sache, diese wenn er sie verkaufen will, zunächst einem besonders Berechtigten (dem Vorkaufsberechtigten) zum Kaufe anzubieten, so dass dieser Berechtigte, wenn das Anerbieten unterblieb, die an einen Dritten verkaufte Sache gegen Erlegung des Kaufpreises an sich ziehen (dingliches jus protimeseos), oder sich mit einer Forderung (Interesseforderung u. dgl.) an den zum Anbieten verpflichteten Verkäufer halten kann (persönliches Vorkaufsrecht) — eine derartige Verpflichtung ist dem Handelsrechte als solchem fremd. Die vertragsmässige Konstituierung eines Vorkaufsrechts wäre immerhin auch im Bereiche des Handelsverkehrs noch möglich: als persönliches Vorkaufsrecht empfängt es seinen Inhalt — die Pflicht zum Anbieten oder die Schadenersatzpflicht bei Unterlassen des Anerbietens — im Einzelnen aus dem Vertrage selbst; der Kauf, dessen Abschluss der Verkaufsberechtigte für sich als Käufer fordern kann, wenn er dem Verkäufer dieselben Bedingungen bietet, (insbes. denselben Kaufpreis), welchen ein Dritter geboten hat, steht unter den Regeln vom Kaufe überhaupt. Gesetzliche Vorkaufsrechte, in älteren Rechtsordnungen, wie Marktordnungen, Handelsprivilegien u. dgl. nicht ungewöhnlich, aber in der Regel als Einrichtungen des öffentlichen Rechts aufzufassen,<sup>45)</sup> sind dem modernen Handelsrechte fremd. Das H.G.Buch spricht den Mithredern ein gesetzliches Vorkaufsrecht bei Veräusserung der Schiffspart eines Mithreders ausdrücklich ab,<sup>46)</sup> ohne jedoch die Begründung eines vertragsmässigen Vorkaufsrechts (z. B. als Theil des Rhedereivertrags) auszuschliessen.<sup>47)</sup>

<sup>43)</sup> R.Str.G.B. § 360 Ziff. 12 nach dem R.G. v. 24. Mai 1880 betr. den Wucher.

<sup>44)</sup> Treitschke-Wengler § 55 S. 210—214, Windscheid, P. § 388 Ziff. 2, Förster-Eccius, Preuss. Priv.R. § 126 Ziff. 6, Preuss. L.R. I 20 §§ 568 ff. Stobbe, Deutsches Priv.R. Bd. II § 87 ff.

<sup>45)</sup> Hierzu gehörte z. B. das Vorkaufsrecht der Inländer gegenüber den Ausländern auf Märkten, „also dass die Inländischen, so lang das Fähnlein stecket, allein was sie bedürftig, erhandeln, nach abgenommenen Fähnlein aber die Ausländer frei handeln mögen.“ Landes- u. Poliz.Ord. d. Fürstenthums der oberen Pfalz Tit. XIII § 9, Tit. XXX §§ 4, 5. Mit der gewerbepolitischen Tendenz dieser und ähnlicher dem heutigen Verkehr unbekannt gewordenen Maassregeln hing auch das Verbot der „Fürkäuferey“, des Aufkaufens der zu Markt gebrachten Waare und Aehnliches zusammen. — Ueber das heutige Recht des Marktverkehrs s. A Gew.Ord. v. 21. Juni 1869 §§ 64—71. Oesterr. Gew.Ord. v. 20. Dezbr. 1859 §§ 62—71.

<sup>46)</sup> Art. 470.

<sup>47)</sup> Lewis, SeeR. I S. 67.

## V. Recht und Pflicht aus dem Kaufgeschäfte.

§ 269.

### A. Die aus dem Kaufvertrage entspringenden Rechte und Pflichten überhaupt.

Der rechtzeitige Abschluss eines Kaufvertrages hat zur Folge, dass auf beiden Seiten Recht und Verbindlichkeiten entstehen, welche man die Wirkungen des Kaufes zu nennen pflegt. Diese Wirkungen erhalten ihren Inhalt und ergeben sich im Ganzen und im Einzelnen aus folgenden Momenten:

1. aus dem **Begriffe** des Kaufvertrags; inhaltlich desselben ist der eine Kontrahent zu einer Sachlieferung, der andere zu einer Geldzahlung verpflichtet (vgl. oben § 259); die erstere kann die Uebertragung von Eigenthum beabsichtigen und bewirken;<sup>1)</sup>

2. aus den Regeln über die Erfüllung der **Handelsgeschäfte überhaupt**, namentlich in Betreff des **Umfangs** der Verpflichtung,<sup>2)</sup> ferner des **Erfüllungs-ortes**<sup>3)</sup> und der **Erfüllungszeit**;<sup>4)</sup>

3. aus der Eigenschaft des Kaufvertrags als eines von den Grundsätzen des „**guten Glaubens**“ (der bona fides), folgeweise von dem materiell auszuliegenden Willen der Vertragsschliessenden abhängigen und nach **freiem richterlichen Ermessen** auszulegenden Rechtsgeschäftes;

4. und aus den (accidentellen) **Nebenvereinbarungen** der Kontrahenten, durch welche die aus den übrigen Momenten des Kaufes sich ergebenden Rechte und Pflichten entweder genauer festgestellt oder im Einzelnen abgeändert, ausgeschlossen und durch andere Einzelheiten ersetzt werden.

<sup>1)</sup> Ueber den Eigenthumsübergang als Gegenstand der Verpflichtung s. unten I 1 S. 625 ff., als Wirkung des Kaufvertrags s. unten I 1 ff. S. 629 ff.

<sup>2)</sup> S. oben § 253.

<sup>3)</sup> S. oben § 254, hierzu R.G. I Nr. 104 S. 282.

<sup>4)</sup> S. oben § 255.

## 1. Pflichten des Verkäufers.

Der Verkäufer ist zur Uebergabe der Waare an den Käufer verpflichtet, und zwar so, dass Letzterer (soweit dies von den zur Zeit des Kaufes bestehenden Rechtsverhältnissen und vom Verkäufer abhängt) das Recht des ungestörten Genusses und der freien Verfügung an der Waare erlange. Wenn vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus schon behauptet werden kann, ja muss: <sup>5)</sup> „Wir verfahren im Sinne der Römer, wenn wir die von ihnen begonnene Entwicklung zu dem Satze fortführen, dass der Käufer grundsätzlich nicht bloß das faktische, sondern auch das rechtliche Haben, d. h. das **Eigenthum** der Sache vom Verkäufer zu verlangen befugt ist“, so ist naheliegend, dass die im 19. Jahrhundert oder unmittelbar zuvor entstandenen bürgerlichen Gesetzbücher geradezu die **Eigenthumsübertragung** als die Hauptverpflichtung des Verkäufers bezeichnen. <sup>6)</sup>

<sup>5)</sup> Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach römischem und gemeinem deutschen Recht. 1874 S. 43. Vgl. Bechmann a. a. O., Bd. I S. 361 ff., 546 ff., 665 ff. Anders Bernhöft, Jahrb. f. Dogmatik Bd. XIV S. 165 ff. Kohler, Z. f. französ. C.R. Bd. VIII S. 518 ff. Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. XVI S. 230 ff., 294. Hierüber Windscheid, P. § 389 Anm. 8a. u. § 422 Anm. 8. Für das heutige Recht vertreten obige Auffassung Keller, P. § 330, Text zu Anm. 3, s. Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 194.

<sup>6)</sup> Allg. Preuss. L.R. I 11 § 1. „Das Kaufgeschäft ist ein Vertrag, wodurch der eine Kontrahent zur Abtretung des Eigenthums einer Sache . . . sich verpflichtet.“ Vgl. hiermit ebenda I 15 § 42—45. Oesterr. bürgerl. H.B. § 1053. „Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln, ein Eigenthum zu erwerben. Die Erwerbung erfolgt erst durch die Uebergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Uebergabe behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht.“ Züricher privatrechtl. G.B. s. bei Eck a. a. O. S. 41; ebenda s. d. Entwurf eines bürgerl. G.B. f. d. Grossherzogthum Hessen, Abth. IV Buch 2 Art. 1 u. 7 und den eines solchen für das Königreich Bayern, Th. II Buch 2 S. 264. Das eidgenössische Obligationsrecht v. 14. Brachmonat 1881 Art. 229 verpflichtet den Verkäufer, „dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben“ — eine Fassung, welche den Vorzug vor allen andern verdienen dürfte. Das bayerische L.R. hebt zwar die Pflicht des Verkäufers, Eigenthum zu übertragen, nicht hervor, allein die Anmerkungen v. Kreittmayrs, des Redactors des C. Max. bay. civ., lassen die Tendenz, in Folge des Kaufes Eigenthum zu übertragen u. bezw. zu erwerben, ganz unzweideutig als die Hauptabsicht der Kaufkontrahenten erkennen, s. Anm. über den Cod. Max. bay. civ. IV. Theil S. 174—177. Das französ. C.R. geht sowohl zufolge seines Begriffs des Kaufvertrags und der von ihm statuirten Wirkungen (Art. 1583 la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Vgl. Entsch. d. R.G. I Nr. 148 S. 415 f. u. die dort angef. Lit.) als auch zufolge der gesteigerten Bedeutung des Besitzes von Fahrhabe einen andern Weg, aber durchaus in der Richtung der Eigenthumsübertragungspflicht; mit Art. 2279 sind die Art. 1582, 1583, 1604 u. 1626 zu verbinden. Das kgl. sächs. bürgerl. G.B. aber spricht nicht von einer Pflicht des Verkäufers, Eigenthum zu übertragen, sondern nur vom Uebertragen der Sache (§ 1082) oder des Besitzes der verkauften Sache u. s. w. (§ 1089).

Das H.G.Buch enthält keine Vorschriften über diese Hauptverpflichtung des Verkäufers, auch das Gewohnheitsrecht im Handel spricht davon nicht, wohl aber kann man sagen, dass das Handelsrecht voraussetze, die Eigentumsübertragung sei von den Parteien beabsichtigt; darauf lassen die Art. 306—308,<sup>7)</sup> ebenso aber auch der Art. 439<sup>8)</sup> des H.G.Buchs schliessen. Die Frage, ob der Verkäufer zur Gewährung von Eigentum an der Waare verpflichtet sei, ist demnach von den Landrechten zu beantworten; an die von allen Landrechten vorgeschriebene Uebergabe der Waare sucht das Handelsrecht den Erwerb des Eigentums zu knüpfen, als Rechtsfolge der Thatsache der Uebergabe;<sup>9)</sup> aber da, wo durch den Erwerb des Eigentums für den Käufer weniger gewonnen wäre, als durch das vom Verkäufer jedenfalls zu bewirkende Verschaffen des vollen Genusses und Besitzes der Waare, ist der Verkäufer seiner Verpflichtung durch Verschaffen des blossen Eigentumsrechts nicht ledig geworden;<sup>10)</sup> dies muss — wenigstens für das Gebiet des Handels — auch gegenüber denjenigen Landrechten behauptet werden, welche ihrem Wortlaute nach nur die Pflicht zur Eigentumsübertragung aussprechen; ein unverkümmertes Haben- und Gebrauchen-Dürfen hat der Verkäufer dem Käufer unter allen Umständen zu gewähren. Für den Fall, dass dieses „Haben und Gebrauchen“ wegen eines rechtlichen Mangels dem Käufer bestritten und ihm infolge davon der Besitz entzogen wird, hat der Verkäufer wegen „Entwehrung“, Eviktion, einzustehen; von dieser nicht die ganze Pflicht des Verkäufers, sondern nur eine wichtige Richtung<sup>11)</sup> desselben umfassenden Verbindlichkeit des Verkäufers ist (unten § 272) besonders zu sprechen.

2. Der Verkäufer hat das Uebergehen der gekauften Waare an den Käufer zur rechten Zeit,<sup>12)</sup> am rechten Ort<sup>13)</sup> und in der rechten Weise einzuleiten; bevor der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge ist,

<sup>7)</sup> Hierüber oben §§ 172, 173, 174 (Endemann); vgl. Goldschmidt, H.R. I. Aufl. § 79 S. 811 ff., § 80 S. 820 ff.

<sup>8)</sup> Hiezu W. Lewis, Seerecht I S. 17—20. Goldschmidt, H.R. (I. Aufl.) § 79 S. 805 ff.

<sup>9)</sup> Art. 306. Hiezu Goldschmidt a. a. O. S. 822 ff.

<sup>10)</sup> — es wäre denn, dass der Vertrag auf den Erwerb des beschränkten Eigentums gerichtet war, z. B. wenn der Käufer einen Lagerschein bezw. die in einem Lagerhaus deponirte Waare — ohne Lagerpfandschein — kauft, obwohl er weiss, dass die Waare — unfer Ausstellung eines Waarant — verpfändet ist. — Im Uebrigen vgl. Windscheid, P. § 389 Anm. 6 u. die dort cit. Erkenntnisse.

<sup>11)</sup> Dies ist für das gemeine Recht namentlich durch Eck festgestellt worden, s. Windscheid a. a. O. § 389 Anm. 8 a.

<sup>12)</sup> S. oben § 255 (Bd. II S. 512—517).

<sup>13)</sup> S. oben § 254 (Bd. II S. 506—512). Ueber den Gerichtsstand des Erfüllungsortes s. R.G. III Nr. 34 S. 111, vgl. auch unten S. 628 Anm. 17. (Keyssner) Erfüllungsort des Verkäufers ist nicht identisch mit dem Bestimmungsort der Waare, s. R.G. I Nr. 104 S. 282. Der im Bestellbriefe enthaltene Beisatz: „Bis Station X“ bedeutet nur, dass der Verkäufer die Waare nach dieser Station aufgegeben habe, nicht aber, dass die Waare daselbst zu liefern sei und dass daher dieser Ort als Erfüllungsort zu gelten habe. So

hat der Verkäufer dieselbe sorgfältig aufzubewahren;<sup>14)</sup> hievon, sowie von den zur Uebergabe und Uebernahme der Waare im einzelnen gehörigen Handlungen ist ebenfalls besonders zu sprechen (unten § 271).

3. Im Falle dem Verkäufer die Uebergabe der Waare unmöglich ist, ist zu unterscheiden, ob die Unmöglichkeit schon beim Vertragsabschlusse vorlag oder ob sie erst später eintrat, ersterenfalls ob die Erfüllung objektiv oder nur subjektiv unmöglich war, letzterenfalls, ob der Verkäufer die Unmöglichkeit (wenn auch nur durch Fahrlässigkeit) verschuldete oder nicht; im zuletzt angenommenen Falle — dem der unverschuldet eingetretenen nachfolgenden Unmöglichkeit — ist, während für die übrigen Fälle die allgemeinen Grundsätze über den Einfluss der Unmöglichkeit der Leistung gelten,<sup>15)</sup> für das Kaufgeschäft nach römischem Recht (und dem bürgerl. Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, § 866) ein abnormer Rechtssatz maassgebend. Hievon ist im nächstfolgenden Paragraphen (§ 270) zu sprechen.

4. Der Verkäufer ist verpflichtet, die Waare so zu liefern, wie er sie versprochen hat, mit allem Zubehör und mit allen Eigenschaften, welche der Waare, sei es auf Grund der Vereinbarung, sei es auf Grund des objektiven Rechts, zukommen sollen. Hiebei werden die Unterscheidungen verschiedener Arten des Kaufvertrags von besonderer Bedeutung, namentlich die Probemässigkeit der Waare (s. oben § 265), die Unvertretbarkeit derselben, das Vorhandensein der im Genuskaufe vorausgesetzten oder vereinbarten Eigenschaften (s. oben § 266) u. A. Auch hat der Verkäufer die neben der Waarenlieferung noch übernommenen anderweiten Leistungen (z. B. gewisse Bearbeitungen u. dgl.) zu erfüllen.<sup>16)</sup> Von den Rechtsfolgen der entsprechenden Verpflichtung des Verkäufers handeln die §§ 273, 274 unten.

## 2. Pflichten des Käufers.

Der Käufer ist verpflichtet, die vertragsmässig gelieferte Waare anzunehmen und zu bezahlen. Hieraus ergibt sich im einzelnen:

1. Der Käufer hat den vereinbarten oder als vereinbart anzusehenden **Kaufpreis zu bezahlen**. Was unter diesem oder jenem zu verstehen sei, ist oben §§ 261, 262 erörtert worden.

a. In Bezug auf den **Zahlungsort** des Kaufpreises ist oben § 254 (S. 511—512) das Erforderliche bemerkt worden; die Kaufpreisschuld ist, wie

Urth. des ob. österr. Ger.Hofs, s. Adler u. Clemens, Sammlung III 440. G.Z. XXIV S. 265. Dagegen wurde in einem Urth. d. O.T. zu Stuttgart die Vertragsklausel: „franko verzollt Waldshut“ als Statuirung des Erfüllungsorts Waldshut angesehen. Württembergisches Arch. VIII 185, G.Z. XXIV 266.

<sup>14)</sup> Verwendungen s. unten Anm. 60 S. 635.

<sup>15)</sup> S. Windscheid, P. §§ 264, 315.

<sup>16)</sup> Vgl. oben § 259. Anm. 10. So gilt ein Kaufvertrag, in welchem sich der Verkäufer verpflichtet, die behandelte bestimmte Sache fertig stellen zu lassen, erst dann als erfüllt, wenn diese Waare vereinbarungsgemäss fertig gestellt und geliefert wurde. R.O.H.G. XXI Nr. 101 S. 313. Ueber Verpackung der Waare s. R.O.H.G. III Nr. 23 S. 112, XV Nr. 92 S. 323.

gezeigt wurde, als Geldschuld regelmässig Bringschuld; hier sei nur daran erinnert, dass durch die vom Art. 325 Abs. 1 des H.G.Buchs ausgesprochene Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer den Kaufpreis an denjenigen Ort zu übermachen, an welchem der Verkäufer zur Zeit der Entstehung der Forderung seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte, der gesetzliche Erfüllungsort des Schuldners (Art. 224, s. oben S. 507, 511) in Betreff des Gerichtsstandes oder in sonstiger Beziehung auch nach dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze und insbesondere des § 29 der Civilprozessordnung nicht geändert wird. Aus der im Zweifel anzunehmenden Verpflichtung des Käufers, den Kaufpreis dem Verkäufer zuzusenden, folgt nicht, dass für die Zahlung des Preises der Geschäfts- oder Wohnplatz des Verkäufers (weil muthmasslich der Ort, wohin das Geld zu übermachen ist) der Erfüllungsort sei; es besteht also — wenn nicht andere Momente als die in Art. 325 Abs. 1 enthaltene Verfügung eine Aenderung bringen — kein Gerichtsstand gegen den Käufer am Wohnorte des Verkäufers.<sup>17)</sup>

b. Die Zahlungszeit<sup>18)</sup> ergibt sich aus der Vereinbarung: inwiefern das Gesetz<sup>19)</sup> den Baarkauf (Kauf Zug um Zug) vermuthen lässt, wurde ebenfalls oben — unter den nöthigen Einschränkungen — vorgetragen,<sup>20)</sup> s. § 263 I. (S. 577 Anm.) und II (S. 580 ff.).

c. Der Käufer hat den Kaufpreis in der vereinbarten Höhe zu bezahlen;

<sup>17)</sup> Ueber diese Frage s. die treffliche Abhandlung von Kammergerichtsrath Keyssner im deutschen Handelsblatt 1881 Nr. 16 u. 17 (S. 160 ff.). Ebenda sind auch die einschlägigen Urtheile d. R.O.H.G. u. d. R.G. insbes. v. 16. Mai 1880 (Entsch. I Nr. 158 S. 438) u. 27. Oktbr. 1880 (Entsch. II Nr. 31 S. 121) besprochen, hiezu vgl. auch III Nr. 36 S. 117 und nun auch Urth. v. 25. Oktbr. 1881 Bd. V Nr. 111 S. 392. Dass die Rechtsprechung des Reichsgerichts dem Begriffe Erfüllung Gewalt anthue (s. Regelsberger oben § 254 Anm. 9), kann ich nicht zugeben, auch nicht dass für Geldzahlungen ein „doppelter gesetzlicher Erfüllungsort“ aufgestellt sei; die Statuirung der Bringpflicht bei Geldschulden ist nicht Statuirung eines neuen besondern Erfüllungsorts; gerade wegen der Anknüpfung verschiedener Rechtsfolgen (s. § 254 II Ziff. 1, 2 u. 3) ist der Begriff Erfüllungsort zu einem technischen Begriff erhoben, den das positive Recht beliebig, aber die Interpretation bindend verwerthen kann; und so wird denn durch Abs. 2 des Art. 325 m. E. nichts Anderes gesagt, als dass Abs. 1 dieses Artikels keinen Erfüllungsort schaffe. Gegenüber der von Keyssner mit Recht bekämpften Tendenz, das Kaufgeld am Wohnsitz des Verkäufers gegen den Käufer einklagen zu können, ist zu bemerken, dass es häufig wohl dem Verkäufer recht bequem wäre, seinen Gerichtsstand für den Käufer zuständig zu machen, dass aber diese Tendenz weder durch einen Rechtsatz anerkannt noch von einem wirklichen Bedürfnisse getragen wird.

<sup>18)</sup> Vgl. auch oben § 255.

<sup>19)</sup> Art. 342 Abs. 2. — Ueber Vereinbarung einer ratenweisen Zahlung und kassatorischen Klausel s. R.O.H.G. XX Nr. 31 S. 101. (Sächs. B.G.B.)

<sup>20)</sup> Feststellung der Kreditirung, Beweis der Kreditfrist, R.O.H.G. X Nr. 49 S. 233. Zusicherung des Verkäufers, er werde den Käufer nicht auf Zahlung des Kaufpreises verklagen, wenn er ihm denselben auch noch so lange schuldig bleibe, ist als richterlich-arbiträr zu bemessende Nachsicht aufzufassen, R.O.H.G. VII Nr. 10 S. 51. — Vereinbarung, Käufer werde bezahlen, wenn er von seinem Abnehmer Zahlung erhalten haben werde. S. Seuffert, Arch. XXIV S. 346. G.Z. XXIII S. 566.



als vereinbart kann der Marktpreis oder Börsenpreis, der handelsübliche oder ein Durchschnittspreis gemeint sein; <sup>21)</sup> es kann ein Einheitspreis (d. i. eine festvereinbarte Geldsumme) <sup>22)</sup> oder ein nach einem vereinbarten Satze (Einheits-satz) erst beim Ausmessen, Zählen oder Abwägen der Waare zu berechnender Preis sein; <sup>23)</sup> für den letzteren Fall bestimmt das Gesetz, dass, wenn der Kaufpreis nach dem Gewicht der Waare zu berechnen ist, das Gewicht der Verpackung <sup>24)</sup> („Taragewicht“) in Abzug zu bringen, folglich nur das Nettogewicht (die Waare selbst, nicht die Waare und Verpackung) zu bezahlen sei, wenn nicht durch besondere Verabredung oder durch den am Orte der Uebergabe (nicht des Vertragsabschlusses oder eines Domizils) geltenden Handelsgebrauch ein Anderes (nemlich die Preisregulirung nach dem Bruttogewicht) bestimmt ist. Das Nettogewicht ergibt sich, wenn die Verpackung nach Feststellung des Bruttogewichts besonders gewogen und das daraus sich ergebende Taragewicht vom Bruttogewicht abgezogen wird, oder wenn man die Waare ohne die Verpackung (die „gestürzte“ Waare) abwägt; häufig ist aber weder die eine noch die andere Ermittlungsart ausführbar, üblich oder beliebt; sondern man begnügt sich beiderseits damit, dass eine Durchschnittstara (durch Abwiegen von nur einem Theile der Waare und Emballage und darnach erfolgende Berechnung der ganzen Waare), oder damit, dass ein gewisser üblicher oder gesetzlicher Satz (Usotara, usuelle Tara) als Gewicht der Verpackung angenommen wird, z. B. ein oder einige Procente des Bruttogewichts (Prozenttara); welche Art der Tarirung stattzufinden habe, ist nach dem Vertrage oder nach dem am Orte der Uebergabe geltenden Handelsgebrauche zu beurtheilen.

Da demnach die Verpackung meist nicht vom Käufer bezahlt zu werden braucht, muss sie in der Regel dem Verkäufer zurückgegeben werden; <sup>25)</sup> hievon kann jedoch nicht bloß der Vertrag, sondern auch die Natur der Sache, sowie die

<sup>21)</sup> H.G.B. Art. 353, vgl. oben §§ 261, 266, auch oben § 167 III (Bd. II S. 22—27).

<sup>22)</sup> Beim Kauf eines Sachindividuums gewöhnlich, aber nicht ausnahmslos; s. oben § 266 I.

<sup>23)</sup> Beim Kauf von in genere bestimmten Waaren gewöhnlich, aber nicht ausnahmslos; auch beim Aversionalkauf möglich, s. oben § 266 III. Ueber Quantität u. Quantitätsermittlung s. Goldschmidt, H.R. (I. Aufl.) § 63, Gareis, H.R. § 44. — Bei Supponirung eines Monats-Durchschnittspreises für Monatslieferungen entscheidet im Zweifel für die Frage, welchem Monate die einzelne Lieferungsrate anzurechnen sei, der Zeitpunkt der Absendung dieser Rate, im Besondern der des Abschlusses des Frachtvertrages, R.O.H.G. XIII Nr. 53 S. 153.

<sup>24)</sup> Doch kann die Emballage selbst Gegenstand eines besonderen Kaufes sein und unabhängig von der Frage, ob und wie zu tariren sei, ist die, ob die Emballage als mitverkauft gelte, zu beantworten. R.O.H.G. I Nr. 35 S. 122, III Nr. 23 S. 115, VI Nr. 34 S. 165, IX Nr. 61 S. 208, XI Nr. 39 S. 106. Ueber Sackmiethe für nicht zurückgelieferte Emballage im Getreidehandel R.O.H.G. I Nr. 28 S. 100, XIX Nr. 88 S. 303. Ueber Emballage als paktirt s. oben § 267 S. 614. Die Kosten der Verpachtung, Assekuranz u. dgl. andere Nebenkosten können einen stillschweigend verabredeten Zuschlag zum Kaufpreise bilden und sind dann, wenn nicht Anderes ersichtlich ist, dem billigen Ermessen des Verkäufers überlassen. R.O.H.G. XIV Nr. 9 S. 27. (Usance im Verkehr mit England.)

<sup>25)</sup> S. die Entscheidungen vor. Anm.

Handelsübung Abweichungen vorschreiben. Die Kosten des Messens und des Wägens hat im Zweifel (d. h. wenn Vertrag oder Usance nicht darüber bestimmen) der Verkäufer zu tragen.<sup>26)</sup>

Wenn es, wie gesagt, die Regel ist, dass nur das Nettogewicht der nach dem Gewicht bestimmten Waare aber auch das volle Nettogewicht derselben vom Käufer zu bezahlen, so finden doch auch nach der andern Seite hin Ausnahmen statt: es kann sein, dass dem Käufer vereinbarungs- oder häufiger noch Übungsgemäss ein Gutgewicht zukommt, oder dass entweder als Gewichtsabzug (mithin als besonderer Fall des Gutgewichts) oder als Preiserminderung (als Art von Dekort) die Refaktie berechnet wird,<sup>27)</sup> meist eine dem Käufer zu gute kommende Vergütung für schadhafte, unreine oder sonst nicht oder weniger brauchbare Theile der Waare.<sup>28)</sup> Auch darüber, ob und zu welcher Höhe Gutgewicht oder Refaktie zu berechnen ist, entscheidet Vertrag oder Handelsgebrauch am Orte der Waarenübergabe;<sup>29)</sup> von solchen Bestimmungen hängt es auch ab, ob der Käufer bei verfrühter Zahlung (z. B. bei sofortiger Baarzahlung im Kreditkauf, oder bei Pränumeration im Kontant- oder Kreditgeschäft) einen Abzug (Rabatt, Dekort, Diskonto, ein Abgeld) und wenn, bis zu welcher Höhe er diesen Abzug fordern darf; wenn weder durch Vertrag noch durch Usance das Rabattnehmen festgestellt ist, so darf der Käufer den Rabatt nicht abziehen.<sup>30)</sup>

d. Der Käufer hat den Kaufpreis in der vereinbarten oder gesetzlichen Münze<sup>31)</sup> oder sonst laut Vereinbarung zu entrichten.<sup>32)</sup> <sup>33)</sup> Sehr häufig ist vereinbart, dass die Zahlung durch Wechsel erfolgen soll, entweder so, dass der Käufer dem Verkäufer gestattet, auf ihn zu ziehen, oder so, dass der Käufer dem Verkäufer einen Wechsel (eine Rimesse) zahlungshalber übergibt. Im ersteren Falle entsteht aus der Vereinbarung, die man als pactum de acceptando, eine Art des pactum de cambiando, bezeichnen kann, ein klagbarer civil- (nicht aber wechsel-) rechtlicher Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer, die von

<sup>26)</sup> H.G.B. Art. 351.

<sup>27)</sup> „Refaktie“ in einem andern Sinne s. Gareis, H.R. § 65 (S. 341—342).

<sup>28)</sup> Die vertrags- oder usancemässige Refaktie schliesst den Rehibitionanspruch aus R.O.H.G. VII 1 S. 1 insb. 8. 9. Eine stillschweigend vereinbarte Refaktie nimmt das R.O.H.G. im Falle eines bei längerer Geschäftsverbindung gleichmässig wiederkehrenden aber niemals gerügten Quantitätsmangels nach Umständen an R.O.H.G. I Nr. 35 S. 125.

<sup>29)</sup> H.G.B. Art. 352. Es ist darunter der Erfüllungsort zu verstehen. R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 1. Vgl. G.Z. Bd. XXIII S. 550.

<sup>30)</sup> H.G.B. Art. 334 Abs. 2. Hierüber ausführlich Thöl, H.B. § 254. Ueber verschiedenen Sprachgebrauch (z. B.  $\frac{1}{2}$  Prozent pro Monat Dekort,  $\frac{2}{3}$  Prozent Rabatt), s. Thöl ebendas. S. 815.

<sup>31)</sup> Ob der Käufer dem Verkäufer Eigenthum an den Münzen zu verschaffen hat, darüber s. Windscheid P. § 390 Anm. 17, § 342 Anm. 7 u. 8. I. 11 § 2 D. A. E. V.: *emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

<sup>32)</sup> Ueber Verabredung der Kompensation des Kaufpreises gegen eine Forderung des Gläubigers s. R.O.H.G. XV Nr. 20 S. 49.

<sup>33)</sup> Hiez u. H.G.B. Art. 336. Ueber Arten der Preisregulirung s. auch oben § 261 S. 552, § 262 S. 567. Vgl. auch oben § 184, 185.

Ersterem auf Letzteren gezogenen Wechsel zu acceptiren und zu honoriren bis zur Höhe des geschuldeten Kaufpreises;<sup>34)</sup> eine Tilgung der Kaufschuld tritt in solchen Fällen — im Zweifel — erst dann ein, wenn der Verkäufer die den Kaufpreis darstellende Wechselsumme vom Bezogenen (Käufer) oder als Valuta von einem Wechselnehmer (Remittent oder Giratar) so empfängt, dass er sie behalten darf.<sup>35)</sup> Im anderen Falle ist der Verkäufer, wenn er die Tratte zahlungshalber angenommen hat, verpflichtet, mit der Tratte wechselfähig zu verfahren, um sich und anderen Nehmern der Tratte das Wechselrecht zu wahren; andernfalls wäre er ersatzpflichtig und seiner Waarenpreisforderung verlustig.<sup>36)</sup>

e. Die Frage, ob der Käufer den fälligen, aber nicht bezahlten Kaufpreis zu verzinsen habe, ist vom Standpunkte des gemeinen römischen Rechts aus dahin zu beantworten, dass, wenn Nichts anderes vereinbart, insbesondere der Kaufpreis nicht kreditirt ist,<sup>37)</sup> der Käufer denselben von der Zeit der erfolgten Uebergabe der Waare an mit den gesetzlichen Zinsen zu verzinsen hat,<sup>38)</sup> ohne dass es einer Mahnung, um den Käufer in Verzug zu versetzen, bedurfte, ja ohne dass überhaupt ein Verzug vorausgesetzt würde.<sup>39)40)</sup>

<sup>34)</sup> Ist der Abschluss jenes pactum de acceptando zwischen Käufer und Verkäufer zur Kenntniss eines Dritten gelangt, welcher sich dadurch veranlasst sieht, die vom Verkäufer auf den Käufer gezogene Tratte als Remittent oder Giratar zu nehmen, so gewinnt dieser Giratar ein klagbares Recht gegen den Käufer auf Acceptirung und Honorirung der Tratte (Bestritten). Vgl. Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter §§ 64, 65. Fr. Meier (Bremen) im Zentralorgan f. H. u. W.R. Bd. VII S. 19—25 nebst den dort angef. Erkenntnissen, aber R.O.H.G. XVIII Nr. 51 S. 193, 194. XXII N. 33 S. 149, 150.

<sup>35)</sup> R.O.H.G. VII Nr. 7 S. 46. Vgl. Hellmann die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung. Die die Tilgung einer Waarenschuld betr. Erkenntnisse des R.O.H.G. stellt zusammen Fuchsberger, die Entsch. d. R.O.H.G. in Handelssachen S. 460—462.

<sup>36)</sup> R.O.H.G. XIX Nr. 57 S. 171.

<sup>37)</sup> Es ist selbstverständlich, dass Kreditirung und Verzinsung sich nicht ausschliessen, sondern dass auch für den Fall der Kreditirung die Verzinsung des Kaufpreises vereinbart sein kann. — Unterschied zwischen Baar- und Kreditkauf s. oben § 263.

<sup>38)</sup> L. 13 § 20 § 21, u. a. e. v. 19 1, u. a. s. Windscheid, P. § 389 Anm. 18. Thöl § 253 Ziff. 6 insbes. Anm. 11—13; Stobbe, Deutsches Priv.R. § 184 Bd. III S. 240—241.

<sup>39)</sup> Seuffert, P. § 323 Anm. 5 u. die dort cit. Lit. u. Judikatur. Das preuss. L.R. stellt in dieser Beziehung ein Prinzip auf, welches von grosser Tragweite ist: „Keiner der Kontrahenten kann, wider des andern Willen, Sache und Kaufgeld zugleich nutzen.“ (I 11 § 109.) Daraus ist unter Andern auch die Verpflichtung zur Verzinsung abzuleiten, vgl. übrigens Förster-Eccius II S. 82, 83 § 125 Anm. 24; die Zinsen sind gesetzliche Zinsen, vgl. R.O.H.G. XI Nr. 4 S. 18. Zudem ist die Verpflichtung Zinsen zu zahlen ausdrücklich für den Baarkauf ausgesprochen, preuss. L.R. I, 11 § 227, eine Bestimmung, welche durch Art. 288 d. H.G.B. nicht beseitigt ist. R.O.H.G. XV Nr. 15 S. 38. Siehe hierüber auch oben § 252 Anm. 17, 18. (Bd. II S. 499), G.Z. XXIV S. 255 und Keyssner ebenda. Nach dem bayer. L.R. ist die Verzinsung Pflicht, wenn der Kauf ein Baarkauf und die Waare abgeliefert ist. Cod. Max. bav. civ. IV 3 § 14 2 do n. Anm. hiezu IV S. 190—191. Das kgl. sächs. bürgerl. H.B. erklärt den Käufer für verpflichtet, den rückständigen Kaufpreis von der Zeit der Uebergabe an mit 5 % zu verzinsen, ausgenommen, wenn der Kaufpreis gestundet oder eine Stundung üblich ist. (Sächs. b. G.B. § 1095.)

<sup>40)</sup> Die Behauptung des beklagten Käufers, es sei vereinbart worden, dass die Ver-

Von dem Standpunkt des römischen Rechts weichen übrigens viele Partikularrechte ab, indem sie erst von einer Mahnung oder gar erst von dem Ablauf einer bestimmten, Monate umfassenden Frist nach Uebergabe der Waare an die Pflicht zur Verzinsung eintreten lassen.<sup>41)</sup>

Das H.G.Buch spricht für Geldschulden aus Handelsgeschäften (des Gläubigers) schlechthin die vom Tage der Mahnung an eintretende Verzinsungspflicht aus, lässt aber die diese Pflicht schon früher eintreten lassenden Landrechte auch für Handelsgeschäfte gelten, s. oben S. 498—499, und sieht für Schulden unter Kaufleuten von dem Erforderniss der Mahnung ab (s. oben S. 499, auch Anm. 19 ebenda).

Der strengen Anwendung des im röm. Rechte und in den ihm folgenden Landrechten ausgesprochenen Satzes steht entgegen, dass die Voraussetzung, der Kauf sei ein Baarkauf, häufig nicht genau festzustellen ist: zahlreiche Käufe im Kleinhandelsverkehr, insbesondere im Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten werden abgeschlossen, ohne dass darauf, ob der Kaufpreis Zug um Zug bezahlt oder auf Jahresrechnung, Monatsrechnung u. s. w. geschrieben werden soll, ein entscheidendes Gewicht gelegt wird, oder so, dass sie scheinbar Baarkäufe sind, der Preis aber doch „stehen“ bleibt u. dergl.<sup>42) 43)</sup> und zwar ohne verzinst zu werden.

f. (Wirkung der Zahlung für den Käufer.) Nach gemeinem (röm.) Recht hat die Zahlung des Kaufpreises eine besondere Bedeutung dadurch erlangt, dass der **Uebergang des Eigenthums** vom Verkäufer auf den Käufer — wenn dieser Uebergang überhaupt stattfand — nicht von der Tradition und dem Vor-

zinsung des nichtbezahlten Kaufpreises erst von einem späteren Zeitpunkte an zu beginnen habe, wird vom R.O.H.G. — seiner Behandlung des sog. qualifizirten Geständnisses entsprechend — als Leugnen des Klaggrundes aufgefasst. R.O.H.G. XXIII Nr. 17 S. 53. (Ebenda, S. 53—54 sind die das qualifiz. Geständniss betr. Erk. zusammengestellt.)

<sup>41)</sup> Solche Partikularrechte s. bei Stobbe, D. Priv.R. § 184 Anm. 8. In Betreff des französischen Rechts s. Art. 1153 und insbes. 1652 d. C. civ. sowie eine diese Artikel abändernde Usance, worüber Lyon-Caen und Renault a. a. O. S. 350 Nr. 646. Nach dem eidgenössischen Obligat.R. tritt die Pflicht zur Verzinsung mit wenigstens 5 % ein: 1. wenn der Schuldner einer Geldschuld in Verzug ist (er wird dies entweder durch Mahnung oder durch Verabredung eines Verfalltags oder richtige Vornahme der bedungenen Kündigung) oder 2. wenn — ausser diesen Fällen — die Uebung den Käufer, der den Kaufpreis nicht bezahlt, obwohl ein Verfalltag nicht ausdrücklich vereinbart wurde, für zinspflichtig erklärt, oder 3. wenn der Käufer Früchte oder sonstige Erträgnisse des Kaufgegenstandes beziehen kann. (Bundesgesetz v. 14. Brachmonat 1881 Art. 117, 119, 266).

<sup>42)</sup> S. oben § 263 insbes. S. 578 ff.

<sup>43)</sup> Daher mag es kommen, dass die ohne Mahnung begründete Verzinsung in den Ländern des gemeinen Rechts und der anderen erwähnten Landestheile nicht überall gefordert wird, namentlich im Kleinhandel wenig üblich ist, s. hierüber Stobbe, a. a. O. S. 241 Anm. 6. Vgl. über nachträgliche Stundung des Kaufpreises R.O.H.G. XXIII Nr. 124 S. 391.

handensein des Eigenthumes<sup>44)</sup> des Verkäufers allein abhängt, sondern dass, um den Käufer zum Eigenthümer der Waare zu machen, ausserdem noch erforderlich ist, dass der Kaufpreis entweder bezahlt werde oder dass der Verkäufer den Kaufpreis — mit oder ohne Sicherstellung — oder die Waare kreditirt hat.<sup>45)</sup> Das Eigenthum gilt demnach nur dann als vom Verkäufer aufgegeben und auf den Käufer übergegangen, wenn der Verkäufer den Gegenwerth für die Waare (den Preis bezahlt) erhielt, oder wenn er anstatt dieses Gegenwerthes einstweilen eine Kautio, welche ihm die Preiszahlung sichert, empfing, oder wenn er seine Sicherheit ausschliesslich in dem Vertrauen zum Zahlenkönnen und Zahlenwollen des Käufers sucht.<sup>46)</sup> Letzteres ist ebenso wenig zu vermuthen wie irgend eine andere Art der Vertrauensbegründung; es kommt stets auf die Auslegung der Willenserklärungen und der übrigen That-sachen an, ob angenommen werden kann, dass der die Waare tradirende Verkäufer Credit schenken wollte.<sup>47)</sup>

Der nichtbezahlte und nichtkreditirende Verkäufer kann sich trotz der erfolgten Uebergabe der Waare dennoch zu seiner Sicherheit an die, wenn auch tradirte doch in seinem Eigenthum verbleibende, Waare halten. Dass aber auch der creditirende Verkäufer dies noch unter Umständen thun kann, ist durch die neueren Rechte, namentlich Statutarrechte, eingeführt worden.<sup>48)</sup>

Geräth der den Kaufpreis schuldende Käufer, dem die Waare vom Verkäufer übergeben wurde, in Konkurs, so ist in allen denjenigen Fällen, in welchen nach dem gemeinen Rechte oder den Landrechten noch kein Eigenthumsübergang durch die erfolgte Uebergabe allein anzunehmen ist, das Separationsrecht des Verkäufers (als Aussonderungsrecht ex jure vindicationis) gegeben; der Verkäufer zieht alsdann sein Eigenthum wie jeder andere Eigenthümer das ihm Gehörige an sich, auf Grund seines Eigenthumsrechts. Ist aber bereits Eigenthum übergegangen, gleichviel ob desshalb, weil schon der Abschluss des Kaufvertrags oder die Uebergabe ohne weitere Voraussetzung den Eigenthumsübergang erzeugt, oder ob desshalb, weil auch die weiteren Voraussetzungen, z. B. Zahlung des Kaufpreises, erfüllt sind, so steht dem Verkäufer

<sup>44)</sup> Dass das Handelsrecht von dieser Voraussetzung des Eigenthumserwerbs Umgang nimmt (Art. 306, 307), ist bereits erörtert, s. oben § 174 (II. S. 53 ff.) vgl. auch hier (§ 269) S. 626.

<sup>45)</sup> L. 19 l. 53. D. de contr. empt. 18 1; Heise u. Cropp Juristische Abh. I, Nr. 21; Goldschmidt, H.R. (1. Aufl.) § 81 (S. 837—854); über das Kreditiren der Waare s. Goldschmidt ebenda S. 844. Treitschke-Wengler § 87—89. — Thöl, H.B. § 255 Ziff. 2. Vgl. auch oben § 263.

<sup>46)</sup> § 41. J. d. rer. div. 2 1.

<sup>47)</sup> Zu unterscheidende Fälle s. Thöl a. a. O. (§ 257) S. 824—826. Ueber den Eigenthumsvorbehalt bei Kaufgeschäften s. Goldschmidt H.B. § 81 Anm. 29 (S. 846—848.).

<sup>48)</sup> Ueber dieses Recht, Separationsrecht an der Waare (oder deren Aequivalent) im Falle der Insolvenz des Käufers, und zwar: Verfolgungsrecht, droit de suite, im engeren Sinne, als strengere und ältere Form, und Hemmungsrecht, right of stoppage in transitu, als mildere Form: hier Zurückziehung der bei Distanzkäufen noch unterwegs befindlichen Waare, s. Goldschmidt H.R. § 82 (S. 855 ff.).

kein Aussonderungsrecht in Bezug auf die dem Käufer und Schuldner vor der Konkursöffnung tradirte Waare mehr zu.

Für diejenigen Fälle, in denen nach den Landrechten der Eigenthumsübergang sich schon mit dem Abschluss des Vertrages vollzieht,<sup>49)</sup> oder wenigstens eine beginnende Tradition, die sich selbst überlassen und sich fortsetzend zum Eigenthumsübergang führen oder an sich schon Eigenthumsübergang bewirken, den Verkäufer aber um sein Eigenthumsrecht bringen würde, ist unter gewissen Voraussetzungen ein Zurückforderungsrecht als ausnahmsweises Aussonderungsrecht reichsrechtlich gegeben: Der Verkäufer (und ebenso der Einkaufskommissionär) kann Waaren, welche von einem andern Orte<sup>50)</sup> an den Gemeinschuldner abgesendet und von Letzterem noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt sind.<sup>51)</sup>

Die Landrechte weichen vom römischen Rechte in Bezug auf die Frage, wann der Eigenthumsübergang sich vollziehe, erheblich ab; am weitesten das französische Civilrecht, welches diese Rechtswirkung schon an den Abschluss des Kaufvertrags — wenigstens für die Parteien — anknüpft;<sup>52)</sup> nach preussischem Civilrecht geht das Eigenthumsrecht an beweglichen Kaufgegenständen — ohne Unterschied ob der Kaufpreis bezahlt oder nicht bezahlt, gestundet oder nicht gestundet wurde, — im Moment der Uebergabe an den Käufer über<sup>53)</sup> und zwar ist als Uebergabe im Distanzgeschäft bereits der Moment der Absendung anzusehen, wenn die Absendung auf Grund eines rechtsbeständig vorher schon abgeschlossenen<sup>54)</sup> Kaufvertrages erfolgt, dessen Erfüllungsort der Absendungsort ist.<sup>55)</sup> Das österreichische bürgerliche H.G.Buch knüpft den Eigenthumsübergang, wie oben S. 625 Anm. 6 gesagt, an die Uebergabe und zwar auch in dem Falle, dass der Kaufpreis zur Zeit der Uebergabe noch nicht bezahlt ist, denn letzteren Falls ist die Sache auf Borg verkauft und das Eigenthum an derselben „geht gleich auf den Käufer über“.<sup>56)</sup> Von dem Erforderniss der Zahlung oder Stundung des Kaufpreises sieht auch das sächs. G.Buch<sup>57)</sup> ab.

2. Der Käufer hat die neben der Entrichtung des Kaufpreises etwa noch übernommenen anderweiten Leistungen zu erfüllen;<sup>58) 59)</sup> da der Verkäufer, so-

<sup>49)</sup> Z. B. Cod. civ. art. 1583.

<sup>50)</sup> S. den Begriff Distanzgeschäft oben § 268 I.

<sup>51)</sup> R. Konkursordnung § 36. Hiezu Komm. v. v. Völderndorff S. 387—399.

<sup>52)</sup> Art. 1583 s. oben S. 625 Anm. 6.

<sup>53)</sup> A.L.R. I 11 §§ 130—133; Förster-Eccius (§ 125 II S. 90).

<sup>54)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 130. Obertrib. Präjud. 1064 (Samml. S. 50) u. Striethorst, Arch. Bd. 18 S. 7; vgl. H.G.B. Art. 342 Abs. 2.

<sup>55)</sup> S. im Uebrigen Preuss. L.R. I 11 § 128—133, Förster-Eccius a. a. O. insbes. auch Anm. 75 u. 76.

<sup>56)</sup> Oesterr. bürgerl. G.B. § 1063.

<sup>57)</sup> Bürgerl. G.B. f. d. Königr. Sachsen §§ 1094, 253.

<sup>58)</sup> S. oben § 2 Anm. 9, 10. Cfr. l. 9 D. de act. E. V. 19 1 (Pomponius).

<sup>59)</sup> Z. B. Verpflichtung des Käufers zur Uebernahme von Aktien einer zu grün-

lange der Käufer mit der Empfangnahme nicht im Verzuge ist, die Waare mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aufzubewahren hat, so kann er nach Abschluss des Kaufvertrags noch in die Lage kommen, nothwendige oder nützliche Verwendungen auf den Kaufgegenstand machen zu müssen; diese muss ihm der Käufer ersetzen.<sup>60)</sup>

3. Der Käufer ist — unter Umständen wenigstens — zur **Abnahme**<sup>61)</sup> und wenn die Waare die vertragsmässigen oder gesetzlichen Eigenschaften an sich trägt, jedenfalls zur **Empfangnahme** der Waare verpflichtet. Auch hievon handelt § 271.

Ueber die Klagen, welche den Kontrahenten im Falle der Verletzung des vertragsmässigen Rechts zustehen, enthält das Handelsrecht keine besonderen Bestimmungen; es sind die landesrechtlichen Klagen, nach gemeinem römischem Recht die *actio empti*, die *actio venditi*, die Wandlungs- und die Minderungsklage; vgl. hierüber, soweit handelsrechtliche Voraussetzungen oder Einschränkungen in Frage kommen, die §§ 272—275.

## § 270.

### B. Uebergang der Gefahr.

Für den Fall, dass dem Verkäufer ohne sein Verschulden die Erfüllung des Kaufvertrags seinerseits unmöglich wird, gilt nach römischem Recht,<sup>1)</sup> wie oben § 269 I. 3 S. 627 angedeutet wurde, ein abnormer Rechtssatz, nemlich der Satz, dass vom Momente der Perfektion des Kaufvertrags an die **Gefahr den Käufer trifft**: d. h. wenn nach dem Abschluss des Kaufvertrags die Waare ohne Schuld des Verkäufers untergeht (*periculum interitus*) oder erheblich verschlechtert wird (*periculum deteriorationis*), so hat der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen, wie wenn er die Waare richtig und vertragsmässig erhalten hätte.<sup>2)</sup>

denden Gesellschaft. R.O.H.G. XI Nr. 75 S. 225. Maskirung von Gründergewinn mittels Kaufpreisfestsetzung s. R.O.H.G. XXII Nr. 90 S. 388. — Zusendung der Emballage an den Verkäufer als vertragsmässige Vorleistung des Käufers s. R.O.H.G. XV Nr. 92 S. 323.

<sup>60)</sup> Windscheid § 389 a. E. Anm. 19. Vgl. sächs. bürgerl. G.B. § 1096. Wenn nicht Anderes durch Vertrag oder Handelsgebrauch bestimmt ist, hat der Käufer auch die behufs Zusendung der gekauften Waare nothwendigen und aufgewendeten Kosten zu ersetzen. R.O.H.G. III Nr. 23 S. 112. Behandlung d. Emballage s. oben S. 629 Anm. 24.

<sup>61)</sup> Ueber Substantiirung der Klage auf Abnahme s. Seuffert, Arch. XXXII 157; G.Z. XXIII S. 567—579. Vgl. auch I. 9 D. 19 1.

<sup>1)</sup> Dieselben Grundsätze wie das römische Recht enthält das bayerische L.R. (Cod. Max. bav. civ. Th. IV. Kap. 3 § 11, § 12, mit einer unter Anm. 12 S. 639 vorgetragenen Ausnahme bei bedingten Käufen) und das bürgerliche G.B. f. d. Königreich Sachsen §§ 1091, 866—870.

<sup>2)</sup> Der Grund, wegen dessen das römische Recht dem Käufer einer Spezies, für welche ein Einheitspreis vereinbart ist, die Gefahr schon vom Vertragsabschlusse an zuweist, ist bestritten; es stehen sich gegenüber: „Impossibilitätstheorie“ (Wächter, s. Regelsberger Vierteljahrsschrift Bd. XIII (1871) S. 92), Theorie von der fingirten Erfüllung (Koch, Mommsen u. A. s. ebenda S. 93), Verschuldungstheorie (Ihering, s. ebenda S. 94),

Dieser Satz des römischen Rechts ist durch deutsche Landesrechte vielfach beseitigt; seine Anwendung führt zu mehrfachen Kontroversen und ebensolche reihen sich auch an die Ausnahmen an, durch welche das römische Recht selbst die Tragweite des erwähnten Prinzips einschränkt. In eigenthümlicher Weise greift das **H.G.Buch** in die landesrechtlichen Bestimmungen über das Tragen der Gefahr im Kaufverhältniss ein: a. es fixirt für bestimmte Fälle den Zeitpunkt des Gefahrübergangs,<sup>3)</sup> lässt aber b. für eben diese Fälle diejenigen Landesrechte gelten, welche den Gefahrübergang an einen noch früheren Moment knüpfen<sup>4)</sup> und c. lässt die Landesrechte maassgebend sein für alle von ihm selbst nicht erwähnten Fälle des Waaren- und Gefahrüberganges im Kaufvertrage.<sup>5)</sup> Die Darstellung der landesrechtlichen Normen des Gefahrüberganges ist hier daher nicht zu übergehen.

Entässerungstheorie (Windscheid, Mommsen, Kuntze, Stintzing, auch Goose, ebenda S. 94—104) und die auf die geschichtliche Entwicklung gebauten Theorien (F. Hofmann, bezugnehmend auf die XII Tafeln und das griech. Recht, hierüber s. Regelsberger a. a. O. S. 104, Eck, bezugnehmend darauf, dass die jetzt im Kaufvertrage entspringenden beiderseitigen Verpflichtungen dereinst durch zwei getrennte Stipulationen klagbar gemacht und somit ihres synallagmatischen Zusammenhanges enthoben wurden, Ihering, Geist des röm. R. Bd. III S. 198. Eck in v. Holtendorffs R.-Lex. unter „Kauf“ II. Aufl.) In der III. Aufl. des R.-Lex. bringt Eck die Tragung der Gefahr in Zusammenhang mit dem Rechte zur Nutzung und zur Verfügung über die Sache; beim Handelskauf müsse sich der Verkäufer schon vom Vertrage an aller Dispositionen über die Waare enthalten und sie für den Käufer aufbewahren; dieser Sachlage entspreche es, den letzteren mit der Gefahr zu belasten; dagegen beim Verkauf von Grundstücken, Vieh u. s. w. bleibt dem Verkäufer die Nutzung bis zur Tradition, daher dürfte ihm auch die Gefahr auferlegt werden; die Römer als ein handeltreibendes Volk generalisirten die erstere Auffassung, die Deutschen, die ohnehin den Verkauf nicht begünstigten, die letztere, aber die erstere, römische Auffassung sei im heutigen gemeinen Recht durchgedrungen. (R.-Lex. 3. Aufl. II S. 440.) Diese Theorie Eck's hat wohl die meisten Gründe für sich; der Entwicklungsgang mag der gewesen sein, dass die beiden Stipulationen: der Käufer verspricht Geld, der Verkäufer Waare, zunächst rein formal ohne Rücksicht auf einander zu Recht bestanden und erfüllt werden mussten; ging die Waare (casu) unter, so konnte sie der Verkäufer nicht leisten, aber die Geldzahlungsstipulation des Käufers wurde davon nicht berührt; der Zusammenhang zwischen den beiden an sich von einander unabhängigen Stipulationen scheint durch besondere, den Ansprüchen der bona fides Rechnung tragende Vereinbarungen (pacta inter emptorem et venditorem composita wie der Dig. Tit. sagt) hergestellt worden zu sein; dass in diesen Vereinbarungen gerade die Tragung der Gefahr den Gegenstand der Abredung und Mittel und Anlass den Zusammenhang zwischen den zwei nun zu Theilen eines Ganzen sich umwandelnden Versprechen herzustellen bot, ist in hohem Grade wahrscheinlich; dabei konnte wohl auch der Verkäufer die Gefahr übernehmen (vgl. l. 1. pr. D. de peric. et com. 18. 6. sed si venditor se periculo subjecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subjecit); allein dies war sicherlich der seltener Fall, und gewiss bei Handelskäufen, aus dem von Eck ganz richtig hervorgehobenen Grunde, nicht üblich. Was sich demnach ohne besondere Vereinbarung ursprünglich (d. h. im Stipulationsverkehr) von selbst verstand und nach Wegfall der alten Vertragsform das Gewöhnlichere und wirthschaftlich Zweckmässigere war, das wurde die juristische Regel.

<sup>3)</sup> Art. 345 Abs. 1 u. 2.

<sup>4)</sup> Art. 345 Abs. 3.

<sup>5)</sup> Art. 1.



Vorauszuschicken ist, dass, wo von Gefahr schlechthin ununterschieden gesprochen wird, darunter sowohl die Gefahr des totalen oder theilweisen Unterganges, wie die einer Verschlechterung des Kaufobjekts zu verstehen ist,<sup>6)</sup> ferner dass die anzuführenden Grundsätze der Gefahrtragung zugleich die Frage entscheiden, wem die von einem bestimmten Ereignisse an die gekaufte Waare geknüpften Vortheile (*commoda rei, lucrum ex re*) zustehen; — genauer: bis zu welchem Zeitpunkt die *commoda rei* in das Vermögen des Verkäufers (oder einer dritten Person für den Verkäufer) und von welchem Zeitpunkte an sie an den Käufer zu fallen haben<sup>7)</sup> — vorausgesetzt, dass das gefährdende und das vortheilbringende Ereigniss ein und derselbe Zufall ist.<sup>8)</sup>

Vorauszuschicken ist aber auch, dass die anzuführenden Regeln vom Gefahrübergange keine Anwendung finden, wenn das schädigende Ereigniss durch die Schuld eines der beiden Kontrahenten herbeigeführt wurde, und ebensowenig, wenn durch Vereinbarung die Haftung besonders und vom Gesetze abweichend geregelt ist, oder wenn sich der eine oder andere der Kontrahenten im Verzuge (*mora*) befindet.

## 1. Das römische Recht.

### a. Die Regel.

Die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Waare hat der Käufer vom Augenblicke des Vertragsabschlusses an zu tragen;<sup>9)</sup> so wird der Satz des römischen Rechts gewöhnlich gefasst und wie es scheinen könnte, auch durch die Quellen erwiesen, sofern diese „*perfecta emptio*“ die Gefahren dem Käufer aufbürden. Allein die Perfektion hat hier, wo es sich um eine einzelne positivrechtliche Folge handelt, eine besondere Bedeutung; es ist eine „gesteigerte“ Perfektion vorausgesetzt, welche darin besteht, dass die Parteien die sofort eintretende Wirksamkeit des Geschäfts wollen, ferner die behandelte Waare als Einzelsache erfassen können und, theilweise wenigstens, erfasst haben und den behandelten Preis als Einheitspreis kennen<sup>10)</sup> und wollen, mit andern

<sup>6)</sup> Vgl. aber Endemann, H.R. § 110 I B. insbes. Anm. 5. — Die Gefahr, welche der Emballage droht, ist nicht nothwendig von Demjenigen zu tragen, der die „Gefahr der Waare“ trägt. S. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 117 S. 367 (Getreidesäcke betr.).

<sup>7)</sup> Vgl. Ihering, Abhandlungen (1843) Nr. 1 S. 8 u. a. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationsrecht I. Heft 1859.

<sup>8)</sup> Mommsen a. a. O. Siehe Windscheid, P. § 327 a. E. Text nach Anm. 8—12, § 289 Anm. 15. Vgl. Thöl a. a. O. § 266 a. E. Dies hat z. B. praktische Bedeutung für die Frage, wem die Versicherungssumme, die durch den Untergang der Sache fällig wird, zukömmt. Vgl. Lippmann in Iherings Jahrb. f. Dogmatik Bd. VII S. 25 ff. Für das preuss. R. Förster-Eccius II S. 91 Anm. 82.

<sup>9)</sup> § 3. pr. J. de e. e. v. 3. 23. l. 8. pr. D. d. peric. et comm. r. v. 18. 6. u. A. Lit. s. Windscheid, P. § 390; Regelsberger in seiner Kritik der Schriften von Goose (1868), Stintzing (1869) und F. Hofmann (1870) in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. XIII (1871) S. 90 ff.; Ihering in seinem Jahrb. f. Dogm. Bd. III S. 449 ff. Bd. IV S. 366 ff.; Thöl H.R. 6. Aufl. § 262 Anm. 1 u. die das. angegebene Lit.

<sup>10)</sup> In Rechtsgeschäften, welche durch den blossen Konsens der Parteien entstehen, kommt es in der Regel nicht auf das Wissen (Kennen), sondern nur auf das Wollen an;

Worten: Die Regel *periculum ad emptorem respicit* findet nur Anwendung, wenn der Kauf ein nicht suspensivbedingter Spezieskauf mit verabredetem Einheitspreise ist. Die Regel gilt aber nicht:

- a. wenn der Kauf mit einer aufschiebenden<sup>11)</sup> Bedingung vereinbart ist, oder
- b. wenn der Kauf ein Gattungskauf ist, oder
- c. wenn die Waare zwar eine Spezies ist, aber der Preis als Quantitätenpreis vereinbart ist, folglich zu seiner Feststellung noch ein Messen, Zählen, Wägen gehört.

Dagegen gilt jene Regel — und es hat folgeweise der Käufer den Preis zu bezahlen ohne die vertragsmässige Waare zu erhalten, wenn dieselbe zu Grunde gegangen ist, nachdem

- a. der suspensivbedingte Kauf sich insbesondere durch den Eintritt der Bedingung, also durch den Wegfall der Suspension in einen unbedingten Kauf verwandelt hat, oder

man kann juristisch Etwas wollen, was man noch nicht kennt, wie man Etwas fühlen (*sentire*, — *consentire*) kann, dessen Kenntniss oder Mitkenntniss (*conscientia*, nach Sprachgebrauch von Cicero u. Tacitus, im Gegensatz zu *consensus*) noch fehlt; allein im Kaufvertrag muss mit Rücksicht auf die Gefahrtragung unterschieden werden zwischen der Perfektion dem Konsense nach (diese liegt beim suspensiv- wie resolutiv-bedingten Kaufe, bei der *emptio ad mensuram* und beim Genuskaufe schon in der Willensvereinbarung, in der Verabredung) und der Perfektion, welche ausser dem Konsense noch die *conscientia* voraussetzt, daher in dem Kennen und Wollen der Sache als bestimmte Sache (Spezies) und in dem Kennen und Wollen des Preises als Einheitlicher Preis besteht und demnach erst dann gegeben ist, wenn die Sache durch die *mensura*, *numeratio* u. dgl. als „bestimmt“ erscheint und beiderseits „gewusst“ wird (*conscientia*); diese zweite Art von Perfektion findet sich aber nur in der einen Gruppe der Fälle vorausgesetzt, s. unten S. 642—643, für eine andere Art von Fällen muss die Perfektion in einem dritten Sinne gefasst werden: die Waare muss durch Absendung individualisirt sein; davon unten S. 643—644. Ob es angesichts dieser verschiedenen Bedeutungen der Perfektion sich nicht empfehlen dürfte, die Methode der Darstellung des Rechts vom *periculum* dahin zu ändern, dass man den Sprachgebrauch der Quellen („*perfecta emptio*“) verlässt, dem Worte „perfekt“ folglich nicht zwei oder drei Bedeutungen (ausser der gewöhnlichen noch eine gesteigerte Bedeutung) beilegt, mag hier dahin gestellt bleiben, vgl. Stintzing, *Jahrb. f. Dogm.* Bd. X S. 200 ff.; *Regelsberger*, *Arch. f. civil. Prax.* 49 S. 188 vermuthet für den römischen Sprachgebrauch einen doktrinären Grund der röm. Juristen.

<sup>11)</sup> Ist der Kauf mit einer auflösenden Bedingung abgeschlossen, so ist er vor Eintritt derselben nicht bloss existent, sondern auch vollwirksam; daher trägt zunächst der Käufer die Gefahr; allein, tritt die auflösende Bedingung ein, so muss der vor Abschluss des Geschäfts vorhandene Zustand wiederhergestellt werden; folglich behält oder erhält der Verkäufer die Waare zurück wie sie ist (auch wie sie *casu* geworden ist) und es behält oder erhält der Käufer den bezahlten Kaufpreis zurück; dies ist auch dann der Fall, wenn die Waare durch Zufall verschlechtert wurde; ist die Waare aber (*casu*) vernichtet, so findet nach Windscheid a. a. O. Anm. 10 dasselbe statt, nach Eck a. a. O. S. 441 ist die Wiederauflösung in diesem Falle unmöglich. Für den Fall, dass die Waare noch nicht tradirt war, dürfte die Windscheidsche Ansicht unzweifelhaft den Vorzug verdienen: der Käufer braucht den Kaufpreis für die untergegangene Waare, wenn das Geschäft aufgelöst ist, nicht zu bezahlen. Vgl. die von Windscheid a. a. O. in § 387 Anm. 10 angef. Literatur.

b. aus dem Genus das Kaufobjekt gehörig ausgeschieden und als solches in das Bewusstsein (conscientia) der Parteien gelangte, oder

c. den Preis der Waare durch das Ausführen der vorbehaltenen Zahlung u. dgl. (s. oben) ermittelt und ebenfalls in das Bewusstsein der beteiligten Kontrahenten gekommen.

Bevor aber jene Umwandlung (unter a.) und diese Feststellungen (unter b u. c.) eingetreten sind, gelten besondere Grundsätze in Bezug auf das Tragen der Gefahr.

### b. Gefahrtragung beim Kauf unter aufschiebender Bedingung.

a. Erfährt die Waare während des Zustandes der Schweben der suspensiven Bedingung eine zufällige Verschlechterung, so gilt als vereinbart, dass diese Aenderung keinen Einfluss auf die Haftung des Verkäufers hat: der Käufer muss die Waare wie vorher vereinbart bezahlen und sie nehmen, wie sie während der Schweben der Bedingung wurde, er trägt also die Gefahr der Verschlechterung schon vom Zeitpunkte der Kaufvereinbarung an; ist aber die Waare während der Schwebenzeit durch Zufall untergegangen, so dass der Käufer gar Nichts erhält, so braucht er auch den Kaufpreis nicht zu bezahlen, es trägt der Verkäufer die Gefahr des Unterganges.<sup>12)</sup> Als bedingter Kauf wird auch der Genuskauf (s. unter b.)<sup>13)</sup> und der Kauf nach Maass (s. unter c.)<sup>14)</sup> in Bezug auf den Gefahrübergang aufgefasst. Diese Auffassung ist von Anderen<sup>15)</sup> widerlegt worden. Dagegen muss der Kauf, welcher mit der Vereinbarung abgeschlossen wurde, dass ein Dritter den Preis zu bestimmen habe, allerdings nach den obenerörterten Regeln behandelt werden, so dass der Käufer die Gefahr der Verschlechterung, der Verkäufer die des Unterganges (vor der Preisbestimmung) zu tragen hat.<sup>16)</sup>

<sup>12)</sup> L. 8. pr. D. 18. 6. l. 5 C. 4. 48. Das bayerische Recht, welches sonst dem römischen Rechte folgt, unterscheidet hier nicht zwischen Gefahr des Unterganges und Gefahr der Verschlechterung: es lässt die volle Gefahr den Verkäufer tragen, wenn sich der Schaden oder Verlust noch vor völliger Perfektion des Kontraktes, z. E. in contractu sub' condicione suspensiva ante Existentiam conditionis ergibt. C. Max. bav. civ. IV 3 § 12 6 to. (Kreittmayr meint, dass die im röm. Recht getroffene Unterscheidung „auf einer solchen Raison beruhe, welche nur nach Subtilitäten riecht.“ Anm. über den Cod. Max. bav. civ. IV. Theil S. 183).

<sup>13)</sup> Fick, Arch. f. W.R. Bd. VIII S. 86 ff.; Mommsen, Beiträge I Bd. IX S. 390 ff. Unmöglichkeit der Erfüllung S. 337.

<sup>14)</sup> Thöl, H.R. § 265 Anm. 4; Mommsen a. a. O. S. 339; Windscheid, P. § 390 Anm. 12.

<sup>15)</sup> Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. IV S. 397; Regelsberger im Arch. f. civ. Prax. Bd. 49 S. 188—191 und in Krit. V.J.Sch. Bd. 13 S. 107; sowie die daselbst Cit. Goose, Stintzing, Hofmann; vgl. auch Goldschmidt in seiner Z. f. d. gew. H.R. Bd. IX S. 300 und andererseits Fick im Arch. f. W.R. VIII S. 86 ff., IX S. 390 ff.

<sup>16)</sup> Vgl. oben § 261 Anm. 6, § 1 I. de empt. 3. 23 c. 15. C. de contr. empt. 4. 38; Windscheid, P. § 386 Anm. 5 u. 6 (5. Aufl. S. 450), § 390 Anm. 12 (S. 469); Thöl, H.R. § 265 Ziff. 2; Goldschmidt, H.R. Bd. I (1. Aufl.) § 64 S. 605—606 u. die dort cit.

## b. Gefahrtragung beim Genuskauf.

Wenn die Waare bei Abschluss des Kaufes nur in genere bestimmt ist (s. oben § 266), so trägt der Käufer die Gefahr des Unterganges oder der Verschlechterung nicht, so lange das ihm zu liefernde Objekt noch in keiner Weise von dem Genus losgelöst, getrennt ist, noch nicht „individualisirt“, „specialisirt“ wurde<sup>17)</sup> und er trägt die Gefahr, sobald das Kaufobjekt ihm tradirt ist. Soweit ist die Entscheidung unbestritten: bestritten aber ist die Feststellung des Zeitpunktes des Gefahrüberganges zwischen jenen beiden unbestrittenen Extremen.<sup>18)</sup>

Lit. u. H.G. Ebenda s. auch die Ausnahme, dass ein derartiger Kauf nicht ein bedingtes Geschäft sei, Anm. 70. In diesem Falle hat der Käufer die ganze Gefahr vom Abschluss an zu tragen; Endemann, H.R. § 110 Anm. 24.

<sup>17)</sup> Die Gefahr der Verschlechterung des ganzen Genus, aus welchem das Kaufobjekt ausgeschieden ist, trägt ebenfalls der Verkäufer, s. Windscheid, a. a. O. Anm. 9 (gegen Mommsen, Beiträge I S. 342). Vgl. auch Thöl § 263 Anm. 8 u. die dort Cit.

<sup>18)</sup> In dem Bemühen, diesen Zeitpunkt zu finden, sind zahlreiche Ansichten aufgestellt worden, die sich der Hauptsache nach folgendermassen gruppieren lassen.

1. („Theorie der einseitigen Ausscheidung“). Schon die vom Verkäufer einseitig vorgenommene Ausscheidung des Kaufobjekts aus dem in der Kaufvereinbarung genannten Genus und dadurch allein erzielte Erkennbarkeit des Kaufobjekts, gleichviel ob der Käufer darum weiss oder nicht, genügt zum Uebergang der Gefahr auf den Käufer. So Heyer, in Linde's Zeitschr. f. Civ.R. u. ProzessR. Bd. XV 1858 S. 1 ff. Aeltere Vertreter dieser Ansicht nennt Thöl § 264 Anm. 13. Für das französische Recht s. Cod. civ. art. 1585, Cod. de comm. art. 100. Lyon-Caen u. Renault Nr. 635. Vgl. unten II 3 (S. 651).

2. (Apparitionstheorie). Durch eine zweiseitige d. h. vom Verkäufer und vom Käufer gewusste, gekannte Ausscheidung wird die Gefahr auf den Käufer übergewälzt; diese sog. Apparitionstheorie, oder „Theorie des Wissens“ (s. Thöl S. 852 ff.) wird von Thöl u. Vangerow (P. § 635) gelehrt. (Vgl. auch — unentschieden — Hofmann, Ueber das Periculum beim Kaufe 1870 S. 128 ff.)

3. („Theorie der Anzeige“). Zwar nicht das Wissen des Käufers ist erforderlich, um durch die vom Verkäufer vorgenommene Ausscheidung jene Individualisierung der Waare zu bewirken, welche von dem Uebergang der Gefahr vorausgesetzt wird, wohl aber die Absendung der Anzeige jener Ausscheidung. So Brinkmann H.R. § 73 und insbesondere Regelsberger, welcher im Archiv f. civilist. Prxs. Bd. 49 S. 183 ff. (1866) die Individualisierungstheorie in folgende Sätze zusammenfasst: der Uebergang der Gefahr ist beim Genuskauf bedingt durch die Individualisierung des Leistungsobjekts und diese erfolgt 1. mittels Vornahme der Auswahl durch den Käufer und Ausscheidung in seiner Gegenwart, wenn dies bedungen ist; soll der Verkäufer die Waare dem Käufer bringen oder dieser sie bei jenem holen, so tritt die Individualisierung erst mit der Uebergabe der Sache an den Käufer ein. 2. Soll die Waare dem Käufer zugesendet werden und dabei der Absendeort (Wohnort des Verkäufers) der Lieferungsort sein, so wird die Individualisierung und durch sie der Gefahrübergang bewirkt entweder durch die Absendung einer Nachricht von der geschehenen Ausscheidung an den Käufer, oder — in Ermangelung dieser Nachricht — durch Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer behufs Ueberlieferung an den Käufer; in allen Fällen kann die Uebereinkunft der Parteien abweichende Normen festsetzen.

4. (Lieferungs- oder Erfüllungstheorie). Die Gefahr geht erst dann auf den Käufer über, wenn sich der Kauf durch wirkliche Lieferung der Waare (oder durch Ueberein-

Die Kritik<sup>19)</sup> der hierüber aufgestellten Ansichten ergibt zunächst die Unhaltbarkeit der Theorie der rein einseitigen Ausscheidung (1) und das Unzureichende der Lieferungstheorien (4). Die erstere leidet nicht bloss an dem praktischen Bedenken, dass sie den Käufer fast völlig in die Hand des Verkäufers gibt, sondern an dem Widerspruche mit dem im Vertrage Gewollten: es lässt sich nicht beweisen, dass der Genuskäufer gerade die untergegangene Sache kauft, und ist sie vor der Lieferung untergegangen, so ist es sogar sicher, dass er gerade diese Sache gerade nicht als gewollt ansehen will; das einseitige Thun des Verkäufers kann ihn keines Rechts berauben, er wird demnach eine existente Waare als Trägerin der allein paktirten Eigenschaften, s. oben „Genuskauf“ § 266 Seite 600, als Kaufobject verlangen, gleichviel ob eine ihm zuge dachte Quantität unterging oder nicht. Die Lieferungstheorie ist unzureichend, weil sie zu allgemein redend den Zeitpunkt des Gefahrüberganges zu spät eintreten lässt: dass der Käufer nach der vollständigen Erfüllung, oder wie Windscheid sagt: „wirklichen Leistung“ die Gefahr zu tragen hat, ist gewiss, aber für diejenigen Fälle, in denen man von einer wirklichen Leistung und vollständigen Erfüllung Seitens des Verkäufers noch nicht sprechen kann, ist diese Theorie zunächst ohne Auskunft; sie schafft sich dieselbe dadurch, dass sie eine Erfüllung fingirt oder den Begriff Leistung in einem ungewöhnlichen Sinne auf fasst; das Schlussresultat der Lieferungstheorie trifft allerdings mit dem der hier vertretenen Ansicht zusammen (Absendetheorie); würde sich die Erfüllung der Verkaufspflicht von der Thatsache der Tradition juristisch unterscheiden lassen, so wäre die Theorie (als Absendetheorie, wenigstens für gewisse Fälle) wohl haltbar; allein, wie von Bekker und Goldschmidt gegen Ihering und Windscheid hervorgehoben wird, ist es eben nicht möglich, die dem Verkäufer ob liegende Erfüllung ohne Tradition zu denken.

kunft der Parteien) auf ein bestimmtes Sachindividuum konzentriert hat: Die den Gefahrübergang involvirende Individualisirung wird hienach durch die Uebergabe einer Waare oder durch individualisirenden Vertrag (wegen des letzteren: „Genehmigungstheorie“) ausschliesslich bewirkt. So Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 3 S. 449—488, Bd. 4 S. 366—438 ff. (1861); Windscheid, P § 390 1 a; Goose, Jahrb. f. Dogm. Bd. IX Abh. 2 (1868); Stintzing, Jahrb. f. Dogm. Bd. X Abh. 3 (1869); Eck, R.Lex. 2. Aufl. Bd. II S. 11.

5. (Individualisirungstheorie im engeren Sinne). Die Gefahr geht, wie von der Lieferungstheorie (s. unter 4) behauptet wird, durch die Erfüllung auf den Käufer über, aber nicht durch die Einleitung der Erfüllung (z. B. das Absenden der Waare), sondern durch die Annahme desselben Seitens des Käufers; wie oben die Vereinbarung der Parteien überhaupt den Moment der Individualisirung festsetzen könne, (z. B. durch Beauftragung eines Dritten, das Kaufobject aus dem Genus auszusuchen), so können die Parteien auch stillschweigend dahin übereinkommen, dass schon der Zeitpunkt des Absendens der Waare individualisirend und gefahrüberwältzend wirke. Diese Wirkung legt Dernburg (Preuss. P.R. II S. 315) — ohne Vereinbarung — einem gemeinen Gewohnheitsrechte bei. Diese Theorie ist aufgestellt von Bekker, Jahrb. des gem. R. Bd. V S. 368 ff. (1862). Hierüber Windscheid, P. § 390 Anm. 8.

<sup>19)</sup> Sie kann hier selbstverständlich nur sehr kurz gefasst sein. Trefflich hat Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XIII S. 109 ff. vorgearbeitet.

Dass die einseitig vorgenommene Ausscheidung dem Käufer angezeigt worden ist (Theorie der Anzeige, 3), kann den Gefahrübergang nicht bewirken; denn die angezeigte Ausscheidung ist und bleibt doch eine einseitige Individualisierung; wenn gesagt wird, durch die Anzeige der geschehenen Ausscheidung bekunde der Verkäufer seinen Willen, dass die von ihm gewählte Waare den Leistungsgegenstand bilden solle, und er habe damit sein Wahlrecht endgültig ausgeübt, so ist dagegen zu erinnern, dass in den Quellen eben nicht gesagt ist, durch jene Erklärung (wie Avisbrief<sup>20</sup>) u. dgl.) werde die Gefahr auf den Käufer übergewälzt, dass vielmehr, wie Regelsberger nun (Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 13 S. 110) selbst nachweist, der Quellenausdruck *admetiri* sich auf ein *Zuwägen* und damit auf ein in Gegenwart des Käufers sich vollziehendes *Tradere* an diesen beziehe; auch darf es mindestens als zweifelhaft bezeichnet werden, ob man das dem Verkäufer zukommende Auswählen der im Genuskauf zu liefernden Stücke auf ein Wahlrecht ähnlich dem bei Alternativobligationen vorkommenden gründen könne.<sup>21</sup>)

Die Individualisierung wird auch dadurch keine zweiseitige, dass die Nachricht von der einseitig vollzogenen Ausscheidung an den Käufer gelangt; dass durch ein solches „Wissen“ der Ausscheidung (s. Anm. 10 unter 2) die Gefahr übergewälzt werde, ist in den Quellen keineswegs gesagt,<sup>22</sup>) auch von der Handelssitte oder dem Bedürfnisse des Handels nicht gefordert.<sup>23</sup>)

Die demnach vor der Kritik nicht bestehenden Aufstellungen zusammen- und vorweggenommen bleiben noch einzelne Auffassungen der von Regelsberger und der von Bekker aufgestellten Individualisierungstheorie übrig.

Das römische Recht stellt ausdrückliche Regeln nur für den Fall auf, dass mit dem Messen, Wägen, Zählen (also mit der Ausscheidung) zugleich ein Zu-

<sup>20</sup>) Die Sitte und das Bedürfniss des Handels würde sich ganz entschieden gegen eine derartige Auffassung des Avisbriefes sträuben. Man denke sich folgenden Fall: Kaufmann A. hat seinem Kunden B. gestern geschrieben: „Die von Ihnen bestellten 10 Pfund Javakaffee I a habe ich sofort bei Eingang Ihrer Bestellung abgewogen, verpackt zurechtgestellt, um sie morgen durch den Marktboten an Sie gelangen zu lassen,“ — und heute schreibt er nun: „Ich bedauere sehr, Ihnen mittheilen zu müssen, dass die gestern für Sie zurechtgestellten 10 Pfund Kaffee über Nacht durch einen Zufall zu Grunde gegangen sind und bitte mir den — fakturirten — Betrag hiefür einzusenden.“

<sup>21</sup>) Der Parteiwille ist im Genuskauf gar nicht wesentlich darauf gerichtet, dass der Verkäufer wählen solle; dieser hat vielleicht gerade soviel Waare noch im Vorrath, oder will selber nur soviel kommen lassen, als der Käufer nun in genere bestellt; vielleicht weiss dies auch der Käufer, der Kauf ist aber darum doch ein Genuskauf; Grundsätze der Alternativobjektion z. B. insbes. I. 47 § 3 D. de leg. I 30 sind darauf nicht anwendbar.

<sup>22</sup>) Das von Thöl (S. 855) hervorgehobene *appareat quid quale quantum sit d. l. 8 D. 18. 6* weist keineswegs auf eine blosse Avisirung hin, sondern kann ebensogut auf ein engaufzufassendes *admetiri* (vgl. Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 13 S. 109—110), auf einen Vertragsabschluss über eine gegenwärtige Sache (s. oben § 268 A I 3) oder auf die Lieferung der Waare bezogen werden.

<sup>23</sup>) Der in Anm. 20 angeführte Fall würde dadurch keine andere Auffassung im Verkehr hervorrufen, dass B noch vor Einbruch der Nacht den ersten Brief des A erhielt.

wenden, Hinüberleiten auf den Käufer stattfinde; die fraglichen Quellenstellen<sup>24)</sup> sind darum vorzugsweise durch ihr negatives Resultat interessant: der Käufer ist von der Haftung für Kaufpreiszahlung frei, wenn die Waare untergeht bevor sie zugemessen wurde; für den Fall, dass das Messen u. dgl. nicht zugleich Uebergabe der Waare ist, sondern ihr vorhergeht, bieten die römischen Rechtsquellen keine klare Entscheidung, weil ihnen nicht zu entnehmen ist, ob das entscheidende Gewicht auf die Uebergabe mittels Zumessung oder auf die Messung behufs Uebergabe zu legen ist. Richtig ist nach Obigem zunächst aber jedenfalls der von Regelsberger vorangestellte Satz s. oben Anm. 10 u. 3, S. 640: Auswahl durch den Käufer, Ausscheidung in seiner, des Käufers, Gegenwart, Ueberbringung der Waare Seitens des Verkäufers an den Käufer, Abholung der Waare Seitens des Käufers beim Verkäufer, — diese Handlungen entsprechen dem römischen *admetiri* (nicht bloss: *metiri*), bewirken eine hinreichende Individualisirung der Waare und dadurch auch den Uebergang der Gefahr auf den Käufer.

Wird durch diese Handlungen — als Traditionen — Eigenthum auf den Käufer übertragen, so hat der Uebergang der Gefahr nichts Abnormes: ein nach der Tradition eintretender Schaden trifft seine, des Käufers Sache und berührt die Kaufpreisschuld nicht.

Ist der Verkäufer zur Eigenthumsverschaffung verpflichtet, wie im Sinne des weiter entwickelten römisch-gemeinen Rechts angenommen werden muss,<sup>25)</sup> und erfüllt er diese Verpflichtung durch die vom Kaufvertrage verlangte Tradition, so liegt in Bezug auf die Gefahrtragung nach der Tradition kein Bedenken vor und vor derselben lastet sie auf dem Verkäufer.

Kann oder soll mit dem im Genuskauf zum Zweck der Erfüllung stets nöthigen Messen, Zählen, Wägen nicht zugleich die Tradition vollzogen werden, so ist das Messen u. s. w. an sich eine für den Käufer belanglose Handlung.<sup>26)</sup> Dies ist auch dann nicht anders, wenn die Waare durch **Zusendung** vom Verkäufer an den Käufer gelangen soll, gleichviel ob diese Zusendung die Grenzen eines Platzes überschreitet oder nicht, gleichviel ob das Schicken im Distanzkauf oder im Platzgeschäft (s. oben § 268 A) vereinbart wurde. Vielmehr beginnt die Gefahr für den Käufer in diesen Fällen mit der auf das Messen u. dgl. folgenden **Absendung der Waare** sofern nicht der Parteiwille anders anzunehmen veranlasst. Letztere Ausnahme tritt ein, wenn der Wohnort des Käufers, möglicherweise das Wohnhaus des Käufers, als der Erfüllungsort des Vertrags anzusehen ist.<sup>27)</sup>

<sup>24)</sup> L. 1 § 2. l. 8 pr. D. 18. 6. l. 35 §§ 5, 7 D. 18. 1. u. a. s. Regelsberger in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 13 S. 110, im Arch. f. civil. Prax. Bd. 49 S. 186 ff.

<sup>25)</sup> S. oben § 269 I 1 insbes. Eck. (s. oben S. 625.)

<sup>26)</sup> Dieses Abwägen der Waare ist nach Aussen zu und insbes. dem Käufer gegenüber nicht anders aufzufassen, als wenn der Krämer zum Zweck des rascheren Klein- oder Handverkaufs seinen Zucker- oder Kaffeevorrath in Düten zu je  $\frac{1}{2}$  Pfund vertheilt und so vorrätbig hält. Vgl. oben Anm. 20, 23.

<sup>27)</sup> Man muss — m. a. W. — der von Regelsberger a. a. O. S. 212 s. oben S. 640 Anm. 10 (Ziff. 1 u. 2) aufgestellten Individualisirungstheorie beitreten, nur dass die Absendung der Nach-

Durch die Absendung der Waare wird — im Zweifel — diejenige Individualisirung des Kaufobjekts bewirkt, welche den Gefahrübergang rechtfertigt.<sup>28)</sup> Man kann für diese Ansicht wohl die Analogie der Quellenstellen (s. unten Anm. 24) geltend machen, insofern sie von *ad mensa*, *ad pensa*, *ad numerata* sprechen, denn die Worte bedeuten einerseits: Thätigkeiten des Verkäufers, andererseits deuten sie eine Richtung gegen den Käufer hin („ad“) an; man kann für sie ferner geltend machen, dass sie dem Verkehrsbedürfnisse und der Verkehrsauffassung ebensowenig widerspricht, als dem positiven Rechte, ja dass sie für die wichtigsten Fälle der Zusendung ausdrücklich durch das Handelsrecht sanktionirt ist. Es ist dabei selbstverständlich Thatfrage, was unter „Absendung“ der Waare zu verstehen sein wird.

### c. Gefahrtragung beim Specieskauf mit Quantitätspreis.

Wenn der Kauf in der Weise vereinbart ist, dass zwar die Waare als Einheit bestimmt und bekannt (im Consense gewusst) ist, der Preis aber in der Weise, wie dies bei Quantitätskäufen (Genuskäufen) üblich ist, nemlich nach Paktierung eines Preissatzes durch Messung, Zählung oder Gewichtsfeststellung ermittelt werden soll, so ist die Gefahr des Unterganges verschieden vertheilt je nachdem die Preisermittlung (durch Messung u. s. w.) stattgefunden hat oder nicht stattfand. Voraus zu schicken ist, dass diese Eigenthümlichkeit nach römischem Recht nicht beim „Kauf in Bausch und Bogen,“<sup>29)</sup> sondern nur bei der *emptio ad mensuram*, Kauf nach Maass (s. oben § 266, III b.) Rechtens ist.

Geht die nach Quantitätspreis behandelte Sache durch Zufall vor der Zumessung theilweise unter, so braucht der Käufer nur so viel zu bezahlen, als ihm zugemessen wird; geht sie vor dieser Zumessung völlig unter, so hat der Käufer, wie ihm gar Nichts zugemessen wird, auch gar Nichts zu bezahlen: der Verkäufer hat die Gefahr bis zur Zumessung.<sup>30)</sup> Insoweit wird der Kauf

richt als bedeutungslos und die Uebergabe an den Spediteur oder Frachtführer als eine zu enge Voraussetzung zu bezeichnen ist.

<sup>28)</sup> Von der Ihering-Windscheidschen Ansicht unterscheidet sich die hier vertretene dadurch, dass in der Absendung der Waare nicht die wirkliche Lieferung, nicht die Tradition, nicht die wirkliche Erfüllung gesehen wird; von der Bekkerschen unterscheidet sie sich dadurch, dass sie auf die Supponirung eines den Moment der Absendung statt des der Annahme wirken lassenden stillschweigenden Vertrags verzichtet, und das als Regel auffasst, was Bekker nur durch jene Vertrags-Hilfe und Dernburg nur durch ein besonderes gemeines Gewohnheitsrecht zur Anerkennung kommen lässt.

<sup>29)</sup> Der Kauf in Bausch und Bogen wird nach römischem Recht in Bezug auf die Risikovertheilung ganz als Specieskauf behandelt, vgl. oben § 266 u. Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. XIII S. 105—106.

<sup>30)</sup> L. 35 §§ 5, 6, D. 18. 6, l. 2 C. 4, 48. Ist der Untergang durch *damnum fatale vel vis magna*, eingetreten, so soll der Verkäufer entschuldigt sein. L. 2 § 1 D. 18. 6. Der Sinn dieser Stelle ist nicht ganz klar: soll der Verkäufer den Kaufpreis fordern können, wenn gleich die Sache unterging? oder: soll er wenn die Sache nicht durch *vis magna* unterging, dem Käufer das Interesse ersetzen, das dieser daran hat, dass die Sache



wie der Genuskauf behandelt. Verschlechtert sich die Waare nach dem Abschluss des Kaufvertrags, so hat der Käufer zwar die Waare zu beziehen wie sie ist und geworden ist und vereinbarungsgemäss zu bezahlen, trotz der Verschlechterung, aber er kann gegen den Verkäufer einen Ersatzanspruch wegen Vernachlässigung der dem Verkäufer bis zur Zumessung obliegenden Fürsorge (custodia) für die Waare erheben und der Verkäufer muss dem Käufer für Schadenersatz haften, es sei denn dass er sich durch den Beweis höherer Gewalt von der Haftung befreie:<sup>31)</sup> der Käufer trägt die Gefahr der durch höhere Gewalt<sup>32)</sup> eingetretenen Verschlechterung vor der Zumessung. Insoweit wird der Kauf wie ein Specieskauf behandelt.<sup>33)</sup>

Der Grund der Abweichung von der Gefahrvertheilung bei dieser Art des Kaufes gegenüber der Regel wird von Manchen darin erblickt, dass der Vertrag noch nicht völlig perfekt sei, so lange der Preis nicht ermittelt; dieser Annahme ist nicht beizustimmen, denn der Kaufvertrag wird perfekt auch ohne Preisermittlung s. oben § 261 (Bd. II, S. 552—553) und wird ja auch hier — in seinen übrigen Wirkungen — als perfekt angenommen, s. Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. 13 S. 106. Andere sehen den Grund der abweichenden Gefahrvertheilung im Specieskauf mit Quantitätspreis in der Gleichstellung dieser Kaufart mit dem suspensiv bedingten Kaufe,<sup>34)</sup> s. oben S. 639.

Der wirkliche Grund der eigenthümlichen Gefahrvertheilung liegt darin, dass aus der Zugrundelegung des Quantitätspreises geschlossen werden muss,

---

oder ein Theil derselben nicht unterging, obwohl er den Kaufpreis folgeweise nicht oder nicht ganz zu ersetzen hat? — Die letztere Bedeutung scheint den Vorzug zu verdienen, besonders weil der Jurist die mit seiner Entscheidung beantwortete Frage in Form einer Alternative aufwirft, deren beide Seiten (— diligentiam praestet in — dolum —) geeignet sind, Interesseforderungen zu erzeugen. Vgl. 1. 3 D. 18. 6; Vangerow, P. § 635 Anm. I 2. 2. Am Angemessensten dürfte sein, die 1. 2 § 1. D. 18. 6. auf den Fall der vor Zumessung eingetretenen Verschlechterung zu beziehen und dann hat sie eine bedeutende Wirkung; s. unter Anm. 37 und 40.

<sup>31)</sup> L. 2 § 1. 1. 3 D. de peric. 18. 6. s. Anm. 30.

<sup>32)</sup> fatale damnum vel vis magna.

<sup>33)</sup> Besteht die Verschlechterung nur in einem Substanz- oder (Gewichts)verlust (z. B. durch Austrocknen) und ist der Preis nach dem Gewichte zu ermitteln, so ist diese „Verschlechterung“ — in Zweifel — nicht als Deterioration, sondern als theilweiser Untergang zu behandeln. In diesem Falle wird durch die Art der Verschlechterung verhindert, festzustellen, welches Quantum beim Kaufabschlusse vorhanden und im Kaufe war; bei derartiger Verhinderung der Feststellung trägt der Verkäufer die Gefahr, s. Thöl H.R. § 265 Ziff. 1. So wenig es bestritten ist, dass der Verkäufer die Gefahr des Unterganges zu tragen habe, so sehr bestritten ist der übrige Theil der aufgestellten Regel, die Frage von dem Tragen der Verschlechterungsgefahr. Die Gefahr der Verschlechterung im Specieskauf mit Quantitätspreis burden dem Käufer auf: Mommsen, Thöl, Hofmann, Windscheid, dem Verkäufer aber: Arndts, Vangerow, Goldschmidt, Bekker, Regelsberger, Eck.

<sup>34)</sup> Insbesondere Thöl, Windscheid, Mommsen; hiegegen sprechen sich Ihering, Regelsberger, Goldschmidt, Stintzing, Hesse, Hofmann, s. oben S. 639 Anm. 10 bis 15 aus.

die Parteien wollten einen festen und unbedingten Kauf abschliessen, da der Käufer zur Zahlung von nur so viel Waare verpflichtet, als ihm zugemessen, zugewogen u. s. w. wird.<sup>35)</sup> Der Kauf wird als Specieskauf angesehen, die Waare ist als Species gemeint und der Preis trotz des Mangels der ziffermässigen Feststellung als gewollt feststehend. Daraus liesse sich entnehmen, dass die Gefahr, wie sonst, schon mit dem Abschlusse den Käufer treffe. Allein weil vereinbart ist, dass der Käufer nur die ihm zuzumessende Quantität zu bezahlen habe, bleibt dem Verkäufer das Risiko der die Quantität vor der Zumessung bedrohenden Zufälle; die Vereinbarung des Quantitätspreises bringt es mit sich, dass der Verkäufer für den gänzlichen oder theilweisen Untergang der Sache zu haften hat, und zwar in der Weise: der Käufer bezahlt den Kaufpreis nur für die bei der Zumessung vorhandene Waare, gleichviel aus welchem Grunde die Waare bezw. deren Theile vorher untergegangen sind; der Käufer verlangt aber Schadenersatz, wenn der Untergang der Waare vom Verkäufer verschuldet wurde.<sup>36)</sup>

Die Zumessung hat im Kaufe dieser Art nur Bedeutung für die Preisermittlung und nur folgeweise, wie oben gezeigt, auch für die Tragung der Untergangsgefahr als Gefahr der Quantitätsminderung; die Qualitätsminderung riskirt der Käufer vom Vertragsabschlusse an, denn die Natur dieses Kaufes als unbedingter Specieskauf bringt dies mit sich; der Käufer hat also die Waare zu beziehen wie sie ist, nämlich wie sie beim Vertragsabschlusse war und von da ab etwa sich verändert hat, und er hat trotz etwa eingetretener zufälliger Verschlechterung den durch Zumessung ermittelten Preis zu bezahlen, — allein er kann gegen den Verkäufer einen Ersatzanspruch — sei es mit besonderer Interesseforderungsklage, sei es als Minderung des Kaufpreises — geltend machen, wenn die Verschlechterung der Waare in Folge einer Vernachlässigung der dem Verkäufer vom Vertragsabschlusse an bis zur Zumessung obliegenden Fürsorge (*custodia*), in Folge einer Nachlässigkeit in der Pflicht der Aufbewahrung der Waare eingetreten ist, aber es hat nicht der Käufer den Grund der Verschlechterung, die Nachlässigkeit des Verkäufers, zu beweisen, sondern der Verkäufer hat gegenüber der Schadenbehauptung und Schadenersatzforderung des Käufers den Entschuldigungsbeweis<sup>37)</sup> für sich offen, dass der Schaden (die Verschlechterung) durch ein Ereigniss herbeigeführt wurde, welches durch Anwendung der erforderlichen d. h. einerseits objektiv: sachentsprechenden und proportionalen, andererseits subjektiv: einem ordentlichen Geschäftsmanne obliegenden<sup>38)</sup> Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte.<sup>39)</sup>

<sup>35)</sup> Vgl. die in voriger Note u. S. 639 Anm. 15 genannten Schriftsteller.

<sup>36)</sup> S. Vangerow P. § 635 Anm. I 2 2.

<sup>37)</sup> *sit excusatum*. I. 2 § 1. D. 18. 6.

<sup>38)</sup> H.G.B. Art. 343 Abs. 1.

<sup>39)</sup> Das den Verkäufer entschuldigende Ereigniss wurde oben kurz als höhere Gewalt bezeichnet; über diesen Begriff und dessen hier angenommene Bedeutung s. Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. d. gw. H.R. Bd. III (1860) S. 90, 372 und Gareis in v. Holtzendorffs R.Lex. III. Aufl. Bd. II S. 1149 unter „vis major“.

Gelingt dem Verkäufer dieser Entschuldigungsbeweis, so hat der Käufer die geschädigte Waare zu beziehen und ohne Preisabzug zu bezahlen, gleich als ob sie nicht verschlechtert wäre; der Käufer hat demnach die Gefahr der hierdurch eingetretenen Verschlechterung schon vor der Zumessung, nemlich vom Vertragsabschlusse an zu tragen.<sup>40)</sup> Die Vornahme des für den Gefahr-

<sup>40)</sup> Letzteres, nemlich dass der Käufer schon vom Abschlusse des Vertrags, nicht erst von der Zumessung an die Gefahr der zufällig eingetretenen Verschlechterung zu tragen habe, wird bestritten, so von Arndts, Vangerow, Bekker, Eck und Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. 13 S. 108—109. Wer den Kauf nach Maass unter die bedingten Käufe stellt, beruft sich gegen diese Anschauung auf die Rechtssätze vom Gefahrübergang beim bedingten Kaufe, so Windscheid, Thöl, Mommsen, s. oben Anm. 14 Seite 639. Vgl. von einem andern Standpunkte aus Fr. Hofmann, Periculum §§ 16, 49. — Für die im Text vertretene Ansicht spricht lediglich das vom Gefahrübergang beim Kaufe überhaupt geltende Recht und die consequente Auffassung des Parteiwillens im Spezieskauf mit Quantitätspreis; auf dieses muss zurückgegangen werden, weil die für den besonderen Fall angeführten Quellenstellen kein sicheres Resultat bieten; dies gilt namentlich von der l. 2 c. de pericul. 4. 48, da dem von Thöl Anm. 6 zu § 265 hierüber Bemerkten beizustimmen und ausserdem durch die Worte „perfecta venditione“ die Bedeutung der Stelle völlig unsicher gemacht ist; es steht nichts entgegen, anzunehmen, das „sine mensura“ beziehe sich blos auf den Kaufabschluss (nicht aber auf die Preisfeststellung mittels Berechnung) und das perfecta venditione bedeute nichts Anderes als die Vornahme der Zumessung — dann spricht § 1 dieser Constitution sogar direkt für die hier im Text vertretene Meinung; der Inhalt des pr. dieser Constitution wird durch die Worte „imperfecta etiam tunc venditione“ (— wenn? oder weil? —) verdunkelt und das haec omnia des Schlussatzes (§ 2 c. 2) beweist nicht, dass bei Verschlechterung der Waare dasselbe gelte wie bei Untergang derselben, sondern nur dass Oel u. dgl. juristisch ebenso zu behandeln sei wie der Wein. L. 35 § 7 D. 18. 1 handelt vom Genuskauf, s. Regelsberger, Arch. f. civil. Pr. a. a. O. S. 190—191. Die Anschlussworte „Sed et si“ ändern daran Nichts: der Jurist hat sich durch den zuletzt erörterten Fall, nemlich den Genuskauf, verleiten lassen, von omne periculum, der mittelbaren Wirkung des admetiri im Genuskaufe zu sprechen, während er vorher (§§ 5, 6) nur von der unmittelbaren Wirkung des admetiri, nemlich der perfecta emptio handelt; den logischen Sprung, den der Jurist somit macht, mitzumachen, ist um so weniger Veranlassung, als auch die oben erwähnte Gefahrvertheilung sehr wohl Sinn hat; es lässt sich nicht sagen, dass die Verbindung der Gefahr der Verschlechterung mit der Gefahr des völligen Unterganges der regelmässigen Absicht der Parteien entspreche, wie Regelsberger, Krit. Vierteljahrsschr. a. a. O. S. 109 annimmt; dem Wesen des „Spezieskaufs mit Quantitätspreis“ entspricht gewiss auch die Meinung der Parteien, dass ganz fest gekauft und die Sache so in Handel gegeben sein soll wie sie ist, und nur noch der Preis nach dem paktirten Satze und nach Ausmessung etc. berechnet werden soll; es harmonirt damit auch die Annahme eines Spezieskaufs, bei welchem nicht ausgeschlossen ist, dass die Uebergabe der Waare vor der Abmessung geschehe (z. B. im Vieh- oder Wildbrethandel mit Vereinbarung dass der Preis nach dem Gewicht des ausgeweideten Thieres oder des todten Fleisches zu berechnen sei). Aus l. 16 D. d. peric. (Gaius libro sec. cottid. rer.) kann, wie Regelsberger a. a. O. S. 109 zugeben ist, wegen des unsicheren tollere Nichts Bestimmtes für unsere Ansicht geschlossen werden. Zieht man l. 2 § 1 D. de peric. 18. 6 hierher, so trägt der Käufer nur die Gefahr derjenigen Verschlechterungen, welche durch fatale damnum vel vis magna eingetreten sind, während für die übrigen Verschlechterungen der jedenfalls zur custodia ante admetiendi diem verpflichtete Verkäufer einzustehen hat; der Interesseersatzanspruch des Käufers gegen den durch Nachlässigkeit Schaden ver-

übergang entscheidenden Messens, Zählens oder Wägens kann, um diesen Entsch eid zu geben, nicht einseitig erfolgen, es wäre denn der Parteiwille nachweisbar darauf gerichtet, dass die einseitige Quantitätsfeststellung den Uebergang des *periculum interitus* bewirken solle. Letzteres für den Fall der Uebersendung der Waare im Distanzkaufe angenommen, ergibt sich eine Uebereinstimmung der Regeln des Zumessens im „Kauf nach Maass“ mit denen über das Zumessen des Genuskaufs. Siehe oben unter b. S. 640 ff.

Dass die vom Gesetze aufgestellten Grundsätze über das Tragen der Gefahr durch Vertrag ausgeschlossen oder modifizirt werden können,<sup>41)</sup> wurde bereits oben (S. 637) hervorgehoben, desgleichen der Einfluss von Schuld<sup>42)</sup> und Verzug<sup>43)</sup>

ursachenden Verkäufer ist im Falle der blossen Verschlechterung der Waare gewiss näher liegend und häufiger als im Falle des Untergangs der Waare. Mit der Tragung der Gefahr soll die Stelle sicherlich im Zusammenhange stehen, wie aus dem Titel zu entnehmen ist, nicht mit dem negativen Vertragsinteresse des Käufers; auf einen Fall, in welchem das Zumessen eine entscheidende Rolle spielt, bezieht sie sich gewiss, nicht aber auf den Genuskauf, wo der Verkäufer schlechthin für alle *casu* eintretenden Veränderungen im oder am Kaufobjekte (dies in dem von Windscheid § 390 Anm. 9 genommenen Sinne) einzustehen hat. Zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht sei auch noch auf l. 3. D. 18. 6 und auf die dort herangezogene Analogie der Leihe aufmerksam gemacht; es hätte Paulus sicher nicht auf den Gedanken kommen können, die Aufbewahrungspflicht des Verkäufers mit der des Kommodatars zu vergleichen und gleichzustellen, wenn er der Ansicht wäre, ein Kauf sei *ante mensuram* so viel wie noch gar nicht abgeschlossen. Die Worte in l. 1 § 1. D. 18. 6. *ante mensuram periculo liberatur*, si non ad mensuram vendidit, sed forte amphoras vel etiam singula dolia, bedeuten: die Gefahr geht vom Verkäufer auf den Käufer über, wenn nicht ein Genuskauf, sondern ein (gewöhnlicher) Spezieskauf vorliegt; das „*ad mensuram*“ könnte freilich auch missverstanden werden, dahin, dass ein Spezieskauf mit Quantitätspreis („Kauf nach Maass“) vorausgesetzt werde.

<sup>41)</sup> L. 1 pr. D. 18. 6. *si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit quoad se subiecit*. L. 10. pr. D. eod. tit. *Si in venditione conditionali hoc ipsum convenisset, ut res periculo emptoris servaretur, puto pactum valere*. Mommsen, Beiträge I. Unmöglichkeit der Leistung S. 273; Thöl, H.R. § 266 Anm. 5.

<sup>42)</sup> Thöl, a. a. O. Anm. 6. Ueber Arglist des Verkäufers, § 3. J. 3. 23. l. 8 pr. D. 18. 6. l. 21. p. D. 21. 2. l. 30. § 1 D. 19. 1. Nur unter der Voraussetzung arglistigen Handelns des Verkäufers hat der Umstand, dass die Waare nicht im Eigenthum des Verkäufers stand, Einfluss auf die Gefährübertragung; er bürdet die Gefahr dem Verkäufer auf. Windscheid, P. § 390 Ziff. 2. A. A. Ihering u. Hesse, s. Windscheid a. a. O. Anm. 15. Ein besonderer Fall von Arglist des Verkäufers kann der mehrmalige Verkauf einer Waare an mehrere Käufer sein; alsdann trifft den Verkäufer die *poena falsi*, aber die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Sache bleibt (bis zur Uebergabe an einen der Käufer) nach der einen Ansicht dem ersten Käufer, s. Eck im R.L. a. a. O. u. Windscheid in der ersten Aufl. sr. P.; in den neueren Aufl. (s. 5. Aufl. a. a. O. Anm. 17) belastet W. umgekehrt den zweiten Käufer ausser dem Falle, dass der Verkäufer diesen betrog, mit der Gefahr; nach einer dritten Ansicht, nemlich der Iherings u. Vangerows, hat der Verkäufer die Wahl, von welchem der mehreren Käufer er den Kaufpreis fordern wolle, und nach einer vierten von Martinius aufgestellten Meinung soll vor der Tradition keiner der Käufer die Gefahr tragen. Die von Windscheid neuerlich aufgestellte Meinung scheint den Vorzug zu verdienen. — Heutige Rechte in Bezug auf diese Frage s. unter B.

<sup>43)</sup> Thöl, a. a. O. Anm. 7; Endemann, H.R. § 113 III. S. unter § 275.

auf die Gefahrtragung; so trifft den Verkäufer die Gefahr der Schädigungen, welche daraus entstanden, dass er von den vom Verkäufer gegebenen Vorschriften über die Art der Uebersendung abwich, s. S. 652, auch 656—657.

## 2. Einzelne Landesrechte.

Von den deutschen Landesrechten folgt wie erwähnt das bayerische Landrecht und das bürgerl. G.Buch für das Königreich Sachsen<sup>44)</sup> den Prinzipien des römischen Rechts. Für diejenigen Rechte, welche Dies nicht thun, ist als gemeinsamer Ausgangspunkt die dem altdeutschen Vertragsrechte eigenthümliche realistische Tendenz — man könnte sie eine praktisch gewordene Lieferungs- und Schuldverhältnisses erst dann juristische Wirksamkeit gewinnt, wenn auf Grund der Vereinbarung eine Leistung von einem Kontrahenten an den andern erfolgt ist.<sup>45)</sup> Darnach war ein formlos abgeschlossener Kaufvertrag im älteren deutschen Rechte nur bindend, wenn er von einer Seite erfüllt war;<sup>46)</sup> diese an den römischen Realkontrakt erinnernde, aber davon durch den Inhalt der Klage des Leistenden<sup>47)</sup> verschiedene Auffassung wirkte in der Lehre von dem Tragen der Gefahr höchst bedeutungsvoll nach.

1. So bleibt nach preussischem Landrecht Gefahr und Schade dem Verkäufer bis zur wirklich erfolgten Uebergabe der Sache.<sup>48)</sup> Durch den zufälligen Untergang der Waare vor der Tradition wird Käufer und Verkäufer von der Kaufvereinbarung so entbunden, als sei gar kein Kauf abgeschlossen worden; der Verkäufer hat Nichts zu liefern, bekommt aber auch den Kaufpreis nicht, der Käufer hat Nichts zu bezahlen, hat aber auch keinen Anspruch auf Interesseersatz, oder auf die durch den Untergang der Sache fällig werdende Versicherungssumme. Ist die Waare durch den vor der Tradition eingetretenen Zufall verschlechtert worden, so kann der Käufer vom Vertrage zurücktreten, ohne eine Zahlung leisten zu müssen, oder einen Ersatz fordern zu können; dies ist auch dann Rechtens, wenn dem Käufer die Waare übergeben wurde und die Verschlechterung erst nach der Annahme entdeckt und sich dabei herausstellte, dass die Verschlechterung schon vor der Uebergabe eingetreten ist; kennt der Käufer die vor der Uebergabe eingetretene Verschlechterung im Moment der Uebergabe und nimmt er trotzdem die Waare unbeanstandet an, so gilt der

<sup>44)</sup> S. oben Anm. 1 S. 635.

<sup>45)</sup> Stobbe, Deutsches P.R. § 165 1 c. Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 278 ff. u. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIII S. 245 ff. Lübisches Recht s. J. F. Hach, das alte Lübisches Recht 1839 IV. 99.

<sup>46)</sup> Sehr weit ist das deutsche Recht davon entfernt, in dem Kaufabschluss eine Entäusserungserklärung im Sinne des röm. Rechts nach der Theorie Windscheids (P. § 321 Anm. 18, 19) zu erblicken.

<sup>47)</sup> S. Stobbe, P.R. a. a. O. Bd. III S. 64.

<sup>48)</sup> A. P. L.R. I 11 §§ 95—104.

Vertrag in Bezug auf die Waarenqualität als geändert und der Käufer hat keinen Anspruch auf Preisminderung.<sup>49)</sup>

Diese Grundsätze treten in Anwendung, gleichviel ob der Kauf ein Genus- oder Specieskauf, ein bedingter oder unbedingter ist; entscheidend ist überall die Uebergabe der Sache; nur im Falle des suspensiv-bedingten Kaufes ist zu bemerken, dass, wenn der Verkäufer dem Käufer die Waare schon vor Erfüllung der Suspensivbedingung übergeben hat, der Käufer bis zur Erfüllung dieser Bedingung im Zweifel nur als Verwalter einer fremden Sache anzusehen ist.<sup>50)</sup>

Ausnahmen finden (abgesehen von Zwangsverkäufen) nur statt, wenn sie besonders verabredet sind oder wenn der Kauf in **Bausch und Bogen** oder über einen **Sacheninbegriff** geschlossen wurde; im Aversionalkaufe hat der Käufer schon vom Vertragsabschlusse an diejenige Gefahr zu tragen, welche ihn sonst erst nach der Uebergabe getroffen haben würde; ist aber die Uebergabe selbst durch vom Verkäufer verschuldete oder vom Zufall herbeigeführte Vernichtung der Sache unmöglich geworden, so trifft der Verlust den Verkäufer;<sup>51)</sup> ebenso ist die Gefahrtragung beim Kauf eines Sacheninbegriffs geregelt.<sup>52)</sup> Der Begriff Kauf in Bausch und Bogen ist im engeren Sinne zu verstehen, als Specieskauf mit fixirtem Einheitspreise, nicht als „Kauf nach Maass“ (Specieskauf mit Quantitätenpreis).<sup>53)</sup> Ist eine Sache vom Verkäufer an mehrere Käufer verkauft, so bleibt dem Verkäufer die gesammte Gefahr bis zur Uebergabe, d. h. hier, geht die Sache durch Zufall unter, so verliert jeder der mehreren Kaufverträge seine Existenz und Wirksamkeit. — Wird die Uebergabe der Waare durch Schuld eines der Kontrahenten aufgeschoben oder aufgehalten und geht die Sache alsdann vor der Tradition unter oder in Verschlechterung über, so haftet der Schuldige für Schadloshaltung.<sup>54)</sup>

2. Auch das **österreichische Recht** schiebt den Risikoübergang bis zur Tradition auf; geht die Waare vor der Zeit der Uebergabe durch Zufall ganz oder soweit zu Grunde, dass sie nur mehr die Hälfte des zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Werthes besitzt, so ist der Vertrag als aufgelöst zu betrachten; keiner der Kontrahenten hat Etwas zu leisten, Keiner zu fordern. Erreichen die durch Zufall eingetretenen Verschlechterungen nicht die Hälfte des Werthes, so ist der Vertrag nicht aufgelöst, der Käufer kann vielmehr vom Verkäufer wegen der in der Zeit zwischen dem Vertragsabschlusse und der Uebergabe eingetretenen zufälligen Verschlechterung der Waare Ersatz (insbes. als Preisminderung) fordern; es trägt also der Verkäufer die Gefahr der zufälligen

<sup>49)</sup> Koch, Komm. z. Preuss. L.R. Anm. zu § 95 I 11; Förster-Eccius II § 125 Anm. 81—83.

<sup>50)</sup> Preuss. L.R. I 11 § 259 und I Tit. 14 Abschn. 2.

<sup>51)</sup> L.R. I 11 §§ 117 ff.

<sup>52)</sup> Ebenda §§ 121—123.

<sup>53)</sup> Vgl. hierüber oben § 266 III (S. 606 ff.) u. § 271 1 c, S. 644 ff.

<sup>54)</sup> Preuss. L.R. I 11 §§ 101—104.

Verschlechterung, wenn durch sie nicht mindestens die Hälfte des Werthes der Waare zerstört wird.<sup>55)</sup>

Ist der Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen, so trägt der Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges einzelner Stücke und die dadurch eingetretene Verschlechterung des Ganzen; d. h. er hat den zum Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen auch hier vorausgesetzten<sup>56)</sup> Einheitspreis zu bezahlen, ohne wegen des Verlustes oder der Verschlechterungen Abzüge machen zu dürfen; nur wenn durch diese Verschlechterungen u. s. w. das in Bausch und Bogen gekaufte einen Werthverlust von über die Hälfte des früheren Werthes erfuhr, kann der Käufer zurücktreten; der Kauf gilt dann als nicht geschlossen.<sup>57)</sup>

3. Das französische Recht knüpft, abweichend vom deutschen und römischen Recht, die Risikofrage an die Eigenthumsfrage; der Käufer trägt die Gefahr von dem Augenblicke an, in welchem er **Eigenthümer** der Waare wird und er wird bei **unbedingten** Specieskäufen Eigenthümer der gekauften Species im Moment des Vertragsabschlusses.<sup>58)</sup> Ist der Kauf aber unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden, so bleibt die Gefahr bis zur Erfüllung der Bedingung auf Seite des Verkäufers; geht die Waare vor Erfüllung der Bedingung ohne Schuld des Verkäufers unter, so erlischt damit die Obligation, der Verkäufer erhält den Kaufpreis nicht, braucht aber auch nichts zu ersetzen; wenn die Waare während der Schwebezeit der Bedingung ohne Schuld des Verkäufers minderwerthig wird, so hat der Käufer die Wahl, ob er den Vertrag als aufgelöst betrachten oder die Waare annehmen will wie sie wurde, letzterenfalls hat er jedoch keinen Anspruch auf Preisminderung; ist die in der Schwebezeit eingetretene Verschlechterung der Waare auf ein Verschulden des Verkäufers zurückzuführen, so hat der Käufer zwar auch das eben erwähnte Wahlrecht, aber für den Fall der Wahl des Bezugs der beschädigten Sache auch den Anspruch auf Preisminderung, überhaupt Interessenersatz.<sup>59)</sup>

Beim Genuskauf wird die Perfektion aufgeschoben: in dem Sinne, dass die Gefahr dem Verkäufer bleibt, bis die Waaren gewogen, gezählt oder gemessen sind;<sup>60)</sup> die Gefahr geht auf den Käufer über, wenn auch die Messung u. s. w. rein einseitig erfolgt ist (vgl. oben 1. b. S. 640); die Versendung erfolgt auf Risiko des Eigenthümers, sofern nicht Anderes vereinbart wurde, und der

<sup>55)</sup> Allg. bürgerl. G.B. f. d. Oester. Mon. §§ 1064, 1048—1051.

<sup>56)</sup> Vgl. oben § 266 III. Es ist auch hier mit dem Kauf in Bausch und Bogen der „Spezieskauf mit Quantitätspreis“ nicht zu verwechseln; s. oben S. 606.

<sup>57)</sup> Oester. bürgerl. G.B. § 1049.

<sup>58)</sup> Für das französische Recht dürfte die Windscheid'sche Entäusserungstheorie mit mehr Sicherheit anzunehmen sein, als für das römische Recht. Vgl. Windscheid, P. § 321 Anm. 18, 19. — C. civ. art. 1138, 1583.

<sup>59)</sup> C. civ. art. 1182.

<sup>60)</sup> C. civ. art. 1585.

Käufer ist Eigenthümer, sobald der Verkäufer die Waare individualisirt hat.<sup>61)</sup>  
 Ueber den Quantitätskauf s. oben § 266 S. 609.<sup>62)</sup>

### 3. Das A. D. Handelsgesetzbuch.

Das Handelsgesetzbuch begnügt sich damit, nur nach einer Seite hin bestimmend aufzutreten; es begnügt sich damit, den Zeitpunkt festzustellen, in welchem **spätestens** die Gefahr auf den Käufer übergeht, und zwar thut es dies in der Weise, dass es für die zwei wichtigsten Fälle, in denen die Risikofrage im Handelsverkehr bedeutend wird, nemlich für den Kauf einer **nach auswärts zu sendenden Quantität** und für den Kauf einer **von auswärts zu bringenden Quantität**,<sup>63)</sup> den Zeitpunkt des Gefahrübergangs (von Vereinbarungen anderer Art abgesehen) ausdrücklich fixirt und daneben diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (der Landesrechte) aufrecht erhält, welche bestimmen, dass die Gefahr schon mit einem **früheren** Zeitpunkte von dem Käufer getragen werde.

1. Beim Kaufe einer nach auswärts zu sendenden Quantität **bürdet** das Gesetz, entsprechend der Absendetheorie (vgl. oben S. 641—644) dem **Käufer** die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Waare von dem Zeitpunkte an auf, in welchem die Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder an die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person **übergeben** wurde.<sup>64)</sup> (Nicht mit dem Gefahrübergang, sondern mit dem Wesen und Wirken der culpa<sup>65)</sup> hängt die Vorschrift zusammen, die das H.G.B. anfügt: hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Uebersendung ertheilt, und ist der Verkäufer ohne dringende Veranlassung davon abgewichen, so ist dieser für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.<sup>66)</sup> Andererseits geschieht

<sup>61)</sup> C. comm. art. 100. Lyon-Caen u. Renault Nr. 635, 638. Dass die Waare bei einem nicht aleatorischen Kaufvertrage im Moment des Abschlusses existiren muss, fordert Art. 1601 d. c. civ. auch mit Wirkung für Handelskäufe s. Lyon-Caen a. a. O. Nr. 634.

<sup>62)</sup> C. civ. art. 1586, s. § 266 oben Anm. 28.

<sup>63)</sup> So bezeichnet von Hahn, Komm. S. 288, zutreffend die Fälle von Abs. 1 u. 2 d. Art. 345.

<sup>64)</sup> Art. 345 Abs. 1 Satz 1. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Uebergabe zum Zweck der Ablieferung geschehe, s. R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 115 S. 355 und die Waare individualisirt ist R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 64 S. 285 Bd. XXIII Nr. 51 S. 145.

<sup>65)</sup> Haftung des Verkäufers bei Verschulden in der Absendung überhaupt s. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 112 S. 355. (Absendung trotz bekannter Verkehrsstockung). Von der Haftung für Vertragswidrigkeit des Frachtführers spricht das R.O.H.G. den Verkäufer frei, aus nicht ganz zutreffenden Gründen. Bd. III Nr. 21 S. 101—107.

<sup>66)</sup> Art. 345 Abs. 1 Satz 2. Es ist Nachdruck auf die Worte „daraus“ entstandenen Schaden zu legen. Deshalb dürfte das von Hahn erwähnte Beispiel, — der Verkäufer sandte die Waare als Frachtgut, anstatt wie angewiesen als Eilgut, und die Waare kommt zerbrochen an, — übel gewählt sein, da auch Eilgut zerbricht. — Vgl. hierüber auch unter § 271 I 5 (S. 656—657).



die Befolgung der vom Käufer angeordneten Maassregeln vor der Uebergabe der Waare auf Risiko des Käufers.<sup>67)</sup>)

2. Beim Kaufe einer von auswärts zu bringenden Quantität, nemlich einem Kaufe, dessen Erfüllungsort derjenige Ort ist, an welchen die Waare geschickt werden soll, der Destinationsort, ist die Gefahr, von welcher die Waare auf dem Transporte betroffen wird, von dem Verkäufer zu tragen.<sup>68)</sup> Diese Bestimmung hat eine viel geringere Tragweite als die unter 1 genannte, nicht bloss deshalb, weil ihr die Interpretationsregel beigefügt ist, — daraus, dass der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, folgt für sich allein noch nicht, dass der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als der Ort der Erfüllung gilt, — sondern auch deshalb, weil die Landesrechte in dieser Hinsicht bedeutend eingreifen (Vgl. unter 3.) Die Frage, ob der Verkäufer den Erfüllungsort im Absendeorte (seinem Wohnorte, seinem Etablissementsorte, dem Lagerungsorte der Waare u. dgl.) oder in dem Destinationsplatze (Wohnort des Käufers u. dgl.) zu sehen habe, ist reine Thatinterpretationsfrage; die Verabredung der Frankozusendung kann den Sinn haben, dass der Erfüllungsort für den Verkäufer der Destinationsplatz sei, aber sie muss diesen Sinn nicht haben; für sich allein enthält die Vereinbarung „zu liefern franko da und da“, oder zu liefern „frei hier“ „franko Bahnhof N.“<sup>69)</sup> noch nicht ohne Weiteres die Erhebung des dabei genannten Ortes zum Vertragserfüllungsorte;<sup>70)</sup> es können aber Momente hinzukommen, die jener Vereinbarung den Sinn der Verlegung des Vertragserfüllungsortes beizulegen zwingen.<sup>71)</sup>

<sup>67)</sup> R.O.H.G. Bd. VII Nr. 61 S. 236.

<sup>68)</sup> Art. 345 Abs. 2 Satz 1. Der Grund dieser Bestimmung ist der Umstand, dass in diesem Falle der Zustand der Waare zur Zeit und am Orte der Ankunft (Destinationsorte) maassgebend ist und sich der Verkäufer demnach nicht damit entschuldigen kann, dass die Verschlechterung der Waare erst während des Transportes eingetreten sei. Vgl. R.O.H.G. Bd. II Nr. 99 S. 440; Bd. VI Nr. 20 S. 106; Bd. X Nr. 38 S. 174; Bd. XV Nr. 54 S. 175.

<sup>69)</sup> Ueber die Klauseln: „franko Wagen eines gewissen Ortes“ und „franko Bahnhof N.“ s. R.O.H.G. XXIII Nr. 46 S. 135. Klausel „franko Waggon Hamburg“ bei zur See nach Hamburg beförderten Gütern s. R.O.H.G. vor. Erk. u. vgl. XVIII Nr. 82 S. 298.

<sup>70)</sup> Auch aus der Klausel „cif“ d. i. „cost, insurance, freight“ oder „cost included, freight“ ist nur zu entnehmen, dass der Verkäufer Kosten, Assekuranz und Fracht übernimmt, nicht aber dass die Parteien eine Verabredung in Betreff des Erfüllungsortes treffen wollten. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 141 S. 437, 438; XIV Nr. 55 S. 168. Besorgung der Absendung „aus Gefälligkeit“ Seitens des Verkäufers s. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 54 S. 176. In der Vereinbarung: „lieferbar ab Bahn Sorau, Kassa nach Empfang der Waare in Darmstadt“, sah das R.G. Sorau als Erfüllungsort des Verkäufers, Darmstadt als Bestimmungs- und Ablieferungsort an. R.G. I Nr. 104 S. 283. Vgl. auch Bd. VI Nr. 20 S. 106; VIII Nr. 72 S. 284; XI Nr. 101 S. 314.

<sup>71)</sup> Solche Momente zählt der Komm. von Anschütz u. Völderndorff auf Bd. III S. 291 (1—4) Anm. 17—19, (vgl. auch R.O.H.G. Bd. VI Nr. 20 S. 106; X Nr. 38 S. 174), wobei sich freilich eine zwingende Bedeutung der einzelnen angeführten Umstände nicht behaupten lassen wird.

3. Vergleicht man die durch Abs. 3 des Art. 345 in den Vordergrund gestellten Landesrechte unter einander und mit den beiden ersten Absätzen dieses Artikels, so zeigt sich: Die letzteren finden keine Anwendung auf dem Gebiete des französischen Rechts, es wäre denn, dass eine unter einer Suspensivbedingung gekaufte Waare vor dem Eintritt der Bedingung zum Transport übergeben worden sei, (c. civ. art. 1158, vgl. auch Abs. 1 Satz 1 d. Art. 345); in allen andern Fällen tritt nach französischem Rechte der Gefahrübergang früher ein als nach Abs. 1 d. Art. 345. Auf dem Gebiete des römischen Rechts, des bayrischen Landrechts und der königl. sächs. Rechte ist der Gefahrübergang im Specieskaufe ebenfalls als früher eintretend statuirt als nach Art. 345 Abs. 1 der Fall wäre; für den Genuskauf wird dieser Art. 1 allerdings von Bedeutung. Auf dem Gebiete des preussischen Landrechts ist eine Vorverschiebung des Risikouberganges vor Abs. 1 des Art. 345 nur beim Kauf in Bausch und Bogen und bei dem ebenso zu behandelnden Kauf von Sachinbegriffen wirksam, insofern bei diesen Kaufsarten die Gefahr der Verschlechterung schon vom Vertragsabschlusse an dem Käufer zur Last fällt.<sup>72)</sup> Nach österreichischem Rechte ist eine Vorverschiebung des Gefahrübergangs vor den Zeitpunkt der Absendung (nach Art. 345 Abs. 1) auch nur im Falle des Kaufes in Bausch und Bogen gegeben.<sup>73)</sup> Vgl. im Uebrigen oben S. 636.

### § 271.

## C. Uebergabe, Lieferung, Abnahme und Empfang.<sup>1)</sup>

### 1. Lieferung und Uebergabe.

1. Im Wesen des Kaufvertrages liegt, dass der Verkäufer eine Waare zu übergeben, zu liefern hat.<sup>2)</sup> Ueber Zeit, Ort und Art der Lieferung, Seitens des Verkäufers entscheidet zunächst der Vertrag und die Natur der Sache, und wenn sich hieraus keine Vorschrift entnehmen lässt, das Gesetz. Letzteres schreibt was den Ort der Uebergabe, näher: der Lieferung anlangt, vor, dass

<sup>72)</sup> Vgl. Makower, H.G.B. Anm. 18 zu Art. 345; vgl. R.O.H.G. Bd. VI Nr. 20 S. 103.

<sup>73)</sup> R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 37 S. 165.

<sup>1)</sup> Vgl. Goldschmidt, H.R. 1. Aufl. § 65 I; Thöl, H.R. §§ 268—272; Endemann, H.R. §§ 111—114; v. d. Leyen in G.Z. XVI S. 186 ff.; v. Hahn, H.G.B. zu Art. 342, 346; Keyssner H.G.B. zu denselben Artikeln; Makower, H.G.B. Anm. 11 zu Art. 343 Anm. 19; Anschütz u. v. Völderndorff zu 343 Bd. III S. 269.

<sup>2)</sup> Nur beim Kaufe einer unkörperlichen Sache (z. B. Lizenzen zur Ausübung von Urheberrechten u. dgl.) kann von der Reallieferung des Kaufgegenstandes abgesehen werden müssen, die Kaufvereinbarung ist in solchen Fällen regelmässig ohne Weiteres selbst Tradition. Bei der Veräußerung eines Schiffes oder eines Antheils am Schiffe (Schiffspart) zum Eigenthumserwerb kann die nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts etwa erforderliche Uebergabe durch die unter den Kontrahenten getroffene Vereinbarung ersetzt werden, dass das Eigenthum sofort auf den Erwerber übergehen soll H.G.B. Art. 439.

der Verkäufer einer in genere bestimmten Waare ebenso als auch der Verkäufer eines **Sachindividuums**, das Kaufobjekt an dem Orte zu übergeben habe, wo er zur Zeit des Vertragsabschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnort hatte; ist aber eine „bestimmte Sache“ (d. i. Spezies), welche sich zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem andern Orte befand, Objekt des Kaufes, so ist der Verkäufer — im Zweifel — berechtigt und verpflichtet, diese Sache an jenem andern Orte zu übergeben. Dieser Ort, der Ort an welchem die Uebergabe der Waare gefordert und gesetzlich geleistet werden kann, ist, für den Verkäufer wenigstens, der Erfüllungsort.<sup>3)</sup>

2. Gegenstand der Lieferung ist und muss sein die gekaufte Waare, nicht ein Repräsentant derselben und nicht ein Symbol<sup>4)</sup> derselben; demnach ist die Einhändigung irgend eines Waarendispositionspapiers, eines Lagerscheins, Verpflichtungsscheins und dgl. oder gar die einer Faktur nicht die Lieferung der Waare; welche Ausnahme in Bezug auf das **Rectakonnossement** partikularrechtlich und in Bezug auf das **Orderkonnossement** gemeinrechtlich bestehen, ist an anderer Stelle erörtert.<sup>5)</sup>

3. Die ausdrückliche Bestimmung einer Erfüllungszeit, möglicherweise aber auch die Natur des Geschäfts überhaupt, kann es mit sich bringen, dass die Lieferung (Absendung) der Waare nicht sogleich, sondern erst nach Ablauf einer ausdrücklich bestimmten, geschäftsordnungsmässigen oder sachlichnothwendigen Frist erfolgen kann oder soll. Es ist nun selbstverständlich, dass der Verkäufer bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die Uebergabe (Tradition) der Waare zum Zwecke der Vertragserfüllung zu erfolgen hat, die Waare mit derjenigen Sorgfalt aufzubewahren hat, welche erforderlich ist, um die Waare in vertragsentsprechendem Zustande dem Käufer überliefern zu können. Diese Verpflichtung folgt nicht aus dem Eigenthum des Verkäufers, auch nicht aus irgend einer sachenrechtlichen Beziehung des Käufers zur Sache, sondern lediglich aus dem Wesen des Kaufvertrages, nemlich aus der Verpflichtung des Verkäufers, die Waare, welche und wie sie versprochen wurde, dem Käufer zu liefern; deshalb ist diese Aufbewahrungspflicht im Gesetze nicht besonders aufgestellt.

<sup>3)</sup> Hierüber oben § 254; vgl. auch R.O.H.G. Bd. XV Nr. 3 S. 9, Nr. 43 S. 134; vgl. Thöl, H.R. § 269 III—V. Ueber Platz- und Distanzgeschäft, Abholungs- und Ubersendungsgeschäft s. ebenda und auch hier oben § 268 A, insbes. Anm. 6 auf Seite 616.)

<sup>4)</sup> Vgl. Goldschmidt, H.R. §§ 67, 68. Ueber das Zeichnen (Markiren) der Waare insbesondere s. oben § 170 D; Goldschmidt, § 68; Thöl, § 267; Endemann, H.R. § 19 IV Lit. ebenda insbesondere Anm. 44; Gareis, kurzgefasstes Lehrb. des H.R. § 49.

<sup>5)</sup> S. oben § 170 (Bd. II S. 37—39) § 174 (ebenda S. 57) (Endemann), die geschichtliche Entwicklung des Konnossements, die reiche Literatur über partikularrechtliche Gestaltung und das Kontroversenmaterial in Betreff des Konnossements s. Goldschmidt, H.R. (1. Aufl.) §§ 70—74; — Thöl, H.R. §§ 270, 271; Lewis, S.R. Bd. I S. 290 ff.; — Vgl. auch oben S. 562.

4. Die Lieferung als Handlung des Verkäufers geschieht, wenn nicht Anderes vereinbart wurde, oder ortsüblich ist, auf **Kosten** des Verkäufers. Er hat daher dafür zu sorgen, dass die aus einem Genus zu nehmende Spezies wirklich aus demselben herausgenommen, individualisirt werde, er hat die dadurch zur Spezies gewordene oder schon beim Kaufabschlusse als Einzelsache vorliegende Waare in den Zustand der Lieferbarkeit zu versetzen, dieselbe daher unter Umständen besonders auszustatten,<sup>6)</sup> zu appretiren, entsprechend dem ausdrücklichen oder handelsüblichen Erforderniss, jedenfalls das zur Individualisierung der Waare nöthige Messen, Zählen und Wägen auf seine Kosten vornehmen zu lassen.<sup>7)</sup> Die Kosten des nach der Uebergabe erfolgenden Tarirens dürften jedoch im Zweifel dem Käufer aufzubürden sein, da sie wohl in der Regel den Kosten der Abnahme (im Gegensatz zu denen der Uebergabe) beizurechnen sind. Hievon unter Abschn. 2 dieses §.

5. Die Art der Uebermittlung wird entweder durch den Vertrag oder in Ermangelung einer Vertragsbestimmung hierüber durch den Verkäufer bestimmt; näherliegend scheint Letzteres, denn die Uebermittlung einzuleiten ist lediglich Sache des Verkäufers; allein überall da, wo der Käufer die Gefahr der Uebermittlung, die Gefahr vom Moment des Vertragsabschlusses an zu tragen hat, liegt es noch näher, die Art der Uebermittlung durch den Vertrag, ja sogar einseitig durch den Käufer bestimmen zu lassen. So kommt es, dass im Distanzgeschäft<sup>8)</sup> die Art der Uebersendung gesetzlich zunächst vom Käufer zu bestimmen ist;<sup>9)</sup> der Käufer kann den Verkäufer anweisen, die Waare als Eilgut oder Frachtgut oder Poststück, versichert oder unversichert, in bedeckten oder in offenen Wagen, auf dieser oder auf jener Route,<sup>10)</sup> per Schiff, Kanal, Achse, durch besondere Boten, nur bei günstiger, (trockener oder feuchter) Witterung, nur bei hoher, nur bei niedriger Temperatur<sup>11)</sup> u. s. w. abzusenden; derartigen Anweisungen

<sup>6)</sup> Es kann sein, dass die Verpackung eine wesentliche Eigenschaft der in den Handel zu bringenden Waare ist; z. B. im Theehandel, im Handel mit Rauchtobaken; diejenige Verpackung, welche als Eigenschaft, Appretirung der Waare aufzufassen ist, hat der Verkäufer im Zweifel auf seine Kosten herzustellen (d. h. es ist die Gegenleistung hierfür als in dem vereinbarten Kaufpreise eingeschlossen anzusehen. Vgl. oben § 267 a. E. Seite 614 und R.O.H.G. Bd. XI Nr. 39 S. 106, 107, Ueber Emballage im Uebrigen s. Anschütz u. v. Völderndorff III S. 313, 314 u. oben S. 629 (§ 269 Anm. 24.)

<sup>7)</sup> Art. 351 d. H.G.B.

<sup>8)</sup> S. oben § 268 I 4.

<sup>9)</sup> Art. 344.

<sup>10)</sup> Der Ort der Versendung wird nicht durch die Bestimmung des Art. 344 berührt, s. R.O.H.G. XVIII Nr. 42 S. 161.

<sup>11)</sup> Die Zeit der Uebersendung gehört, jedenfalls soweit dadurch nicht die vertragsmässig festgestellte Erfüllungszeit alterirt wird, unbedenklich zu den präsumptiven in das Ermessen des Verkäufers gestellten Faktoren der Uebermittlung; s. hierüber v. Hahn, Komm. zu Art. 344 Anm. 4 (II S. 279); wenn die Achtsamkeit eines ordentlichen Kaufmanns, insbesondere das Interesse des Käufers selbst es dringend erheischt, unter den inzwischen eingetretenen neuen Verhältnissen bei Meidung schwerer Schädigung oder gar des Untergangs der Sache die Versendung aufzuschieben, so kann sogar die vertragsmässige Erfüllungszeit dadurch überschritten werden, ja werden müssen.

hat der Verkäufer zu entsprechen, auch wenn er sich hiezu nicht im Vertrage ausdrücklich verpflichtet hat; andernfalls handelt der Verkäufer unter eigener Verantwortung; hat der Käufer über die Art der Uebersendung eine besondere Anweisung ertheilt und ist der Verkäufer ohne dringende Veranlassung davon abgewichen, so ist dieser für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.<sup>12)</sup>

Hat der Käufer keine besondere Anweisung darüber ertheilt, in welcher Art die Uebersendung der Waare vollzogen werden soll, so gilt der Verkäufer für beauftragt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns<sup>13)</sup> die Bestimmung darüber zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt (d. i. der Spediteur) oder ausgeführt (d. i. der Frachtführer) werden soll,<sup>14)</sup> also z. B. diese oder jene Eisenbahn, oder die Post, oder einen Dienstmann u. dgl.; „Treu und Glauben“ des Kaufgeschäfts verpflichten den Verkäufer, das Interesse des Käufers so gut zu wahren, wie es einem sorgfältigen Kaufmanne möglich ist;<sup>15)</sup> ein plötzlich eingetretener Wechsel äusserer Umstände, (z. B. Frost, Thauwetter, Krieg) kann demnach den Verkäufer nicht bloß berechtigen, sondern auch verpflichten, von den Uebersendungsdispositionen des Käufers abzuweichen.<sup>16)</sup>

6. Obwohl die Lieferung in dem hier erörterten Sinne eine einseitige Handlung des Verkäufers ist, trägt das mit der Lieferung verbundene Risiko nicht immer der Verkäufer, sondern möglicherweise der Käufer; hievon s. oben § 270.<sup>17)</sup>

7. Und trotz der eben erwähnten Einseitigkeit der Lieferungshandlung (Absendung u. dgl.) hat diese doch Wirkungen für den Käufer (Destinatär), nicht bloß in Bezug auf Individualisirung und den eben erwähnten Gefahrübergang (s. oben § 270, auch Art. 345: „Uebergabe an den Spediteur oder

<sup>12)</sup> Art. 345 Abs. 1 Satz 2. Vgl. oben § 270 III. Die Auslegung der Worte „Art der Uebersendung“ in Art. 345 muss völlig dieselbe sein, wie die derselben Worte in Art. 344; für die Verantwortlichkeit im Sinne des Art. 345 Abs. 1, insbesondere in der Beurtheilung der „dringenden Veranlassung“ ist der in Art. 344 gegebene Maassstab, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entscheidend. Vgl. Art. 282 d. H.G.B., R.O.H.G. XV Nr. 54 S. 174; XVI Nr. 17 S. 49.

<sup>13)</sup> Ueber das Maass dieser Verantwortlichkeit s. die Anm. 11, 12 und 17.

<sup>14)</sup> Art. 344; die Einseitigkeit der die Absendung bildenden Handlung kommt hierin, für den Fall der Präsomption, zur Geltung.

<sup>15)</sup> Blindes Befolgen der Versandtdispositionen des Käufers würde den Verkäufer, sofern darin eine Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gesehen werden müsste, unzweifelhaft verantwortlich machen; die in Art. 345 als Ausnahme statuirte „dringende Veranlassung“ ist in die Interpretation des Art. 344 hineinzutragen: auch in dem Falle, dass der Käufer zwar Uebersandtdispositionen getroffen hat, diese aber nach vernünftiger kaufmännischer Erwägung nicht ausführbar sind, gilt der Verkäufer für beauftragt, die Uebersendungsart zu wählen.

<sup>16)</sup> S. oben Anm. 11.

<sup>17)</sup> Aber die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns kann unter Umständen zur Folge haben, dass der Verkäufer für den Untergang oder die Verschlechterung der Waare auch nach der Ablieferung derselben an den Frachtführer u. dgl. zu haften hat. R.O.H.G. XXIII Nr. 51 S. 145 u. die oben Anm. 12 angef. Entsch.

Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person“), sondern unter Umständen in Bezug auf alle Einzelheiten der Tradition, so dass kein Nehmen auf Seite des Empfängers noch hinzukommen muss, sondern in der Absendung die volle Uebergabe liegt.<sup>18)</sup>

## 2. Abnahme und Empfang.

An die Lieferung des Kaufobjekts, deren bisher als einer einseitigen Handlung (z. B. Absendung) gedacht wurde, hat sich wenigstens unter der Voraussetzung der Vertrags- und Gesetzmässigkeit der Lieferung ein Empfangen, Nehmen, Ab- oder Annehmen auf Seite des Käufers (Destinatärs, Waarenempfängers) anzuknüpfen. Man hat jedoch in Bezug auf das „Nehmen“ des Käufers Dreierlei zu unterscheiden:

a. Erst dadurch, dass sich an die einseitige Handlung des Liefernden (an die „Absendung“, an die „Lieferung“,) eine zunächst ebenfalls einseitige Thätigkeit des andern Kontrahenten, nemlich das **Nehmen** anreicht, entsteht der zweiseitige Willensakt, welcher **Tradition** heisst;<sup>19)</sup> das Abnehmen, Uebernehmen des Traditionsobjekts als solches ist der zweite wesentliche Theil des Traditionsaktes selbst, mindestens dann, wenn die Tradition unter Gegenwärtigen (also nicht durch Zusendung, wie im Distanzgeschäft)<sup>20)</sup> geschieht, ein Rechtsakt, welcher bloss in der möglicherweise stillschweigend abgegebenen Annahmeerklärung gegenüber der Uebergabeerklärung zu bestehen hat und **weder** ein thatsächliches Fortschaffen, Mitnehmen der Waare, **noch** eine Erklärung über die Empfangbarkeit, das Genehmigen oder Behalten der Waare in sich schliesst;<sup>21)</sup> ein solches Nehmen, Apprehendiren, wird zum Wesen einer Tradition, von besonderen gesetzlichen Ausnahmen abgerechnet — überall erfordert; die partikularrechtlichen Ausnahmen beziehen sich auf den Fall der Uebergabe mittels Versendung unter Abwesenden.<sup>22)</sup> Das Nehmen in diesem Sinne gehört zur

<sup>18)</sup> So namentlich nach preuss. Recht: Preuss. L.R. I 11 § 128. „Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben, oder dem Fuhrmanne oder Schiffer überliefert worden.“ (Ferner § 129 ff. ebenda). Diese Bestimmung gilt aber nicht für den Fall, dass die Erfüllung vertragsmässig an einem andern Orte als dem Absendeorte erfolgen soll. R.O.H.G. IV Nr. 4 S. 15, V Nr. 91 S. 397, VI Nr. 20 S. 103, X Nr. 13 S. 71, XI Nr. 16 S. 39, Nr. 103 S. 327 und die ebenda S. 328 Anm. \* angef. Literatur.

<sup>19)</sup> Vgl. Thöl, H.R. § 269; Goldschmidt, H.R. § 65. Vgl. auch oben §§ 169—174 (Endemann).

<sup>20)</sup> Vgl. Preuss. L.R. a. a. O.

<sup>21)</sup> Z. B. der Verkäufer übergibt und der Käufer „übernimmt“, beide ortsanwesend, (loco Bergwerk) die auf der Halde lagernden 1000 Tonnen Eisenerz. Dieses Abnehmen vollzieht sich in einem Augenblicke, während die daran anschliessende Empfangnahme (s. unter b) vielleicht Wochen in Anspruch nimmt.

<sup>22)</sup> Goldschmidt, H.R. (1. Aufl.) § 66 S. 617 ff. Anm. 16; Randa, der Besitz, 3. Aufl. 1879 § 11 a. E. (S. 366 f.) Preuss. L.R. I 11 § 127, I 7 § 58. Oesterr. bürgerl. G.B. § 429. Kgl. sächs. G.B. § 199. Vergl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 91 S. 396—397.

Tradition: deshalb kann von einer tradirten Waare oder einem Verzug in der Empfangnahme nicht die Rede sein, bevor nicht dieses Nehmen stattfand.

b. In einem hiervon verschiedenen Sinne ist die „Empfangnahme“ nach dem Sprachgebrauche des H.G.B.<sup>23)</sup> zu verstehen; dieser meint damit zunächst die thatsächliche Fortschaffung, Mitnahme, Hinwegnahme, thatsächliche (nicht als Rechtsakt, sondern als technischer Akt, wenn man so will, zu verstehende) **Abnahme**.<sup>24)</sup> Wo der Käufer die Waare vertragsmässig beim Verkäufer holen soll, holen lassen soll, da ist das wirkliche Abholen die Empfangnahme in diesem Sinne; <sup>25)</sup> es ist das thatsächliche An- oder Mitsichnehmen der gekauften Waare Seitens des Käufers. Diese Empfangnahme oder Abnahme <sup>26)</sup> hat sowohl im Distanz- wie im Platzgeschäfte Raum: es ist das thatsächliche Ergreifen der im Platzgeschäft dem Käufer vor Augen gelegten Waare, das Sichausantwortenlassen, Sichübergebenlassen zugesandter Waaren, eine Thatsache, welche zunächst und prinzipiell das Behalten der Waare noch in keiner Weise in sich schliesst; welche einzelne Handlungen zu dieser Thatsache gehören müssen oder gehören können, lässt sich nicht übersehen; das Abladenlassen, das ins Haus, ins Magazin Bringenlassen, das Abholen vom Bahnhofe, der Transport der Waare von da ins Lagerhaus, die Deponierung in einem öffentlichen Lagerhause können im Einzelnen die diese Abnahme bildende Handlung sein; charakteristisch ist dem Begriffe dieser „**Abnahmehandlung**“, dass sie mit einer Erklärung über die Empfangbarkeit oder gar über definitives oder auch provisorisches Behalten absolut nichts zu thun hat; die Tradition der Waare kann, wenn die Abnahme in Frage kommt, bereits völlig erfüllt worden sein. Von der Abnahme in diesem Sinne, wofür Thöl das Wort „Wegnahme“ vorschlägt, <sup>27)</sup> handelt ein Artikel <sup>28)</sup> des H.G.B. welcher bestimmt, dass sofern nicht durch Ortsgebrauch oder besondere Abrede ein Anderes bestimmt ist, der Käufer die **Kosten der Abnahme** trägt. <sup>29)</sup>

<sup>23)</sup> Art. 343 Abs. 1 u. 2; Thöl, § 272; Endemann § 114 I.

<sup>24)</sup> R.O.H.G. IV Nr. 4 S. 15, V Nr. 91 S. 395.

<sup>25)</sup> Lässt der Käufer der in Anm. 21 erwähnten 1000 Tonnen Eisenerz diese abholen, verladen, so liegt in diesem Abholen, Verladen u. dgl. die Empfangnahme in diesem (b.) Sinne.

<sup>26)</sup> Es dürfte gerathener sein, das Wort „Abnahme“ für diese Empfangnahme zu gebrauchen, da sowohl nach dem Handelsgesetzbuche als insbesondere nach Partikularrechten sonst die Verwechslung mit dem genehmigenden Empfang oder wenigstens Empfang behufs provisorischen Behaltens zu nahe liegt. Ueber die Wahl des Ausdrucks vgl. Prot. z. H.G.B. S. 642, 5077 und Art. 346, 323, 348, 408 d. H.G.B. Vgl. Endemann, H.R. § 114.

<sup>27)</sup> § 272 Anm. 2.

<sup>28)</sup> Art. 351.

<sup>29)</sup> Welche Handlungen demnach auf Kosten des Käufers vorgenommen werden, lässt sich nur allgemein ausdrücken: es sind ihm die Kosten derjenigen Maassnahmen aufzubürden, welche beim Käufer erforderlich sind, um ihm die volle Disposition über die Waare thatsächlich zu verschaffen; doch kann dem Verkäufer wegen ungeeigneter Zusendung und dadurch bewirkter Steigerung der Abnahmekosten eine Ersatzhaftung obliegen, s. z. B. den oben Seite 571 Anm. 43 des § 262 erwähnten Fall. Ueber die Kosten der Emballage, Fastage, u. dgl. s. oben S. 629 Anm. 24, s. v. Hahn II S. 338.

c. Empfangnahme bedeutet auch so viel als Billigung der Waare, Genehmigung der Lieferung, Abnahme mit der Meinung wenigstens vorläufig die abgenommene Lieferung als Vertragserfüllung gelten zu lassen. Die Abnahme (b.)<sup>30)</sup> kann durch Vertrag, Gesetz oder Usance zur definitiven Empfangnahme (c.) erhoben werden; der Vertrag hat diese Wirkung, wo gewisse Klauseln z. B. „Empfang erklärt,“<sup>31)</sup> Partikularrechte haben sie, wo das Institut des „merkantilischen Empfangs“ oder Aehnliches zu Recht besteht.<sup>32)</sup> Eine Empfangnahme, durch welche eine Beanstandung der Waare ausgeschlossen sein soll, kann nur dann vorliegen, wenn der Adressat der Waare in die Lage versetzt wurde, die Empfangbarkeit zu prüfen und hierauf entweder ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gab, dass er die gelieferte Waare als empfangbar annehme, genehmige.<sup>33)</sup>

I. Die in Art. 343 erwähnte „Empfangnahme“ ist die unter b. geschilderte „Wegnahme“ oder „Abnahme“. Die Aufbewahrungspflicht des Verkäufers existirt demnach bis zur Wegnahme, vorausgesetzt, dass der Käufer diese nicht ungebührlich aufschiebt; Letzteres ist der Fall, wenn „der Käufer mit der Empfangnahme der Waare im Verzuge ist.“ Ob und wann dies der Fall, der Käufer demnach in mora accipiendi sei, hat der Richter zu prüfen unter Erwägung aller Umstände: diese nothwendig zu prüfenden Umstände sind einerseits das Gesetz: dieses kennt in Ermanglung besonderer Vereinbarung keinen Aufschub; andererseits aber die ausdrücklich oder stillschweigend gewährte oder usuelle Abnahmefrist, die Natur der Waare, die Entlegenheit ihres Lagerortes, die Schwierigkeit des Transports, der Mangel eines Interesse auf Seiten des Verkäufers; die Vereinbarung insbesondere kann den Käufer berechtigen, die Waare noch eine gewisse Frist hindurch beim Verkäufer „liegen zu lassen,“ sie erst „später“ beim Verkäufer abholen zu lassen u. dgl.; die sehr verschieden gestalteten Rechtsverhältnisse, welche in Bezug auf die noch beim Verkäufer lagernde Waare denkbar sind<sup>34)</sup>, können durch besondere Verträge oder Zusatzbestimmungen („Bedingungen“) des Kaufvertrags geschaffen werden, in denen insbesondere die Haftungsfrage des Verkäufers ausdrücklich geregelt wird; keineswegs immer übernimmt der Verkäufer mit dem Zugeständniss des „Liegenlassens“ der Waare auch die Verpflichtung für sorgfältige

<sup>30)</sup> Endemann § 114 II.

<sup>31)</sup> Thöl, H.R. § 274.

<sup>32)</sup> Thöl, H.R. § 280. Vgl. auch Thöl ebenda § 278 Anm. 25 und Gareis, das Stellen zur Disposition, § 32 Anm. 2.

<sup>33)</sup> G.Z. XXIV S. 272 (Obergericht Luzern).

<sup>34)</sup> Vor Allem ist an das Depositum zu denken; die Haftung des Verkäufers, welcher die Waare als Depositor bei sich liegen, hinterlegen lässt, die Waare „aufhebt“, ist, wenn das Geschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, die für Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes (Art. 282), oder thatsächlich in der Regel dieselbe Haftung, welche dem Verkäufer kraft Kaufvertrag zufolge Art. 343 obliegt, (s. v. Hahn, II S. 268). Die Vereinbarung über den längeren Verbleib der Waare beim Verkäufer, folglich über Aufschub des Verzugs, kann aber auch Werkverdingung, Sachmiethe, Leihe u. dgl. sein, s. darüber v. Hahn a. a. O. zu Art. 343 Anm. 3, und Thöl, H.R. § 273.



Aufbewahrung; vielmehr ist nicht bloss dann, wenn die Klauseln „frei von Obligo“, „ohne Gewähr“, „auf des Käufers Gefahr“ bei der Vereinbarung des Liegenlassens paktirt sind, sondern im Zweifel überhaupt der Verkäufer von der Haftung für Aufbewahrung (custodia) befreit, und nur verpflichtet, den Platz (mit oder ohne Lagergeld) zu gewähren<sup>35)</sup> und keinen der ihm bei mora accipiendi des Käufers geöffneten Wege zu beschreiten, insolange das Liegenlassen nicht Verzug ist.

II. Eine Verpflichtung zur **Abnahme** im Sinne des thatsächlichennehmens (s. oben 2 b.) besteht in drei Fällen: 1. Vor Allem in dem Falle, dass die Waare empfangen werden muss, weil sie bestellt und empfangbar ist; in dem vom Gesetze<sup>36)</sup> vorgeschriebenen Mehr, nemlich dem Empfangen steckt auch das Weniger, nemlich das Abnehmen; der Käufer muss die Waare „empfangen“ (s. oben 2 c.), sofern sie vertragsmässig beschaffen ist, oder in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht und zwar muss diese Empfangnahme **sofort** geschehen, wenn nicht ein Anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist; all' Dies gilt auch von der Abnahme.

2. Ist die Waare zwar bestellt, aber nicht empfangbar (sondern fehlerhaft, mangelhaft), so besteht eine Verpflichtung zum Abnehmen, im Sinne thatsächlicher, das Behalten keineswegs in sich schliessender Entgegen- und Aufnahme nur dann, wenn das Geschäft ein **Distanzgeschäft** ist. Der auswärtige Besteller darf die ihm zugesandte Waare, wengleich sie von übler Beschaffenheit ist, nicht derelinquiren, nicht auf die Strasse werfen; es folgt dies aus dem Prinzip von Treue und Glauben, aus der daraus entsprungenen Gegenseitigkeit und der im Handelsverkehr wenigstens üblichen Wahrung der Interessen der Gegenpartei. Auch ist bezüglich dieser Annahmepflicht im Distanzgeschäft zu unterscheiden: Ist die Waare durch einen Frachtführer vom Verkäufer zum Käufer gebracht worden und zeigt sich bei ihrer Ankunft so zu sagen auf den ersten Blick, dass sie auf dem Transporte den zu beanstandenden Schaden nahm, so hat der Käufer regelmässig die Annahme zu verweigern;<sup>37)</sup> denn durch die Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht erlischt jeder Anspruch gegen den Frachtführer;<sup>38)</sup> aber **nur insoweit** es zur besseren Wahrung der Rechte gegen den Frachtführer oder zur besseren Wahrung der Rechte des Absenders **erforderlich** ist, ist der Käufer ebenso berechtigt als verpflichtet, die Annahme (Abnahme, Wegnahme, s. oben 2 b.) zu verweigern. Ist der Mangel (Schaden, Fehler, Manco, Beschädigung) nicht äusserlich erkennbar, sondern erst beim Auspacken der Waare oder gar erst noch später wahrzunehmen, so präjudiziert der Käufer weder sich noch dem Verkäufer durch die Abnahme der Waare

<sup>35)</sup> S. Thöl, a. a. O. § 273 a. E. insbesondere Anm. 13 und 14.

<sup>36)</sup> Art. 346.

<sup>37)</sup> Z. B. Die Kiste ist zerbrochen, das Fass eingedrückt, der Glasballon rinnt oder leckt, das gesund zu liefernde Vieh ist lahm, todt.

<sup>38)</sup> Art. 408 Abs. 1.

vom Frachtführer;<sup>39)</sup> er muss die äusserlich empfangbare Waare annehmen, d. h. bei sich abladen lassen, in sein Haus, Magazin verbringen lassen u. dgl. Indem das Gesetz den Käufer ausdrücklich verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung der Waare, welche er wegen Mangelhaftigkeit beanstandet, zu sorgen,<sup>40)</sup> will es zugleich auch, dass in denjenigen Fällen, in welchen die Beanstandung zwar noch nicht stattgefunden hat, aber demnächst erfolgen wird, der Waarenempfänger sich der Aufnahme und Schadenverhütung in Bezug auf die Waare unterziehe.

3. Ist die Waare nicht bestellt, so besteht für den Adressaten derselben keine Pflicht zur Annahme: die einseitige Thätigkeit des Waarenabsenders, welche in der Absendung der unbestellten Waare liegt, zwingt juristisch Niemanden zu irgend einer Willensäusserung; so auch den Destinatar nicht zur Abnahme oder zu irgend welcher anderen auf die unbestellte Waare sich beziehenden Maassregel; der Adressat kann die unbestellte Waare dem sie ins Haus bringenden Dienstmanne, dem sie vors Haus bringenden Frachtführer, Abrollspediteur oder wer sonst die Waare überbringt, ohne Weiteres überlassen, mag daraus werden was wolle, mögen Kosten daraus entstehen, so hoch sie auch seien, mögen die dem raschen Verderb ausgesetzten Waaren wegen verweigerter Abnahme verfaulen oder sonst zu Grunde gehen, — gleichviel, — der Absender unbestellter Waaren riskirt Waare und Kosten durch sein einseitiges, eigenmächtiges Absenden. Hat ein Frachtführer das unbestellte Gut dem Adressaten überbringen wollen, und Letzterer die Annahme, (Abnahme, Entgegennahme) verweigert, so ist es Sache des Frachtführers, die ihn gegenüber dem Absender deckenden Maassregeln zu veranlassen, die das Gesetz<sup>41)</sup> reichlich in die Hand gibt, der Adressat der Waare kann sich mit der sorglosen Ablehnung allein begnügen.

Diesen Standpunkt indifferenter Zurückweisung der unbestellt zugesandten Waare darf der Geschäftsfreund dem Geschäftsfreund gegenüber nicht einnehmen; es ist als Usance zu constatiren, dass wenn ein Kaufmann mit einem andern Kaufmanne in Geschäftsverbindung steht und der eine dem andern eine Partie von dieser Geschäftsverbindung entsprechenden Waaren zusendet, ohne dass diese Partie bestellt ist, der Adressat derselben sie vor Schaden bewahren, und dem Absender möglichst viel Kosten ersparen muss. Er kann den Umständen nach dieser Pflicht schon dadurch genügen, dass er die unbestellte Waare in einem öffentlichen Lagerhause niederlegen oder in dem Lagerhause der Eisenbahn, dem Packhofe der Zollbehörde u. s. w. liegen lässt; möglich ist aber auch, dass er durch derartige Deponirungen der Waare jener Pflicht nicht genügen würde, sondern die Waare, um Schaden oder übermässige Kosten zu verhüten, an sich nehmen, abnehmen muss.<sup>42)</sup>

<sup>39)</sup> Art. 408 Abs. 2.

<sup>40)</sup> Art. 348 Abs. 1.

<sup>41)</sup> Art. 407.

<sup>42)</sup> Auf Art. 323 Abs. 1 ist die oben besprochene Verpflichtung zur Abnahme der Waare nicht zu stützen; über die Unzulässigkeit der analogen Anwendung dess. s.

Welche Rechtsfolgen die Nichterfüllung der Abnahmepflicht nach sich zieht, ist nach den einzelnen Fällen verschieden zu beantworten.

Wird eine auf Bestellung empfangbar gelieferte Waare nicht abgenommen, so treten gegen den säumigen Käufer die theils auf Landesrecht theils auf Handelsrecht<sup>43)</sup> beruhenden Maassregeln ein; es wird von dem Falle des Abnahmeverzugs (mora accipiendi) im Zusammenhange mit den übrigen Verzugsfällen unten (§ 275) gesprochen werden.

III. Die Abnahme ist von der Annahme, die Empfangnahme im Sinne des Art. 343 d. H.G.B. ist von dem Empfangen und der Empfangnahme im Sinne des Art. 246 Abs. 1 u. 2 begrifflich zu trennen; dennoch gibt es Fälle, in denen die Abnahme und die Annahme in einander übergehen.

1. Dies ist namentlich im Platzgeschäft der Fall, jedoch auch hier nicht zu vermuthen, sondern auch im Platzgeschäft darf die Abnahme nur dann für Annahme gehalten werden, wenn dies durch besondere Umstände begründet ist; liegt diesen entsprechend in der Wegnahme der Waare eine Annahme derselben, so kann regelmässig wegen der in die Augen fallenden Mangelhaftigkeit der Waare keine auf diese Mangelhaftigkeit zu gründende Beanstandung erhoben werden; Fälle dieser Art sind nicht selten; zahlreiche Käufe Zug um Zug, viele Geschäfte des kleineren Detailhandels, des Markt-, Mess- und Hausirverkehrs sind hierher zu rechnen.

2. Findet die Abnahme einer unbestellt zugesandten Waare unter Umständen statt, welche ein Zurückgeben ausschliessen, überhaupt unter Umständen, welche den Schluss auf das Behaltenwollen aufzwingen, so ist die Abnahme der Waare zugleich Annahme des Kaufanerbietens und Annahme der Kaufserfüllung.<sup>44)</sup>

Zu bemerken ist endlich, dass sich der Adressat von Waaren, die ihm von auswärts, gleichviel ob auf Bestellung oder ohne solche, zugesandt wurden, durch die Abnahme der Waare vom Frachtführer und die Zahlung der Fracht an diesen, dem Absender der Waaren wegen jener ungerügten Beschädigungen haftbar macht, welche der Waare auf dem Transport zustiessen und bei der Abnahme erkannt wurden oder erkannt werden mussten. Aber ein Eingehen auf den Vertrag liegt darum noch nicht nothwendig vor: wer dem Frachtführer

---

v. Hahn, Komm. Anm. 2 zu Art. 323. Wohl aber kann Absatz 2 dieses Artikels zur Unterstützung herangezogen werden, s. Gareis, das Stellen zur Disposition, S. 98, 99. Die Verpflichtung zur Abnahme ist zweifellos, wenn der Adressat Waare bestellt und ohne Abnahme der darauf hin von auswärts zugesandten Waare gar nicht festgestellt werden kann, ob letztere dem Vertrage entspricht oder nicht und letzternfalls ob sie nicht vielleicht so sehr von der Bestellung abweicht, dass sie als „andere“ Waare, mithin als unbestellt anzusehen sei.

<sup>43)</sup> Art. 343 Abs. 2 u. 3.

<sup>44)</sup> Vgl. oben § 262 VI 2 (S. 571—574). Gareis, das Stellen zur Disposition, § 60. Die Annahme der Kaufserfüllung ist in dem oben angegebenen Falle unter Umständen nur eine vorläufige; es kann eine unbestellt zugesandte, vom Adressaten abgenommene und dadurch gekaufte Waare wegen hinterher entdeckter (und erst hinterher entdeckbarer) Mängel dem Zusender zur Disposition gestellt werden.

unbestellt zugesandte Waare abnimmt, auch die Fracht dafür bezahlt, der erklärt damit noch keineswegs, dass er den in der Waarenzusendung liegenden Kaufsantrag annehme.<sup>45)</sup>

## § 272.

D. Haftung des Verkäufers wegen Entwehrung.<sup>1)</sup>

I. Das Recht des Käufers und die Verbindlichkeit des Verkäufers ist begrifflich<sup>2)</sup> auf Sachlieferung gerichtet; ist die Sache, die Waare, dem Käufer geliefert, so dass er sie dauernd und ungestört haben kann, so ist die Pflicht des Verkäufers erfüllt, gleichviel welches Schicksal die Waare hinterher trifft. Der Käufer empfängt die Waare wie sie ist und kann nicht mehr verlangen, als dass die Sache so ist, wie sie ohne Schuld des Verkäufers zur Zeit der Lieferung ist; der Verkäufer hat nur zu liefern, aber Nichts zu garantiren. Zum Verlassen dieses ursprünglichen Standpunktes von Kauf und Tausch in ihrer einfachsten Form drängten aber frühzeitig Verkehrsrücksichten. Dass der Verkäufer trotz der Sachlieferung, die er pflichtmässig vollzog, noch weiterhin zu haften hat, wenn er sich einer Arglist schuldig machte, demnach solche Thatsachen verschwieg, die dem Käufer nach dem Empfang der Waare alsbald den Gebrauch derselben unmöglich machen würden, war nach römischem Rechte naheliegend und schon frühe rechtens geworden. Weiter aber gingen besondere Versprechungen, die der Verkäufer im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrags ausdrücklich abgab und durch welche Verbindlichkeiten besonderer Art erzeugt wurden, nemlich **Garantieübernahmen, Gewährleistungen.**

Diese bezogen sich — bei den Römern — auf Zweierlei: der Verkäufer versprach dem Käufer, und zwar in einer besondern Stipulatio, dass die verkaufte Sache nicht werde evincirt, abgestritten werden, sondern dass die Rechtslage, in welche der Käufer in Bezug auf die Sache trete, insoweit rechtlich makellos sei, als dies zum ungestörten Haben der Sache erfordert werde. Oder: der Verkäufer versprach dem Käufer, dass die Waare gewisse an sich unsichtbare Mängel nicht habe, oder dass sie gewisse vortheilhafte Eigenschaften habe.

Diese ausdrücklich übernommenen Garantieversprechen scheinen durch ihre

<sup>45)</sup> Erk. d. A.G. zu Eisenach und des O.A.G. zu Jena in Buschs Arch. XIII S. 288.

<sup>1)</sup> Quellen: Dig. 21. 2 de evictionibus et duplae stipulatione, Cod. 8 44 de evict. Preuss. L.R. I 11 § 1 35 ff. („Gewährleistung gegen die Ansprüche eines Dritten“) u. I 5 § 323. Oesterreich. bürgerl. G.B. §§ 931, 932, 933. („Gewährleistung wegen eines von einem Dritten auf die Sache gemachten Anspruchs.“) Bayr. L.R. IV 3 §§ 15, 16. (Von der Eviction und Gewährschaft-Leistung.“) Bürgerl. G.B. f. d. Königr. Sachsen §§ 1092, 930—952. („Verbindlichkeit wegen Entwährung.“) Eidgenössisches Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 §§ 235—242. („Gewährleistung des veräusserten Rechts.“ „Entwehrung.“) Code civ. art. 1625—1640 („de la garantie en cas d'éviction“). Lit. s. Windscheid, P. § 391 Anm. \*; Endemann, H.R. § 115. Treitschke-Wengler, Kaufkontrakt §§ 64—75.

<sup>2)</sup> S. oben § 259 I § 269 I.

Sachgemässheit sich nach und nach so fest eingebürgert zu haben, dass man ihr Vorhandensein für selbstverständlich hielt und in das Wesen des Kaufes, in die Tragweite der vom Verkäufer kaufbegrifflich zu übernehmenden Verbindlichkeiten hineinverlegte, und zwar in der Weise: dass der Käufer das Versprechen, wegen Eviktion zu haften, nach Abschluss des Kaufvertrags vom Verkäufer noch besonders fordern konnte, späterhin aber gar nicht mehr zu fordern brauchte: der Verkäufer haftet nach römischem Rechte schlechthin — d. h. auch ohne besonders darauf gerichtetes Versprechen — dafür, dass dem Käufer nicht der Besitz der Waare (die Gewere an der Waare) auf Grund einer zur Zeit der Kaufserfüllung vorhandenen rechtlichen Mangelhaftigkeit entzogen werde. Der Verkäufer haftet wegen „Entwehrung“<sup>3)</sup> d. i. wegen Ausserbesitzsetzung, Entsetzung, rechtlicher Deposition des Käufers. Von dieser Haftung, der Haftung wegen Eviktion, Haftung wegen Entwehrung wird unter II gesprochen. Und was die versprochenen sonstigen Eigenschaften der Waare anlangt, so hielt man es bei sehr gebräuchlichen Verkehrsobjekten für selbstverständlich, dass dieselben die Eigenschaften an sich haben müssen, welche diese Dinge gewöhnlich haben, diejenigen Mängel nicht haben dürfen, welche sie nach allgemeinen Verkehrsbegriffen nicht haben sollen, d. h. der Verkäufer haftet dem Käufer, wenn die Waare Mängel hat, welche sie nach allgemeiner Auffassung nicht haben soll, und auf welche er den Käufer nicht ausdrücklich aufmerksam gemacht hat. Diese im römischen Recht zuerst durch das Edikt der kurulischen Aedilen, dann durch die ausdehnende Jurisprudenz statuirte Haftung des Verkäufers ist die Gewährleistung wegen Mangelhaftigkeit der Waare, (hievon unten §§ 273, 274.)<sup>4)</sup>

## II. 1. Der Handel hat ein bedeutendes Interesse an der Beseitigung von

<sup>3)</sup> Es ist „Entwehrung“ zu schreiben, (von goth. *vasjan*, althd. *werian*, mhd. *wern* = *vestire*.) nicht „entwähren“; über das Sprachliche s. Windscheid, P. Anm. I zu § 391 u. die dort cit. Lit. (Grimm.) Der Windscheidschen Bemerkung a. a. O.: „Wenn man sagt, wie Viele thun, der Verkäufer sei verpflichtet zur Gewährleistung, so ist damit nicht ausgedrückt, wofür er Gewähr leisten muss,“ — dieser mit Recht tadelnden Bemerkung ist vom Standpunkte handelsrechtlicher Betrachtung auch aus dem Grunde beizutreten, weil handelsrechtlich überhaupt Gewährleistung so viel als Haftung, Obligo, Verbindlichkeit bedeutet; z. B. H.G.B. Art. 502 Abs. 2. „Der Schiffer selbst wird dem Dritten durch das Rechtsgeschäft nicht verpflichtet, es sei denn, dass er eine Gewährleistung für die Erfüllung übernommen oder seine Befugnisse überschritten hätte.“ Vgl. A.D.W.O. Art. 14. Indossament „ohne Gewährleistung“, „ohne Obligo“. S. auch den Artikel „Obligo“ in v. Holtzendorffs Rechtslexikon. Man sollte daher dem — allerdings durch das preussische Landrecht und durch Civ. P.O. (§ 69) gebilligten — Ausdrücke „Gewährleistung (dort: Gewährleistung) für „Haftung wegen Entwehrung“ entsagen. Die volle Verworrenheit der Terminologie ist zu beobachten in Erk. d. R.G. Bd. II Nr. 61 S. 216—217.

<sup>4)</sup> Ueber die Geschichte der Haftung wegen Entwehrung im röm. Recht Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung von Eigenthum 1874. § 2 Bechmann, in der oben § 258 Anm. 3 cit. Schrift S. 367 ff.; Müller, Die Lehre des Röm. Rechts v. d. Eviktion, I. Theil 1851 § 8 ff. u. Windscheid § 391 Anm. 3 § 389 Anm. 8 a.

Entwehrungen, an dem Schutz des Erwerbes, folglich an der Ausdehnung der Verpflichtung des Verkäufers auf diesen Haftungsfall, aber das Handelsrecht enthält keine auf die Eviktionshaftung direkt bezüglichen Rechtssätze. Nach den demzufolge maassgebenden Landesrechten ist die „Gewähr wegen Entwehrung“ um so mehr ausgebildet, je weiter die Entwicklung der Verkäuferpflicht dazu geführt hat, dass der Käufer nicht bloß ein faktisches, sondern das rechtliche Haben, das Eigenthum der Sache von dem Verkäufer verlangen könne. Ist dies namentlich vom preussischen, österreichischen und — anders konstruirt — vom französischen Rechte zu sagen, so darf auch nicht verkannt werden, dass auch das römische Recht schon dazu drängte.<sup>5)</sup> Wird die Sache, die der Verkäufer dem Käufer auf Grund eines Kaufvertrags liefert, dem Letzteren rechtlich entzogen, so zeigt sich, dass der Verkäufer nicht richtig erfüllte; der Käufer kann demnach den Ersatz des Interesse, welches er an der richtigen Erfüllung des Kaufvertrages hat, vom Verkäufer verlangen und die Klage, welche er deshalb gegen den Verkäufer anstellt, ist die gewöhnliche Kaufklage, *actio empti*.<sup>6)</sup> Mit dieser Auffassung stimmt im Resultate die des preussischen Landesrechts überein: der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, dass dieser dieselbe bedingenermaassen als sein Eigenthum besitzen, nutzen, und darüber verfügen könne: er muss aber auch den Käufer gegen alle Ansprüche Dritter auf die verkaufte Sache vertreten.<sup>7)</sup>

2. Voraussetzung des Eviktionsanspruches ist nach allen Landesrechten, dass dem Käufer der Besitz der Sache entzogen wurde wegen eines in der mangelhaften Verschaffung des Verkäufers gelegenen Rechtsmangels.<sup>8)</sup>

Diese Voraussetzung und damit auch die Haftung wegen Entwehrung ist überall da ausgeschlossen, wo dem Käufer der Besitz überhaupt rechtlich nicht entzogen werden kann oder wo er aus einem andern Grunde als wegen eines Rechtsmangels entzogen wird. Ersteres ist im französischen Rechte der Fall, insofern der Besitz an Fahrhabe als Titel gilt.<sup>9)</sup> Zwar fügt dasselbe Recht in Betreff der gestohlenen und geraubten Sachen die Zulässigkeit der Vindikation gegen den Inhaber und den Vorbehalt des Rekurses desselben gegen seinen Rechtsvorgänger hinzu;<sup>10)</sup> aber diese an eine nur 3jährige Frist gebundene Vindikation gestohlener und verlorener Waare ist, wenn die Waare auf einer Messe oder einem Markte oder bei einem öffentlichen Verkaufe gekauft oder von einem Kaufmanne verkauft wurde, davon abhängig, dass der Vindikant dem Besitzer der Sache den Preis ersetzt, welchen dieser für die nun vindizirte Waare gab.<sup>11)</sup> Der in einem solchen Falle etwa zulässige Eviktionsanspruch

<sup>5)</sup> Hierüber s. oben § 269 I 1 Seite 625 insbes. Anm. 2.

<sup>6)</sup> Ueber den Inhalt der als Eviktionsklage gestalteten *actio empti* s. Windscheid, P. § 391 Ziff. 5 und Pfizer in v. Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Eviktion“.

<sup>7)</sup> A. P. L.R. I 11 §§ 135, 136; Förster-Eccius §§ 85, 86 (Bd. I S. 554—592.)

<sup>8)</sup> So Windscheid a. a. O. S. 473, 475.

<sup>9)</sup> Cod. civ. Art. 2279.

<sup>10)</sup> Satz 2 des Art. 2279.

<sup>11)</sup> Cod. civ. Art. 2280.

des Besitzers gegen seinen Vorgänger ist durch die letztere Bestimmung allerdings eingeschränkt, das Interesse kann aber den Kaufpreis weit überragen und insofern würde der Anspruch gegen den Verkäufer zu Recht bestehen und von Bedeutung sein.<sup>12)</sup>

Die Voraussetzung des Eviktionsanspruches — Entwehrung wegen Rechtsmangels — ist nach unserem Handelsrecht in allen Fällen ausgeschlossen, in denen der redliche Erwerb Eigenthum gibt, selbst wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war.<sup>13)</sup> Da der gutgläubige Erwerb gestohlener oder verlorener Sachen durch handelsrechtliche Normen nicht geschützt ist,<sup>14)</sup> so kann der Käufer solcher Gegenstände gegen den Verkäufer einen Entschädigungsanspruch auf Grund landesrechtlicher Normen erheben. Handelt es sich aber um den Schutz des Erwerbs von Inhaberpapieren, so tritt der Entwehrungsanspruch in demselben Maasse in den Hintergrund, in welchem die Vindikation Seitens eines Dritten ausgeschlossen ist.<sup>15)</sup>

3. Ein eigenartiger Anspruch wegen Entwehrung kann aus dem Verkauf einer Schiffspart sich ergeben; der Erwerber einer Schiffspart muss nicht blos die Bestimmungen des Rhedereivertrages, die Rhedereibeschlüsse und die in Bezug auf die Schiffspart eingegangenen Geschäfte seines Rechtsvorgängers gegen sich gerade so gelten lassen, wie dieser Letztere, sondern er muss es sich auch gefallen lassen, dass die Mitrheder alle gegen den Rechtsvorgänger (des neuen Erwerbers) als Mitrheder begründeten Verbindlichkeiten in Bezug auf die veräußerte Schiffspart gegen ihn zur Aufrechnung bringen;<sup>16)</sup> in einem solchen Falle bleibt vorbehaltlich anderweiter Vereinbarung dem Käufer der Schiffspart ein Entschädigungsanspruch gegen den Veräußerer der Schiffspart.<sup>17)</sup>

<sup>12)</sup> Ueber die sonstigen Fälle der Eviktion im französischen Rechte — trotz Art. 2279 — s. Lyon-Caen et Renault Nr. 643, insbesondere über das einschneidende Gesetz v. 15. Juni 1872 ebenda in Nr. 387.

<sup>13)</sup> Art. 306, s. oben § 174 (Bd. II S. 53—64).

<sup>14)</sup> Eine Ausnahme hievon findet sich nur im westgothischen Rechte: Wer von einem überseeischen Kaufmanne (transmarinus negotiator) eine von diesem importirte Handelswaare in gutem Glauben kauft, der darf dieselbe behalten, wengleich sie gestohlen war. (L. Wisig. XI 3 1). Hierüber s. Felix Dahn, Westgothische Studien 1874 S. 93 ff., der semitischen Ursprung dieses Satzes vermuthet. — Eine besondere Erkundungspflicht des Käufers gestohlener Waare statuirt die l. Baiuvariorum IX 8, hienach darf der gutgläubige Erwerber gestohlenen Gutes die Hälfte des letzteren behalten.

<sup>15)</sup> Vgl. H.G.B. Art. 307 u. 308, s. oben a. a. O. und Anschütz u. Völdern-dorff, Komm. zu Art. 308.

<sup>16)</sup> H.G.B. Art. 471 Abs. 3.

<sup>17)</sup> Man kann zweifelhaft darüber sein, ob dieser Anspruch, welchen das Gesetz als mit „Recht auf Gewährleistung“ bezeichnet, ein „Anspruch wegen Entwehrung“ sei. In der That kann der Fall so gestaltet sein, dass der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer der Schiffspart eher als ein Ersatzanspruch wegen Mangelhaftigkeiten der gekauften Waare, denn als ein Eviktionsanspruch erscheint. Allein es ist zu bedenken, einerseits: „darauf, von welcher Art das Recht ist, kraft dessen dem Käufer der Besitz der Sache entzogen worden ist, kommt nichts an; dieses Recht kann sein: Eigenthum, Dienstbarkeit, Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht, ja auch ein persönlicher Anspruch

4. Ein eigenartiger Fall der Haftung wegen Entwehrung steht mit dem **see-rechtlichen Abandon** in Zusammenhang.<sup>18)</sup> Das Seeversicherungsrecht räumt dem Versicherten unter Umständen das Recht ein, die Zahlung der Versicherungssumme zu fordern, bevor das definitive Schicksal des versicherten Objekts (Schiff oder Ladung, Kasko oder Kargo, oder Beides) bekannt ist; vorausgesetzt wird dabei, dass die (im Gesetze näher bezeichneten) Umstände den Verlust in Aussicht stellen, und dass der Versicherte dem Versicherer die ihm in Betreff der versicherten Objekte zustehenden Rechte abtritt, (abandonnirt, Abandon); durch die im Gesetze näher vorgeschriebene Abandonerklärung gehen auf den Versicherer alle Rechte über, welche dem Versicherten in Ansehung des abandonnirten Gegenstandes zustanden, und der Versicherte hat dem Versicherer Gewähr zu leisten wegen der auf diesem Objekt zur Zeit der Abandonerklärung haftenden dinglichen Rechte, es sei denn, dass diese in Gefahren sich gründen, für die der Versicherer nach dem Versicherungsvertrage aufzukommen hatte.<sup>19)</sup> Die dem Versicherten hiernach obliegende „Gewährleistung“ kann völlig als Anspruch wegen Entwehrung aufgefasst werden müssen.<sup>20)</sup>

5. Ist die Besitzentziehung, welche dem Käufer das ungestörte Innehaben der Sache unmöglich macht, nicht wegen eines Rechtsmangels eingetreten, sondern aus einem andern Grunde,<sup>21)</sup> so haftet der Verkäufer nicht, wengleich der Rechtsmangel bestand.<sup>22)</sup> Auch haftet der Verkäufer nicht dafür, dass der

---

wie z. B. ein Theilungsanspruch, Noxalanspruch, Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, namentlich auch ein Besitzanspruch;“ (so Windscheid § 391 zu Anm. 19—27, ebenda s. die Beweisstellen). Andererseits: die den Mithredern eingeräumte Aufrechnung entzieht dem Käufer der Schiffspart möglicherweise jedwede Benützung seines Rechts, mithin den Quasibesitz seines Theilrechts, und deshalb wird jenem Aufrechnungsrechte geradezu die Bedeutung eines Retentionsrechtes zur Sicherstellung der Rhederei beigelegt. Prot. zum H.G.B. S. 1556. Vgl. zu Art. 471 überhaupt Makower Komm. zu H.G.B. 8. Aufl. S. 505—506. Die Schiffspart und die auf sie fallenden Gewinnantheile sollen den Mithredern eine dingliche Sicherheit bieten; daher wird man gegebenenfalls eine Entwehrung annehmen können. Vgl. Lewis SeeR. I S. 69.

<sup>18)</sup> Mit dem Kaufvertrage steht dieser Fall allerdings nicht in Verbindung, doch es ist ein signifikanter Fall von „Haftung wegen Entwehrung“ und darum mag es in Hinblick auf Windscheid, P. § 392 gestattet sein, an dieser Stelle den erwähnten Fall zu berühren.

<sup>19)</sup> H.G.B. Art. 872.

<sup>20)</sup> Die Protokolle zum H.G.B. sprechen sich völlig für diese Auffassung aus, S. 3448: „In welchem Maasse der Versicherte sich in jedem einzelnen Falle wegen solcher Lasten einen Abzug gefallen lassen müsse, und welche Verpflichtungen ihm obliegen, wenn der Werth der abandonnirten Sache zur Deckung der darauf ruhenden Lasten nicht zureicht, sei nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährleistung zu beurtheilen.“ Vgl. Makower zu Art. 872 (Anm. 23).

<sup>21)</sup> Vgl. den in einem Hamburger H.G. Erk. v. 6. Novbr. 1877 erwähnten Fall, in welchem auf Verfügung des Untersuchungsrichters die verkaufte tradirte Waare polizeilich weggenommen wurde, weil angeblich gestohlen. G.Z. Bd. XXIV S. 268—271 und die dort cit. Lit. (Goldschmidt, Keyssner).

<sup>22)</sup> Windscheid, P. § 391 Ziff. 1.



verkaufte Gegenstand nicht etwa hinterher expropriirt werde.<sup>23)</sup> Diesem Falle ist eine Reihe von Verfügungen der Staatsgewalt, durch welche Besitz entzogen wird, hierin gleichzustellen, z. B. seerechtliche Beschlagnahme: Embargo, Blockade, Kaperei; oder Requisitionen für Truppen im Kriege oder Frieden.<sup>24)</sup> Trifft den Verkäufer ein Verschulden, durch welches eine Rechtslage entsteht, in deren Folge eine den Käufer betreffende Besitzentziehung eintritt, so haftet der Verkäufer dem Käufer allerdings für das verletzte Interesse, und hiebei ist möglicherweise eine Entwehrung eine der Veranlassungen des vom Verkäufer zu tragenden Schadens.<sup>25)</sup> Trifft den Verkäufer nicht der Vorwurf von Arglist oder Nachlässigkeit, so braucht er dem Käufer nicht für den aus „Verfügungen von hoher Hand“ entspringenden Schaden zu haften.<sup>26)</sup>

6. Die Streitfrage, ob der wegen Entwehrung erhobene Ersatzanspruch voraussetze, dass die Besitzentziehung durch ein richterliches Urtheil ausgesprochen oder festgestellt worden sei, sowie dass der schadenersatzfordernde Käufer dem Verkäufer der Streit verkündet habe, wird nun mit Recht nicht mehr prinzipiell bejaht.<sup>27)</sup> Vgl. Treitschke-Wengler a. a. O. S. 248; Pfizer a. a. O. und Windscheid a. a. O. S. 474. In Bezug auf die Streitverkündung an sich ist die Civilprozessordnung § 69 ff. maassgebend.

7. Der Inhalt des Anspruchs wegen Entwehrung ist Schadenersatz, nemlich Ersatz des Schadens, welchen der Käufer dadurch hatte, dass ihm der Besitz der Waare entzogen wurde.<sup>28)</sup> Für das Handelsrecht ist — unter Verweisung auf die in allen Einzelheiten maassgebenden landesrechtlichen Be-

<sup>23)</sup> L. 11 pr. D. de evict. et dupl. stip. 21. 2. (Ueber diese Stelle in ihrer histor. Bedeutung s. Dahn-Wietersheim, Geschichte der Völkerwanderung 1880 I S. 166.)

<sup>24)</sup> Z. B. R. G. über die Kriegsleistungen, von 13. Juni 1873 §§ 23, 24, Besitz und bezw. Eigenthumsentziehung in Bezug auf Schiffe, § 25 in Bezug auf Pferde, § 28 ff. in Bezug auf Eisenbahnmateriel. — R. G. betr. die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden, v. 13. Febr. 1875 §§ 3, 4, 5, 10. In allen derartigen Fällen wird man mit den Pandektenjuristen sagen müssen: venditorem conveniri non posse propter eas noxas, quae publice coerceri solent. L. 11 § 1, D. 21 2.

<sup>25)</sup> Z. B. der Verkäufer schiekt die Waare, welche als Kriegskontrebande behandelt werden kann, zur Kriegszeit unter unfreier Flagge, oder er schiekt das Gut durch einen Blockadebrecher, oder durch Schmuggler.

<sup>26)</sup> Eine rechtliche Mangelhaftigkeit der Lage (oder eine Mangelhaftigkeit der Rechtslage), wie sie bei Ansprüchen wegen Entwehrung vorausgesetzt wird, liegt in den eben angedeuteten Fällen nur dann vor, wenn der Verkäufer die Waare bereits vor dem Kaufe oder vor der Tradition thatsächlich in jene „Verfügungen von hoher Hand“ und dgl. verstrickt, der Gefahr der Entwehrung ohne Noth oder wenigstens ohne sonst genügende Veranlassung ausgesetzt hat. Vgl. Windscheid § 391 Anm. 4 a; Bekker, zur Lehre von dem Eviktionsbesitz, Jahrb. d. gem. R. VI S. 279 ff.

<sup>27)</sup> Doch wird die Streitverkündung von einigen Landesrechten ausdrücklich (Preuss. L. R. I 11 § 143, Oesterr. bürgerl. G. B. § 931) jedoch nicht unter Androhung des Verlustes des Ersatzanspruchs, sondern unter Androhung prozessualer Nachtheile gefordert. Andere Landesrechte s. bei Treitschke-Wengler S. 249 ff.

<sup>28)</sup> Hierüber handelt ausführlich Treitschke-Wengler, Kaufkontrakt S. 251.

stimmungen über Eviktion<sup>29)</sup> — nur hervorzuheben, dass gemeinrechtlich<sup>30)</sup> der Schadenersatz zunächst im Ersatz des Aufwandes, daher in Rückgabe des Kaufpreises, sowie in einer Interesseleistung besteht, welche letztere, wenn die Waare einen Marktpreis hat, möglicherweise aus der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Marktpreis zur Zeit und am Orte der Lieferung sich ergibt, aber doch nur möglicherweise, denn der Käufer hat, wie im Falle des Art. 357 des H.G.B. bei Erfüllungsverzug, das Recht, einen erweislich höheren Schaden geltend zu machen und die Erstattung sowohl des entgangenen Gewinnes als des wirklichen Schadens zu verlangen.<sup>31)</sup> Andererseits ist aber auch denkbar, dass der vom Verkäufer wegen der Entwehrung zu ersetzende Schaden weniger beträgt, als der ursprüngliche Werth der Waare.<sup>32)</sup> In vielen Fällen von Handelskäufen von nur in genere bestimmten Waaren wird die Nachlieferung einer andern, gleichgrossen Quantität derselben Waarensorte u. dgl. den Inhalt des Schadenersatzes bilden.<sup>33)</sup>

8. Der Anspruch auf Interesseersatz wegen Entwehrung geht nur durch Verzicht, gleichviel ob der Verzicht vor oder nach dem Eintritt der Entwehrung selbst rechtsgiltig wurde,<sup>34)</sup> ferner durch Verjährung, nemlich Verjährung der *actio empti*, nicht aber durch Versäumung der sofortigen Anzeige der Entwehrung; m. a. W. die Pflicht sofortiger Anzeige, welche Art. 347 feststellt, und die Beschränkung der Geltendmachung von Reklamationen auf die Frist von 6 Monaten<sup>35)</sup> findet auf den Fall der Entwehrung keine Anwendung,<sup>36)</sup> sofern nicht Landesrechte etwa Anderes bestimmen.<sup>37)</sup>

<sup>29)</sup> Insbesondere Windscheid § 391 Ziff. 5 Anm. 32—37 a.

<sup>30)</sup> Anders nach Landesrechten; so ist nach preuss. Rechte zwischen dolosem und kulposem Handeln des Verkäufers zu unterscheiden, s. R.G. II Nr. 56 S. 204.

<sup>31)</sup> Vgl. H.G.B. Art. 283.

<sup>32)</sup> Vgl. Pfizer a. a. O.

<sup>33)</sup> Vgl. Windscheid a. a. O. Anm. 37 a.

<sup>34)</sup> Vgl. Windscheid § 391 Anm. 38 Ueber die Klausel: „Ohne Obligo“ s. Thöl H.R. § 251. Text zu Anm. 11 (6. Aufl. S. 803). Vgl. auch Endemann, H.R. § 115 I a. E. Als einen Verzicht auf einen Entwehrungsanspruch in sich schliessend kann ein Kauf aufgefasst werden müssen, welcher ausdrücklich über Lieferung der Sache eines Dritten abgeschlossen wird. Doch kann auch das Gegentheil gemeint sein. — In Bezug auf das preuss. L.R. aber s. I 11 § 139, I 5 § 40 ff., hiezu R.G. II Nr. 56 S. 202 ff. Nach französischem Rechte ist der Kauf einer nicht dem Verkäufer gehörigen Sache nichtig. (cod. civ. art. 1599). Schadenersatzansprüche können stattfinden, wenn der Käufer nicht weiss, dass die gekaufte Waare Sache eines Dritten sei. Ueber die Anwendbarkeit des Art. 1599 auf Handelskäufe s. Lyon-Caen et Renault Nr. 636.

<sup>35)</sup> H.G.B. Art. 349.

<sup>36)</sup> Sonstige Gründe der Ausschliessung des Entwehrungsanspruches s. bei Windscheid a. a. O. Anm. 38—40 und Treitschke-Wengler S. 261—272.

<sup>37)</sup> So bestimmt das Oesterreichische bürgerl. G.B. bei Eviktionen, welche unbewegliche Sachen betreffen, eine 3jährige, bei solchen, welche bewegliche betreffen, eine 6 monatliche ausschliessende Reklamationsfrist. (Oesterr. bürgerl. G.B. § 933.) Nach dem bürgerl. G.B. für das Königr. Sachsen (§ 946) verjährt der Anspruch wegen Entwehrung in 3 Jahren von der Entwehrung an gerechnet, ausgenommen wenn der Veräusserer das Recht des Dritten gekannt und dem Erwerber nicht angezeigt oder für die Entwehrung zu haften versprochen hat.

## § 273.

E. Haftung des Verkäufers wegen mangelhafter Beschaffenheit der Waare<sup>1)</sup>

I. Der Verkäufer hat nicht irgend eine Sache, sondern die gekaufte Sache, sei es eine Sache nach Angabe bestimmter Eigenschaften (Genuskauf, s. oben § 266), sei es eine Sache mit bestimmten Eigenschaften (Spezieskauf, s. oben S. 600) vereinbarungsgemäss zu liefern. Demgemäss haftet der Verkäufer, wenn die Waare nicht diejenigen Eigenschaften hat, welche sie haben soll nach Maassgabe ausdrücklicher Vereinbarung oder stillschweigender Annahme gesetzlicher Disposition.<sup>2)</sup>

Ist die gelieferte Waare vertragsmässig beschaffen oder entspricht sie in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen (Art. 335), so ist der Käufer verpflichtet, die Waare zu empfangen<sup>3)</sup>; unter diesem „Empfangen“ ist zunächst die Ab- oder Wegnahme, dann aber auch das billigende

<sup>1)</sup> Quellen: H.G.B. Art. 347—350. Dig. 21. 1 de aedit. ed. et redh. et qu. min. C. 4,58 de aedit. act. Preuss. L.R. I 11 § 192—214, I 5 §§ 319, 325—345. Oesterr. bürgerl. G.B. §§ 922—930. Cod. Max. bav. civ. IV 3 § 23 ff. Bürgerl. G.B. f. d. Kgr. Sachsen §§ 1092, 899—929, 947—952. Eidgenössisches Obligationenrecht (v. 14. Brachmonat 1881) §§ 243—259. Cod. civ. art. 1641—1649. Lit. s. Windscheid, P. § 393. Endemann, H.R. 115 II, Thöl, H.R. 6. Aufl. §§ 273—280. Stobbe, Deutsches Priv.R. III § 184 Ziff. 6 § 185 I. Förster-Eccius § 125 A., § 106 II. Lyon-Caen et Renault, Précis, Nr. 638—641. Treitschke-Wengler, Kaufkontrakt §§ 92—101.

<sup>2)</sup> Ueber die Geschichte dieser Garantie des Verkäufers nach gemeinem röm. Recht, welches oben § 272 I skizzirt wurde, s. Windscheid, P. § 393 Anm. 1, Bechmann, Der Kauf S. 391 ff. u. die übrige von Windscheid a. a. O. cit. Lit. Der Ausdruck „Gewährleistung“ wird auch zur Bezeichnung der in diesem Paragraph zu besprechenden Haftung des Verkäufers gebraucht, mit besonderer Konsequenz im Oesterr. b. G.Buch; auch davon hat die oben (S. 665 Anm. 2) erwähnte Bemerkung Windscheids, P. § 391 Anm. 1 letzter Satz zu gelten. Zur Bezeichnung der Verpflichtung des Verkäufers von Vieh, für die Abwesenheit von Krankheiten der verkauften Thiere einzustehen, wird der Ausdruck „Viehwährschaft“, „Nachwährschaft“ u. dgl. gebraucht. Vgl. Gengler, Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 3. Aufl. 1876 § 117, Stobbe a. a. O. § 185.

<sup>3)</sup> H.G.B. Art. 346. — Man spricht alsdann von „Empfangbarkeit“ und nennt die Waare „empfangbar“, vgl. Thöl a. a. O. § 273, insbes. Anm. 3. Der Ausdruck ist nicht glücklich gewählt; denn sprachlich genommen ist eine empfangbare Waare diejenige, welche der Besteller empfangen kann, nicht muss. Im Sprachgebrauch des Handelsverkehrs, wo „Empfang“ eine mit ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Billigung verbundene Annahme der Waare bedeutet (so Goldschmidt, H.R. I. Aufl. § 62 S. 549), ist mit dem Worte „empfangbar“ noch nicht ausgedrückt, ob die Waare auch preiswürdig ist; mancherlei Waare nimmt der Kaufmann als empfangbar an, wenn sie besonders billig ist, während er sie andernfalls als nichtempfangbar zurückweist. Nach Goldschmidt a. a. O. Anm. 15 kommen aber die Ausdrücke „Empfang“ und „empfangbar“ technisch im norddeutschen, namentlich im Hanseatischen Handel vor und beziehen sich auf die Rechtsstellung des Erwerbers. Vorzuziehen wäre der Ausdruck „lieferbar“. Vgl. Goldschmidt a. a. O. Anm. 15 u. die dort angegebene Lit.

Behalten zu verstehen, s. oben § 271 2 b. und c.<sup>4)</sup> Sind verschiedene Gegenstände Kaufobjekt und die Trennung der einzelnen Sachen möglich, insbes. der Handelssitte nicht widersprechend, so hat der Käufer den lieferbaren Theil zu empfangen und den darauf treffenden Kaufpreis zu bezahlen;<sup>5)</sup> hat der Verkäufer dem Käufer ein grösseres Quantum der behandelten Waare zugeschiedt, als letzterer bestellte, so ist der Besteller berechtigt, die ganze Sendung zurückzuweisen, wenn die Ausscheidung des nichtbestellten Theiles unmöglich, oder auch nur umständlich und zeitraubend wäre.<sup>6)</sup> Die Vereinbarung über die Beschaffenheit der Waare ist zu unterscheiden von blossen Anpreisungen, welche nicht ernstliche Zusagen enthalten, vielleicht sogar offenbar wahrheitswidrig sind; der Verkäufer haftet, wenn er den Käufer durch die Anpreisungen täuschte; aber für Eigenschaften, welche blos jene Empfehlung hervorgehoben, oder welche offenbar nur marktschreierisch angegeben wurden, oder welchen augenscheinlich die Wirklichkeit, ja die Möglichkeit widerspricht, braucht der Verkäufer nicht zu haften.<sup>7)</sup>

Als vereinbart gelten im Kaufe nach Probe die wesentlichen Eigenschaften der gegebenen, genommenen, besehenen, überhaupt zu Grunde gelegten Probe s. oben § 265 II.<sup>8)</sup>

Als vereinbart<sup>9)</sup> gelten aber auch diejenigen Eigenschaften, welche die Waare zum Handelsgut mittlerer Art und Güte machen, vorausgesetzt, dass im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt ist.<sup>10)</sup>

II. Ueber die Rechte des Käufers beim Mangel vertragsmässiger oder gesetzmässiger Beschaffenheit der Waare enthält der H.G.Buch keine Bestimmungen; es entscheiden hierüber die Landesrechte;<sup>11)</sup> sie weichen nicht unbedeutend von einander ab<sup>12)</sup> und das Handelsrecht wirkt ihnen gegen-

<sup>4)</sup> Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 95—102.

<sup>5)</sup> R.O.H.G. XIX Nr. 61 S. 188.

<sup>6)</sup> R.O.H.G. XVIII Nr. 67 S. 242.

<sup>7)</sup> Vgl. I. 19 pr. D. 21 1. Goldschmidt, H.R. § 62 Anm. 16, 17, 18 (S. 549), Thöl, H.R. § 273 Anm. 8—15. Endemann, H.R. § 106 Anm. 35, § 115 Anm. 9.

<sup>8)</sup> Vgl. Thöl a. a. O. S. 899—900.

<sup>9)</sup> And. Ans. aber Thöl a. a. O. Anm. 6 und Text hiezu.

<sup>10)</sup> H.G.B. Art. 335.

<sup>11)</sup> Dem Gesetzesrecht der Landesrechte geht in Handelssachen das Handelsgewohnheitsrecht vor, auch das etwa zur Anwendung kommende ausländische, vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 1 S. 1.

<sup>12)</sup> Das heutige römische Recht unterscheidet dreierlei Arten von Mängeln der Waare und gewährt hienach verschiedene Rechte: a) wegbedungene Mängel, b) arglistig verheimlichte Mängel und c) verborgene Mängel. Zu a) Hat der Verkäufer versprochen, dass gewisse Mängel an der Waare sich nicht fänden und finden sich dieselben doch, oder hat er bestimmte gute Eigenschaften ausdrücklich zugesichert, die sich hinterher als mangelnd ergeben, so hat der Käufer *a)* die *actio empti* auf Ersatz des verletzten Interesses und wenn er will, nach seiner Wahl entweder *β)* die *actio aestimatoria*, auch *actio quanti minoris* genannt, auf verhältnissmässigen Preisabzug wegen Mangelhaftigkeit der Waare (innerhalb eines Jahres) oder *γ)* die *actio redhibitoria* auf Rücknahme der fehler-

über, was den Inhalt der Klagen (Interesse, Redhibition, Preisminderung oder dergl.) anlangt, in keiner Weise abändernd oder unifizierend, wohl aber in Bezug auf die Voraussetzungen und auf die Endigung der landesrechtlichen Klage- und Einrederechte:

in Bezug auf die Voraussetzungen: durch die Einführung der Rügepflicht und insbesondere des Rechtsinstituts der Dispositionsstellung, d. h. durch die Vorschrift, dass nicht beanstandete Waaren als genehmigt gelten,<sup>13)</sup> dass folglich Voraussetzung irgend einer Klageerhebung wegen Mangelhaftigkeit der Waare die rechtensprechende Beanstandung der Waare ist, das Rügen der Waare, das Stellen zur Disposition;<sup>14)</sup>

in Bezug auf die Endigung: durch die allgemeine Vorschrift, dass alle Ansprüche, welche ein Käufer wegen Mängel der Waare gegen den Verkäufer etwa nach irgend einem Landesrechte erheben kann, (mithin actio empti,<sup>15)</sup> Redhibitionsklage, Preisminderungsklage), in 6 Monaten von der Ablieferung an den Käufer an gerechnet,<sup>16)</sup> verjähren,<sup>17)</sup> es wäre denn, dass dem Verkäufer ein Betrug zur Last fällt.<sup>18)</sup> Weiter reicht der Einfluss des Handelsgesetzbuches auf die Landesrechte in Bezug auf die Klagen wegen Mangelhaftigkeit der Waare nicht.

Für das Geltungsgebiet des gemeinen (römischen) Rechts ist darauf auf-

---

haften Waare (innerhalb 6 Monaten) anzustellen. Zu b) Hat der Verkäufer die Fehler der Waare gekannt und dem Käufer arglistig verheimlicht, so hat der Käufer das Recht, mit der actio empti den Ersatz des Interesses vom Verkäufer zu verlangen; dasselbe Recht hat der Käufer, wenn die Waare nicht die verkehrsmässig vorauszusetzenden guten Eigenschaften hat. Zu c) Hat der Verkäufer die Fehler der Waare nicht gekannt, sind dieselben derart, dass der Käufer deren Abwesenheit voraussetzen durfte, weil deren Anwesenheit die Waare nach allgemeinen Verkehrsbegriffen zu einer schlechten machen und den Gebrauch derselben beeinträchtigen würde, so kann der Käufer nach seiner Wahl die actio quanti minoris oder die actio redhibitoria gegen den Verkäufer anstellen, nicht aber die actio empti auf das Interesse. — Das Gesagte gilt vom Spezialkaufe unbestritten; dagegen ist die Zulässigkeit der ädilitischen Klagen im Genuskaufe ungemein bestritten, s. oben Text S. 674. Ueber die Kontroversen und die Entscheidungen d. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 36 S. 181 u. Bd. V Nr. 55 S. 253, Nr. 92 S. 399 sowie der Plenarbeschluss d. R.O.H.G., welcher sich für die Zulässigkeit der ädilitischen Klagen im Genuskaufe ausspricht, s. ganz besonders Goldschmidt, G.Z. Bd. XIX S. 98—122 u. Thöl, H.R. § 275 Anm. 17. Ueber diese Klagen s. Windscheid, P. §§ 393, 395. Seuffert, Prakt. P.Recht §§ 265—267.

<sup>13)</sup> Mindestens im Distanzgeschäft, Näheres s. unten S. 676 ff.

<sup>14)</sup> Hievon handelt ausführlich § 274.

<sup>15)</sup> Sind vertragswidrig vom Verkäufer nichtumlaufsfähige Werthpapiere geliefert und ist desshalb vom Käufer auf Umtausch geklagt, so ist in der Klage nicht die Wandelungsklage, sondern die Kontraktklage auf Erfüllung des Kaufvertrags (und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung) zu sehen. R.G. Bd. IV Nr. 56 S. 195 ff.

<sup>16)</sup> H.G.B. Art. 349. Vgl. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 36 S. 180; Bd. V Nr. 11 S. 51.

<sup>17)</sup> Auch die auf das ädilitische Edikt gegründeten Einreden verjähren möglicherweise R.G. Bd. II Nr. 40 S. 158.

<sup>18)</sup> H.G.B. Art. 350.

merksam zu machen, dass, wenn es sich um einen **Spezialkauf** handelt, die Rechtsmittel des ädilischen Edikts — *actio quanti minoris* und *redhibitoria actio* — auch im Handelsrecht, soweit sie nicht durch Usancen ausgeschlossen sind, angewandt werden können, und zwar unter Umständen in elektiver Konkurrenz mit den durch Art. 355 d. H.G.B. festgestellten Kontraktsklagen auf Erfüllung und Schadenersatz oder auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung.<sup>19)</sup> Wo der Käufer die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder das Abgehen vom Vertrage wählt, da ist, mit Ausnahme des Fixgeschäftes,<sup>20)</sup> dem Verkäufer die gesetzliche Frist zur Nachlieferung noch vorzustecken. Auch die **ädilitische Redhibition** ist an diese Voraussetzung gebunden.<sup>21)</sup> Die nemlichen Regeln gelten auch hinsichtlich des unerfüllten und des nicht gehörig erfüllten **Genuskaufes**; nur ist hier die *actio quanti minoris* **unanwendbar**: das Handelsrecht kennt keine Verpflichtung des Verkäufers, die Waare, welche dem Käufer mit fakturirtem Preise zugesandt wurde aber mangelhaft ist, dem Empfänger um einen niedrigeren als den vereinbarten Preis ablassen zu müssen. Es widerspricht der Verkehrssicherheit völlig, dem Käufer zu gestatten, den Preis der Waare wegen Mangelhaftigkeit einfach zu kürzen und um den verringerten Preis die Waare zu behalten, auch wenn der Verkäufer dieses nicht will, sondern lieber den Schaden ersetzen oder anstatt der beanstandeten Waare andere, vertragsmässige liefern wollte. Im Genuskaufe entsteht in Bezug auf eine Waarenlieferung nur die Alternative: Ist nach Ansicht des Käufers durch diese Waarenlieferung der Kauf erfüllt oder nicht; hält ihn der Käufer für erfüllt, dann muss er den vereinbarten Preis voll bezahlen, hält er ihn nicht für erfüllt, so darf er die Waare nicht behalten (Preisminderungsforderung ist ausgeschlossen) und es ist dann zu verfahren, wie wenn der Verkäufer noch gar nichts geliefert hätte, sondern mit der Uebergabe der (richtigen) Waare im Verzuge wäre; will der Käufer alsdann statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder von dem Vertrage abgehen, so muss er dies dem Verkäufer anzeigen und ihm dabei, sofern das Geschäft kein Fixgeschäft ist<sup>22)</sup> und die Natur des Geschäfts auch sonst nicht im Wege steht, eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. Die Preiskürzungsklage ist demnach ausgeschlossen und die Redhibitionsklage in der Regel an die Voraussetzung einer Nachlieferungsfrist geknüpft.<sup>23)</sup>

<sup>19)</sup> Vgl. R.G. III Nr. 60 S. 213.

<sup>20)</sup> H.G.B. Art. 357.

<sup>21)</sup> H.G.B. Art. 356.

<sup>22)</sup> H.G.B. Art. 357, s. unten ff. Abschnitt (Grünhut).

<sup>23)</sup> Die hier vertretene Ansicht stimmt mit der von Windscheid aufgestellten Lehre — § 394 Ziff. 5 — im Wesentlichen überein; nur ist vom Standpunkte des Handelsrechts aus nicht zuzugestehen, dass zum Redhibitionsverlangen des Käufers der Nachweis gehöre, dass sein Interesse ihn berechtere, eine Nachlieferung zurückzuweisen, und dass wenn dieser Nachweis nicht vorliege, die Nachlieferung d. h. die Lieferung anderer

III. Die nicht rechtzeitig vom Käufer beanstandete Waare gilt als von ihm **genehmigt**; der Käufer hat demnach bei Meidung des Verlustes seiner Klage- und Einrederechte die Pflicht, die zugesandte Waare unverzüglich nach der Abnahme zu untersuchen, um sich Kenntniss von dem Zustande der Waare zu verschaffen, und wenn sich diese nicht als vertragsmässig oder gesetzmässig herausstellt, so muss der Käufer dem Verkäufer sofort davon Anzeige machen;<sup>24)</sup> versäumt er dies, so gilt die Waare, insoweit es sich um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange erkennbar waren, als genehmigt. Das mit diesen Sätzen vom Handelsgesetzbuche statuirte Rechtsinstitut der „**Dispositionsstellung**“ folgt aus dem höheren, theils auf Gewohnheitsrecht, theils auf dem Gesetze gegründeten Rechte der **handelsrechtlichen Rügepflicht**, welche jedem infolge eines Kaufes Waaren Empfangenden bei Meidung der Billigung der Zusendung obliegt; die „Dispositionsstellung“ (im engeren und eigentlichen Sinne) bildet nur einen bestimmten und **einzelnen** Fall der Rüge, nemlich die **Rüge wegen Mangelhaftigkeit der Waare selbst**; sie findet nur Anwendung im Distanzgeschäft, d. h. wenn die Waare dem Käufer von einem andern Orte übersendet wurde,<sup>25)</sup> nur Anwendung aus Veranlassung der Mangelhaftigkeit bestellter Waaren.<sup>26)</sup>

Die handelsrechtliche Rügepflicht überhaupt und die Dispositionsstellung insbesondere — das Eine wie das Andere mit dem Präjudiz der Genehmigung — ist an folgende **Voraussetzungen** geknüpft:

---

Waare statt der zurückgewiesenen nicht blos Pflicht, sondern auch Recht des Verkäufers sei. Vielmehr ist der Fall der Lieferung kontraktwidriger Waare, welche wegen Kontraktwidrigkeit richtig zur Disposition gestellt wurde, ein Fall des Verzugs des Verkäufers geworden und genau als solcher zu behandeln; der Rücktritt vom Vertrage sowie jeder andere Verzicht auf Nachlieferung setzt sonst regelmässig die Gewährung einer Nachlieferungsfrist voraus. Eine Berechtigung, das Gelieferte unter Kürzung des Kaufpreises zu behalten (*actio quanti minoris*), gesteht Windscheid dem Käufer nur unter der Voraussetzung zu, dass er beweisen kann, dass das Behalten im Interesse auch des Verkäufers liege; handelsrechtlich liegt — für die Fälle des Art. 347 — die Sache so, dass das Behalten mit Preisabzug zunächst nicht in Frage kommen kann; denn das Gelieferte wird entweder zur Disposition gestellt oder nicht, letzterenfalls ist die Waare genehmigt, ersterenfalls nicht, sondern dem Verkäufer thatsächlich redhibirt, wieder zur Verfügung gestellt; auf einem Umwege, wenn das beiderseitige Interesse das Behalten mit Preiskürzung fordert, kann die Rüge allerdings zu diesem Resultate führen. — Die Lit. der erwähnten Streitfrage s. Windscheid, P. § 394, insbes. Anm. 19–27. Gareis, Das Stellen zur Disposition, S. 152–157 insbes. die Anmerkungen daselbst.

<sup>24)</sup> H.G.B. Art. 347.

<sup>25)</sup> S. oben § 268 A. I, 4 II S. 616.

<sup>26)</sup> Die Theorie und die Rechtssprechung haben sich die Existenz und Tragweite der Rügepflicht und das Verhältniss der Dispositionsstellung zu dieser noch nicht klar gemacht; eine wenig erfreuliche Unsicherheit in den Entscheidungen ist die Folge hievon; es wird der Gedanke des Art. 347 und das Erforderniss der Dispositionsstellung abgewiesen in Fällen, für welche der nemliche Gerichtshof ausdrücklich die Reklamation bei Meidung der Genehmigung fordert (vgl. die Anm. 52 S. 682 ff., Behandlung der Quantitätsmängel), aber ein prinzipieller Unterschied gemacht zwischen der Berechtigung zur

Uebersendung von einem andern Orte,  
Bestellung der Waare Seitens des Käufers,  
Mangelhaftigkeit.

1. **Distanzgeschäft.** Die im Gesetze<sup>27)</sup> vorgeschriebene Beobachtung gewisser Normen, nach welchen die Lieferbarkeit oder Nichtlieferbarkeit der Waare unter den Beteiligten festgestellt werden soll (ordnungsmässige Untersuchung der abgenommenen Waare zum Zwecke ordnungsmässiger Beanstandung) bezieht sich<sup>28)</sup> nur auf den Fall, dass die Waare von einem anderen Orte<sup>29)</sup> übersendet ist, folglich jene Feststellung durch die räumliche Trennung der Beteiligten erschwert ist und sich vermehrte Gelegenheit zu Zweifeln und Streitigkeiten über die Lieferbarkeit u. s. w. bietet; auf Platzgeschäfte<sup>30)</sup> findet demnach das Recht der Dispositionsstellung keine Anwendung.<sup>31)</sup>

Dennoch gelten in Bezug auf die Beanstandung mangelhafter Waaren und die Geltendmachung der Mangelhaftigkeit eine Anzahl von Regeln, welche aus dem Prinzip der handelsrechtlichen Rügepflicht folgen, ebensowohl für Platzgeschäfte wie für Distanzgeschäfte.<sup>32)</sup>

Dispositionsstellung und der Berechtigung zur Preisreduktion (vgl. R.O.H.G. Bd. I Nr. 48 S. 166, Bd. VI Nr. 28 S. 145, Bd. X Nr. 68 S. 308).

<sup>27)</sup> Art. 347.

<sup>28)</sup> Nach dem H.G.B., Partikularrechte stellen andere Normen auf; so dehnt das Bremer Einführungsgesetz zum H.G.B. (§ 33), ferner das für Oldenburg (Art. 24), für Hannover (§ 28), und für Mecklenburg (§ 39) den Art. 347 ausdrücklich auf Platzgeschäft aus. Aehnliches statuiren Usancen vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 8 Anm. 4 (S. 28) u. v. Hahn, Komm. 2. Aufl. II. Bd. S. 318, 319; ebenda S. 318 (§ 28) s. die Bestimmung des Hamburger Einf.G. (§ 43).

<sup>29)</sup> S. oben S. 618—619.

<sup>30)</sup> S. oben S. 616.

<sup>31)</sup> Ueber analoge Anwendung des Art. 347 auf Platzgeschäfte im Allgemeinen s. Hoffmann im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. Bd. III S. 163—164 (auch Anm. 17) und Wolff in Buschs Arch. f. H.R. Bd. XV S. 302 und sehr ausführlich v. Hahn, Komm. 2. Aufl. Bd. II S. 316 ff. In der That kann weder Analogie noch ausdehnende Interpretation dazu berechtigen, die Bestimmungen des Art. 347 auf Platzgeschäfte anzuwenden; die näheren Erörterungen hierüber s. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 26—28. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 84 S. 259, 260.

<sup>32)</sup> Die Quellen dieser Identität gewisser Rechtsregeln für das Platz- und Distanzgeschäft s. bei Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 28 ff. — Es wird behauptet: bei Platzgeschäften steht der Verkäufer für die beim Kaufabschlusse sichtbaren Mängel nicht ein, — beim Distanzgeschäfte aber auch für solche, sofern sie nur alsbald nach der Ablieferung vom Käufer angezeigt sind (s. R.O.H.G. in zahlreichen Erkenntnissen z. B. Bd. II Nr. 16 S. 82, Nr. 24 S. 99, IV Nr. 10 S. 42, Nr. 36, S. 179, VI Nr. 53 S. 237, VII Nr. 1 S. 7, IX Nr. 18 S. 51, X Nr. 76 S. 337, Nr. 79 S. 347, XXIV Nr. 14 S. 50). Es ist aber darauf aufmerksam zu machen, dass auch im Distanzgeschäft die Waare beim Vertragsabschlusse vor Augen der Kontrahenten liegen kann, und dass alsdann auch im Distanzgeschäfte die beim Abschlusse sichtbaren Mängel nicht hinterher als Grund zur Beanstandung geltend gemacht werden können.



Dies gilt nicht blos für die Frage der Nothwendigkeit der Dispositionsstellung unbestellter Waaren,<sup>33)</sup> sondern auch von bestellten Waaren, insofern nemlich

a. die vom Käufer erkannten Mängel der empfangenen Waare sofort nach deren Erkennung dem Verkäufer angezeigt werden müssen und

b. die sechsmonatliche Verjährungsfrist des Beanstandungsrechtes auch auf Platzgeschäfte anzuwenden ist.

Zu a. Die von Artikel 347 vorgeschriebene Untersuchung ist nur bei Distanzgeschäften gefordert, für Platzkäufer besteht die in Art. 347 festgestellte Untersuchungs- und Anzeigepflicht nicht. Wenn sich aber bei einer trotzdem vorgenommenen Untersuchung oder ohne solche im Platzgeschäfte Mängel der Waare ergeben, so ist zu unterscheiden, wann sich diese Mangelhaftigkeit herausstellte:

a. Die sofort bei der Uebergabe (Ueberlieferung) erkennbaren Fehler der Waare können nach der Uebernahme (in welcher der zweite Theil des Traditionsaktes, dann die Wegnahme und in der Regel auch eine provisorische Billigung zusammenfallen, s. oben S. 658 ff.) nicht mehr geltend gemacht werden; die Dispositionsstellung wegen sofort sichtbarer Mängel ist im Platzgeschäft regelmässig ausgeschlossen; ist die Klausel „wie zu besehen“, oder eine ähnliche gebraucht, so ist der Käufer damit zur Prüfung aufgefordert und die Ausschliessung der Reklamation wegen solcher Umstände, die in die Augen fallen, selbstverständlich; aber auch dann, wenn derartige Klauseln nicht gebraucht sind, ist die Ausschliessung der Beanstandung wegen offenkundiger Fehler zweifellos, denn da wo keine Uebersendung der Waare an einen anderen Ort den Uebergang derselben vom Verkäufer zum Käufer zu vermitteln hat, kann und soll sich der Letztere Kenntniss vom Zustande der Waare verschaffen, ehe sie der Verkäufer aus der Hand lässt und ihm überliefert.<sup>34)</sup> Unterlässt der Platzkäufer diese Besichtigung oder sonstige Kenntnissnahme, welche jeder Vernünftige beim Handel mit der vor Augen liegenden und sofort zu übergabenden Waare vornimmt, so

<sup>33)</sup> S. unter 2 S. 680 ff.

<sup>34)</sup> „Scientes enim non tam ab aliis decipiuntur, quam semetipsos decipiunt, et qui facile scire potuit pro sciente habetur, ne melioris condicionis sint stulti quam periti. Leyer spec. 240 § 9. Gleiche Beschaffenheit hat es mit Mängeln, welche zwar nicht so geschwind in das Auge fallen, doch bei genauer Einsicht, sonderbar von einem Connoisseur, leicht zu erkennen sind, Cod. Max. bav. civ. IV 3 § 23 nr. 7 Lauterbach § 12, Stryck § 7, denn da heisst es: Wer die Augen nicht aufthut, der thut den Beutel auf. Estor, Teutsch-R. § 1097, § 4133 et curiosus debet esse emtor, ne ejusmodi vitiis aperto oculo hallucinetur. Coccejus de curiositate legali proficua cap. 4 concl. 10.“ v. Kreittmayr, Anmerkungen über den codicem Max. bav. civ. IV S. 222. Vgl. Thöl, H.R. § 273 Anm. 37 (S. 902). Gareis, kurzgef. H.R. § 59 Ziff. 8. Nur dann, wenn eine stillschweigende Billigung vorausgesetzt werden kann, die der dem Zuwägen zusehende Käufer thatsächlich zu erkennen gibt, nur dann ist es — abgesehen von andersnormirenden Partikularrechten — richtig, dass der Verkäufer (— für die offenkundigen Fehler —) nicht mehr haftet, sobald „die Waare die Wagschale passirt habe“. Vgl. Thöl, H.R. 6 Aufl. S. 927.

ist dieses Unterlassen als Verzicht aufzufassen; eben daraus folgt aber, dass überall da, wo und insoweit als eine Besichtigung und sonstige Prüfung auch im Platzhandel nicht sofort möglich ist, die nachfolgende Geltendmachung der Mängel gestattet sein muss. Ausserdem ist eine Dispositionsstellung der im Platzhandel gekauften Waare nach der Empfangnahme noch dann zulässig, wenn die Möglichkeit späterer Beanstandung ausdrücklich vorbehalten wurde.<sup>35)</sup>

β. Ergeben sich später Mängel der Waare, welche nicht sofort bei der Ueberlieferung erkennbar waren, d. h.: nicht sofort bei der durch die Waarenübergabe bewirkten Verkaufserfüllung erkannt werden konnten und darum auch mussten, so ist auch im Platzgeschäft eine Beanstandung wegen Mangelhaftigkeit gestattet; die sog. „verborgenen“ d. h. nicht sofort erkennbaren, sondern erst bei einer besonderen Prüfung, oder beim Verbrauch oder Gebrauch sich ergebenden Mängel können vom Käufer gegen den Verkäufer geltend gemacht werden.<sup>36)</sup> Will der Käufer diese Mangelhaftigkeit geltend machen und demgemäss die Waare dem Verkäufer zur Disposition stellen, so muss er die Beanstandungsanzeige — ebenso wie der Distanzkäufer — sofort nach der Entdeckung des Mangels, so rasch als dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgange thunlich ist, unter Bezeichnung des Fehlers an den Verkäufer richten. Die Verpflichtung des Käufers, sofort nach der Entdeckung des Mangels denselben dem Verkäufer anzuzeigen, ist nicht blos in der Billigkeit begründet, wodurch sie juristische Bedeutung nicht erlangen würde, sondern durch ein Gewohnheitsrecht aufgestellt.<sup>37)</sup> Die Entwicklung dieses Gewohnheitsrechts lief vollkommen in den Bahnen, nach welchen sich der Handel getrieben von Treue und Glauben bewegt: es würde der kaufmännischen Offenheit und Redlichkeit grundsätzlich widersprechen, dass der Empfänger die als fehlerhaft erkannte Waare schweigend bei sich liegen lässt und mit der Anzeige wartet, bis er auf Zahlung des Preises belangt würde. Nicht weniger natürlich gegeben erscheint aber die Rechtsfolge, welche sich an das Unterlassen der Anzeige knüpft: versäumt der Käufer, dem Verkäufer den entdeckten Fehler sofort anzuzeigen, so gilt die Waare als — hinsichtlich des erkannten Fehlers — genehmigt.<sup>38)</sup> Die

<sup>35)</sup> Vgl. Erk. d. H.App.G. zu Nürnberg v. 15. Oktbr. 1866, Zeitschr. f. G.G. u. Rechtspf. in Bayern Bd. XIII S. 157 u. vom 8. Nov. 1867, Sammlung v. handelsapp.g. Entsch. Bd. I S. 537. — Vgl. übrigens auch unten S. 689.

<sup>36)</sup> Verborgene Fehler berechtigen allerdings auch beim Platzkaufe zur nachträglichen Beanstandung; aber die Vermischung reiner Wolle mit Wolle von rüdigigen Schafen kann nicht als verborgener Fehler angesehen werden. Erk. d. H.App.G. zu Nürnberg v. 8. Nov. 1877. Sammlung der Entsch. dieses Gerichtshofs Bd. I S. 537.

<sup>37)</sup> Die Zeugnisse für dieses Gewohnheitsrecht s. Thöl, H.R. 6. Aufl. § 278 Anm. 28 u. 31 (vgl. 4. Aufl. § 84 Anm. 6) u. Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit 1859 S. 30.

<sup>38)</sup> R.O.H.G. Bd. IX Nr. 18 S. 51 ff.; Goldschmidt, Lucca-Pistoja-Aktien-Streit 1859) S. 30. Anderer Ansicht ist Thöl (4. Aufl. § 84, S. 498; 6. Aufl. § 278, S. 929), der mit dem Unterlassen der sofortigen Anzeige nur den Rechtsnachtheil verknüpft, dass der Käufer dem Verkäufer für das Interesse hafte und jedenfalls den Beweis der Nichtempfangbarkeit zu führen habe (in den älteren Auflagen spricht Thöl nicht von

sofortige Anzeige, zu welcher der Käufer demnach bei Meidung des Rechtsnachteils der Billigung mangelhafter Waare verpflichtet ist, hat keine andere Natur, als die dem Käufer im Distanzgeschäfte obliegende Anzeige (Dispositionsstellung); sie ist die Mittheilung, dass man sich die vom Verkäufer versuchte Vertragserfüllung nicht gefallen lassen könne, noch auch wolle (und zwar wegen der namhaft zu machenden Mangelhaftigkeit), damit verzichtet man darauf, die überlieferte Waare als Vertragserfüllungsobjekt zu behalten und stellt sie somit zunächst bis auf Weiteres zur Verfügung des Verkäufers.<sup>39)</sup>

Von diesen Grundsätzen weichen lokale Rechte nach zwei Richtungen hin ab: einerseits indem nicht bloß eine Anzeige, sondern auch eine Untersuchungspflicht für das Platzgeschäft ebenso wie im Distanzgeschäft statuirt wird,<sup>40)</sup> andererseits, indem jede spätere Beanstandung wegen verborgener Mängel (oben  $\beta$ ) gerade so wie die Beanstandung wegen offenkundiger Mängel (oben  $\alpha$ ) ausgeschlossen wird.<sup>41)</sup>

Zu b. Auch im Platzgeschäft kann die Beanstandung nicht nach Ablauf von 6 Monaten, von der Ablieferung an gerechnet, erfolgen: die vom Gesetze<sup>42)</sup> aufgestellte Verjährungsfrist gilt nicht bloß für Distanzkäufe, sondern auch für das Platzgeschäft. Es folgt dies aus der nicht zwischen Distanz- und Platz-

---

der Interessehaftung, sondern nur von der zuletzt erwähnten Beweislast); Thöl hält einen andern Rechtsnachtheil weder für billig, noch durch irgend einen Rechtssatz begründet; der Käufer vergeblich in seinem durch die Nichtempfangbarkeit begründeten Rechte durch die Unterlassung der Anzeige Nichts; selbst das Wissen der Nichtempfangbarkeit beim Empfang ohne Anzeige und Protestation schliesse seinen Rechtsanspruch an und für sich nicht aus, sondern nur dann, wenn begleitende Umstände unabweislich einen Verzicht herausstellten. Zur Begründung dieser Ansicht führt Thöl kein Zeugniß an: und doch bedürfte auch die Statuirung der Beweislast als Rechtsfolge eines Anhalts im positiven Rechte; der Gewohnheitssatz aber statuirt die Fiktion der Genehmigung als Rechtsfolge und nichts ist natürlicher als dass dies geschieht: sind ja doch die beiden Kontrahenten im Platzhandel regelmässig in der Lage, sehr leicht und unmittelbar mit einander zu verhandeln und wenig würde es der Billigkeit entsprechen, die — rücksichtslos oder gar heimtückisch sich ausnehmende — Verzögerung der Anzeige in den Fällen für zulässig zu halten, in denen die Anzeige noch leichter und schneller als im Distanzgeschäfte erfolgen könnte; unter Umständen trifft den Käufer, der prozessualen Lage nach, ohnehin die Beweislast (s. Gareis, Das Stellen zur Disposition, § 56), die Unterlassung der für den Verkäufer so wesentlichen Anzeige wäre in diesen Fällen alsdann ohne jeglichen Rechtsnachtheil. Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 31, 32).

<sup>39)</sup> Anderer Ansicht Thöl a. a. O. 6. Aufl. § 278 Anm. 34 S. 931. Richtig ist, dass der die Beanstandung anzeigende Käufer nicht zugleich mittheilen muss, welches von den durch die Nichtempfangbarkeit für ihn begründeten Rechten er geltend zu machen beabsichtige. So Thöl; anderer Ansicht ist Brinckmann, H.R. § 74, s. Thöl a. a. O. Anm. 32 (4. Aufl. Anm. 9 zu § 84). Vgl. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 14 S. 50, 51 u. Thöl a. a. O. Anm. 33.

<sup>40)</sup> Nürnberger Recht. S. Thöl, H.R. 6. Aufl. § 278 Anm. 25 (4. Aufl. § 84 Anm. 4).

<sup>41)</sup> Diese Ausschliessung späterer Reklamation besteht da wo der „merkantilsche Empfang“ Rechtens ist, hauptsächlich in hanseatischen Handelsstädten s. Thöl (6. Aufl.) § 280 a. E. u. Anm. 17 a, § 278 Anm. 25.

<sup>42)</sup> H.G.B. Art. 349.

geschäft unterscheidenden Ausdrucksweise des Gesetzes,<sup>43)</sup> entspricht übrigens auch dem praktischen Bedürfnisse und der Billigkeit, ist aber sehr bestritten.<sup>44)</sup>

2. Die zweite Voraussetzung der Dispositionsstellung ist das Vorhandensein eines Kaufes, eines abgeschlossenen Kaufes, auf Grund dessen eine Waare zugesandt oder sonst übergeben wurde.<sup>45)</sup> Soweit das Anwendungsgebiet des Artikels 347 des H.G.B. reicht, ist die Aufstellung dieser Voraussetzung richtig; die auf Art. 347 gegründete Dispositionsstellung existirt nur für den Fall, dass eine Waare bestellt wurde und dass alsdann die Zusendung nicht der Bestellung entspricht. Nun kann es aber sein, dass Letzteres, nemlich die Inkongruenz von Bestellung und Zusendung, darin besteht, dass dem Waarenempfänger vom Verkäufer eine ganz andere Waare als diejenige, welche er bestellt, zugesandt wird; dann ist die Bestellung überhaupt nicht vollzogen, sondern eine unbe-

<sup>43)</sup> *Lege (Art. 349) non distinguente nec nostrum est distinguere.*

<sup>44)</sup> Es herrschen darüber, ob Art. 349 auch auf Platzgeschäfte oder im Anschluss an Art. 347 nur auf Distanzgeschäfte anwendbar sei, drei Meinungen, die des R.O.H.G., die des Berliner Obertribunals und die im Text vertretene. Ueber die letztere s. Gareis, Das Stellen zur Disposition 1870 S. 33, 34. Voigtel in Buschs Arch. Bd. II S. 397 ff. u. vgl. auch Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 276 (Thöl spricht sich übrigens nicht ganz klar aus: denn in Anm. 3 sagt er, dass das H.G.B. für den Fall, dass der Kauf ein Platzgeschäft sei, keine Bestimmungen enthalte und in Anm. 6 macht er geltend, dass der ganze Art. 349 allgemein rede, folgeweise aus Absatz 3 desselben nicht der Schluss gezogen werden dürfe, dass Art. 349 nur von Distanzgeschäften (Uebersendungs geschäften) zu verstehen sei; im Texte (S. 919) wird erklärt, dass in dem für das Uebersendungs geschäft ausgesprochenen Satze auch für das Abholungsgeschäft der Satz zu finden ist, dass die nicht erloschenen Einreden perpetuirliche sind. Der Polemik Thöls gegen v. Hahn (in Anm. 6) ist völlig beizustimmen, v. Hahn hat seine Meinung jedoch in der 2. Aufl. Bd. II S. 335 modifizirt und unifizirt, er ist jetzt ganz auf den Standpunkt des R.O.H.G. getreten.) Das R.O.H.G. ist der Ansicht, dass der Art. 349 nur auf Distanzgeschäfte Anwendung finde und insbesondere sich die Verjährungsfrist nicht auf Platzgeschäfte beziehe (R.O.H.G. Bd. IV Nr. 36 S. 179, 184, Bd. X Nr. 76 S. 336, Nr. 79 S. 349, Bd. XI Nr. 21 S. 45, Bd. XVI Nr. 104 S. 411, Bd. XXIV Nr. 14 S. 51). Das Berathungsmaterial der Kommission bietet ebensowenig wie der Wortlaut des Gesetzes einen Anhaltspunkt für diese Auffassung, s. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 33 u. Voigtel a. a. O. ebensowenig liegt aber auch in dem Verkehrsbedürfniss irgend welche Veranlassung, dem allgemein sprechenden Gesetzesartikel beschränkenden Zwang anzuthun. Eine dritte Ansicht vertritt das Berliner Obertribunal (Striethorst, Bd. 76 S. 103, Entscheidungen Bd. 62 S. 208), nemlich die, der erste und zweite Absatz des Art. 349 enthielten allgemeine Vorschriften, ohne Unterschied ob der Kauf ein Distanz- oder ein Platzgeschäft sei, der dritte Absatz aber handle nur vom Distanzgeschäft, wie die Verweisung auf Art. 347 ergebe. Die richtige Auffassung des Abs. 3 des Art. 347 macht Thöl trefflich geltend, das in Abs. 3 enthaltene Citat des Art. 347 rechtfertigt einen einschränkenden Schluss keineswegs. Die Anzeige des verborgenen, später entdeckten Mangels ist allgemein erforderlich, auch im Platzgeschäft, kraft Wohnheitsrecht wie oben unter a gezeigt wurde. Der Meinung des R.O.H.G. schliessen sich die Kommentatoren d. H.G.B. z. B. Makower 8. Aufl. S. 378 Anm. 29 b an, vgl. auch Goldschmidts Z. Bd. XVIII S. 230, allein ich finde nirgends einen Grund, von meiner vor 12 Jahren aufgestellten, sich dem Art. 349 treu anschliessenden Ansicht abzuweichen.

<sup>45)</sup> R.O.H.G. Bd. IV Nr. 68 S. 335, 338, Bd. X Nr. 26 S. 142.

stellte Waare geliefert.<sup>46)</sup> Die Möglichkeit bildet den Uebergang zur Annahme einer Dispositionsstellung unbestellter Waaren für diejenigen Fälle, in denen gar keine Bestellung vorlag.

Die Dispositionsstellung unbestellter Waaren ist die Zurückweisung von Waaren, welche aus dem Grunde erfolgt, weil ein Kaufvertrag über diese Waaren weder abgeschlossen worden ist, noch werden soll. Die praktisch relevante Frage ist, ob unbestellt zugesandte Waaren zur Disposition des Absenders gestellt werden müssen, wenn der Empfänger nicht auf den Vertrag und die gleichzeitig angebotene Art der Lieferung u. s. w. eingehen will, m. a. W. welche Rechtswirkung die Unterlassung der Dispositionsstellung unbestellt zugesandter Waaren hat. Diese Frage ist dahin zu beantworten: die Dispositionsstellung unbestellt zugesandter Waaren ist (bei Meidung der Genehmigungsannahme) überall da erforderlich, wo aus dem Stillschweigen des Empfängers der Waaren auf die Annahme des in der Zusendung liegenden Antrags und die Billigung der ebenfalls in der Zusendung liegenden Erfüllungsart geschlossen werden kann, m. a. W. die Unterlassung der Dispositionsstellung unbestellt zugesandter Waaren bewirkt den Abschluss des Kaufvertrags in denjenigen Fällen, in welchen das Stillschweigen als Genehmigung des Antrags zu deuten ist. Von diesen Fällen wurde bereits (§ 262 VI 2 a, b, aa—ff) gesprochen.<sup>47)</sup> Das H.G.B. enthält keine Bestimmungen, welche sich direkt auf die Dispositionsstellung unbestellter Waaren beziehen,<sup>48)</sup> es sind theils Gewohnheitsrechtssätze (oder auch nur Gebräuche), theils allgemeine Grundsätze über Rechtsgeschäfte überhaupt, wonach das Recht der Dispositionsstellung unbestellter Waaren zu bilden ist. Hienach ist sowohl die Rechtsfolge der geschehenen, als auch die Rechtsfolge der versäumten Dispositionsstellung (Ablehnung und bezw. Annahme) zu beurtheilen.<sup>49)</sup> Im ersten Falle ist dem zur Disposition stellenden Waarenempfänger auch eine Klage auf Wiederabnahme des unbestellten Gutes gegen den Zusender zu gewähren.<sup>50)</sup>

3. Die dritte Voraussetzung des Eintritts einer begründeten Dispositionsstellung (bestellter Waaren) ist die **Mangelhaftigkeit** in der Erfüllungshandlung des Verkäufers, eine Kontraktwidrigkeit in der Leistung des Verkäufers. Diese Mangelhaftigkeit kann

<sup>46)</sup> Auf die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Qualitätsverschiedenheit und „anderes Objekt“ ist ausführlich aufmerksam gemacht bei Gareis, Das Stellen zur Disposition § 4 Anm. 2 (S. 15) u. § 18 Anm. 4 u. 5 (S. 57 ff.). S. hierüber auch unten S. 687—688.

<sup>47)</sup> Oben S. 572—574. Vgl. hiezu G.Z. Bd. XVII S. 243—250.

<sup>48)</sup> Art. 347 bezieht sich weder auf Käufe auf Besicht oder Probe (insolange sie nicht definitiv abgeschlossen werden), noch auf den Fall unbestellt zugesandter Waaren, sondern lediglich auf fest geschlossene Käufe. R.O.H.G. Bd. X Nr. 26 S. 144.

<sup>49)</sup> Gareis a. a. O., §§ 2, 28, 29, 54 B, 60. In Bezug auf das Detail sei hiermit auf die angeführten Stellen dieser Monographie verwiesen.

<sup>50)</sup> Ueber diese Klage, welche eventuell als *actio negotiorum gestorum* (gemeinrechtlich) zu konstruieren wäre, s. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 95 S. 356—362.

- a. entweder in dem **Erfüllungsobjekte** (der Waare) an sich liegen und in diesem Falle eine Abweichung vom Vertrage in Bezug auf
- α. die Qualität (mangelhafte Beschaffenheit der gelieferten Waare),
  - β. die Quantität (Zuviel- oder Zuweniglieferung), oder
  - γ. das Wesen der Waare selbst (Lieferung von „anderer Waare“ als bestellt war) in sich schliessen, oder
- b. in der **Handlung** der Erfüllung an sich liegen und in diesem Falle eine Abweichung vom Vertrage in Bezug auf
- α. die Zeit der Zusendung (Zufrüh- oder Zuspätlieferung),
  - β. den Ort der Zusendung,
  - γ. die Art der Zusendung, oder in Bezug auf
  - δ. den Preis
- in sich schliessen.

### 1. Die Vertragswidrigkeit als Grund der Rüge überhaupt. (Umfang der Rügepflicht im Allgemeinen, Pflicht der Fakturprüfung, Erheblichkeit der Vertragswidrigkeit.)

Die Frage, ob die Waare bzw. deren Zusendung in allen Modalitäten als genehmigt gilt, sofern nicht eine rechtzeitige Beanstandung das Gegentheil erklärt, ist vom Gesetze nur für den ersten der soeben erwähnten (a. α.) d. i. für den Fall der Dispositionsstellung im echten und engeren Sinne, ausdrücklich und direkt beantwortet: **Qualitätsmängel** sind als sanirt und die Waare trotz ihrer vertrags- oder gesetzwidrigen Beschaffenheit als genehmigt anzusehen, wenn der Empfänger versäumt, dem Zusender die mangelhafte Beschaffenheit rechtzeitig und richtig anzuzeigen, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche erst später erkennbar sind.<sup>51)</sup>

Allein viel weiter reicht das Verkehrsinteresse, die Usance und die Praxis; zögernd zwar, aber doch unverkennbar folgt die Rechtsprechung dem von Treue und Glauben und dem Verkehrsbedürfnisse geforderten und getragenen Grundsatz: **die Zusendung (Waare und Waarenlieferung) ist in allen Beziehungen als gebilligte Vertragserfüllung, als genehmigt anzusehen, wenn der Empfänger nicht sofort (d. i. sofort nach der nicht verspäteten Entdeckung des Mangels) reklamirt.**

Das Zögern der Rechtsprechung in der Durchführung des Grundsatzes der handelsrechtlichen Rügepflicht und des Genehmigungspräjudizes ist am bedeutendsten, ja die Ablehnung dieses Grundsatzes weit verbreitet, sofern es sich um **Quantitätsmängel** handelt.<sup>52)</sup> Ist der Quantitätsmangel, genauer: die Nicht-

<sup>51)</sup> Art. 347 Abs. 2.

<sup>52)</sup> Es ist insbes. das R.O.H.G., welches jenem Grundsatzes widerstrebte und mit einer in ihren Gründen schwerbegreiflichen Aengstlichkeit bemüht war, das Genehmigungsprinzip des Art. 347 nur für Qualitätsmängel, nicht aber für Quantitätsmängel gelten zu lassen. Quantitätsmängel sollen nur dann unter Art. 347—349 fallen, wenn die Quantität zugleich ein Bestimmungsmittel für die Qualität der Waare ist (so ist z. B. ungenügende Fadenlänge gelieferten Garnes ein Qualitätsmangel, R.O.H.G. XV Nr. 114 S. 411 und es

übereinstimmung der gelieferten mit der bestellten Waare in Bezug auf die Menge, das Maass, die Quantität, demnach entweder das Zuviel oder das Zuwenig bereits aus der Faktur ersichtlich, so ergibt sich die Nothwendigkeit der Beanstandung dieses Mangels aus dem Rechtssatze, dass der Käufer die Faktur prüfen und seine etwaigen Erinnerungen hiegegen ohne Verzug dem Verkäufer mittheilen muss.<sup>53)</sup> Erhellet der Quantitätsmangel nicht aus der Faktur, sondern erst

kann ein Manko in der Länge von „endlosem“ Tapetenpapier unter Umständen einen Qualitätsmangel bilden, wenn z. B. der Käufer bei der Bestellung der Tapeten eine bestimmte Länge eines einzigen ungetrennten Stückes als eine vertragsmässige Eigenschaft desselben bedungen hat, vgl. R.O.H.G. XV Nr. 86 S. 303). Deshalb muss nach der Ansicht des R.O.H.G. in jedem Falle genau geprüft werden, ob die Beanstandung der Waare wegen eines Qualitätsfehlers oder wegen eines Quantitätsmangels erfolgte. R.O.H.G. Bd. II Nr. 10 S. 60, auch Bd. I Nr. 35 S. 125, Bd. IV Nr. 25 S. 134. Die Rechtssätze, welche das R.O.H.G. im Falle von Quantitätsfehlern gelieferter Waaren in Anwendung bringt, sind folgende: Findet sich ein Manko in der Lieferung, so braucht der Käufer die gelieferte Waare dann nicht sofort zurückzuweisen, wenn sie theilbar ist, ja unter Umständen ist ihm die Zurückweisung der wirklich gelieferten, aber nicht das ganze Kaufobjekt bildenden Waare gar nicht gestattet (s. Art. 359 d. H.G.B.). Der gelieferte Theil darf nur dann zurückgewiesen werden, wenn er unverhältnissmässig klein und offenbar quantitativ gar nicht geeignet ist, so verwendet zu werden, wie die bestellte Quantität. Das an der Lieferung Fehlende muss aber jedenfalls, sobald es wahrgenommen ist, oder wahrgenommen werden musste, durch entsprechende Reklamation geltend gemacht werden. Wegen des bestellten aber nicht gelieferten Theiles der Waare treten die in Art. 355—359<sup>\*)</sup> normirten Rechte, nicht aber Dispositionsstellung ein. Ist nach der Natur der Waare die Theilbarkeit ausgeschlossen, die gelieferte Waare aber gegenüber der Bestellung ein Zuwenig, so ist sie eine ganz andere Waare als bestellt war und die sofortige Dispositionsstellung ist erforderlich, wenn nicht die Genehmigung der gelieferten Waare gefolgert werden soll. R.O.H.G. Bd. II Nr. 76 S. 317. Ueberschreitet die gelieferte Quantität die Bestellung, so kann der Empfänger die ganze Waarenlieferung zurückweisen, wenn die Ausscheidung des Zuviel, des Nichtbestellten, umständlich und zeitraubend ist; ist die Ausscheidung des nichtbestellten Theiles leicht vorzunehmen, so kann der Empfänger den bestellten Theil herausnehmen und als Vertragserfüllungsobjekt behalten, den nichtbestellten Theil aber als unbestellte Waare zur Disposition stellen; ist aber die Waare untheilbar, so ist die Zuviellieferung als Lieferung „anderer Waare“, nemlich unbestellter Waare vorhanden, welche als Nichterfüllung des abgeschlossenen Vertrags und als Anerbieten zu einem anderen gar nicht mit der Bestellung im Zusammenhange stehenden Verträge abzufassen ist. R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 67 S. 242. — Aus diesen Sätzen ergibt sich: Für den Fall der Zuweniglieferung wird die Reklamation gefordert, durch Unterlassung der Reklamation würde das Zuwenig genehmigt; für den Fall der Zuviellieferung ist sowohl bei Theilbarkeit als bei Untheilbarkeit der gelieferten Waare die Dispositionsstellung unbestellter Waaren in Frage; in dieser Beziehung würden wohl auch nach der Ansicht des R.O.H.G. die oben S. 572—574 und S. 662, aufgestellten Regeln zu beobachten sein. Ueber die ganze Kontroverse der Reklamation wegen Quantitätsmängel s. ausführlich Gareis, Das Stellen zur Disposition §§ 24, 25. Lit. ebenda S. 70.

<sup>53)</sup> Es besteht, wie das H.App.G. zu Nürnberg in einem Erk. v. 13. Juli 1868 konstatiert, ein allgemeiner Handelsgebrauch, welcher das im Texte Gesagte vorschreibt (Sammlung wichtiger Entsch. d. H.App.G. zu Nürnberg Bd. III S. 78 ff., mitgetheilt auch in Goldschmidts Z. Bd. XXIII S. 531 ff.). „Diese Verpflichtung, fährt das Nürnberger H.App.G. fort, entspricht dem Bedürfnisse des Handelsverkehrs, die Geschäfte möglichst

in Folge des Nachwägens, Nachmessens oder Nachzählens, so liegt die Nothwendigkeit einer sofortigen Monitor ebensowohl in dem Verkehrsbedürfniss wie in der Gewohnheit begründet. Mit den Beanstandungen der Waarenzusendung in irgend einer Beziehung zu warten, bis der Verkäufer den Kaufpreis fordert, widerspricht überall der Sicherheit und Reellität des Handels.<sup>54)</sup>

Es ist selbstverständlich, dass eine Beanstandung der nach vorgängiger Bestellung erfolgten Waarenzusendung nur wegen **erheblichen** Abweichungen vom Vertrage (von der Bestellung) stattfinden kann; ganz unerhebliche Abweichungen in Bezug auf Zeit, Art der Sendung u. s. w. in der Erfüllungshandlung gegenüber der Bestellung oder in der gesetzmässig vorauszusetzenden Beschaffenheit (im weitesten Sinne) muss sich der Käufer gefallen lassen.<sup>55)</sup> Ob die Differenz zwischen Bestellung einerseits und Waare oder Sendung (Sendungsart u. s. w.) andererseits erheblich sei oder nicht, lässt sich nicht durch eine allgemeine Regel feststellen. Zunächst entscheiden darüber die allgemeinen Verkehrsanschauungen; hienach ist in der Regel erheblich eine Abweichung vom Vertrage, durch welche die Waare ihre Brauchbarkeit, Lieferbarkeit, Empfangbarkeit oder Umsatzfähigkeit ganz oder theilweise verliert oder dem Empfänger Kosten entstehen. Von dieser allgemeinen Norm kann sich das besondere Vertragsverhältniss nach der einen oder andern Richtung entfernen: es ist möglich, dass nach der Intention der Parteien der eine oder andere Mangel mit in den Kauf zu nehmen ist (z. B. Beschädigung von Büchern im Antiquariatshandel, Mangelhaftigkeit der als „Ausschusswaare“ gekauften Artikel, der Ausschusscigarren u. dgl., Fehlerhaftigkeit einzelner Stücke im Aversionalkauf), häufiger aber noch dürfte eine Steigerung der Anforderungen an die gelieferte Waare dem Willen der Parteien entsprechen, dann nemlich, wenn eine nach den gewöhnlichen Verkehrsbegriffen unerhebliche Eigenschaft oder Handlungsweise im einzelnen Falle besonders und ernstlich<sup>56)</sup> bedungen ist. Erheblich ist jedes Abweichen der Lieferung von der Bestellung, durch welches die Waare, wenn auch vielleicht nicht nach den allgemeinen Verkehrsbegriffen, wohl aber nach den Geschäftsverhältnissen, Absichten oder Anschauungen der Kontrahenten weniger brauchbar wird oder sonst eine andere Bedeutung erhält als die bestellte Waare. Die Eigenart der verschiedenen Geschäftssphären gestattet nicht, eingehendere Regeln im Allgemeinen über die Erheb-

---

rasch abzuwickeln und festzustellen. Nimmt der Käufer die übersendete Waare ohne Einwendungen gegen die Faktura an, so drückt er nach kaufmännischer Rechtsanschauung dadurch faktisch sein Einverständniss mit den hierin proponirten Preisen, wenn nicht eben geringere vereinbart waren (über diese Einschränkung s. jedoch unten Anm. 77), sowie seine Anerkennung des fakturirten Lieferungsquantums aus.“

<sup>54)</sup> Ueber die Beanstandung einer Waarenzusendung wegen Quantitätsmängel (zu viel oder zu wenig Lieferung) s. übrigens Gareis, Das Stellen zur Disposition §§ 24, 25 (S. 70—74); ebenda s. auch die Literatur dieser bestrittenen Frage.

<sup>55)</sup> Erk. d. O.Trib. zu Berlin v. 3. März 1863 in Striethorsts Arch. Bd. 49 S. 138 und Buschs Arch. f. H.R. Bd. VI S. 53.

<sup>56)</sup> Nicht blosse vage Anpreisung. Vgl. R.O.H.G. Bd. III Nr. 54 S. 251, Bd. IV Nr. 31 S. 159, 161, X Nr. 76 S. 336.



lichkeit oder Nichterheblichkeit eines Mangels aufzustellen. Sowie sich das Gesetz<sup>57)</sup> damit begnügt, die Lieferung von Handelsgut „mittlerer Art und Güte“ für den Fall mangelnder näherer Vereinbarung vorzuschreiben, so kann für Prüfung der Uebereinstimmung von Lieferung und Bestellung ebenfalls nur eine ganz allgemeine Regel aufgestellt werden; dagegen haben die Handelsgebräuche, auch die Usancen und die aufgezeichneten Lieferungsregeln der Börsen, Produkten- wie Effektenbörsen und ähnlicher Institute, zahlreiche Einzelheiten aufgestellt und in Bezug auf Erheblichkeit oder Nichterheblichkeit minutiöse Details in Menge geliefert.<sup>58)</sup> In der Auslegung der Verträge ist zur Beantwortung der Frage,

<sup>57)</sup> Art. 335 d. H.G.B.

<sup>58)</sup> Dies lag auch völlig in der Absicht der mit der Abfassung des A. D. H.G.B. betrauten Kommission: man wollte den Usancen ausdrücklich die oben angedeutete Wirksamkeit wahren und der Handelsgebrauch sollte entscheidend sein, namentlich insofern er die Klassen der Waaren regelt. Prot. S. 590, 4580 ff. In der That haben sich auch sehr eingehende Usancen gebildet, die nicht blos die Beschaffenheit einer bestellten, im Verträge nicht näher beschriebenen Waare vorschreiben, sondern auch über die Relevanz von etwaigen Abweichungen gegenüber dem Verträge oder der gesetz- oder usancemässigen Beschaffenheit Richtpunkte aufstellen.

Hervorzuheben sind in dieser Hinsicht die Usancen der Produktenbörsen; es werden durch dieselben nicht blos die Qualitäten der zu liefernden Produkte und die zulässigen Abweichungen genau angegeben, sondern auch die näheren Umstände der Lieferung (Zeit, Ort, Emballage u. s. w.) mit äusserster Spezialisirung vorgeschrieben. S. Bedingungen im Berliner Produktengeschäft abgedruckt in Goldschmidts Z. Bd. XVII S. 174—189, (z. B. „der Kartoffelspiritus muss mindestens 80 % Tralles durchschnittlich stark geliefert werden; Verkäufer ist jedoch berechtigt, die Waare sowohl über 80 % Tralles durchschnittlich stark, als auch eine grössere oder geringere Literzahl als 12,500 Liter zu liefern; das gelieferte Quantum darf indes nur nicht mehr als 20,000 % vom Verkaufquantum differiren. Mehr oder weniger als 1,000,000 % wird zu dem am Kündigungstage festgesetzten Preise regulirt“), ferner ebenda Bd. XVIII S. 518, Bd. XXIV S. 232—241. Usancen der Frankfurter Produktenbörse s. ebenda Bd. VII S. 142, (z. B. „§ 27: Oel, welches nicht klar und rein (unvermischt) ist, gilt nicht als lieferbar, Rüböl muss, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, mindestens 38 % nach der Fischer'schen Oelwage wiegen“ u. s. w.), der Produktenbörse zu Breslau ebenda Bd. VIII S. 360, Bd. XXIV S. 241 ff., 250 ff. Ferner die Usancen im Getreidehandel zu Danzig, mitgetheilt von Koch in Buschs Arch. f. H.R. Bd. III S. 344 ff., wo z. B. statuiert ist, dass, wenn sich im Getreide gewisse Käfer, polnische Wölken genannt, befinden, der Käufer während der Zeit vom 15. Juni bis zum 10. Oktober berechtigt sei, die Annahme zu verweigern. Die Danziger Usance, dass ein Manko von  $\frac{1}{2}$  % als unerheblich zu betrachten sei s. Buschs Arch. Bd. IV S. 280 ff., 284. Usancemässige Reduktionen bei der Tarirung im Kolonialwaarenhandel nach Königsberger Handelsgebrauch s. Buschs Arch. Bd. X S. 131 ff. Nur zur Abrechnung des entsprechenden Preises nicht aber zur Dispositionsstellung der ganzen Lieferung berechtigt ein Manko von nicht über 1 Millimeter per brabantischer Elle Buckskin, Buschs Arch. Bd. XVI S. 25. Ueber die Usancen s. Auerbachs H.R. Bd. I S. 359 ff. Auf die Verschiedenheit der Warenqualitäten macht aufmerksam Goldschmidt i. s. H.R. (1. Aufl.) § 61. Vgl. auch die ebenda zusammengestellte Lit. Die Bedeutung der Zusicherung „bester Qualität“ (s. Erk. d. O.App.G. Dresden v. 7. April 1875) in Goldschmidt, Z. Bd. XXIII S. 540, „guter“ Waare (Erk. d. App.G. zu Celle v. 30. Nov. 1875) ebenda S. 540, 541, vgl. mit Goldschmidt, Z. Bd. XVII S. 239, die Zusicherung, dass die Waare (Holz) „gesund“ sei. (Erk. d. O.App.G. Lübeck v. 27. Januar 1870) ebenda Bd. XXIII S. 542, dass die Waare „haltbar“ sei, R.O.H.G. B. VII Nr. 110 S. 426, 429,

ob eine Eigenschaft wesentlich sei oder nicht, im Zweifel von der gewöhnlichen Verkehrsansicht auszugehen und eine Abweichung hievon nur anzunehmen, wenn die Abweichung durch besondere Umstände gerechtfertigt ist.<sup>59)</sup>

Sehr geneigt ist der Börsenverkehr, jede Abweichung in Bezug auf die Zeit der Lieferung als wesentlich und erheblich zu betrachten.<sup>60)</sup>

Die Lieferung weicht erheblich von der Bestellung ab, wenn die gelieferte Waare ein „ganz anderes Objekt“ ist, als bestellt war.

Dabei ist zu unterscheiden:

1. Ist das gelieferte Objekt schon nach ganz allgemeinen Verkehrsbegriffen eine ganz andere Waare als die bestellte und zu liefernde, so dass klar ist, dass die geschehene Waarenlieferung nicht als Erfüllung des abgeschlossenen Kaufs, weil nicht als Effektivierung der Bestellung aufgefasst werden kann, so sind nicht die Grundsätze von der Dispositionsstellung wegen Qualitätsmängel, sondern die von der Dispositionsstellung unbestellter Waaren anzuwenden. Das vom Artikel 347 angedrohte Präjudiz der Genehmigung der Erfüllung ist demnach überall da unanwendbar, wo wirklich „aliud pro alio“ geliefert und es ist demnach in solchen Fällen anzunehmen: a. die bestellte Waare ist nicht geliefert, der abgeschlossene Kauf nicht erfüllt, der Verkäufer demnach mit der

Vgl. ferner bei Gareis a. a. O., S. 60 Ziff. 3—7. Aber auch die Usancen der Fondsbörsen gehen ungemein ins Detail, sofern sie die Einzelheiten der Lieferungen, die Relevanz der Beschaffenheit u. dgl. behandeln. Vgl. die Usancen der Berliner Fondsbörse in Goldschmidts Z. f. d. ges. H.R. Bd. XI S. 359, Bd. XIV S. 468, Bd. XVII S. 466, 625, Bd. XVIII S. 187, 502, Bd. XXI S. 269, Bd. XXIII Beil.Hft. S. 285, Bd. XXIV S. 538 ff. (z. B. „§ 27: Effekten, bei denen der weisse Rand ganz oder theilweise abgeschnitten, aber die Einfassung oder Vignette resp. Souche unverletzt ist, sind lieferbar.“ „§ 34. Russische und Polnische Effekten mit Bemerkungen, welche Anderes als einen Namen enthalten, sind nicht lieferbar“ u. dgl.) Ferner Usancen der Fondsbörse zu Frankfurt a. M., ebenda Bd. XXIV S. 525—537, die der Hamburger Fondsbörse s. ebenda Bd. XXIII Beil.Hft. Bd. XXIV S. 555, die der Breslauer Fondsbörse ebenda S. 250, die der Wiener ebenda Bd. XXIII S. 295 ff. Einen Fall, in welchem Aktien der öst.franz. Staats-Eisenbahn-Gesellschaft nach Frankfurter Börsenusance nicht lieferbar waren, weil der Rand der Souche abgeschnitten war, s. Entsch. d. R.G. Bd. IV Nr. 56 S. 195.

<sup>59)</sup> Dieses Prinzip scheint auch das R.O.H.G. anzuerkennen. Die Beantwortung der Frage, ob die Eigenschaft der Waare, eigenes Fabrikat des Lieferanten zu sein, als wesentlich aufzufassen sei (so dass die Lieferung anderwärts verfertigter Waare nicht als die Erfüllung des Kaufes anzusehen wäre), hängt davon ab, dass eine derartige Vereinbarung ausdrücklich getroffen worden ist, oder dass eine darauf abzielende Absicht von den Umständen entnommen werden kann; doch ist, wenn auch der Lieferant selbst solche Waaren fabrizirt, wie er sie zu liefern versprochen hat, dennoch im Zweifel nicht anzunehmen, dass er keine andere als Waare eigener Fabrikation liefern dürfe. R.O.H.G. Bd. IX Nr. 99 S. 335. — Einen Anhaltspunkt für die Annahme der entgegengesetzten Willensmeinung bietet unter Anderm der Umstand, dass die Waare oder die Emballage mit der Firma oder der Handelsmarke des Lieferanten gezeichnet sein soll, in denjenigen Fällen, in welchen diese Markirung als ernstlich gemeint, als Zeugnis des Ursprungs (entsprechend der Absicht des Reichsgesetzes v. 30. Novbr. 1874) gewollt anzusehen ist.

<sup>60)</sup> Vgl. z. B. die Bedingungen der Berliner Fondsbörse §§ 10—13. Goldschmidts Z. Bd. XXIV S. 541 ff.

Waarenlieferung im Verzuge und folglich das für diesen Fall geltende Recht anzuwenden (hievon unten § 275); und b., es ist eine unbestellte Waare geliefert, dadurch ein neuer, anderer Kauf angeboten, auf welchen der Waarenempfänger nach seinem Belieben eingehen kann oder nicht; ob das ausdruckslose Behalten der Waare, das Stillschweigen des Empfängers als Annahme zu interpretiren und demnach im Falle des Ablehnenwollens die Dispositionsstellung Mangels Bestellung erforderlich sei, oder ob jenes Stillschweigen als Ablehnung anzusehen und demnach im Falle des Ablehnenwollens die Dispositionsstellung nicht erforderlich sei, hängt von der Bedeutung des Stillschweigens im einzelnen Falle ab. S. oben § 262 VI<sup>61)</sup>. Im Speziaukaufe bietet die Frage regelmässig keine Schwierigkeiten; die Lieferung einer anderen Sache ist, wenn „eine bestimmte Sache“ gekauft wurde, niemals ohne Weiteres Vertragserfüllung und daher auch in der Regel nicht als solche zu vermuthen; doch können in diesem Falle Umstände vorliegen, welche auf eine nachfolgende Aenderung des Vertragswillens des Käufers und folgeweise auf eine Genehmigung der gelieferten Waare, schliessen lassen, z. B. die Thatsache, dass der Empfänger die gelieferte Waare, obwohl er sie sofort als „andere Sache“ erkannte, ohne jegliche Einwendung in diejenige Verwendung nahm, zu welcher er die Bestellung gemacht hatte, sie in der projektirten Weise angriff, konsumirte u. dgl.<sup>62)</sup> Regel und Ausnahme sind im Genuskaufe nicht anders gestaltet: auch im Genuskaufe ist die Lieferung einer Waare von ganz anderer Gattung, als diejenige der gekauften Waare sein soll, nicht Vertragserfüllung an sich, und demnach das im Art. 347 aufgestellte Präjudiz der Genehmigung der Zusendung keineswegs ohne Weiteres anwendbar.<sup>63)</sup>

2. Ist das gelieferte Objekt zwar nicht nach den allgemeinen Verkehrsbegriffen, wohl aber nach der besonderen Vereinbarung, nach der Absicht der Parteien, in Anbetracht der vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse, beabsichtigten Verwendung u. dgl. ein „anderes Objekt“ als die bestellte Waare, so ist zwar dasselbe Prinzip wie in den vorher erwähnten (unter 1) Fällen als Regel aufzustellen: die Zusendung ist nicht Vertragserfüllung, die bestellte Waare ist nicht geliefert, die gelieferte nicht bestellt. Aber das Schweigen des Empfängers wird um so eher als Aenderung des Vertragswillens und als Genehmigung der Substituierung der Waare aufgefasst werden können und müssen, je weniger bedeutend der Qualitätsunterschied ist; hat der Verkäufer Anhaltspunkte für die Annahme, der Käufer werde in die Substituierung der „anderen Waare“ ohne Schwierigkeit einwilligen, etwa weil die gelieferte Waare unzweifelhaft den Zweck der bestellten ebenso gut wie letztere erfüllt, so darf er aus dem Stillschweigen des Käufers auf Genehmigung der Waare schliessen; ist aber dem

<sup>61)</sup> Oben S. 572—574, auch S. 661 ff. und Gareis, Das Stellen zur Disposition §§ 28, 58, 60, insbes. S. 170—179.

<sup>62)</sup> Es gelten also auch die Regeln, auf welche (in Not. 61) verwiesen wurde.

<sup>63)</sup> Entsch. d. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 106 S. 410, Bd. XIV Nr. 114 S. 367, Bd. XV Nr. 115 S. 414, Bd. XIX Nr. 116 S. 402.

Verkäufer, wie der Käufer weiss, wohl bekannt, zu welchem Zwecke Käufer die Waare bestellte und dass zu diesem Zwecke die Waare unbrauchbar ist, so darf der Verkäufer aus dem Stillschweigen (allein) des Käufers noch nicht auf Genehmigung der Waare schliessen.<sup>64)</sup>

Durchaus unerheblich ist (in allen Fällen, in denen es sich nicht um die Frage des Betruges<sup>65)</sup> handelt), ob dem Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Waare bekannt war oder nicht. Die Beanstandung der Waare ist, wenn überhaupt erforderlich, auch in dem Falle erforderlich, dass der Absender die Mängel der Waare kannte.<sup>66)</sup>

Die Waare kann nur wegen solcher Mängel beanstandet werden, welche zu der Zeit vorhanden sind, in welcher der Verkäufer die Lieferung zu vollziehen und noch für die Existenz und Beschaffenheit der Waare zu haften, das Risiko des Unterganges oder der Verschlechterung zu tragen hat; daher ist der Beweis der Fehlerhaftigkeit und ebenso der Beweis der gesetzlichen oder vertrags-

<sup>64)</sup> So unterscheidet man z. B. zwei Sorten von Erbsen bezüglich der Saat: Wintererbsen, welche in der Saat den Winterfrost überdauern können, und Sommererbsen, welche den Frost nicht aushalten; da die letzteren absolut ungeeignet sind, zur Wintersaat verwandt zu werden, so folgert das R.O.H.G. mit Recht, dass für diesen Zweck die beiden Sorten als verschiedene Waarengattungen aufgefasst werden müssen. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 107 S. 404 ff. Vgl. hiermit Bd. XIX Nr. 116 S. 403. So wurden Küchenrübensaamen und Futterrübensaamen als verschiedene Dinge aufgefasst, Centralorgan f. H. u. W.R., N. F. Bd. I S. 582. Vgl. Protokolle z. H.G.B. S. 580, 4580 ff. und Felix Dahn in Bluntschli D. P.R. § 150 Anm. 4. Dagegen wurden Stahl und Eisen nicht als „verschiedene Dinge“, sondern als nur der Qualität nach verschieden aufgefasst [in einem besondern Falle]; in andern Fällen, namentlich wo diese Dinge als Rohmaterial in Betracht kommen, sind sie gewiss „verschiedene Dinge“. — Erk. d. H.App.G. z. Nürnberg v. 6. Mai 1866. Sammlung der Entsch. dieses Gerichtshofs Bd. I S. 217 u. Buschs Arch. f. H.R. Bd. XV S. 187. Das R.O.H.G. sprach sich für die Anwendbarkeit des Art. 347 auch auf den Fall aus, dass der Käufer geltend macht, es sei über Waare von anderer Art oder von anderer Qualität kontrahirt, als vom Verkäufer behauptet wird (Bd. XXII Nr. 20 S. 84); dagegen nicht für den Fall, dass unächte aber als ächt bezeichnete Waare anstatt der bestellten ächten Waare geliefert wurde: die der ächten nachgemachte und als solche bezeichnete Waare ist als ein anderer Gegenstand als die ächte Waare anzusehen, nicht nur als in der Qualität von ihr abweichend. Bd. XIX Nr. 116 S. 402, vgl. mit Bd. XIV Nr. 114 S. 367. Dennoch ist für diesen Fall die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass Stillschweigen als Genehmigung interpretirt werden muss, wie derselbe Gerichtshof auch annahm, dass das Genehmigungspräjudiz des Art. 347 auch dann anwendbar ist, wenn statt der ursprünglich gelieferten aber beanstandeten Waare behufs Erfüllung eine andere Waare geliefert werde. R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 65 S. 239.

<sup>65)</sup> Art. 350 d. H.G.B.

<sup>66)</sup> And. A. war das O.Trib. zu Berlin, Centralorgan f. H. u. W.R., N. F. Bd. II S. 211, 212 u. Buschs Arch. Bd. VII S. 27, 30 ff. Vgl. hiegegen Wolff in Buschs Arch. Bd. XV S. 311 u. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 60. Das R.O.H.G. sprach aus, dass der Absender für die Gewährung der vereinbarten Qualität verantwortlich ist, gleichviel ob er ein Versehen beging oder nicht. (In diesem Falle wurde über Schadenersatz gestritten, weil Wintersaat anstatt Sommersaat geliefert worden war.) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 106 S. 409, 410.

mässigen Beschaffenheit der Waare bei Genuskäufen auf den Zeitpunkt der Absendung zu richten.<sup>67)</sup>

## 2. Die in der Waare selbst liegende Vertragswidrigkeit.

Die Mangelhaftigkeit der zugesandten Waare ist mehr oder weniger leicht zu entdecken; hiernach ergeben sich Unterschiede, welche rechtliche Folgen nach sich ziehen.

1. Die Vertragswidrigkeit ist **offenkundig**, d. h. sie ist derart, dass sie sich ohne Untersuchung, ohne alle fachmässige oder fachmännische Untersuchung wenigstens, auf den ersten Blick ergibt, in die Augen fällt.<sup>68)</sup> Wegen solcher Mängel kann in allen Fällen, in denen der Käufer die damit behaftete Waare vor oder bei dem Vertragsabschlusse in soweit sah, als zur Erkenntniss derselben nothwendig ist, keine Rüge an den Verkäufer gerichtet werden (wenn auch hinterher eine „Zusendung an einen anderen Ort“ zum Zwecke der Vertragserfüllung erfolgte), denn die Waare gilt als so gekauft, wie sie der Käufer kannte. Siehe oben 1 a (Seite 677). Hat der Käufer die mit offenkundigen Fehlern behaftete Waare bei dem Kaufe besichtigt, so hat er sich mit der ihm dadurch kund gewordenen Beschaffenheit der Waare zufrieden gegeben und daher dauernd zufrieden zu geben; hat er aber die ihm mögliche Besichtigung der Waare verabsäumt, so kann er nicht aus seiner eigenen Nachlässigkeit das Recht ableiten, die offenkundigen Mängel hinterher zur Anfechtung des Kaufvertrags oder der Erfüllung desselben geltend zu machen.<sup>69)</sup> Ist die Besichtigung der Waare aber vor der Zusendung dem Käufer nicht möglich gewesen, konnte der Käufer m. a. W. vor der Ankunft der Sendung von den offenbaren vertragswidrigen Eigenschaften der Sendung keine Kenntniss haben, so ist er verpflichtet, diese Mängel sofort nach der Abnahme der Waare dem Verkäufer anzuzeigen, weil er sie sofort bei der Abnahme der Waare — als offenkundige Fehler — wahrnimmt; die Waare würde rücksichtlich der offenkundigen Fehler als genehmigt gelten, wenn der Käufer mit der Rüge dieser Fehler säumen würde.

2. Die Vertragswidrigkeit ist zwar nicht offenkundig, aber doch derart, dass sie sich schon bei der ohne Verzug nach der Ablieferung dem ordnungsmässigen Geschäftsgange nach vorzunehmenden **Untersuchung** ergibt, d. h. wahr-

<sup>67)</sup> R.O.H.G. Bd. XI Nr. 23 S. 49, 55.

<sup>68)</sup> Beispiele hierfür wären: die den gelieferten Gegenstand umschliessende Kiste ist zertrümmert, der die gekaufte Flüssigkeit enthaltende Glasballon ist zersprungen, das Fass hat seine Reife verloren, der Hopfen- oder Wollensack ist zerrissen, der Tabakballen triefend nass, das gelieferte Thier todt, wund, krank, das gelieferte Fleisch oder Holz ist schon äusserlich wahrnehmbar faul u. dgl. Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 61. (Die aus zugesandten beschreibenden Papieren, z. B. Fakturen, ersichtlichen Kontraktwidrigkeiten möchte ich nun eher zu den Mängeln rechnen, welche sich bei der nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange vorzunehmenden Prüfung ergeben.)

<sup>69)</sup> R.O.H.G. Bd. IV Nr. 7 S. 36. Vgl. auch oben § 265 II (S. 595—598).

genommen werden muss. Die zwar nicht augenfällige, aber doch leicht entdeckbare Mangelhaftigkeit muss ebenfalls geltend gemacht werden, sobald sie entdeckt ist, aber um sie sofort zu entdecken, soll eine **Untersuchung**, deren Qualität noch besonders zu besprechen ist — nemlich in § 274 2 III —, ohne Verzug nach der Ablieferung vorgenommen werden. Wird die Untersuchung ganz unterlassen oder nicht so vorgenommen, wie der ordnungsmässige Geschäftsgang es erfordert, und infolge dessen der durch die ordnungsmässige Untersuchung objektiv auffindbare Fehler nicht entdeckt (nemlich nicht rechtzeitig entdeckt) und infolge dessen nicht angezeigt (nemlich nicht rechtzeitig gerügt), so gilt die Waare hinsichtlich dieser Mangelhaftigkeit als gebilligt, hinsichtlich dieser Fehler als genehmigt, gleichviel ob die Mängel hinterher noch entdeckt oder gerügt werden oder nicht. Diejenigen Mängel der Sendung, welche sich aus der Faktura oder den sonstigen die Sendung einleitenden oder begleitenden Papieren ergeben, sind ebenfalls hieher zu rechnen; der Empfänger der von einer Faktur begleiteten Waare ist verpflichtet, die Faktur zu prüfen<sup>70)</sup> und die hiebei sich ergebenden Mängel sind sofort nach dieser der gesetzlich<sup>71)</sup> vorgeschriebenen Untersuchung der Waare selbst völlig gleichzustellenden, sie aber nicht ersetzenden Prüfung des beschreibenden Papiere zu rügen, widrigenfalls die Faktur und das in ihr Erklärte und die von ihr begleitete oder annoncirte Waare rücksichtlich der aus dem Papiere sich ergebenden Mängel als genehmigt gilt. Zu der gesetzlich vorgeschriebenen Untersuchung gehört im Kaufe nach Probe auch die Vergleichung der gelieferten Waare mit der Probe u. dgl. — Die weitaus meisten Vertragswidrigkeiten der Waare werden dieser Kategorie angehören, durch die geschäftsordnungsmässige sofortige Untersuchung erkennbar sein, und demnach durch Unterlassung der sofortigen sich daran anschliessenden Rüge als genehmigt angesehen werden müssen.<sup>72)</sup>

3. Die Vertragswidrigkeit ist **verborgen**, die Waare mit **heimlichen** Mängeln behaftet, derart, dass die Mangelhaftigkeit weder offenkundig ist, noch bei der sofortigen nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange vorzunehmenden Untersuchung erkannt werden kann und muss, sondern erst **später** wahrgenommen werden kann.<sup>73) 74)</sup>

Zu dieser Kategorie gehören jene vertragswidrigen Eigenschaften der Waare, welche erst beim Gebrauche oder Verbräuche, mindestens erst wenn die Waare

<sup>70)</sup> S. oben S. 683.

<sup>71)</sup> Art. 347 Abs. 1.

<sup>72)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 10 S. 46, XII Nr. 60 S. 174, 178 (Beweis der Rechtzeitigkeit der Rüge obliegt dem Käufer).

<sup>73)</sup> Das Entdecktwerden-Können ist auch hier das Entscheidende. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 110 S. 429.

<sup>74)</sup> Ueber die in der Kommission zur Berathung des H.G.B. bestehende Meinungsverschiedenheit in Bezug auf die Geltendmachung solcher „späterer“ Mängel s. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 42 Anm. 3 u. Anm. 11. Ueber die im Falle der widersprochenen Behauptung, dass die Mängel nicht der zweiten, sondern der dritten Kategorie angehören, obliegende Beweislast s. Gareis a. a. O., § 19 Anm. 4, 1 u. § 56 insbes. Anm. 9 und das in vor. Anm. cit. Erk.

zum Zwecke des Gebrauches angebrochen wurde,<sup>75)</sup> entdeckt werden können. Auch diese Mängel müssen sofort nach ihrer Entdeckung ordnungsmässig gerügt werden, widrigenfalls auch hinsichtlich ihrer die Waare als genehmigt anzusehen wäre. Nach Ablauf von 6 Monaten nach der Ablieferung der Waare kann jedoch keine Vertragswidrigkeit mehr gerügt werden (Art. 349), die Fälle des Betruges abgerechnet (Art. 350). —

Je nachdem die Vertragswidrigkeit der ersten, zweiten oder dritten Kategorie angehört, wird das Präjudiz der Genehmigung früher oder später wirksam; die Billigung der Waare durch Unterlassen der Rüge schreitet demnach successive fort, je nachdem der Gegenstand der Rüge, nemlich die Mangelhaftigkeit früher oder später erkennbar war, und zwar entscheidet die objektive Erkennbarkeit in allen drei Kategorien.

### 3. Die nicht in der Waare selbst, sondern in der Waarensendung oder den begleitenden Umständen liegende Vertragswidrigkeit.

Liegt die Mangelhaftigkeit nicht in der Waare, sondern in der **Zusendungshandlung**, in der **Zeit**, dem **Orte** oder der **Art** der Zusendung oder in der **Preisfakturirung**, so ist, die Erheblichkeit der Abweichung vorausgesetzt, die sofortige Beanstandung dieser Vertragswidrigkeit erforderlich, wenn nicht Genehmigung der Sendung angenommen werden soll; der Empfänger der Waare hat den Thatbestand, welcher von der Vereinbarung abweicht, sofort als von ihm nicht gebilligt, dem Absender gegenüber zu rügen; diese Rüge ist weder die Erklärung des Rücktritts vom Vertrage, noch die Retournirung oder Zurückweisung der Waare selbst, sondern nur die Anzeige der Thatsache, dass man (d. i. der Waarenempfänger, Käufer) sich die — näher bezeichnete — Abweichung vom Vertrage nicht gefallen lassen wolle, sie nicht genehmige, demnach sich die Möglichkeit wahre und offen lasse, den Absender (Verkäufer) für die Folgen (Mehrkosten, Schadenersatz u. s. w.) verantwortlich zu machen. Die Bezeichnung der rechtlichen oder thatsächlichen Folgen der beanstandeten Kontraktwidrigkeit oder die Angabe der Schritte, welche der rügende Waarenempfänger thun werde, um der Rüge eine Rechtsfolge zu geben, ist bei der Erhebung der Rüge selbst noch keineswegs geboten. Denn die Aufgabe der Rüge ist zunächst nur: die Annahme der Genehmigung auszuschliessen und den

---

<sup>75)</sup> Entfernung der Umhüllung, der Emballage ist überall da Anbrechen, Gebrauch der Waare selbst, wo die Umhüllung wesentlich für die Weiterveräußerung u. s. w. ist, folglich zum Wesen der paktirten Waare selbst gehört. — Beispiele der späteren Entdeckbarkeit bietet der Handel mit Wolle, deren Qualität sich theilweise erst bei der Verarbeitung ergeben kann (R.O.H.G. Bd. XII Nr. 29 S. 91), der Handel mit Sämereien, deren Qualitäten erst die Aussaat zeigt (s. Gareis a. a. O., § 19 Anm. 4 Ziff. 4), und vgl. Anm. 64, die Lieferung von Maschinen (R.O.H.G. Bd. XI Nr. 36 S. 99, auch Bd. II Nr. 16 S. 82 über Maschinen s. oben S. 544), von Kaminen (R.O.H.G. Bd. X Nr. 101 S. 316, 317).

Absender von dieser Thatsache und ihrem Grunde in Kenntniss zu setzen; die Rüge ist eine motivirte Protestation gegen einen Schluss, welcher aus dem Still-schweigen, aus dem Unterlassen der Rüge gezogen werden und dem zur Rüge Veranlassten rechtliche Nachtheile bringen könnte; sie ist die Erklärung des Dissenses oder des Nichtkonsenses in Bezug auf eine Waarenlieferung in solchen Fällen, wo eine Kontraktwidrigkeit (oder — bei Lieferung von unbestelltem, „anderem Objekte“ — eine Kontraktlosigkeit) der Lieferung vorliegt, und die Lieferung trotzdem als kontraktmässig geschehen angesehen würde, wenn nicht der Dissens (oder Nichtkonsens) erklärt würde.<sup>76)</sup>

1. Weicht der Verkäufer dadurch von dem vereinbarten Kaufvertrage (z. B. der angenommenen Bestellung oder der übernommenen Lieferung) ab, dass er einen höheren Preis fakturirt, als ihm die Vereinbarung gestattet, so hat der Käufer, sobald er das diese Ueberschreitung konstatirende Papier des Verkäufers erhält und daraus, wie nothwendig sofort die Differenz erfährt, an den Verkäufer eine die Preisübersetzung rügende Anzeige zu richten. Unterlässt der Käufer diese Anzeige, so wird angenommen, dass er die fakturirten Preise billige und (im Falle sonst keine Beanstandung eintritt) zahlen werde.<sup>77)</sup>

<sup>76)</sup> Auf das Wesen der Rüge ist hier desshalb aufmerksam zu machen, weil die Verwechslung der Begriffe „Dispositionstellung“ im engeren Sinne und Rüge überhaupt dazu führt, die Rüge in allen denjenigen Fällen für überflüssig und das Genehmigungspräjudiz für ausgeschlossen zu halten, in denen nicht eine sofortige Zurückweisung der Waare verlangt werden kann. Man kann und darf dem R.O.H.G. vollkommen beistimmen, wenn dasselbe den Art. 347 nicht auf die Fälle der Differenz über die Höhe des Preises, die Zeit und die Art der Lieferung anwenden lässt und in diesen Fällen den Waarenempfänger nicht für berechtigt erklärt, die gekaufte Waare „zurückzuweisen“ (s. R.O.H.G. Bd. I Nr. 43 S. 149, Bd. II Nr. 85 S. 382, Bd. VI Nr. 34 S. 166, Bd. XI Nr. 94 S. 284). Allein die Rügepflicht und das Präjudiz der Billigung der Abweichungen vom Vertrage im Falle der Unterlassung der Rüge ist durch diese Verneinungen noch keineswegs ausgeschlossen. Vgl. über die ratio d. Art. 347, R.O.H.G. Bd. I Nr. 43 S. 149, XI Nr. 36 S. 100.

<sup>77)</sup> Man könnte der Forderung der Nothwendigkeit der Rüge und der Anwendung des Genehmigungspräjudizes den Hinweis auf den perfekten Vertrag, von dessen Bestimmungen kein Theil einseitig abgehen kann, entgegensetzen; der Käufer könne sich, wenn es sich um das Preisbezahlen handle, einfach auf den Vertrag berufen und die vom Verkäufer einseitig ausgehende Faktur für ein völlig irrelevantes Papier erklären. Dieser Ansicht gegenüber ist aber darauf aufmerksam zu machen, dass man mit diesem Argumente jede Rügepflicht überhaupt beseitigen und für überflüssig erklären könnte. Die Vielgestaltigkeit und Beweglichkeit des Handels und seiner Konjunkturen bringt es mit sich, dass in jedem Augenblicke neue Verträge abgeschlossen und an die Stelle noch unerfüllter gesetzt werden können. Mindestens liegt der Versuch hiezu jederzeit nahe. Dies gilt namentlich von der Preisfestsetzung: die ausserordentliche Leichtigkeit der letzteren beim Abschluss des Kaufvertrages, die dem Handelsverkehr eigenthümliche Tendenz, die Verträge selbst dann als Kaufverträge zu betrachten und aufrecht zu halten, wenn die Preisangabe nicht von vorneherein bestimmt ist, das stillschweigende Zugrundeliegen des „bisherigen“, des „kundenüblichen“, des „orts- oder handelsüblichen“, des „normalen“ Preises (vgl. oben S. 553), diese Thatsachen und Gewohnheiten erheischen für den Fall einer vom Vertrage abweichenden Preisfakturirung mit Nothwendigkeit die Rügepflicht mit dem Genehmigungspräjudiz. Kommt es ja doch im Handel vor, dass ein bestimmter Preis fest vereinbart scheint und damit der „handelsübliche“ oder „markt-



Uebrigens berechtigt die in Bezug auf den Preis bestehende und zur Rüge gebrachte Differenz den Käufer nicht, die Beanstandung anderer Mängel der Sendung oder die Beanstandung der Waare selbst wegen der ihr anhaftenden Mängel zu unterlassen.<sup>78)</sup>

2. Die Waarensendung kann dadurch vom Vertrage abweichen, dass sie nicht zur vereinbarten Zeit beim Käufer eintrifft.<sup>79)</sup> Langt die Waare verspätet beim Käufer an, so ist zu untersuchen, ob der Verkäufer sie rechtzeitig abgesandt hat oder nicht; ist Ersteres der Fall, so trifft der Nachtheil der Verspätung denjenigen Kontrahenten, welcher die Gefahr des Transportes zu tragen hat;<sup>80)</sup> der diesem Kontrahenten etwa zustehende Anspruch an Frachtführer, Spediteure u. s. w. ist binnen der gesetzlichen Frist, mindestens vor Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht<sup>81)</sup> bei Meidung des Verlustes geltend zu machen. Liegt der Grund der verspäteten Ankunft in der verspäteten und darum vertragswidrigen Absendung, so ist — ohne Unterschied ob das Geschäft ein Fixgeschäft<sup>82)</sup> ist oder nicht, der Käufer nach seiner Wahl berechtigt:

a. die Waare zu behalten und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu fordern, oder

b. die Waare zurückzuweisen und Schadenersatz wegen der Nichterfüllung, der die verspätete Erfüllung gleich zu achten ist, zu verlangen oder

c. vom Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.<sup>83)</sup>

Einer Rüge bedarf es (bei Meidung der Genehmigung der Verspätung) in

---

gängige“ gemeint und dabei eine Preiserhöhung für gewisse Fälle stillschweigend vorbehalten erscheint! Den dadurch drohenden Gefahren der Unsicherheit kann nur die — übrigens dem Käufer nichts Uebermässiges zumuthende — Vorschrift der Rüge und die Androhung der bindenden Vermuthung der Genehmigung wirksam begegnen. Dem Käufer wird damit, wie gesagt, nicht Uebermässiges zugemuthet, schon deshalb nicht, weil eine Anzeige der Ankunft der Waare ohnehin in den meisten Branchen üblich ist und sich mit ihr die Bemängelung der Faktur, deren sofortige Prüfung ein Gewohnheitsrechtssatz dem Waarenempfänger vorschreibt, s. oben S. 683 Anm. 53, zweckmässig und mühelos verbindet. Die Verpflichtung, die Faktur zu prüfen, wäre sinnlos, wenn nicht auch die Rügepflicht mit dem Billigungspräjudiz in Bezug auf das aus der Faktur zu Entnehmende bestände. Vgl. auch Entsch. in G.Z. Bd. XXIII S. 538 Nr. 22. Auch aus der Nothwendigkeit, die in der Faktur möglichen Irrthümer sofort aufzuklären (schon in Anbetracht der beabsichtigten oder schon vorher vollzogenen Weiterveräußerung), sowie aus der gesteigerten Bedeutung des Prinzips von Treue und Glauben im Handel ergibt sich die zuletzt erwähnte Pflicht nebst dem genannten Präjudiz; dafür spricht auch die Analogie des Art. 364 Abs. 2 d. H.G.B., vgl. mit R.O.H.G. Bd. II Nr. 19 S. 89.

<sup>78)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. II Nr. 85 S. 382, Bd. VI Nr. 34 S. 166.

<sup>79)</sup> Hier sind nur solche Zeitbestimmungen von Bedeutung, welche zu Gunsten des Käufers vereinbart oder als vereinbart anzusehen sind (vgl. H.G.B. Art. 334).

<sup>80)</sup> S. Art. 345 d. H.G.B. u. vgl. oben § 270.

<sup>81)</sup> Art. 386, 408, 423 d. H.G.B.

<sup>82)</sup> Hierüber s. Gareis in v. Holtzendorffs R.Lex. 3. Aufl. unter „Fixgeschäft“, auch Das Stellen zur Disposition S. 64 Anm. 2 u. 3.

<sup>83)</sup> Diese Sätze ergeben sich aus der Analogie des Art. 355 d. H.G.B. Hierüber s. Gareis a. a. O., § 20 Anm. 4.

jedem Falle,<sup>84)</sup> in den beiden letzteren Fällen (b. und c.) ist diese Rüge zugleich Dispositionsstellung im engeren Sinne des Wortes, Zurückweisung der Waare, im ersten Falle (a.) nur die Anzeige des Nichtkonsenses, nemlich der Nichtbilligung der Erfüllungshandlung in Bezug auf die Zeit der Erfüllung, diese Anzeige als Protest gegen den Schluss auf Genehmigung, auf das Sich- die Verspätung-Gefallen-lassen, gedacht; die Zuspätlieferung muss, bei Meidung der Genehmigungsannahme, so rasch als nach ordnungsmässigem Geschäftsgange thunlich ist, mithin sobald der Käufer davon Kenntniss hat, gerügt werden.<sup>85)</sup> Im Uebrigen s. die vom Verzuge geltenden Rechtsgrundsätze, § 275.

Langt die Waare an einem früheren Zeitpunkte beim Käufer an, als sie vertragsgemäss eintreffen soll, und ist dadurch ein Interesse des Käufers verletzt, so hat derselbe diese Kontraktwidrigkeit bei Meidung der Billigung und des folgeweise eintretenden Wegfalls einer Schadenersatzklage ungesäumt zu rügen; durch die rechtzeitige Beanstandung kann und soll der Käufer möglicherweise ebensowohl des Verkäufers als sein eigenes Interesse schützen; dies ist insbesondere dann möglich, wenn vor der Waarensendung eine das „Zufrüh“ erkennen lassende Nachricht des Absenders an den Empfänger gelangt; dann kann der Käufer seinen Protest gegen die Zufrühsendung unter Umständen noch so bald dem Absender zukommen lassen, dass dieser die Sendung und Ankunft selbst noch hemmen, die Waare anderswohin dirigiren kann. In welcher Weise, ob telegraphisch oder nur brieflich u. s. w. dieser Protest, die Rüge des „Zufrüh“, zu erfolgen hat, entscheidet die Handelssitte. Welche Folge die Beanstandung der Zufrühsendung im einzelnen Falle hat, ist allgemein nicht näher zu bezeichnen als durch den Hinweis auf die Wahrung des Interesse, welches der Käufer daran hat, dass ihm die Waare nicht zu früh zugesandt werde. Die Anzeige, durch welche der Käufer dieses Interesse wahrt, hat den Grund der Beanstandung mitzuthemen, nemlich die Zufrühlieferung. Ob die Waare damit zurückgewiesen werde, folglich eine Dispositionsstellung im engeren Sinne vorliege, hängt von den Umständen ab, nemlich von der Gestaltung des eventuell juristisch festzustellenden Interesse des Käufers: ist die zufrüh zugesandte Waare durch das Zufrüh für den Käufer völlig werthlos geworden, z. B. weil sie ihrer Natur nach so raschem Verderb ausgesetzt ist, dass sie bis zum vertragsmässigen Lieferungsstermine, an welchem allein sie der Käufer gebrauchen kann, untergegangen oder verdorben sein würde, so nimmt die Rüge die spezielle Gestalt einer Dispositionsstellung an; es werden alsdann die Bestimmungen der Art. 348 u. 343 über Aufbewahrung der zur Disposition des Verkäufers ge-

<sup>84)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. III Nr. 58 S. 274, wo ein Fall entschieden wird, der allerdings noch dadurch besonders qualifizirt ist, dass der Käufer die verspätete Lieferung nicht bloß unbeanstandet in Empfang nahm, sondern auch vorbehaltlos bezahlte. Das R.G. hält in einer Entsch. v. 29. Novbr. 1879 die Rüge der Verspätung zur Wahrung des Schadenersatzanspruches nicht für nöthig. R.G. Bd. I Nr. 9 S. 21.

<sup>85)</sup> Entscheidungen s. Goldschmidts Z. Bd. IX S. 383 u. bei Gareis a. a. O. S. 66 Anm. 6.

stellten Waare, über Feststellung der Beschaffenheit derselben und (möglicherweise) auch über den Nothverkauf der Waare anwendbar.<sup>86)</sup> In andern Fällen bezweckt die Rüge der Zuführscheidung nur, den Anspruch auf Ersatz der durch das verfrühte Eintreffen (z. B. des gekauften Rindviehs) verursachten Mehrkosten der Abnahme u. s. w. zu wahren, und der diese Sendung als kontraktwidrig rügende Empfänger will sich dadurch nur gegen die Nachteile verwahren, welche aus derselben entstehen oder gefolgert werden könnten.<sup>87)</sup>

3. Die Waarensendung weicht möglicherweise dadurch vom Vertrage ab, dass sie der Verkäufer nicht nach dem vertragsmässig festgestellten Ort, sondern an einen anderen Ort, wenn auch an die Adresse des Käufers richtet.<sup>88)</sup> Will sich der Letztere gegen die hieraus entstehenden Nachteile verwahren, so hat er die Abweichung unverzüglich, sobald er sei es durch Briefe, sei es durch die Ankunft der Waare selbst davon Kenntniss erhält, unter Angabe des Grundes, aus welchem er die Sendung als kontraktwidrig ansieht, zu rügen. Die Unterlassung dieser Rüge würde Genehmigung der Sendung und den Verzicht auf Ersatz der Mehrkosten und der sonstigen Schäden bedeuten. Wird durch die unrichtige Ortsangabe eine Zuspätlieferung bewirkt, so gelten die in Bezug auf letztere (unter Ziff. 2) angeführten Grundsätze.<sup>89)</sup>

4. Auch in der Art der Zusendung kann eine Abweichung vom Vertrage liegen, die sich der Käufer nicht gefallen zu lassen braucht und die er sofort nach Kenntnissnahme zu rügen hat, wenn sie nicht sammt allen ihren Folgen als gebilligt angesehen werden soll.<sup>90)</sup> Es ist klar, dass diese Rüge nicht zur Geltendmachung von Launen, zur blossen Chikane des Absenders verwendet oder wegen einer nur formellen, materiell folgenlosen Abweichung vom Vertrage erhoben werden darf; hat die Vorschrift der besonderen Art der Sendung den Zweck, gewisse Schädigungen von der Waare abzuhalten, so kann sich der Käufer über die Nichtbeobachtung jener Vorschrift dann nicht beschweren, wenn die Schädigungen trotz der Nichtbeobachtung nicht eingetreten sind, folglich kein Interesse des Käufers verletzt wurde.

<sup>86)</sup> R.O.H.G. Bd. V Nr. 57 S. 261—263.

<sup>87)</sup> Vgl. im Uebrigen Gareis a. a. O. § 21.

<sup>88)</sup> Es ist z. B. vereinbart, dass die Waare direkt an das Zweigetablisement des Käufers, nicht an dessen Wohnort, nicht an dessen Hauptniederlassung u. s. w. gesandt werde, der Verkäufer sendet sie aber an einen der beiden letzteren Orte.

<sup>89)</sup> Vgl. Gareis a. a. O. § 22.

<sup>90)</sup> Die Abweichung kann z. B. darin liegen, dass die Waare als Postsache oder als Eilgut anstatt als Frachtgut (oder umgekehrt) gesandt wurde, oder in unbedeckten (statt bedeckten) Wagen (vgl. H.G.B. Art. 424 Ziff. 1), oder auf dem Verdeck des Schiffes (anstatt unter Deck, vgl. H.G.B. Art. 467), oder in anderer Emballage als vereinbart wurde, in grösseren oder kleineren Kisten u. dgl. Gehört die Emballage zur Waare, so fällt die Beanstandung wegen mangelhafter Emballage unter die Grundsätze, welche über die Beanstandung wegen Vertragswidrigkeit der Waare selbst aufgestellt wurden. Vgl. oben unter 2 (S. 689).

#### 4. Theilweise Mangelhaftigkeit der Waare oder Waaren- sendung.<sup>91)</sup>

Ist nur ein Theil der gelieferten Waare vertragswidrig oder die Waaren-  
sendung nur theilweise mangelhaft, so entstehen die Fragen: ob der Käufer  
berechtigt ist, die Waare oder Sendung hinsichtlich des vertragsentsprechenden  
Theils zu genehmigen, hinsichtlich des vertragswidrigen Theils aber zu rügen,  
und ob der Käufer berechtigt ist, wegen des mangelhaften Theils die ganze  
Lieferung zu beanstanden. Die Beantwortung dieser Fragen hängt lediglich  
davon ab, ob die Waare eine **Einheit** bildet oder nicht. Zur „Einheit“, einheit-  
lichen Sache kann eine Anzahl von Theilerscheinungen zusammengefasst werden  
durch die Natur der Sache (so entsteht die natürliche Einheit) oder durch die  
Willenseinigung der Kontrahenten (daraus entspringt die juristische Einheit des  
Leistungsobjektes). Ist aus dem einen oder anderen Grunde ein **einheitliches**  
Leistungsobjekt anzunehmen, so kann nur entweder das Ganze gebilligt oder das  
Ganze gerügt werden.<sup>92)</sup> Ist aber das Leistungsobjekt nicht als eine Einheit  
aufzufassen, nicht als Einheit gewollt, sondern als eine Mehrheit von Leistungs-  
objekten, ist demnach die Erfüllung **theilbar** (d. h. zunächst: aus natürlichen  
Gründen theilbar und dann auch nicht durch den Parteiwillen als untheilbar  
gewollt anzusehen), so ist es zulässig, dass der Käufer den mangelhaften Theil  
rüge, den nicht mangelhaften billige; die Zurückweisung der ganzen Lieferung  
ist dem Käufer in diesem Falle nur dann gestattet, wenn er ein besonderes  
Interesse, nur das Ganze anzunehmen oder zu haben, nachweisen kann.<sup>93)</sup>

Es ist eine nach den Umständen des Einzelfalls zu beantwortende Frage,  
wann jene entscheidende Einheit des Erfüllungsobjekts angenommen werden darf.  
Die Einheit des Preises für eine aus mehreren Einheiten zusammengesetzte  
Waare kann in vielen Fällen beweisend für die gewollte Untrennbarkeit des  
Erfüllungsobjektes sein,<sup>94)</sup> auch die Zusammenfassung der aus verschiedenen

<sup>91)</sup> Lit. s. Fick in Siebenhaars Arch. f. deutsches W. u. H.R. Bd. VIII S. 21 ff.,  
129 ff., Goldschmidt in seiner Z. f. d. ges. H.R. Bd. III S. 301 ff., Wolff in Buschs  
Arch. f. H.R. Bd. XV S. 337 ff., Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 75 ff.

<sup>92)</sup> Ist die zur Disposition gestellte Waare als ein einheitliches Ganze zu beanstanden,  
so enthält die Verfügung des Käufers über einen Theil derselben eine Zurücknahme der  
Beanstandung und folgeweise Billigung des ganzen Leistungsobjektes, denn in jenem Ver-  
fügen über einen Theil der einheitlichen Waare muss eine die Wirkung der Dispositions-  
stellung des ganzen Objekts aufhebende Handlung erkannt werden. R.O.H.G. Bd. VI  
Nr. 74 S. 328 ff., insbes. 331.

<sup>93)</sup> Für das Gebiet des preuss. L.R. sind diese Fragen ausdrücklich beantwortet.  
A. L.R. Th. I Tit. 5 §§ 339—342. Auch für das Gebiet des gemeinen Rechts, s. I. 34,  
I. 35, I. 36, I. 38 § 12—14 D. de aedil. ed. 21,1. Vgl. R.O.H.G. Entsch. Bd. II Nr. 49  
S. 204, Nr. 72 S. 305, Bd. VII Nr. 59 S. 228, Bd. XIII Nr. 72 S. 214, Nr. 112 S. 355—356.

<sup>94)</sup> Vgl. die in voriger Note angeführten Pandektenstellen, ferner die Erörterungen  
über den Kauf in Bausch und Bogen oben § 266 III; über Beanstandungen mangel-  
hafter Waare bei einem Kaufe in Bausch u. Bogen s. oben S. 609—610 (§ 267 Anm.  
41—45). Ist der Preis der Waare nach Ballen oder Zentnern eines Quantums gemischer

Einzelheiten bestehenden Waare unter einem Gesamtnamen (z. B. „Assortiment“).<sup>95)</sup> Wenn demnach als Regel aufzustellen ist, dass bei juristischer Einheit des Leistungsobjektes die vertragswidrigen Theile desselben nicht ohne die vertragsentsprechenden gerügt und zur Disposition gestellt werden können, so darf doch als der kaufmännischen Uebung entsprechend bezeichnet werden, dass eine verhältnissmässige Geringfügigkeit des vertragswidrigen Theils den Käufer nicht zwingt, den viel bedeutenderen vertragsentsprechenden Theil zur Disposition zu stellen, sondern zum Behalten dieses und zur Dispositionsstellung nur jenes Theiles berechtigt.<sup>96)</sup>

## § 274.

## F. (Fortsetzung): Die einzelnen bei der Dispositionsstellung in Betracht kommenden Personen und Handlungen.

### 1. Personen.

I. **Der Rügende.** Die Beanstandung einer zugesandten Waare setzt als (einseitige) Rechtshandlung, nemlich rechtsfolgenreiche Dissenserklärung, Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniss voraus. Ob ein Handlungsbevollmächtigter zur Erklärung der Beanstandung für seinen Prinzipal dem Absender gegenüber berechtigt erscheint, hängt — abgesehen von einer etwa vorhandenen Spezialvollmacht — von der Art der Geschäfte ab, zu deren Vornahme der Bevollmächtigte bestellt ist;<sup>1)</sup> demnach erscheinen der Prokurist, der mit der Magazinverwaltung betraute Magazinier und der zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes bestellte Disponent als bevollmächtigt, den Dissens beim Waarempfang zu erklären, nicht aber der einfache Handlungsgehülfe (als solcher),<sup>2)</sup> nicht die im Laden oder offenen Waarenlager zur Vornahme der daselbst üb-

---

Qualität bestimmt und als Durchschnittspreis anzusehen, so ist daraus allein noch nicht auf eine von den Parteien gewollte Untrennbarkeit des Objekts zu schliessen; der Durchschnittspreis für sich allein stellt noch keine derartige Zusammengehörigkeit der Waare her, dass nicht jeder einzelne Ballen oder Zentner als einzeln käufliches Objekt anzusehen sei. Demnach ist in einem solchen Falle, wenn einzelne Ballen vertragswidrig sind, nicht ausgeschlossen, auf Zurücknahme nur der fehlerhaften Theile, auf Rückgabe des entsprechenden Theils des Kaufpreises, auf Schadenersatz wegen der fehlerhaften Theile allein, zu klagen, obwohl der Einheitspreis als Durchschnittspreis anzusehen ist; der Durchschnittspreis kann vielmehr auch als Einheitspreis für je eine als einzelnes Erfüllungsobjekt aufzufassende Partie einer mit Durchschnittspreis berechneten Gesamtbestellung oder Sendung angesehen werden müssen. Vgl. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. VI Nr. 74 S. 331, VII Nr. 59 S. 228, X Nr. 79 S. 347, XI Nr. 23 S. 49, 52.

<sup>95)</sup> Ueber diese Bedeutung von Assortiment vgl. Fick a. a. O. S. 150 ff. u. Gareis a. a. O. S. 78—80. Den richtigen Ausgangspunkt für die Behandlung der theilweisen Mangelhaftigkeit verdanken wir Goldschmidt, Z. f. d. ges. H.R. Bd. III S. 305.

<sup>96)</sup> Vgl. Gareis a. a. O. S. 82.

<sup>1)</sup> Art. 47.

<sup>2)</sup> Art. 57.

lichen Verkäufe und Empfangnahmen Angestellten,<sup>3)</sup> auch nicht die zum Vertriebe oder Verkäufe bestellten Handlungsreisenden und Agenten, wohl aber die zum Einkauf bevollmächtigten Reisenden und die zu Anschaffungen oder Bestellungen für den Prinzipal ermächtigten Agenten.<sup>4)</sup>

II. In der Erörterung der Frage, an wen die Beanstandung zu richten sei, ist davon auszugehen, dass die Rüge ein rein einseitiges Rechtsgeschäft ist und dass von der nothwendigen Adressirung der Rüge an eine bestimmte Person die Genehmigung oder sonstige Erklärung, welche diese letztere Person auf die Rüge hin abgibt, unterschieden werden muss. Die Rüge muss, um die Rechtswirkungen der Beanstandung zu erzeugen und insbesondere das Präjudiz der Genehmigung der Waarenlieferung zu vermeiden, an den Absender oder eine zur Vertretung des Absenders hierin bevollmächtigte Person gerichtet sein. Gelangt sie an eine dieser Personen, so erreicht sie ihre Wirkungen, ohne dass es einer Erklärung seitens des Empfängers der Rüge bedürfte; die Person, an welche die Rüge adressirt sein muss, bedarf also einer Vollmacht nicht wegen einer etwaigen Gegenerklärung oder Genehmigungshandlung, sondern nur zur Entgegennahme der Rüge. Dabei muss aber unterschieden werden: die Anzeige der Rüge an einen Dritten zum Zweck der Mittheilung an den zur Entgegennahme Bevollmächtigten<sup>5)</sup> und die Anzeige der Rüge an den Letzteren oder den Prinzipal selbst.

1. In ersterer Hinsicht kommt nur die Risikofrage in Betracht: der Rügende trägt die Gefahr der Mittheilung seiner Rüge; gelangt letztere auf dem von ihm gewählten Wege wirklich<sup>6)</sup> an den Verkäufer, so ist sie, soweit die Adresse in Frage kommt, vollgültig und wirksam; der Rügende ist in der Wahl des Weges, welchen seine Anzeige der Mangelhaftigkeit gehen soll, nicht beschränkt: er kann den die Rüge enthaltenden Brief einem Bediensteten des Verkäufers mitgeben oder einhändigen, und ebenso die mündliche Beanstandung an irgend einen Angestellten des Verkäufers richten, beide Fälle stehen sich durchaus gleich, aber er trägt in beiden die Gefahr, dass die Rüge nicht an den Verkäufer gelangt;<sup>7)</sup> die nicht zur Kenntniss des Verkäufers gelangende

<sup>3)</sup> Art. 50.

<sup>4)</sup> Vgl. Art. 49. Der Waarenabsender, Verkäufer, muss unter Umständen ein von dem ihm als solchen bekannten Agenten und Vertreter des Käufers zugegangenes Schreiben, welches die Beanstandung enthält, als im Auftrage und Namen des Käufers an ihn gerichtet ansehen und daher in dieser Hinsicht die Anzeige als wirksam anerkennen. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 62 S. 209, 215. Vgl. Erk. des Stadtgerichts zu Frankfurt a. M. in Buschs Arch. f. H.R. Bd. XII S. 382 ff. u. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 30.

<sup>5)</sup> Z. B. der Käufer theilt dem Hausknecht oder Fuhrmann des Verkäufers mit, dass er die — überbrachte — Waare wegen ihrer Fehler beanstande.

<sup>6)</sup> Es entscheidet hiebei lediglich die Thatsache, ob der Verkäufer die Rüge erfuhr oder nicht, keineswegs kommt in Betracht, ob er sie „erfahren wollte“, sie „nicht gehört haben wollte“, dem die Rüge mittheilenden Lehrling etwa verboten hat, ihm derartige Mittheilungen zu machen u. dgl.

<sup>7)</sup> Der Käufer kann die erforderliche Rüge dem Verkäufer direkt oder durch eine

Beanstandung ist aber keine Beanstandung, gilt als nicht geschehen und hindert den Eintritt des Genehmigungspräjudizes in Bezug auf die Waarenlieferung nicht. Diese Gefahr des Unterganges der embryonalen Rüge über- und angenommen kann der Käufer die Beanstandung Jedermann gegenüber (mit Adressirung an den Verkäufer) erklären, Bediensteten, Handlungsreisenden, Agenten des Verkäufers gerade wie er sie seinen eigenen Angestellten gegenüber — (als Boten) zum Zwecke der Anzeige an den Verkäufer — erklären kann; es kommt einzig darauf an, ob die Rüge bis zum verkaufenden Prinzipal oder dessen kompetenten juristischen Stellvertreter weiter befördert wird.

2. Unter dem eben erwähnten kompetenten Stellvertreter ist ein Handlungsbevollmächtigter zu verstehen, welcher zur **Entgegennahme** der Rügeerklärung befugt ist. Diese Entgegennahme ist selbstverständlich keine Genehmigung der Rüge, sondern nur die Vollendung der Anzeige, der thatsächliche Abschluss der einseitigen Handlung des Rügenden, geradeso wie der Empfang des ein Anerbieten enthaltenden Briefes nichts Anderes als die Vollendung der Thatsache des Anerbietens ist. Ist die Rüge direkt oder indirekt an einen zur Entgegennahme von solchen Erklärungen bevollmächtigten Vertreter des Verkäufers gelangt, so treten ihre Wirkungen ebenso ein, wie wenn die Rüge direkt an den verkaufenden Prinzipal selbst gerichtet worden wäre, und insbesondere hat der Rügende kein Risiko der Weiterbeförderung der Beanstandung mehr zu tragen.<sup>8)</sup>

Wer als bevollmächtigt zur Entgegennahme anzusehen sei, ist abgesehen von besonderer Ermächtigung den Umständen zu entnehmen; jedenfalls ist es der Prokurist und der zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes des Verkäufers Bevollmächtigte, aber auch derjenige, welcher nur zu einer bestimmten Art von Geschäften ermächtigt ist, vorausgesetzt, dass die Ausführung dieser Geschäfte die Entgegennahme von Waarenbeanstandungen gewöhnlich mit sich bringt; letzteres wird bei allen denjenigen Handlungsbevollmächtigten der Fall sein, welche zum Verkaufe von Waaren der beanstandeten Art, zur juristischen Verfügung über solche Waaren überhaupt befugt sind oder vom Standpunkte eines Dritten als hiezu befugt angesehen werden können.<sup>9)</sup> Deshalb sind die zum Vertriebe von Waaren angestellten Handlungsreisenden, Commis voyageurs, Provisionsreisenden oder Agenten einer Firma als zur Entgegennahme von Be-

---

Mittelsperson zukommen lassen, diese Mittelsperson aber erscheint, wenn sie nicht zur Entgegennahme der Mängelanzeige legitimirt war, als Mandatar des Käufers und trägt somit Letzterer — nicht aber der Verkäufer — die Gefahr sowohl der rechtzeitigen, als auch der richtigen und vollständigen Uebermittlung der Rüge an den Verkäufer. So R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 49 S. 154.

<sup>8)</sup> Hat der zur Entgegennahme der Rüge, nicht aber zur Genehmigung der Dispositionsstellung ermächtigte Vertreter des Verkäufers es unterlassen, die Mängelanzeige und Beanstandung rechtzeitig weiter zu befördern, oder dem Prinzipal von der entgegengenommenen Rüge unverzüglich Kenntniss zu geben, so haftet dieser Vertreter seiner Firma gegenüber für diese Unterlassung und deren Folgen, während der Käufer für die Folgen dieser Unterlassung nicht zu haften hat, R.O.H.G. Bd. V Nr. 24 S. 105, 106.

<sup>9)</sup> Vgl. Art. 47, 50.

anstandungen innerhalb ihrer Branche befugt anzusehen,<sup>10)</sup> mit einziger Ausnahme derjenigen Agenten und Provisionsreisenden, welche nur in der Weise mit der Firma in Verbindung stehen, dass sie, ohne Angestellte derselben zu sein, für deren Waaren Käufer suchen, Bestellungen aufsuchen und vermitteln („aufgeben“); ein derartiger Provisionsreisender, der gewöhnlich für mehrere Firmen Geschäfte vermittelt, wird sich mit Bemängelungen der Waare deshalb nicht abgeben können, weil er über die Waare selbst nicht verfügt; er kann, da er nur zur Entgegennahme von Aufträgen und Uebermittelungen derselben an die einzelnen Firmen bestimmt ist, nicht als Repräsentant der Firma, welcher der Waarenempfänger eine Waare zur Disposition stellen will, angesehen werden.<sup>11)</sup>

3. Verschieden von der Befugniss zur Entgegennahme der Mängelanzeige (Rüge) ist die Befugniss zur **Genehmigung** der Beanstandung; denjenigen Personen, welche als „Vertreter“ am fremden Platze, als „Agenten“ oder Handlungsreisende ihren Prinzipal beim Abschlusse von Verkäufen vertreten, kann die Rüge zwar gültig erklärt werden, aber im Zweifel sind sie nicht berechtigt, die Dispositionsstellung oder sonstige Rüge zu genehmigen, die Waare also zurückzunehmen, die verlangte Preiskürzung ohne Weiteres zuzugestehen u. dgl. Und klar ist, dass solchen Personen, die nicht einmal berechtigt sind, Rügen entgegen zu nehmen, auf keinen Fall das Recht zusteht, Rügen zu genehmigen. Zu Letzterem sind unzweifelhaft die zur vollen Geschäftsführung und Stellver-

<sup>10)</sup> Erk. d. H.App.G. zu Nürnberg v. 30. Septbr. 1864, Z. f. G.G. u. Rechtspflege in Bayern, Bd. XI S. 165, Centralorgan N. F. Bd. I S. 415. Goldschmidts Z. Bd. XI S. 149, Erk. d. O.App.G. zu Dresden v. 17. Novbr. 1864, Annalen dieses Ger.Hofes Bd. VIII S. 478. Centralorgan N. F. Bd. II S. 54. — Erk. d. H.Ger. zu Bremen v. 15. März 1866 in Buschs Arch. Bd. X S. 11, Wolff in Buschs Arch. Bd. XV S. 320, 321, Gareis a. a. O. S. 89—91.

<sup>11)</sup> R.O.H.G. XV Nr. 77 S. 271. Das Entscheidende ist, ob der Agent u. dgl. ein Verfügungsrecht über die Waaren, um die es sich handelt, Dritten gegenüber hatte oder nicht. Darum ist einerseits ein mit dem Abschluss von Verkäufen an einem vom Etablissement des Verkäufers entfernten Platze beauftragter „Vertreter“ des Verkäufers zur Entgegennahme der von dem Käufer an die Verkaufsfirma gerichteten Beanstandung derjenigen Waaren, die durch seine „Vertretung“ verkauft worden, legitimirt; denn als Handlungsbevollmächtigter des Verkäufers ist er im Zweifel als zu allen Rechtshandlungen ermächtigt anzusehen, welche die Ausführung solcher Geschäfte — nemlich der Verkäufe am fremden Platze — gewöhnlich mit sich bringt, und dazu gehört nach allgemeiner Verkehrssitte auch die Entgegennahme der Ausstellungen der Käufer gegen die Beschaffenheit der gelieferten Waare. R.O.H.G. Bd. V Nr. 24 S. 105, Nr. 37 S. 169, VI Nr. 90 S. 400, Bd. XII Nr. 2 S. 7. — Andererseits gilt ein von einem Maschinenfabrikanten zur Aufstellung der verkauften Maschine abgeschickter Monteur nicht ohne Weiteres als Vertreter jenes Fabrikanten dem Käufer gegenüber und folgeweise auch nicht als berechtigt, die Rüge der Maschine entgegen zu nehmen. R.O.H.G. Bd. XI Nr. 26 S. 62 ff. Und ein Agent ist zur Entgegennahme von Mängelanzeigen nur dann als ermächtigt anzusehen, wenn er vom Verkäufer zur Annahme von Erklärungen betreffs der Erfüllung des Vertrags bevollmächtigt wurde oder als solcher anzusehen ist, wozu die blosse Eigenschaft als Verkaufsagent, der nur Bestellungen aufsucht, aber nicht Namens einer Firma Verkäufe abschliesst, noch nicht hinreicht. R.O.H.G. Bd. VI Nr. 74 S. 330.



betreuung Bevollmächtigten befugt, wie der Prokurist, der zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes bestellte Disponent. Einem Agenten<sup>12)</sup> aber, welcher von seinem Prinzipale zum Abschlusse von Geschäften ermächtigt ist, kann zwar die Anzeige der Dispositionsstellung gemacht werden, allein das Recht, die Rüge zu genehmigen und dementsprechend zu verfügen, steht ihm im Zweifel nicht zu.<sup>13)</sup> Von dem Satze, dass Handlungsreisende zur Genehmigung von Dispositionsstellungen nicht befugt sind, gibt es Ausnahmen: a. Dispositionsstellungen, welche nicht wegen Mangelhaftigkeit bestellter Waaren, sondern wegen mangelnder Bestellung vorkommen (D. St. unbestellter Waare), kann und muss der Handlungsreisende, welcher zum Abschlusse von Käufen ermächtigt ist und Waaren (nicht bloß Muster) ohne Bestellung versendet, nicht bloß entgegen-, sondern auch annehmen.<sup>14)</sup> b. Im Anschlusse an Art. 49 des H.G.B. nimmt die Praxis eine präsumptive Ermächtigung des Handlungsreisenden, über den Kaufpreis mit den Kunden des Prinzipals zu paktiren an,<sup>15)</sup> womit dann zusammenhängt, dass der Reisende kleine Nachlässe von den Kaufpreisschulden bewilligen kann, welche aus den von ihm abgeschlossenen Käufen erwachsen sind; solche Nachlässe oder Preisreduktionen können die Kunden des Prinzipals möglicherweise auf Grund vorgefundener Mängel der Waare in Anspruch nehmen, und das darauf gerichtete Verlangen in Form einer Beanstandung der Waare an den Handlungsreisenden, mit dem sie den Kauf abgeschlossen haben, richten. Will man dem Handlungsreisenden auch nicht ganz allgemein das Recht einräumen, hinterher Reduktionen zu bewilligen, von Preisen, die er fest vereinbarte, dem Prinzipal etwa mittheilte oder von Diesem aufgegeben erhielt, so geht es nicht zu weit, dem Handlungsreisenden das Recht zuzugestehen, Rügen anzunehmen, wenn mit diesen nur Refaktie nach Usance oder der bei Gewichtsmanköübungsmässig in einzelnen Geschäften feststehende Preisabzug gefordert wird.<sup>16)</sup> In der Bewilligung eines solchen Abzugs auf Grund der Beanstandung würde alsdann allerdings die Genehmigung der Letzteren zu sehen sein.

## 2. Handlungen.

Bei der Beanstandung einer Waare können folgende Handlungen in Betracht kommen: I. Die Ablieferung der Waare und der sie begleitenden oder beschreibenden Papiere an den Waarenempfänger, Käufer; II. die Abnahme

<sup>12)</sup> Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Agent“ in der Handelssprache und über den Versuch gesetzlicher Regelung ihrer Rechtsstellung s. übrigens v. Hahn, Komm. z. H.G.B. I 2. Aufl. S. 208 ff. (Zusatz 3 zu Tit. 5 d. I. Buches).

<sup>13)</sup> R.O.H.G. Bd. V Nr. 24 S. 105, 106.

<sup>14)</sup> Ueber den Grund dieser Ausnahme s. Gareis a. a. O., S. 91—92.

<sup>15)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 59 S. 254, V Nr. 47 S. 207, VI Nr. 90 S. 400 (VIII Nr. 38 S. 150, IX Nr. 31 S. 104), X Nr. 26 S. 141, XVI Nr. 36 S. 127, insbesondere aber Bd. XXIII Nr. 115 S. 351.

<sup>16)</sup> Vgl. Goldschmidts Z. Bd. XI S. 150 ff., Seufferts Arch. Bd. XXII S. 243, Wengler in Buschs Arch. Bd. II S. 65 ff. und über die ganze Frage Gareis, Stellen zur Disposition S. 92—95.

der Waare und der sie begleitenden oder beschreibenden Papiere (Fakturen u. s. w.) Seitens des Waarenempfängers, Käufers; III. die Untersuchung der Waare, Prüfung der Papiere; IV. die Anzeige der Beanstandung, Rüge und Dispositionsstellung im engeren Sinne; V. die Feststellung des Zustandes der Waare und VI. die Aufbewahrung und übrige thatsächliche Behandlung der beanstandeten Waare.

I. Die **Ablieferung**. Es ist eine thatsächliche Voraussetzung der Dispositionsstellung im engeren Sinne, dass die Waare an den Käufer abgeliefert, ausgehändigt ist, und es ist eine thatsächliche Voraussetzung der Erfüllung der Rügepflicht überhaupt, dass wenigstens ein die Waare beschreibendes, die Ankunft signalisirendes Papier (Faktur, Frachtbrief, Konnossement, Avisbrief u. dgl.) von Seiten des Waarenabsenders an den Waarenempfänger, Waarendestinatär, Käufer gelangt ist; der Käufer muss in die Möglichkeit versetzt sein, die Mangelhaftigkeit der Lieferung oder der Waare zu erkennen; diese Bedeutung der „Ablieferung“<sup>17)</sup> ergibt sich, soweit es sich um die Entdeckung und Beanstandung von den der Waare selbst anhaftenden Fehlern handelt, aus der Bestimmung des Gesetzes,<sup>18)</sup> dass die Waare als genehmigt gilt, wenn der Käufer die vorgeschriebene Untersuchung und Anzeige verabsäumt, und zwar alsdann insoweit als genehmigt gilt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmässigem Geschäftsgange nicht erkennbar waren. Versäumung der Rüge kann nur dann als Genehmigung der Waare angesehen werden, wenn dem Käufer die Möglichkeit gegeben war, sich von der Vertragsmässigkeit oder Vertragswidrigkeit der Waare zu überzeugen; desshalb ist die Ablieferung der Waare mehr als ein einseitiges Angebot; als abgeliefert im Sinne des Gesetzes ist die Waare nur dann zu erachten, wenn sie durch die Abnahme in den thatsächlichen Gewahrsam des Käufers oder seines zur Abnahme befugten Stellvertreters gelangt, ohne dass jedoch eine unmittelbare Besitzergreifung erforderlich wäre.<sup>19)</sup> Es ist aber keine Tradition im juristischen Sinne des Wortes unter jener Ablieferung zu verstehen,<sup>20)</sup> sondern nur

<sup>17)</sup> Ueber „Ablieferung“ nach Hamburger Handelsbrauch s. R.O.H.G. Bd. IX Nr. 95, S. 327.

<sup>18)</sup> H.G.B. Art. 347 Abs. 2.

<sup>19)</sup> R.O.H.G. V Nr. 57 S. 261, VI Nr. 34 S. 165, Nr. 73 S. 324, VII Nr. 56 S. 224, XV Nr. 21 S. 52.

<sup>20)</sup> Das R.G. sagt darüber: „Die Ablieferung ist nicht mit der Uebergabe zu identifizieren, vielmehr von derselben wesentlich verschieden. Sie enthält kein Rechtsgeschäft, sondern einen thatsächlichen Hergang, eine einseitige Handlung des Verkäufers, sie kann mit der Uebergabe zusammenfallen, unter Mitwirkung des Käufers erfolgen; dies wird auch in den meisten Fällen geschehen; aber wesentlich ist eine solche Mitwirkung des Käufers durchaus nicht. . . . Die Ablieferung kann auch zeitlich von der Uebergabe getrennt sein; sie kann der Uebergabe vorhergehen oder auch nachfolgen; das letztere wird namentlich bei Distanzgeschäften nach preussischem Recht (A. L.R. I 11 §§ 128 ff.) der Fall sein, wenn durch Ueberlieferung der Waare an den Frachtführer die Uebergabe, aber nicht die Ablieferung erfolgt. . . . Wesentlich ist, dass der Käufer durch die Ablieferung die thatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng ein-

ein Akt, durch welchen der Käufer von dem Verkäufer in den Stand gesetzt wird, über die Waare thatsächlich wenigstens insoweit zu verfügen, als zur Untersuchung der Beschaffenheit der Waare thatsächlich erforderlich ist.<sup>21)</sup>

Mit dem Momente der Ablieferung der Waare beginnt die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers, soweit es sich um die Geltendmachung der in Folge der Ablieferung erkennbaren Mängel handelt. Letztere Beschränkung vorausgesetzt ist es richtig, dass die Rügepflicht nicht selten mit der Annahme des Frachtbriefes beginne, die Inempfangnahme dieses Papiere ist nicht als Ablieferung der Waare anzusehen,<sup>22)</sup> wohl aber begründet sie die Pflicht, die aus dem Frachtbriefe ersichtlichen Mängel der Lieferung zu rügen.

Was von dem Beginn der Anzeigepflicht in Bezug auf die der Waare selbst anhaftenden Mängel gilt, das gilt analog auch von dem Beginne der Rügepflicht in Bezug auf die der Sendung als solcher anhaftenden Vertragswidrigkeiten.

Anerkannt ist, dass auch eine vor der Ablieferung der Waare erfolgte Mängelanzeige rechtswirksam ist, ja dass durch eine bereits vor der Ablieferung der Waare geltend gemachte Rüge der Mängel jener Zweck, den das Gesetz im Auge hat, nemlich den Verkäufer nicht zu lange über das Genehmigen oder Nichtgenehmigen der Waare im Ungewissen zu lassen, noch besser erreicht wird, als durch eine spätere Bemängelung.<sup>23)</sup> Die Rügepflicht muss für den Käufer in allen Fällen beginnen, sobald er den Grund der Rüge geschäftsordnungsmässig in Erfahrung bringt oder in Erfahrung zu bringen hat; durch Schweigen — trotz des Wissens der Mängel — würde sich der Käufer in unzulässiger Weise die Spekulation auf das Steigen der Preise offen halten und die dem Verkäufer schuldige Rücksicht verletzen; diese Rücksicht fordert eine schleunige Erklärung im Falle der Beanstandung schon deshalb, damit der Beweis der Vertragsmässigkeit der Sendung nicht durch die Verzögerung erschwert werde, und damit der Verkäufer möglichst bald wieder die freie Verfügung über die beanstandete Waare erhalte.<sup>24)</sup> Nach Ablauf von 6 Monaten von der Ablieferung an gerechnet, erlischt — abgesehen von Fällen des Betrugs — jedes Recht, irgend eine Mangelhaftigkeit der Waare klage- oder einredeweise geltend zu machen, wenn dieselbe nicht vorher entdeckt und dem Verkäufer angezeigt wurde.<sup>25)</sup>

---

seitigen Akt sich sofort die Gewahrsam der Waare zu verschaffen und dieselbe zu untersuchen und darüber thatsächlich zu verfügen u. s. w.<sup>4</sup> R.G. Entsch. v. 11. Juni 1881. Entsch. Bd. V Nr. 8 S. 28 ff. insbes. S. 31—32.

<sup>21)</sup> R.O.H.G. Bd. III Nr. 82 S. 389, 392, V Nr. 92 S. 394 ff., VI Nr. 34 S. 167.

<sup>22)</sup> R.O.H.G. Bd. VI Nr. 34 S. 165, Bd. III Nr. 54 S. 247, Nr. 82 S. 392, Bd. IV Nr. 25 S. 131, Bd. V Nr. 55 S. 249, Nr. 91 S. 394, Bd. VII Nr. 67 S. 256, 258, Bd. XI Nr. 17 S. 41.

<sup>23)</sup> R.O.H.G. Bd. XI Nr. 26 S. 62, 66, Nr. 36, S. 98, 100, XII Nr. 29 S. 91, 92, XIV Nr. 29 S. 66, 67, Nr. 49 S. 154, 157, Nr. 85 S. 265, XV Nr. 76, S. 271, X Nr. 58 S. 269.

<sup>24)</sup> R.O.H.G. Bd. II Nr. 54 S. 234.

<sup>25)</sup> Art. 349.

Der Ort der Ablieferung ist keineswegs nothwendig der vertrags- oder gesetzmässige Erfüllungsort; er ist vielmehr der Ort, an welchem thatsächlich die Waare so in den Gewahrsam des Käufers kommt, dass er die geschäftsordnungsmässige Prüfung daran vornehmen kann.<sup>26)</sup> Im übrigen s. oben § 271 I.

II. Die **Abnahme**. Ist die abgelieferte Waare so beschaffen, wie sie nach Vertrag oder Gesetz beschaffen sein soll, so muss sie der Käufer empfangen; die Empfangnahme hat sofort zu geschehen, wenn nicht ein Anderes bedungen oder ortsüblich ist.<sup>27)</sup> Aber auch dann, wenn sich noch nicht ergibt, ob die Waare die vertragensprechende Beschaffenheit hat oder nicht, darf der Destinatar dieselbe nicht ohne Weiteres zurückweisen, sondern muss sie regelmässig bei sich aufnehmen, ohne sich damit eine spätere Beanstandung abzuschneiden. Hiervon handelt oben § 271 II.<sup>28)</sup> Nur darauf ist hier besonders aufmerksam zu machen, dass der Käufer durch Verweigerung der Abnahme der an ihn gelieferten Waare sich der ihm gesetzlich obliegenden Rügepflicht nicht entziehen kann; es wird mit Recht angenommen, dass ein Zuwiderhandeln gegen die Pflicht der sofortigen Erklärung über die Empfangbarkeit der Waare sowohl dann vorliegt, wenn der Käufer die Ablieferung selbst verhindert und damit die Feststellung der Empfangbarkeit vereitelt, als auch dann, wenn er trotz der erfolgten Ablieferung die Erklärung über die Empfangbarkeit der Waare unterlässt;<sup>29)</sup> die Verhinderung der Ablieferung ist eine Verletzung der vertragsmässig übernommenen Pflicht des Käufers; der Verkäufer kann auf Abnahme klagen,<sup>30)</sup> aber nicht — wenigstens bei Weitem nicht in allen Fällen — den Rechtsnachtheil der Genehmigung der versuchsweise abgelieferten Waare daraus ableiten.<sup>31)</sup>

III. Die **Untersuchung**. Indem das Gesetz für das Distanzgeschäft vorschreibt, dass der Käufer ohne Verzug nach der Ablieferung, soweit dies nach

<sup>26)</sup> R.O.H.G. Bd. III Nr. 82 S. 389, 391, Bd. V Nr. 91 S. 396, Bd. VI Nr. 69 S. 303, Bd. XI Nr. 17 S. 41, Nr. 26 S. 66. Ist in einem Distanzgeschäft die Leistung Zug um Zug vereinbart, so ist der Käufer nicht berechtigt, die Auslieferung der Waare zum Zwecke der Untersuchung zu verlangen, sondern kann nur verlangen, dass ihm die Waare vor der Berichtigung des Kaufpreises zur Prüfung ihrer Vertragsmässigkeit vorgezeigt werde. R.O.H.G. XII Nr. 91 S. 275, 276, XIII Nr. 60 S. 170, 171, XVIII Nr. 86 S. 322.

<sup>27)</sup> Art. 346.

<sup>28)</sup> Vgl. auch Gareis, Das Stellen zur Disposition §§ 32—35. Ueber das Rechtsinstitut des merkantilschen Empfangs s. Thöl, H.R. I. Bd. 6. Aufl. § 280. Vgl. auch oben S. 660 u. Gareis a. a. O. § 32 Anm. 2.

<sup>29)</sup> R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 116 S. 364, XV Nr. 21 S. 52, 55, XXI Nr. 84 S. 258, XXIV Nr. 6 S. 29.

<sup>30)</sup> Vgl. I. 9 D. 19,1. Die Verzögerung der Abnahme kann aber durch besondere Umstände gerechtfertigt sein. Vgl. Protokolle zum H.G.B. S. 642, zu Art. 346 Abs. 2. Gareis a. a. O. S. 102.

<sup>31)</sup> R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 6 S. 29. Fehlt es an einer „Ablieferung“ (im Sinne des Art. 347) auf Seite des Verkäufers, so ersetzt die Weigerung des Käufers, die Waare anzunehmen, den Mangel der Ablieferung nicht; eine nicht „abgelieferte“ Waare darf nicht als „genehmigt“ im Sinne des Art. 347 angesehen werden. R.G. Bd. V Nr. 8, S. 32.

dem ordnungsmässigen Geschäftsgange thunlich ist, die Waare zu untersuchen hat, stellt es zunächst nur eine Ordnungsvorschrift in Form einer *lex imperfecta* auf; die vom Gesetz statuirte Pflicht zur Vornahme der Untersuchung ist keine Rechtspflicht, es kann nicht auf deren Vornahme geklagt werden; das Juristische und juristisch Folgenreiche ist die Rügepflicht, deren Vernachlässigung als Genehmigung der Waare gilt, gleichviel, ob der Käufer die Waare untersuchte oder nicht, und die Rüge, deren Ertheilung die Beanstandung der Waare ist und die Erhaltung von Klagen und Einreden bewirkt, gleichviel, ob der rügende Waarenempfänger die Waare untersuchte oder nicht.<sup>32)</sup> Aber die Sachlage wird und Treu und Glauben und Sitte soll den Waarenempfänger regelmässig veranlassen, die Waare zu untersuchen, und die Frage, wo und wann die Untersuchung zu geschehen hat und in welchem Umfange, mit welcher Intensität und Sorgfalt sie vorgenommen werden muss, wird dadurch von rechtlicher Bedeutung, dass gesetzlich bestimmt ist, dass

1. die Waare hinsichtlich solcher Mängel, welche bei der sofortigen Untersuchung nach ordnungsmässigem Geschäftsgange erkennbar waren oder erkennbar gewesen wären, im Falle der Unterlassung der sofortigen Rüge als genehmigt gilt, aber

2. solche Mängel, welche bei der sofortigen Untersuchung nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange nicht erkennbar waren, auch später noch — wenn nur vor Ablauf von 6 Monaten von der Ablieferung an — geltend gemacht werden können. Aber nicht die Thatsache der vorgenommenen Untersuchung, sondern die Möglichkeit der Vornahme der Untersuchung, und nicht die Wirklichkeit der Entdeckung von Mängeln, sondern die objektiv vorhandene Erkennbarkeit der Mängel bei geschäftsordnungsmässiger Untersuchung ist von rechtlicher Bedeutung. Die hierdurch selbst rechtlich qualifizierte Untersuchung muss, so fordert es das Gesetz für die Dispositionsstellung im engeren Sinne, und die rasche Abwicklung der Geschäfte, Bedürfniss und Sicherheit des Verkehrs und die Handelssitte für jeden Fall der Beanstandung einer Sendung, unverzüglich, soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange thunlich ist, vorgenommen werden. Handelt es sich um Mängel, welche der von auswärts übersandten Waare anhängen, so ist die Prüfung der Waare „ohne Verzug nach der Ablieferung“<sup>33)</sup> in dem angedeuteten Maasse vorzunehmen. Aber nicht blos die Waare ist zu untersuchen; hinsichtlich der aus dem begleitenden und beschreibenden Papiere zu entnehmenden Fehler der Waare ist die Prüfung dieses Papiers (der Faktura u. dgl.) ebenso wesentlich wie andernfalls die Untersuchung der Waare. Ueber die demnach analog der Waarenuntersuchungspflicht zu statuierende Pflicht des Empfängers, die Faktur u. dgl. Papiere zu prüfen,

<sup>32)</sup> R.O.H.G. Bd. VI Nr. 34 S. 167, Bd. VII Nr. 30 S. 113, Bd. XI Nr. 26 S. 65, Nr. 36 S. 100, insbes. Bd. XII Nr. 2 S. 7, Nr. 29 S. 92, Bd. XIII Nr. 4 S. 9, Bd. XIV Nr. 85 S. 265, Bd. XV Nr. 76 S. 270, Bd. XVIII Nr. 52 S. 204. Der Einwand des Verkäufers, dass der Käufer die gerügte Waare gar nicht oder nicht richtig, nicht nach der richtigen Methode oder nicht sorgfältig genug untersucht hat, ist daher völlig gleichgültig.

<sup>33)</sup> Art. 347 Abs. 1.

unverzüglich nach Empfang des Papiers und soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgange thunlich ist, s. oben § 273 A.<sup>34)</sup>

Die Prüfung der Waare hat ohne Verzug nach der Ablieferung der Waare, mithin regelmässig in zeitlich unmittelbarem Anschluss an die Abnahme<sup>35)</sup> zu erfolgen, und zwar, „soweit dies nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange thunlich ist“.

Diese Bezugnahme auf den **ordnungsmässigen Geschäftsgang** hat eine mehrfache Bedeutung, in jeder aber ermächtigt sie den Richter, der Verschiedenheit des Verkehrsbedürfnisses und der Verkehrsentwicklung gerecht zu werden und die bunte Menge der Fragen, welche die Praxis in dieser Hinsicht aufwirft, prinzipmässig zu beantworten.<sup>36)</sup>

1. Die Norm des „ordnungsmässigen Geschäftsganges“ bezieht sich vor Allem und zweifelsohne auf die **Art** und den **Umfang** der Waarenuntersuchung, auf den Grad der Sorgfalt und der Genauigkeit, mit welcher die Untersuchung vorgenommen werden soll (d. h. — da es sich nicht um eine Pflicht der Untersuchung, sondern nur um die Erkennbarkeit der genehmigten oder nicht genehmigten Mängel handelt — vorgenommen hätte werden sollen). Die Protokolle der Berathungskommission des H.G.B. sagen: „es handelt sich nicht um eine skrupulöse Untersuchung, sondern nur um eine dem ordnungsmässigen Geschäftsgange entsprechende“.<sup>37)</sup>

Die Extreme, zwischen welchen die richtige Prüfung der Waare liegt, sind demnach einerseits übertriebene Skrupulosität und andererseits laxer Oberflächlichkeit; die Prüfung braucht — abgesehen von den Fällen, in denen ein Be- oder Verarbeiten der Waare zur Vornahme der Prüfung unerlässlich ist, — nicht so weit zu gehen, dass die Substanz der Waare wesentlich geschädigt oder gar werthlos wird, denn durch eine über den Zweck der Untersuchung der Waare hinausgehende Verarbeitung und Umgestaltung der Waare oder auch nur eines Theiles derselben kann sich der Käufer unter Umständen um seinen Redhibitionsanspruch bringen; dies ist der Fall, wenn der Käufer bei seiner Untersuchung eine unverhältnissmässig grosse Menge von Waaren umgestaltet;<sup>38)</sup> auch braucht die Prüfung wohl kaum nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange derjenigen Handelsbranchen, in denen nicht chemische Analysen zum Geschäft gehören, bis zu einer chemischen Untersuchung der Waare ausgedehnt zu

<sup>34)</sup> S. 683, insbes. Anm. 53. S. 692, Anm. 77.

<sup>35)</sup> Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 36 Anm. 2 u. Anm. 3 u. die dort cit. Erk.

<sup>36)</sup> Ueber die Frage, wer die Untersuchung vornehmen soll, s. Gareis a. a. O. § 38. Es kann der Waarenempfänger die Untersuchung auch seinen Abnehmern überlassen, dritten Personen, von deren Erklärung er seinen Entschluss abhängig macht, aber hiedurch darf keine geschäftsordnungswidrige Verzögerung der Rüge herbeigeführt oder entschuldigt werden. R.O.H.G. Bd. II Nr. 54 S. 237, Bd. VIII Nr. 54 S. 221.

<sup>37)</sup> Prot. S. 643. Vgl. hiez u. R.O.H.G. Bd. V Nr. 57 S. 261.

<sup>38)</sup> R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 81 S. 321. Vgl. Gareis a. a. O. § 37 Ziff. 2 u. Anm. 4.

werden.<sup>39)</sup> Dagegen sind physikalische Untersuchungen der Waare, welche unverzüglich und ohne Schädigung der Waare vom Empfänger selbst vorgenommen werden können, mindestens bei gewissen Waarengattungen, im ordnungsmässigen Geschäftsgange gelegen, z. B. Spiritusproben mit dem Alkoholometer, Untersuchung des Petroleums auf seine Reinheit und Entzündungstemperatur. Ueberhaupt darf die Prüfung der Waare andererseits nicht zu oberflächlich vorgenommen werden: die Norm des „ordnungsmässigen Geschäftsganges“ schliesst willkürliche Besonderheit aus<sup>40)</sup> und häufig ist der Art der Waare nach eine sich auf oberflächliches Besehen der Waare beschränkende Untersuchung ungenügend;<sup>41)</sup> auch darf der Käufer nicht vor etwaigen Schwierigkeiten zurückschrecken, wenn deren Ueberwindung nöthig ist, um sich ein Urtheil über die Vertragsmässigkeit der Waare zu bilden,<sup>42)</sup> noch auch vor denjenigen Manipulationen, welche erforderlich sind, um in Bezug auf alle bei geschäftsordnungsmässiger Untersuchung zu eruirenden, vertrags- oder gesetzmässig wesentlichen Eigenschaften der Waare ins Klare zu kommen.<sup>43)</sup>

Die Frage, ob der Empfänger bei der Untersuchung der Waare die Verpackung entfernen muss, lässt sich allgemein nur insofern beantworten, als sicher ist, dass die Verpackung entfernt oder durchdrungen werden muss, wenn ohne diese enthüllende Thätigkeit der Untersuchende sich kein Urtheil über die Beschaffenheit der Waare bilden könnte und dabei durch die enthüllende Thätigkeit die Substanz der Waare nicht angegriffen, der Werth der Waare in keiner Weise geschmälert wird. Gehört die Umhüllung, Emballage, Verpackung zur Waare selbst, so dass sie entweder geradezu Bestandtheil der Waare ist, oder die Waare ohne die Hülle gar nicht weiterveräussert und transportirt werden könnte, oder die Weiterveräusserung in der Originalverpackung üblich ist, so braucht der Empfänger die Umhüllung nicht in einem Maasse aufzureissen oder sonst zu zerstören, durch welches ihm eine erkennbar beabsichtigte Weiterveräusserung erheblich erschwert oder unmöglich gemacht würde.<sup>44)</sup> Entbehrt aber die Verpackung der erwähnten Pertinenzqualität oder wesentlichen

<sup>39)</sup> Ist der Käufer eine chemische Fabrik, so darf man wohl verlangen oder voraussetzen, dass die Prüfung sich auf eine nicht zu schwierige chemische Untersuchung des gelieferten Rohmaterials oder der von der Fabrik gekauften Chemikalien erstrecke. Vgl. aber Gareis a. a. O. S. 110. Jedenfalls duldet, ja fordert der Grundsatz des „ordnungsmässigen Geschäftsganges“ auch eine Berücksichtigung der Handelsbranche des Käufers.

<sup>40)</sup> R.O.H.G. Bd. II Nr. 54 S. 234, Bd. IV Nr. 25 S. 132, Bd. VIII Nr. 45 S. 175.

<sup>41)</sup> R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 93 S. 287.

<sup>42)</sup> R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 71 S. 282.

<sup>43)</sup> R.O.H.G. Bd. III Nr. 54 S. 246, Bd. VI Nr. 74 S. 328, Bd. VII Nr. 84 S. 318, Bd. VIII Nr. 45 S. 174, Bd. IX Nr. 111 S. 404.

<sup>44)</sup> Es wird in vielen Fällen zwischen Gross- und Kleinhandel zu unterscheiden sein; ein Detaillist, welcher für sein Detailgeschäft einkauft, wird, wenn anzunehmen ist, dass er auch das angebrochene Stück oder das Stück mit der angebrochenen Emballage noch — und zwar ohne Werthminderung — verkaufen oder ohne Schaden verwerthen kann, gut thun, die Untersuchung auf Kosten der Emballage auszudehnen. Vgl. Prot. z. H.G.B. S. 647, Gareis a. a. O. S. 111, insbes. Anm. 8 u. 9.

Eigenthümlichkeit, so hat der Prüfende regelmässig die Waare zu öffnen und, wenn die Sendung in einer Anzahl von einzeln verpackten oder einzeln umhüllten Stücken besteht, so entspricht es dem ordnungsmässigen Geschäftsgange den einen oder anderen Kollo, den einen oder anderen Sack zu öffnen und zu untersuchen,<sup>45)</sup> der Käufer ist alsdann bei einer sich durch diese Untersuchung ergebenden Probe- oder Vertragswidrigkeit eines Theiles der Waare zu der Annahme berechtigt, dass die ganze Waarensendung von gleicher Beschaffenheit sei.<sup>46)</sup>

Liegen jedoch Umstände vor, welche den Schluss auf gleichmässige Beschaffenheit der in mehreren Stücken, Kisten u. dgl. gelieferten Waare ausschliessen, so muss die Untersuchung auf jeden einzelnen Theil, jede Kiste u. dgl. einzeln eingehen.<sup>47)</sup> So ist auch bei einer Kaufserfüllung, welche in mehreren zeitlich getrennten Waarensendungen besteht, von jeder Theilsendung wenigstens ein Stück zu untersuchen, in jedem Falle aber regelmässig nur die bei der Oeffnung der Kiste u. dgl. zunächst (auf der Oberfläche) liegende Waare.<sup>48)</sup>

Lässt sich die Beschaffenheit der Waare nur durch ein theilweises Benützen erkennen, so hat der Untersuchende dieses — in vielen Fällen sofort — vorzunehmen; die zum Zweck der Erkennung der Waarenqualität erforderliche und wirklich vorgenommene Benützung, Be- und Verarbeitung hat alsdann nicht die Bedeutung der Genehmigung.<sup>49)</sup>

<sup>45)</sup> R.O.H.G. Bd. XII Nr. 29 S. 91. Erk. d. O.H.G. zu Stuttgart im württemberg. Arch. f. R. u. R.Wiss. Bd. X S. 26 und in G.Z. Bd. XII S. 269. — O.A.G. zu Dresden, Annalen dieses G.Hofs Bd. V S. 493, Bd. VII S. 139. Buschs Arch. Bd. III S. 399, Bd. VII S. 98 u. XV S. 463, St.G. zu Frankfurt a. M. in Buschs Arch. Bd. IV S. 168, Bd. VIII S. 327. Die der Ablieferung unverzüglich folgende Untersuchung einer Lieferung von Schaumweinen hat sich lediglich auf die äussere Beschaffenheit der Flaschen u. s. w. zu erstrecken; die Qualität derartiger Weine selbst kann und muss erst untersucht werden (Abs. 3 d. Art. 347), wenn sie zum Verbrauche kommen; Erk. d. Kommerz- und Admiralitätskollegiums zu Danzig v. 29. Januar 1864, Buschs Arch. Bd. III S. 97 ff., Löhrs Centralorgan Bd. III S. 58, Protokolle z. H.G.B. S. 643–644, Auerbach, H.G.B. Bd. II S. 119, Gareis, Disp.St. S. 112, 113, Wolff in Buschs Arch. Bd. XV S. 324, 325.

<sup>46)</sup> R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 52 S. 194, 205.

<sup>47)</sup> Dies ist z. B. der Fall, wenn Waaren von verschiedenen Ursprungsorten kommen, in kleinen Partien vom Lieferanten zusammengekauft wurden u. dgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 110 S. 427.

<sup>48)</sup> Anders aber z. B. im Wollhandel, s. Buschs Arch. Bd. XVI S. 11.

<sup>49)</sup> R.O.H.G. Bd. III Nr. 54 S. 246, Bd. VII Nr. 84 S. 318, Bd. XXII Nr. 34 S. 151. Besondere Fälle sind: probeweises sofortiges Verbacken des gelieferten Mehles s. O.A.G. zu Dresden, Annalen dieses G.Hofs N. F. Bd. I S. 477 u. G.Z. Bd. XII S. 249, R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 45 S. 174, Bd. IX Nr. 111 S. 404, Bd. XIV Nr. 85 S. 265; Färben eines Theiles der gelieferten Waare als Bedingung geschäftsordnungsmässiger Prüfung Bd. IX Nr. 111 S. 404; bei Benützung einer auf Bestellung gelieferten Maschine bringt desshalb die einige Wochen (arbiträr) umfassende Verzögerung der Beanstandung dem Käufer keinen Rechtsnachtheil, vgl. R.O.H.G. Bd. II Nr. 16 S. 82, Bd. XI Nr. 36 S. 99. Vgl. auch die sich auf Maschinenlieferungen beziehenden älteren Erk. bei



Die Untersuchung braucht jedoch nicht derart genau und eindringend vorgenommen zu werden, dass auch ein betrügerlich verheimlichter Mangel der Waare oder ein sonstiger Betrug des Verkäufers entdeckt werde.<sup>50)</sup>

2. Die „Thunlichkeit nach dem ordnungsmässigen Geschäftsgange“ ist auch der Maassstab für die Zeit der Vornahme der Untersuchung, für die Zeit der erforderlichen Erkennbarkeit und bezw. Erkennung der Waarenbeschaffenheit. Durch diesen Maassstab wird das schroffe Wort des Gesetzes: „ohne Verzug nach der Ablieferung“ mit dem Verkehrsbedürfniss brauchbar in Einklang gebracht; denn der ordnungsmässige Geschäftsgang fordert keineswegs, dass die Untersuchung absolut sofort nach der Ablieferung, nächstlicherweile etwa, vorgenommen werde, während er andererseits rein persönlichen und individuellen Verhältnissen des Empfängers dauernd entspringende Verzögerungsgründe nicht als Entschuldigung der Verzögerung gelten lässt.<sup>51)</sup> Allgemein bindende Regeln über die Zeit, d. i. den Beginn,<sup>52)</sup> die Dauer und Beendigung der Untersuchung innerhalb des durch jene Bezugnahme auf den ordnungsmässigen Geschäftsgang gegebenen Rahmens lassen sich nicht aufstellen; denn überall sind die konkreten Verhältnisse verschieden und in erster Linie zu berücksichtigen (doch sind die individuellen Verhältnisse des Empfängers hiervon ausgeschlossen; so entschuldigt z. B. die Ortsabwesenheit des Empfängers<sup>53)</sup> den geschäftsordnungswidrigen Aufschub der Untersuchung der auf Bestellung zugesandten Waaren regelmässig nicht, ebensowenig der Mangel an Raum zum Auspacken, der Mangel an Absatzgelegenheit, ebensowenig der vorauszusehende Geschäftsandrang zur Messzeit).<sup>54)</sup>

Gareis a. a. O. § 37 Anm. 12; Bearbeitung eines Theils der gelieferten Wolle zum Zweck der Prüfung s. R.O.H.G. Bd. XII Nr. 29 S. 91. — Die Zulässigkeit der Benützung, Bearbeitung u. dgl. zum Zweck der Prüfung ergibt sich auch aus der Ablehnung des bei der Berathung des H.G.B. vorgeschlagenen Satzes: „Die Waare ist in allen Fällen als genehmigt anzusehen, wenn der Käufer Veränderungen damit vorgenommen hat.“ Prot. S. 653. — Vgl. ferner R.O.H.G. Bd. V Nr. 55 S. 249, Bd. X Nr. 79 S. 347.

<sup>50)</sup> Art. 350 d. H.G.B. vgl. Gareis a. a. O. S. 114.

<sup>51)</sup> Schon vor der Entstehung d. A. D. H.G. bestand die Pflicht zur sofortigen Untersuchung (R.O.H.G. Bd. III Nr. 7 S. 42, Nr. 16 S. 81, 85), man war aber geneigt, feste Fristen zur Vornahme der Untersuchung und zur Anzeige vorzuschreiben und stritt darüber, ob die Frist zweimal 24 Stunden, oder 14 Tage oder „bis zur Wendung der Post“ gerechnet werden solle. S. Wolff in Buschs Arch. Bd. XV S. 324. Die ausserordentliche Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse fordert aber eine elastische Bestimmung, wie sie durch die Bezugnahme auf den „ordnungsmässigen Geschäftsgang“ nun in der That gegeben ist.

<sup>52)</sup> Nur das steht fest, dass die Untersuchungspflicht erst dann beginnt, wenn der Käufer in die thatsächliche Möglichkeit versetzt ist (s. Begriff der „Ablieferung“ oben S. 702), die Untersuchung ordnungsmässig vorzunehmen, also z. B. nach Beendigung des Transports, s. R.O.H.G. Bd. V Nr. 91 S. 397, nicht schon auf dem Bahnhofe, sondern erst im Lagerhaus, Magazin u. dgl., s. Buschs Arch. Bd. VII S. 43.

<sup>53)</sup> R.O.H.G. Bd. III Nr. 7 S. 42.

<sup>54)</sup> Belege hierfür s. Gareis a. a. O. S. 105, 106, auch Anm. 6–9 die daselbst cit. Erk.

Zulässig und bindend ist die vertragsmässige<sup>55)</sup> Feststellung einer Frist für die Vornahme der Untersuchung; gefordert wird die Untersuchung in einer kürzeren Frist, je grösseren Preisschwankungen die zu untersuchende Waare unterliegt,<sup>56)</sup> je weniger Vorbereitungen für die Untersuchung zu treffen sind u. dgl. Andererseits kann die Schwierigkeit der Untersuchung oder der Vorbereitungen hierzu, die Nothwendigkeit längerer Benützung, Be- oder Verarbeitung<sup>57)</sup> Aufschub erfordern.

3. Auch bezüglich des Ortes der Untersuchung ist der ordnungsmässige Geschäftsgang maassgebend; sie wird hiernach in der Regel am Ablieferungs-orte unverzüglich vorzunehmen sein; dieser Ort ist aber keineswegs nothwendig der gesetzliche oder vertragsmässige Erfüllungsort, vielmehr stets derjenige Ort, wo die Waare **thatsächlich** an den Käufer abgeliefert wurde, das Abliefern in dem oben sub I erwähnten Sinne gedacht.<sup>58)</sup>

4. Die Prüfung hat sich in geschäftsordnungsmässiger Weise auf alle rechtlich in Betracht kommenden Eigenschaften der Waare zu erstrecken. Es kommen demnach hier alle Erörterungen über die vom Verkäufer nach Gesetz oder Vertrag zu prästirenden Beschaffenheiten der Waare zur Geltung. Vgl. oben §§ 250 IV 2 Anm. 33, 34, § 265<sup>59)</sup> II, § 269 1 Abs. 4 § 273.

IV. Die **Anzeige**. Der Käufer hat, wenn sich die Waare oder Waarensendung nicht als vertrags- oder gesetzmässig ergibt (und nicht als genehmigt gelten soll), hiervon dem Verkäufer sofort Anzeige zu machen. Diese Anzeige

<sup>55)</sup> Einseitige Fakturavorschrift bindet den Käufer nicht. R.O.H.G. Bd. I Nr. 23 S. 85. — Die Willensmeinung der Kontrahenten kann sich in dieser Hinsicht auch aus konkludenten Handlungen ergeben, s. G.Z. Bd. IX S. 384, Gareis a. a. O. § 36 Anm. 4. — Hierzu ist der eine überseeische Waarenversendung beabsichtigende, dem Verkäufer bekannte Wille des Käufers allein nicht genügend, s. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 64 S. 259.

<sup>56)</sup> So im Getreidehandel, R.O.H.G. Bd. II Nr. 78 S. 335, ferner bei Saison- und Modartikeln, Kriegszeit (1866, Frankfurt a. M.) wurde nicht als rechtlicher Grund des Aufschubs, vielmehr als Grund der Beschleunigung der Untersuchung einer Waffensendung angesehen, s. Busch Arch. Bd. XII S. 393.

<sup>57)</sup> So z. B. bei Untersuchung einer Maschine s. R.O.H.G. Bd. I Nr. 43 S. 149, II Nr. 16 S. 82; vgl. auch Anm. 49 auf S. 710; bei garantirter Haltbarkeit der Waare R.O.H.G. Bd. XV Nr. 62 S. 210, auch Bd. IX Nr. 111 S. 404, Bd. XIV Nr. 85 S. 265, und überhaupt Bd. VIII Nr. 79 S. 335, Bd. XIII Nr. 4 S. 9.

<sup>58)</sup> R.O.H.G. Bd. II Nr. 54 S. 234, Bd. III Nr. 82 S. 389 ff., Bd. IX Nr. 67 S. 219, Bd. XI Nr. 17 S. 40. Vgl. hiezu Gareis a. a. O. S. 106, 107.

<sup>59)</sup> Hinsichtlich des Kaufes nach Probe vgl. auch R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 62 S. 249, Bd. XIV Nr. 93 S. 287. Ueber Ausfallproben s. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 67 S. 257 u. Gareis a. a. O. S. 107—108. Auch mit den sog. „Reisemustern“ muss die Waare übereinstimmen, wenn ausdrücklich nach ihnen gekauft wurde. Geheime Mängel der Waare, welche nicht an der Probe zu erkennen sind, können trotz vorhandener und trotz erklärter Probemässigkeit der Waare noch später (vorausgesetzt die Einhaltung der gesetzlichen oder vertragsmässigen Reklamationsfrist überhaupt) geltend gemacht werden und zwar sowohl beim Kauf auf Besicht oder auf Probe wie beim Kaufe nach Probe. H.G.B. Art. 347 Abs. 4, vgl. oben § 265 S. 597. Prot. S. 1383—1384. Ueber die Bedeutung der Klausel: „wie gehabt“ s. G.Z. Bd. IX S. 192, 196.

ist nichts Anderes als eine motivirte Erklärung des Dissenses des Käufers in Bezug auf die Waare oder Sendung, die vom Käufer erklärte Willensmeinungsverschiedenheit, demnach die **Rüge, Monitur, Beanstandung, Reklamation**. Eine Dispositionsstellung (im engeren Sinne), d. h. die Erklärung, dass die gelieferte Waare zur Verfügung (Disposition) des Verkäufers stehe, braucht die Anzeige nicht zu enthalten; m. a. W.: der Käufer braucht bei der rechtlich nothwendigen Rüge noch keinerlei Erklärung darüber abzugeben, ob er die Waare behalten wolle oder nicht, ob er Redhibition, Preisinderung, Rücktritt vom Verträge, Interessensersatzforderung u. dgl. wählen wolle oder nicht.<sup>60)</sup>

1. Die Anzeige (Rüge, Reklamation) ist juristisch an die Vornahme einer Untersuchung nicht gebunden; letztere ist möglicherweise eine thatsächliche, niemals aber eine juristische Voraussetzung der Rüge (hierüber s. oben S. 705 und die in Anm. 32 daselbst angeführten Entscheidungen); dagegen ist die rechtzeitige Anzeige die juristische Voraussetzung jedes auf eine Vertragswidrigkeit der Waarenzusendung zu gründenden Klage- und Einrederechts des Käufers; denn die Unterlassung der Anzeige hat die Wirkung einer Fiktion der Genehmigung der Waare oder Waarenzusendung.<sup>61)</sup>

2. Das Gesetz fordert die Erstattung einer Anzeige, welche, wie nachher noch besonders gezeigt werden wird, auch den Grund der Beanstandung, die Mangelhaftigkeit zur Kenntniss des Verkäufers bringen soll; eine solche Anzeige liegt aber nicht in der sofortigen (d. i. ohne Einwilligung des Verkäufers vom Empfänger einseitig verfügten) Zurücksendung der Waare; der Käufer ist nicht berechtigt, die beanstandete Waare ohne Weiteres dem Verkäufer wieder zuzusenden.<sup>62)</sup>

3. Die Anzeige ist eine rein einseitige Rechtshandlung, eine Protestation des Käufers, welche Letzterer an den Verkäufer auf solchen Transportwegen zu senden hat, durch welche die Mittheilung nach gemeiner Vermuthung ankommt, ohne dass der Käufer die Gefahr der Sendung der Anzeige zu tragen hat oder in der Wahl der Mittheilungsart anders als durch die Handelssitte beschränkt wäre.<sup>63)</sup>

<sup>60)</sup> Die vertragswidrige Waare kann allerdings dem Verkäufer zur Disposition gestellt werden, die Rüge kann eine Dispositionsstellung enthalten, aber im Wesen der von Art. 347 vorgeschriebenen Anzeige liegt dies nicht. Doch widerspricht es dem ungenauen kaufmännischen Sprachgebrauche nicht, jede Beanstandung einer Waarensendung Dispositionsstellung zu nennen. Für die obige Auffassung s. Gareis, Das Stellen zur Disposition § 41 a. E. u. Anm. 17 (Polemik gegen Wolff, Buschs Arch. Bd. XV S. 332), dann die Rechtsprechung des R.O.H.G. Bd. V Nr. 55 S. 252 ff., Nr. 91 S. 398, Bd. IX Nr. 60 S. 206, Bd. XV Nr. 18 S. 45, Bd. XX Nr. 89 S. 351; dann das R.G. mit Entsch. v. 2. März 1880, Bd. I Nr. 90 S. 246. In Bezug auf nichtvertragsmäßige Lieferung im Genuskaufe s. jedoch oben S. 674; ferner Windscheid, Pand. § 394 gegen Ende u. Anm. 26 und Gareis a. a. O. S. 156, 157.

<sup>61)</sup> R.O.H.G. Bd. II Nr. 78 S. 335, Bd. III Nr. 7 S. 46, VII Nr. 80 S. 308, XV Nr. 62 S. 210 u. a. a. O.

<sup>62)</sup> Hierüber handelt ausführlich Gareis a. a. O. § 41 Anm. 1—4, s. auch die dort angef. Erk.

<sup>63)</sup> In der Regel trägt demnach der Verkäufer die Gefahr der Ankunft bzw. Nicht-

4. Die Anzeige muss — bei Meidung der Fiktion der Genehmigung der Waare bezüglich der entdeckbaren Mängel — „sofort“, d. i. soviel als „ohne Verzug“,<sup>64)</sup> ungesäumt, vom Käufer an den Verkäufer abgesandt werden.

Unter dem angedeuteten Rechtsnachtheile hat die Absendung der Anzeige (Rüge) zu geschehen:

a. wenn die Vertragswidrigkeit<sup>65)</sup> bei der sofort nach der Ablieferung vorzunehmenden Untersuchung, von welcher unter III gesprochen wurde, entdeckbar war und entdeckt wurde,

— sofort nach dieser Untersuchung und Entdeckung;

b. wenn die Vertragswidrigkeit in einem geheimen Mangel liegt (s. oben S. 690 § 273), so dass sie erst später, d. h. nicht bei jener sofortigen Untersuchung, sondern nachher, etwa beim Gebrauch, bei der Be- oder Verarbeitung entdeckt werden konnte und entdeckt wurde,

— sofort nach dieser Entdeckung;<sup>66)</sup>

ankunft der Mängelanzeige; denn ihn trifft der Vorwurf der Vertragswidrigkeit. Die Absendung eines Briefes, und zwar selbst eines nichteingeschriebenen, durch die Reichspost dürfte das Gewöhnliche und für regelmässige Fälle zureichend sein. (R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 52 S. 153. Im übrigen s. v. Hahn, Komm. z. H.G.B. 2. Aufl. Bd. II S. 307 u. Gareis a. a. O., § 40 ausführlich. Vgl. aber R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 13 S. 44.)

<sup>64)</sup> Es ist kein wesentlicher Unterschied zwischen dem für die Untersuchung in Art. 347 Abs. 1 vorgeschriebenen „ohne Verzug“ und dem ebenda für die Anzeige verlangten „sofort“ zu finden; beide Ausdrücke sind, wie aus Abs. 3 des Art. 347 zu entnehmen ist, hier gleichbedeutend und keiner davon ist absolut nach dem Zeitmasse, sondern jeder nach vernünftiger Erwägung der konkreten Umstände (R.O.H.G. Bd. IV Nr. 10 S. 47, Bd. XIII Nr. 110 S. 364) unter Berücksichtigung der Verhältnisse des ordnungsmässigen kaufmännischen Geschäftsganges zu deuten und anzuwenden. Letzteres ist bestritten; man behauptet, auf den ordnungsmässigen Geschäftsgang könne, wie der Wortlaut des Art. 347 Abs. 1 zeigt, nur bei der Untersuchung, nicht bei der Anzeige Rücksicht genommen werden, die Anzeige habe unbedingt „sofort“, „ohne Verzug“ zu erfolgen, Erk. d. O.Trib. zu Berlin v. 5. Mai 1868 (Striethorst, Arch. 1869 Bd. 71 S. 157). Allein die Sachlage bringt es doch wohl häufig mit sich, dass der ordnungsmässige Geschäftsgang zu Rathe zu ziehen ist, wenn es sich darum handelt, ob die Anzeige ungesäumt abgeschickt wurde, eine Frage, deren Entscheidung als Thatfrage von dem nemlichen Obertribunale dem Angriffe durch die Nichtigkeitsbeschwerde entzogen ist, Erk. d. O.Trib. zu Berlin v. 5. Febr. 1865. Striethorsts Arch. Bd. 61 S. 346, Busch Arch. X S. 369, verglichen mit Bd. VII S. 40 ff.

<sup>65)</sup> Vertragswidrigkeit wie unter b u. c im weiteren Sinne gebraucht, so dass auch Gesetzwidrigkeit nach Art. 335, Unrichtigkeit der Sendung an sich, in Bezug auf Zeit, Ort u. s. w. darunter fällt.

<sup>66)</sup> Der Käufer muss wie in jedem Falle, so auch in diesem die Rechtzeitigkeit seiner Anzeige nöthigenfalls beweisen können; er muss die Voraussetzung seiner Klage, nemlich dass er die Rügepflicht erfüllt und dem Gesetze dadurch genügt habe, nachweisen und folglich den Zeitpunkt, nöthigenfalls auch die näheren Umstände der Entdeckung des geheimen Mangels so substantiirt angeben, dass das Gericht ermassen kann, ob die Anzeige ohne Verzug nach der Entdeckung abgesandt worden sei; die Angabe eines bestimmten Zeitdatums der Entdeckung ist aber kein absolutes Erforderniss, vielmehr ist nach Lage des einzelnen Falles zu ermassen, ob die Anzeige als eine unverzüglich nach der Entdeckung erstattete anzusehen sei oder nicht. R.O.H.G. Bd. II Nr. 78 S. 335, Nr. 42 S. 179, Nr. 84 S. 377, Bd. IV Nr. 10 S. 42, Bd. XII Nr. 60 S. 174.

c. wenn die Vertragswidrigkeit nicht bei, sondern erst nach der sofort auf die Ablieferung folgenden Untersuchung entdeckbar war, auch von dem Käufer nicht entdeckt wurde, wohl aber von einer dritten Person, an welche der Käufer die Waare weiterveräußerte und die dieselbe in Gebrauch nahm, bearbeitete u. dgl. und dabei den Mangel entdeckte und — wie im Falle a und b — sofort nach dieser Entdeckung ihrem Kontrahenten gemäss Art. 347 anzeigte —

sofort nach Empfang der Rüge, welche der spätere Käufer seinem Vormanne<sup>67)</sup> in Bezug auf dieselbe Waare zusandte;

in jedem der 3 Fälle (a b c) aber innerhalb 6 Monaten von der Ablieferung der Waare an den Käufer an,<sup>68)</sup> und zwar kann sich jeder Verkäufer auf den Ablauf dieser Ausschlussfrist selbstständig berufen, wenn mit dem Tage, an welchem er dem mit ihm kontrahirenden, nun gegen ihn die Waare oder Sendung rügenden Käufer die Waare ablieferte, bis zu dem Tage, an welchem ihm die Vertragswidrigkeit rügend angezeigt wurde, sechs Monate verflossen sind, gleichviel, ob die Entdeckung rechtzeitig erfolgte oder nicht, und ob die Mangelhaftigkeit einem Vormanne rechtzeitig angezeigt, auch von diesem ohne Verzug weiter befördert wurde oder nicht.

Die Rechtzeitigkeit der Anzeige würde im Bestreitungsfall der Rügende zu beweisen haben;<sup>69)</sup> diese Rechtzeitigkeit wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Waarenempfänger die Mängel der Waare schon vor der Ablieferung ahnte, schon vor der Untersuchung erfuhr, einige Zeit schon kannte, bevor er zur Anzeige verpflichtet erscheint und die Anzeige machte,<sup>70)</sup> während andererseits die Anzeige auch schon vor der Ablieferung der Waare geschehen kann.<sup>71)</sup>

<sup>67)</sup> Es ist eine *reclamatio per ordinem*, eine Art Reiheregress möglich; abgeschnitten wird derselbe jeweilig durch die Vollendung der sechsmonatlichen Frist.

<sup>68)</sup> Art. 349 Abs. 1.

<sup>69)</sup> R.O.H.G. Bd. II Nr. 84 S. 377.

<sup>70)</sup> R.O.H.G. Bd. XII Nr. 29 S. 91, Bd. XIII Nr. 4 S. 9.

<sup>71)</sup> R.O.H.G. Bd. XI Nr. 26 S. 66, Nr. 36 S. 100, XII Nr. 29 S. 92, Bd. XIV Nr. 29 S. 66, Nr. 49 S. 154, Bd. XV Nr. 76 S. 269. Ist der Mangel der Waare aus der dem Käufer vor der Waare selbst zugegangenen Faktur ersichtlich, so hat der Käufer nach dem allgemeinen Prinzip der Rügepflicht sofort nach Empfang der Faktur zu reklamieren und kann damit möglicherweise die Zusendung vertragswidriger Waare noch verhindern, vgl. oben S. 683. Die Zulässigkeit der auf Grund der Faktur erhobenen Rüge wird nicht bezweifelt (vgl. R.O.H.G. Bd. II Nr. 85 S. 380), die Regel aber, dass der Käufer verpflichtet sei, die aus der Faktura hervorgehenden Mängel der Waare schon vor der Ablieferung der Waare selbst zu rügen, wird dadurch thatsächlich in Bresche gelegt, dass der Käufer behaupten kann, er habe sich durch den Anblick der Waare selbst, durch die Untersuchung derselben erst noch ein Urtheil darüber bilden wollen, ob die Waare ihm nützen könne oder nicht, ob sie für ihn trotz der aus der Faktur erhellenden Vertragswidrigkeit nicht vielleicht doch empfangbar sei oder nicht, eine Behauptung und bzw. Eventualität, deren Berechtigung der Absender der vertragswidrigen Waare und Faktur selbst nicht leugnen darf. Im übrigen ist der Ansicht v. Hahns Komm. z. H.G.B. zu Art. 347 § 25 beizutreten. Vgl. aber Anschütz u. v. Völdern-dorff Anm. 15 zu Art. 347 (Bd. III S. 298).

Die Rechtzeitigkeit der Anzeige, welche demnach prinzipiell sofort nach dem Bekanntwerden des Mangels, sofort nach der Untersuchung, Entdeckung, Mittheilung und spätestens — äussersten Falles — innerhalb 6 Monaten von der Ablieferung an dem Verkäufer zu erstatten ist, hängt übrigens nicht blos von den angedeuteten gesetzlichen Bestimmungen ab; das Handelsgesetzbuch will an den besonderen Gesetzen oder Handelsbräuchen, durch welche für einzelne Arten von Gegenständen (z. B. Vieh)<sup>72)</sup> eine kürzere Frist bestimmt ist,<sup>73)</sup> nichts ändern (Art. 349 Abs. 4) und hält auch vertragsmässige Vereinbarungen aufrecht, durch welche die Haftbarkeit des Verkäufers auf eine kürzere oder längere Frist<sup>74)</sup> von den Parteien<sup>75)</sup> festgesetzt ist.

5. Die Rüge muss den Grund ersehen lassen, aus welchem die Waare oder Sendung beanstandet wird, die Rüge muss durch die causa der Beanstandung motivirt sein. Der Grad von Genauigkeit, in welchem die Begründung der Reklamation in der an den Verkäufer gerichteten Mittheilung enthalten sein muss, lässt sich nicht durch eine feste Regel fixiren; nur das ist allgemein zu sagen, dass aus der Anzeige die Vertragswidrigkeit soweit ersichtlich sein muss, dass der Verkäufer ungefähr wissen kann, welchen Vorschlag er dem Käufer zur Beseitigung der drohenden Nachtheile machen soll; daher muss die Anzeige jedenfalls angeben, ob die Beanstandung wegen Mängeln, die in der Waare selbst

<sup>72)</sup> Die Währschaftsgesetze, durch welche landesrechtlich die Haftung für Thierfehler geregelt und eine eigenartige Untersuchungs- und Anzeigepflicht für den Viehhandel eingeführt ist, werden von den Bestimmungen des Art. 347 überhaupt nicht berührt. Protokolle z. H.G.B. S. 1384. Vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 179. Die Haftung f. Thierfehler s. Stobbe, Deutsch. P.R. § 185, ebenda Anm. 1 s. die neueren Partikularrechte hierüber; Anm. 2 s. d. Verhältniss derselben zum H.G.B. (Seufferts Arch. Bd. XXXII Nr. 72 S. 92).

<sup>73)</sup> Für den Mess- und Marktverkehr sind häufig kürzere Fristen gesetzlich oder usancemässig, s. Prot. S. 663, Motive z. preuss. Entw. d. H.G.B. S. 143.

<sup>74)</sup> Jedoch wird — nach einem Erk. d. R.O.H.G. (Bd. IX Nr. 4 S. 12) wenigstens — durch die vertragsmässige Verlängerung der Haftungspflicht des Distanzverkäufers über die 6 Monate des Art. 349 hinaus im Zweifel nur die Zeitdauer der Klagbarkeit (Garantiefrist), nicht auch die Anzeigepflicht des Art. 347 (Monitorfrist) verändert; wird aber eine über den Zeitraum von 6 Monaten hinausgehende Monitorfrist bewilligt, so ist darin zugleich eine entsprechende Verlängerung der Garantiefrist zu sehen; die Monitorfristverlängerung involvirt demnach die Garantierstreckung, nicht aber umgekehrt. Bestritten. Ueber diese Kontroverse s. Goldschmidt in seiner Z. f. H.R. Bd. XV S. 321 u. Anschütz u. v. Völderndorff, Komm. z. H.G.B. zu Art. 349 a. E. einerseits, Makower, Komm. z. H.G.B. zu Art. 349 Anm. 32, v. Hahn, Komm. z. H.G.B. 2. Aufl. Bd. II S. 334, andererseits. Die sog. Garantirung, Garantieleistung f. Haltbarkeit ist mit der Verlängerung der Monitorfrist nicht zu verwechseln, sondern — unter Umständen wenigstens — ein besonderes dictum vel promissum des Verkäufers in Bezug auf die Waare selbst. — Eine in der Beschaffenheit der Waare oder Sendung begründete Verlängerung der Monitorfrist s. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 62 S. 209 (vgl. auch Bd. VII Nr. 84 S. 318, Bd. VIII Nr. 79 S. 335, Bd. IX Nr. 111 S. 404, Bd. XIII Nr. 4 S. 9, Bd. XIV Nr. 85 S. 265).

<sup>75)</sup> Nicht einseitig. Schreibt der Verkäufer in die Faktur oder Rechnung (nach der Bestellung, ohne Konsens des Verkäufers, also einseitig, willkürlich) eine kürzere Monitorfrist, so ist der Käufer dadurch nicht gebunden. R.O.H.G. Bd. I Nr. 23, S. 85.

liegen, oder wegen Vertragswidrigkeiten, welche der Sendung als solcher anhaften, z. B. Verspätung,<sup>76)</sup> erfolgt und im ersteren Falle, nemlich bei Mangelhaftigkeit der Waare selbst, z. B. bei Bruch, Nässe u. dgl. muss der Rügende wenigstens soweit ins Detail gehen, als erforderlich ist, um den Verkäufer in den Stand zu setzen, ungefähr zu ermessen, woher der Schaden kommen mag und ob er dem Käufer die Waare ohne Weiteres abnehmen und durch neue ersetzen, oder ob er die Rücknahme ablehnen soll.<sup>77)</sup> Eine Rüge, welche diesem Erforderniss nicht entspricht, ist keine rechtswirksame Rüge, die Waare gilt vielmehr als genehmigt; und ebenso gelten, wenn die Rüge einen Fehler der Waare nennt und andere entdeckbare Mängel verschweigt, die letzteren als genehmigt, nemlich als widerspruchslos geduldet, gebilligt.<sup>78)</sup>

Ist nur ein Theil der abgelieferten Waare mangelhaft, so hat der Käufer, ohne gerade ziffermässig die Stückzahl oder Menge der mangelhaften oder der empfangbaren Theile angeben zu müssen, doch auch in dieser Be-

<sup>76)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 51 S. 195, 196.

<sup>77)</sup> Die Gründe, aus denen man sich für die Nothwendigkeit der Substantiirung der Rüge entscheiden muss, sind von Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 122—128 auseinandergesetzt. Ganz allgemein gehaltene Beanstandungen der Waare z. B. „wegen Mangel vertragsmässiger Eigenschaften“, wegen „fehlerhafter Beschaffenheit“, „die Waare ist nicht empfangbar“, „die Waare ist nicht preiswürdig“, sind jedenfalls ungenügend, schon deshalb, weil der Verkäufer daraus gar nicht entnehmen kann, ob die Rüge rechtzeitig oder verspätet ist. Vgl. auch Wolff in Buschs Arch. Bd. XV S. 328 ff., v. Kräwel ebenda Bd. VIII S. 461 ff. und Wolf ebenda Bd. IV S. 165. Aber die Praxis des O.Trib. zu Berlin und des O.App.G. zu Dresden sah von dem Erforderniss einer speziellen Bemängelung in der Rüge ab; vgl. Gareis a. a. O. § 41 Anm. 9 u. 10, entgegen der Rechtsprechung einer Reihe von Handelsgerichten (s. Gareis, ebenda Anm. 14 u. 15), welcher sich die des R.O.H.G. anschloss. Letzteres verlangt zur Wirksamkeit der Rüge die Substantiirung der behaupteten Mangelhaftigkeit in dem zur vorläufigen Orientirung des Verkäufers erforderlichen Maasse (R.O.H.G. Bd. V Nr. 57 S. 261, Bd. VI Nr. 34 S. 165, VII Nr. 5 S. 41, X Nr. 58 S. 269, XIII Nr. 72 S. 214, XIV Nr. 49 S. 154). Nur beim Kauf nach Probe könne unter Umständen, nimmt d. R.O.H.G. an, die Anzeige, dass die Waare nicht nach der eingesandten Probe ausfalle, genügen. (R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 49 S. 156, Bd. XVIII Nr. 52 S. 204). — Dass die gerügte vorhandene Mangelhaftigkeit der Waare oder Sendung wirklich den Käufer veranlasste, die Rüge abzuschicken, ist nicht erforderlich; selbst wenn der Verkäufer beweisen oder wenigstens wahrscheinlich machen könnte, dass der Käufer nur wegen der veränderten Konjunktur, wegen der eingetretenen Baisse, wegen plötzlich aufgetretener Ueberproduktion oder Absatzlosigkeit u. dgl. die Waare beanstandete und die Mangelhaftigkeit nur zum Vorwand nehme, ist — das Vorhandensein der Mangelhaftigkeit vorausgesetzt — die Beanstandung doch rechtsgültig und rechtswirksam. (Vgl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 55 S. 249.) Ob Mängel, die der Käufer früher stets unbeanstandet passiren liess, nun, da sie sich bei veränderter Konjunktur an den neuen Sendungen zeigen, zur Beanstandung geltend gemacht werden können, hängt von der Beantwortung der Thatfrage ab, wie die Bestellung der älteren und neueren Sendungen lautete, ob ein Zusammenhang zwischen ihnen besteht und ob die Billigung der früheren Waaren auf die neuern Bestellungen als die Waare qualifizirendes Moment angesehen werden könne, wie z. B. durch die Klausel „wie früher“ u. dgl.

<sup>78)</sup> Buschs Arch. Bd. IX S. 421 ff., Bd. X S. 422, Bd. XIV S. 478.

ziehung so eingehend zu rügen, dass der Verkäufer vernünftigerweise ermassen kann, was er nun dem Käufer vorschlagen oder anbieten soll.<sup>79)</sup> Ob aber die Beanstandung der ganzen Waare wegen nur theilweise vorhandener Mangelhaftigkeit erfolgen kann oder muss, hängt von der Zusammengehörigkeit der Waare und den sich daran reihenden Erwägungen ab (s. oben § 273 S. 696); die Rüge gegenüber einer Kollektivsendung muss jedenfalls ersehen lassen, welcher Posten beanstandet wird.<sup>80)</sup>

V. Die Feststellung des Zustandes der Waare. Die Anzeige ist eine rein einseitige Handlung des Empfängers, welche sich innerlich auf das Urtheil desselben über den Zustand der Waare gründet; dieses Urtheil kann aber vom Verkäufer angefochten werden und in der That absichtlich oder unabsichtlich mit der Wahrheit in Widerspruch stehen. Daher eröffnet das Gesetz den Beteiligten die Möglichkeit, den Zustand der Waare, über welchen Meinungsverschiedenheit besteht oder in Folge der vorausgesetzten Beanstandung bestehen kann, durch gerichtlich ernannte Sachverständige feststellen zu lassen.<sup>81)</sup>

1. Diese amtliche Feststellung des Zustandes der Waare kann sowohl der Käufer, als auch — die Beanstandung vorausgesetzt — der Verkäufer veranlassen. Sie wird, wenn das Gericht noch keine Sachverständigen ernannt hat, durch den vom Käufer oder vom Verkäufer gestellten Antrag eingeleitet, das Gericht wolle Sachverständige zum Zwecke der Feststellung der Waare gemäss Art. 348 des H.G.Buchs ernennen, ein Antrag, dem das Gericht entsprechen muss.<sup>82)</sup> Sind vom Gerichte bereits im voraus, ein für allemal oder für Jahresfristen Sachverständige zum Zwecke der von Art. 348 vorgesehenen Expertisen ernannt,<sup>83)</sup> so können sich der Käufer, welcher die Waare beanstandet, oder der Verkäufer, welcher der Beanstandung der Waare gegenüber ein wirkliches oder vermeintliches Recht wahren will, unmittelbar an die Sachverständigen wenden. Käufer und Verkäufer haben hierzu,<sup>84)</sup> unabhängig von einander,<sup>85)</sup>

<sup>79)</sup> R.O.H.G. Bd. XX Nr. 89 S. 350.

<sup>80)</sup> R.O.H.G. Bd. V Nr. 57 S. 262, Bd. VI Nr. 74 S. 329, Bd. VII Nr. 30 S. 114, Bd. X Nr. 58 S. 269.

<sup>81)</sup> Art. 348 Abs. 2—4.

<sup>82)</sup> Dass das Gericht verpflichtet ist, dem deshalb gestellten einseitigen Antrag zu deferiren, ist — nach v. Hahn — der eine in der betreffenden Bestimmung enthaltene Rechtssatz. v. Hahn, Komm. z. H.G.B. Bd. II (2. Aufl.) S. 324. (Der andere von v. Hahn daraus entnommene Rechtssatz und die Kontroverse gegen Makower (S. 325) sind infolge der R. JustizG.G. gegenstandslos geworden).

<sup>83)</sup> Sehr viele Einführungsgesetze z. H.G.B. ermächtigen die Handelsgerichte zu solchen generellen Ernennungen, s. v. Hahn a. a. O. S. 326.

<sup>84)</sup> Protokolle z. H.G.B. S. 1386, 1390.

<sup>85)</sup> Vgl. R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 63 S. 250, Bd. XVI Nr. 97 S. 385 (Wiederholung des Konstatierungsverfahrens) vgl. Entsch. d. Oesterreichischen Obersten Gerichtshofs v. 27. Februar 1866. Busch, Arch. Bd. X S. 266.



das Recht, keiner aber die Pflicht,<sup>86)</sup> das Konstatierungsverfahren zu verlangen und zu veranlassen, unbeschadet weiterer Erhebungen im Prozesse, neuer Expertisen u. dgl.<sup>87)</sup>

2. Die Ernennung der zur Feststellung der Waare zu konsultirenden Sachverständigen erfolgt durch das Gericht,<sup>88)</sup> und zwar das zuständige Amtsgericht;<sup>89)</sup> auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der C.P.O.<sup>90)</sup> entsprechende Anwendung.<sup>91)</sup>

3. Die gerichtlich bestellten Sachverständigen haben über den Zustand der Waare ein Gutachten schriftlich oder zu Protokoll zu erstatten, auf welches sich die Betheiligten (Käufer oder Verkäufer oder auch Beide) in einem etwaigen nachfolgenden oder vielleicht zur Zeit der Expertise schon begonnenen Rechtsstreite berufen können. Von einer den Richter bindenden Beweiskraft dieses Gutachtens ist nach dem Principe des § 259 der C.P.O. selbstverständlich nicht die Rede; auch kann das Gutachten durch einen Gegenbeweis umgestossen, oder durch eine prozessrechtliche Expertise<sup>92)</sup> im Laufe des Processes, auch auf Gerichtsbeschluss hin bestätigt, beseitigt oder ersetzt werden. Das nach Art. 348 Abs. 4 erstattete Gutachten hat die Bedeutung eines rechtzeitig aufgenommenen Befundberichts, der die Parteien in den Stand setzt, die von unparteiischen Fachmännern zur Zeit der Beanstandung der Waare über den Zustand derselben gewonnene Ansicht zur Kenntniss des Prozessgerichtes zu bringen. Durch die gerichtliche Ernennung der Begutachter wird der Werth des Gutachtens regelmässig thatsächlich erhöht und dadurch unterscheidet sich diese Art der Expertise von einer nur von den Parteien veranlassten Begutachtung, welche von privatim zugezogenen Zeugen u. s. w. erstattet wird. Die Feststellung des Zustandes der Waare gemäss Art. 348 Abs. 3 und 4 des H.G.Buchs ist aber auch kein „Beweis zum ewigen Gedächtniss“, schon desshalb nicht, weil im Falle des Art. 348 das Gericht dem einseitigen Antrage auf Sachverständigenernennung entsprechen muss und (nach vielen Einführungsgesetzen) schon vor dem Gesuche entsprochen hat.

<sup>86)</sup> Gareis a. a. O. S. 139, R.O.H.G. Bd. V Nr. 55 S. 249.

<sup>87)</sup> R.O.H.G. Bd. I Nr. 53 S. 183, XV Nr. 76 S. 271, Bd. XVI Nr. 97 S. 385. Die erneuten Begutachtungen können durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden (s. aber R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 99 S. 303), wenigstens soweit R.C.Pr.O. § 377 in Betracht kommt.

<sup>88)</sup> Gründe hiefür s. Prot. z. H.G.B. S. 655, vgl. aber hierzu Gareis a. a. O. § 43 Anm. 1 u. 3.

<sup>89)</sup> Einf.G. z. C.Pr.O. § 3 Abs. 4. Zuständig ist dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk sich die beanstandete Waare befindet, s. C.Pr.O. § 44<sup>8</sup>.

<sup>90)</sup> C.Pr.O. Tit. VIII des I. Absch. (§§ 367—379).

<sup>91)</sup> § 13 d. angef. Einf.G. a. E.

<sup>92)</sup> Auch durch dieselben Sachverständigen s. R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 63 S. 250.

## VI. Die Aufbewahrung und weitere Behandlung der beanstandeten Waare.

1. Der Käufer ist verpflichtet, die ihm von einem anderen Orte zugesandte, von ihm aber beanstandete Waare entweder bei sich selbst, oder bei einem Dritten unter seiner Haftung aufzubewahren bzw. aufbewahren zu lassen, bis der Verkäufer, von der Sachlage unterrichtet, darüber weitere Verfügung treffen kann.<sup>93)</sup> Gleichviel, ob der Käufer die Mangelhaftigkeit der Waare sofort bei der Ablieferung erkannte oder erst später erkennen konnte (oder musste) und erkannte, gleichviel, ob der Zustand der Waare durch Sachverständige festgestellt wurde oder nicht, in keinem Falle darf der Käufer die ihm zugesandte Waare sofort nach Entdeckung ihrer Nichtempfangbarkeit auf die Gasse setzen oder sonst aufgeben, die Handelssitte forderte bereits längst vor dem H.G.Buche, was dieses ausdrücklich erheischt, nemlich dass vom Käufer das Dispositionsgut mit der nöthigen Sorgfalt gegen die Beschädigungen und Gefährdungen, welche demselben durch Naturereignisse oder menschliche Handlungen zustossen könnten, bis zu einem gewissen Grade zu schützen sei; mag sich auch der Grund der Beanstandung der Waare auf ein Verschulden des Absenders und Verkäufers zurückführen lassen, — so viel Rücksicht ist der Geschäftsfreund dem Geschäftsfreunde,<sup>94)</sup> ja überhaupt ein Käufer dem Verkäufer schuldig, dass er verpflichtet ist, für die einstweilige Aufbewahrung der ihm von einem andern Orte zugesandten Waare zu sorgen;<sup>95)</sup> es besteht diese Pflicht, wenn und soweit der Verkäufer nicht selbst am Orte der Waarenablieferung für die beanstandete Waare sorgen kann, mithin jedenfalls im Distanzgeschäfte;<sup>96)</sup> ist der Verkäufer selbst auf dem Platze, so dass er sofort über die zu seiner Verfügung gestellte Waare disponiren kann, oder ist ein zu juristischer Stellvertretung in diesem Falle befugter Bevollmächtigter des Verkäufers ortsanwesend, so wird der Waarenempfänger durch die Ueberweisung des Dispositionsguts an diese Personen von seiner Aufbewahrungspflicht befreit.<sup>97)</sup> Sorgt der Verkäufer und dessen hierzu bevollmächtigter Stellvertreter selbst hinreichend für das Disposi-

<sup>93)</sup> H.G.B. Art. 348 Abs. 1.

<sup>94)</sup> Vgl. oben § 271, Abnahme S. 661, 662, s. § 274 I Abnahme S. 704.

<sup>95)</sup> R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 112 S. 357.

<sup>96)</sup> Thöl, H.R. § 277 II 1, R.O.H.G. Bd. IV Nr. 36 S. 184, Bd. X Nr. 76 S. 337, Nr. 79 S. 349. Ueber Aufbewahrungspflicht im Platzgeschäft s. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 142—143 u. S. 148—149.

<sup>97)</sup> Thöl nimmt (unter Berufung auf ein Erk. d. O.A.G. der vier freien Städte v. J. 1826) an, dass dies auch dann der Fall sei, wenn „ein Vertrauen verdienender negotiorum gestor des Verkäufers sich erbieht, diese Sorge zu übernehmen“ und diesem der Käufer die Waare übergibt. Thöl, H.R. § 277 Anm. 10. Hiegegen vgl. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 142. Jedenfalls haftet der Käufer dafür, dass der „Vertrauen verdienende Gestor“ auch wirklich Vertrauen verdient. Vom R.O.H.G. ist mit Recht auf das entscheidende Gewicht der thatsächlichen Umstände aufmerksam gemacht: die Sorgspflicht besteht nur unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer auf die vom Käufer zu prästirende Aufbewahrung thatsächlich derart angewiesen ist, dass die Waare, wenn letzterer sie nicht aufnimmt, ohne genügende custodia bleiben würde; Vorhandensein oder

tionsgut an Ort und Stelle der Beanstandung, so ist der Waarenempfänger, da er nur eine subsidiäre Pflicht, nicht aber (auf Grund des Art. 348) ein Recht, die Waare aufzubewahren, hat und nur als negotiorum gestor<sup>98)</sup> zu betrachten ist, ebenso verpflichtet<sup>99)</sup> als berechtigt, diesen Personen die custodia am Dispositionsgute zu überlassen.

Die Aufbewahrungspflicht des Käufers ist demnach durch ihren Zweck zeitlich und inhaltlich **beschränkt**.

2. **Zeitlich** ist die Aufbewahrungsverpflichtung eingeschränkt durch die Bestimmung, dass der Käufer nur für die **einstweilige** Aufbewahrung der Waare zu sorgen hat, nemlich nur so lange, bis der Verkäufer in die Lage kommt, sich der Waare, wie es zu deren Erhaltung erforderlich ist, persönlich oder durch einen Beauftragten, Depositär oder dgl. anzunehmen; unterlässt der Verkäufer, nachdem er durch den Käufer von der Sachlage unterrichtet ist, die nöthigen Maassnahmen seinerseits, so ist der Käufer seiner Aufbewahrungspflicht ledig;<sup>100)</sup> ja er kann gegen den Verkäufer auf Wiederabnahme der zugesandten und beanstandeten Waare klagen.<sup>101)</sup>

3. **Inhaltlich** ist die Aufbewahrungspflicht beschränkt auf dasjenige, was ein Geschäftsführer, der fremde Geschäfte ohne Auftrag oder ein sonstiges Verpflichtungsverhältniss, mithin als negotiorum gestor, bei Aufbewahrung fremder Sachen zu leisten und zu bewahren hat; demnach hat der Käufer regelmässig die Sorgfalt eines guten Hausvaters hierbei anzuwenden;<sup>102)</sup> ist der Kauf auf Seite des Käufers ein Handelsgeschäft, so muss dieser die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden;<sup>103)</sup> nach diesen Gesichtspunkten bestimmt es sich auch, ob der Verkäufer verpflichtet ist, die beanstandete Waare gegen Feuersgefahr versichern zu lassen.<sup>104)</sup> Den Ersatz der aufgewandten Prämien für die Versicherung kann der Käufer vom Absender nach den Grundsätzen der freiwilligen Geschäftsführung fordern, ebenso den Ersatz aller anderen Auslagen, und wenn er Kauf-

Nichtvorhandensein dieser Pflicht hängt daher in jedem einzelnen Falle von den jeweiligen Umständen ab; die blosse Anwesenheit eines Agenten des Verkäufers am Beanstandungs-orte der Waare berechtigt den die Waare ablehnenden Käufer noch nicht ohne Weiteres dazu, sich der in Art. 348 ihm auferlegten Fürsorge für die beanstandete Waare für entschlagen zu erachten. R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 39 S. 172.

<sup>98)</sup> Die Analogie zwischen negot. gestio und der Aufbewahrung nach Art. 348 d. H.G.B. ist übrigens keineswegs vollständig; denn die Aufbewahrung erfolgt hier auf Grund einer gesetzlichen Pflicht, oder auf Grund einer stillschweigend vereinbarten Klausel also in keinem Falle freiwillig, vgl. folg. S. Anm. 106.

<sup>99)</sup> Anders im Falle eines Retentionsrechtes des Käufers s. Gareis a. a. O. § 48 u. die dort. Cit.

<sup>100)</sup> R.O.H.G. Bd. I Nr. 61 S. 204.

<sup>101)</sup> R.O.H.G. Bd. VII Nr. 95 S. 358.

<sup>102)</sup> Windscheid, Pand. § 430 Ziff. 1 Anm. 5.

<sup>103)</sup> H.G.B. Art. 282.

<sup>104)</sup> Für gewisse feuergefährliche Waaren dürfte diese Frage regelmässig zu bejahen, R.O.H.G. Bd. VII Nr. 95 S. 360, im übrigen aber namentlich bei voraussichtlich nur kurzer Dauer der Aufbewahrung zu verneinen sein.

mann ist, auch die Bezahlung von Lagergeld und Provision<sup>105)</sup> verlangen; die Lagerung der beanstandeten Waare kann übrigens auch bei einem Dritten stattfinden,<sup>106)</sup> für dessen sorgfältige Wahl der Käufer nach den angedeuteten Grundsätzen zu haften hat.

4. In der Aufbewahrungspflicht ist ferner das Verbot enthalten, die Waare zu benützen und mehr anzugreifen, als zum Zwecke der nöthigen Untersuchung (s. oben III) erforderlich war; würde der Käufer über dieses Maass und diesen Zweck hinaus auf das Dispositionsgut einwirken, dasselbe mit einer anderen Waare vermischen,<sup>107)</sup> verbrauchen, wesentlich verändern, so würde darin eine nachträgliche Genehmigung der Waare zu erblicken und der Verkäufer jedenfalls nicht verpflichtet sein, die veränderte Waare zurückzunehmen.

5. Ebenso liegt in der Aufbewahrungspflicht ein **Veräußerungsverbot**; der Verkäufer wird von jeder Pflicht bei Mangelhaftigkeit oder sonstiger Vertragswidrigkeit der Waare einzustehen befreit, wenn der Käufer, nachdem er die Waare beanstandet hat, dieselbe ohne Ermächtigung des Verkäufers (und ohne Noth, s. unten) weiterveräußert;<sup>108)</sup> auch in einer solchen Weiterveräußerung liegt eine Genehmigungshandlung, durch welche der Verkäufer haftfrei und der Käufer zur Preiszahlung verpflichtet wird.

6. Aber das Veräußerungsverbot gilt nicht ausnahmslos. Abgesehen von dem Falle, dass der Verkäufer den Käufer ermächtigt, das Dispositionsgut, gleichviel, auf wessen Rechnung, weiter zu veräußern, hat der Käufer auch dann das Recht, die Waare zu veräußern, wenn dieselbe dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist; aber auch unter diesen Voraussetzungen ist nur eine Art der Veräußerung dem Käufer gestattet, nemlich der unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 vorzunehmende Verkauf.<sup>109)</sup> Ist die Waare zwar dem Verderben ausgesetzt, aber nicht Gefahr im Verzuge, so muss der Verkauf unterbleiben, bis etwa der Verkäufer denselben angeordnet hat; wenn aber Gefahr im Verzuge liegt, so dass das Eintreffen einer Verfügung des von der Sachlage unterrichteten Verkäufers vor Eintritt des Verderbs der Waare unmöglich ist, so kann (nicht: muss)<sup>110)</sup> der Empfänger zur Wahrung des Interesse

<sup>105)</sup> H.G.B. Art. 290.

<sup>106)</sup> „Denn nicht ein Verwahrungsvertrag (depositum) zwischen Käufer und Verkäufer, sondern eine Geschäftsbesorgungspflicht des Käufers wird bei dem Abschluss des Kaufvertrags subintelligirt.“ Ob daraus mit dem R.O.H.G. zu folgern ist, dass der Käufer seine Schuldigkeit thut, wenn er dem Verkäufer nur ein Klagerecht gegen den Dritten, Verwahrer, Depositär, zu gewähren vermag, dürfte zweifelhaft sein. Vgl. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 59 S. 202.

<sup>107)</sup> R.O.H.G. Bd. VII Nr. 95 S. 358.

<sup>108)</sup> R.O.H.G. Bd. X Nr. 59 S. 273, Bd. XI Nr. 67 S. 202, Bd. XVI Nr. 81 S. 323, Bd. XVIII Nr. 89 S. 330, Gareis, Das Stellen zur Disposition §§ 49, 50.

<sup>109)</sup> H.G.B. Art. 348 letzter Abs.

<sup>110)</sup> Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Handelssitte in einigen Fällen den Käufer verpflichte, das Dispositionsgut zu verkaufen; das Gesetz stellt eine Verpflichtung hierzu nicht auf.

des Verkäufers das Dispositionsgut verkaufen lassen, aber nur <sup>111)</sup> unter Beobachtung der im Art. 343 vorgeschriebenen Bestimmungen; hiernach hat der Käufer, welcher von der ihm durch Art. 348 Abs. 5 verliehenen Befugniß Gebrauch machen will, die Waare öffentlich, oder wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis hat, auch nicht öffentlich durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise verkaufen zu lassen und von dem vollzogenen Verkaufe den Verkäufer bei Meidung des Schadenersatzes, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen. (Einer vorgängigen Anzeige oder Androhung des bevorstehenden Verkaufes bedarf es, da drohendes Verderben und Gefahr im Verzuge hier, d. i. in allen Fällen des Abs. 3 des Art. 348, vorausgesetzt ist, nicht.)

7. Unterlässt der Käufer die Aufbewahrung des Dispositionsgutes oder vernachlässigt er die ihm hierin obliegende Sorgfalt, so ist er dem Verkäufer zum Ersatz des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet,<sup>112)</sup> aber auf die Verpflichtung des Verkäufers, den Kauf richtig zu erfüllen, hat diese Pflichtverletzung des Käufers keinen Einfluss.<sup>113)</sup> Unterlässt der Käufer den Verkauf des dem raschen Verderb ausgesetzten Dispositionsgutes, so hat dies keine nachtheiligen Rechtsfolgen für ihn; denn den Verkauf vornehmen zu lassen, ist er nur berechtigt, nicht verpflichtet. Verkauft er das Dispositionsgut, welches dem raschen Verderben ausgesetzt ist, ohne Beobachtung des Art. 343, so ist er, wenn aus dieser Nichtbeachtung dem Verkäufer ein Schaden erwächst, zum Ersatz dieses Schadens verpflichtet, unbeschadet der Ansprüche, welche die nicht-richtige Vertragserfüllung dem Käufer gegen den Verkäufer entstehen lässt. Verkauft der Käufer die beanstandete Waare, ohne dass dieselbe dem sofortigen Verderb ausgesetzt war, so gilt die Waare als durch Weiterveräußerung genehmigt, gleichviel, welche Form der Verkauf oder die Einleitung des Verkaufs hatte.

<sup>111)</sup> Nicht nach landesrechtlichen Bestimmungen. R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 81 S. 321. Jedoch ist zu bemerken, dass die Vorschriften des Art. 343 nicht aus formalen Gründen zu beobachten, sondern nur im Interesse des Verkäufers gegeben sind. Weicht der Käufer, zum Verkaufe des Dispositionsgutes schreitend, von Art. 343 ab, ohne das Interesse des Verkäufers zu verletzen, so geht er in Folge des Weiterverkaufs möglicherweise seiner Rechte gegen den Verkäufer nicht verlustig, — möglicherweise: d. h. nur unter bestimmten Umständen, welche der verkaufende Käufer ausdrücklich zu behaupten und als ihn aus Nothwendigkeit oder wegen der Nützlichkeit von der gesetzlichen Regel abzuweichen zwingend darzustellen hat. R.O.H.G. Bd. X Nr. 51 S. 238, Bd. XI Nr. 67 S. 201, XII Nr. 17 S. 55, Nr. 44 S. 131, XIII Nr. 112 S. 359, XVIII Nr. 61 S. 229. S. v. Hahn a. a. O. S. 327. Könnte der verkaufende Käufer solche Umstände nicht behaupten und beweisen, so würde der Verkäufer den Verkauf als Zurücknahme der Beanstandung, als nachfolgende Genehmigung der Waare auffassen dürfen.

<sup>112)</sup> Die Verpflichtung kann als obligatio ex lege, quasi ex contractu bezeichnet werden.

<sup>113)</sup> R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 141 S. 438.

## § 275.

G. Der Verzug.<sup>1)</sup>

Verzug in der Erfüllung des Kaufvertrags ist vorhanden, wenn

- a. der Verkäufer die rechtzeitige Ablieferung der Waare, oder
- b. der Käufer die rechtzeitige Zahlung des Kaufpreises verabsäumt.

Neben diesen zwei Fällen des Leistungsverzugs (*mora solvendi*) sind noch die zwei Fälle des Empfangsverzugs (*mora accipiendi*) denkbar:

- a. Der Verkäufer versäumt die rechtzeitige Empfangnahme des Kaufpreises, oder
- b. der Käufer versäumt die rechtzeitige Empfangnahme (Abnahme) der Waare.

1. Der Verzug in der Abnahme<sup>2)</sup> (*mora accipiendi*).

## a. Verzug des Verkäufers.

Ist der Verkäufer mit der Empfangnahme des Kaufpreises im Verzuge,

<sup>1)</sup> Es ist bereits (von Regelsberger, oben S. 505) auf die Lückenhaftigkeit des H.G.B. in Bezug auf die Lehre vom Verzuge und auf das infolge dessen eintretende Ineinandergreifen der handelsgesetzlichen und der landesrechtlichen Bestimmungen auf diesem Gebiete aufmerksam gemacht worden. Die Oekonomie des vorliegenden Werkes gestattet nicht, die landesrechtlichen Bestimmungen hier zu erörtern. Ueber die Anwendung derselben zur Feststellung des Verzugsbegriffs s. R.O.H.G. Bd. X Nr. 51 S. 240, Bd. VII Nr. 105 S. 408.

Lit. über die Lehre vom Verzug überhaupt: v. Madai (1837), Wolff (1841), „Die Lehre von der Mora“, Mommsen (1855, Beiträge z. Obl.R. Bd. III), Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. XVII S. 261 ff., Laband in G.Z. f. H.R. IX S. 257, Kniep, Die Mora des Schuldners; Lamprecht, Ueber den Verzug beim Kaufe in Buschs Arch. Bd. XXVI 1 ff., Keyssner, Komm. z. H.G.B. Art. 354 Nr. 6—10, Kowalzig, Komm. z. H.G.B. Art. 354 Nr. 92 ff., Art. 355 Nr. 93 ff.

<sup>2)</sup> Ueber die Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers überhaupt, nach heutigem röm. Rechts. Windscheid, P. § 345, über die Wirkungen dieses Verzugs nach demselben Rechte s. Windscheid § 346. Das R.O.H.G. hat zum Verzug des Käufers regelmässig eine Realoblation des Verkäufers vorausgesetzt, die blosse Verbaloblation (die zur Erfüllungszeit ausgesprochene Bereiterklärung) des Verkäufers aber regelmässig als ungenügend erklärt, den Käufer in Verzug zu versetzen, Bd. IV Nr. 28 S. 143, 148, XII Nr. 94 S. 282, XX Nr. 77 S. 302. Ausnahmeweise genügt aber die blosse Verbaloblation, so namentlich wenn die Mitwirkung des Käufers zur Erfüllung vertragsmässig erforderlich ist, aber verweigert wird, (Bd. IV Nr. 28 S. 142, IX Nr. 79 S. 267, X Nr. 60 S. 274, XVIII Nr. 90 S. 336, XXII Nr. 3 S. 5), oder der Käufer vor dem Eintreffen der abgesandten aber noch nicht tradirten Waare dem Verkäufer erklärt, er werde dieselbe nicht annehmen, dann ist der Käufer, vorausgesetzt, dass diese Weigerung eine unbegründete ist, von dem Augenblick der Erklärung jener Abnahmeverweigerung an im Verzuge; eine solche vorgängige ernstliche Abnahmeverweigerung oder die wirkliche oder bestimmte erklärte Abnahmeverweigerung gegenüber einer Theillieferung bei einem einheitlich verkauften Ganzen entbindet den Verkäufer von der Pflicht weiterer Erfüllungsthätigkeit, weil (und wenn) diese voraussichtlich nutzlos

so kann sich der Käufer von seiner Verbindlichkeit dadurch befreien, dass er den Kaufpreis bei Gericht hinterlegt.<sup>3)</sup>

### b. Verzug des Käufers.

Ist der Käufer mit der Empfangnahme (Abnahme, im Sinne von Hinweg-

wäre, R.O.H.G. IV Nr. 4 S. 19, 20, V Nr. 41 S. 180, IX Nr. 79 S. 266, Bd. X Nr. 51 S. 238, 240, XII Nr. 94 S. 282, XIII Nr. 17 S. 57, XV Nr. 21 S. 52, XVI Nr. 107 S. 421, XVIII Nr. 90 S. 336; nicht aber entbindet sie ihn von der Pflicht der Androhung des Selbsthilfeverkaufs, wenn letzterer gewählt wird, s. R.G. Bd. I Nr. 114 S. 310. Einen eigenthümlichen Fall, in welchem eine alternative Obligation mit Wahlrecht des Käufers vorlag und an Stelle des säumigen Käufers der Richter die Wahl vorzunehmen berechtigt sein soll, s. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 7 S. 33; Koch, Das Recht der Forderungen Bd. I S. 39, Förster, Preuss. P.R. § 65 a. A. Dernburg, Preuss. Priv.R. Bd. II S. 63, der in diesem Falle das Wahlrecht vom Käufer auf den Verkäufer übergehen lässt. — Dadurch dass die Waare vom Verkäufer noch nicht oder noch nicht vollständig „spezifizirt“, individualisirt oder von der nicht verkauften Sache (worunter sogar an Grundstücke gedacht werden kann, z. B. eine Kohlengrube, bei einem durch Verzug gehemmten Kohlenlieferungsvertrage, s. R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 26 S. 74 ff.) losgelöst ist, dadurch wird der Selbsthilfeverkauf nicht ausgeschlossen, vorausgesetzt nur, dass der Verzug der Abnahme vorliegt. In Betreff des Selbsthilfeverkaufs eines Theils der Waare vgl. übrigens R.O.H.G. Bd. XII Nr. 60 S. 174, Bd. XXIV Nr. 92 S. 358, 359. — Ueber eine mora accipiendi, welche dann entsteht, wenn der Verkäufer den bezahlten Kaufpreis nicht als von dem denselben Zahlenden zur Tilgung der Kaufschuld des Zahlenden hingegeben annimmt, s. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 20 S. 67. Auch über die Gründe der Aufhebung der Verzugswirkungen enthält das H.G.B. keine Bestimmungen, s. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 58 S. 227.

<sup>3)</sup> a. Ueber das heutige römische R. s. Windscheid, P. § 347, insbes. auch die Anm. 1—3, Mommsen a. a. O. S. 307 ff.; dem röm. R. folgt das bayr. L.R. Th. IV 14 Kap. §§ 15, 16.

b. Nach dem preuss. L.R. wird der Schuldner durch die rechtmässige gerichtliche Deposition der schuldigen Summe ebenso wie durch wirkliche Zahlung von der Verbindlichkeit frei, folgeweise auch von Verzögerungszinsen, Konventionalstrafen und andern nachtheiligen Folgen des Verzugs. (Allg. preuss. L.R. Th. I Tit. 16 §§ 213, 229.) Die gerichtliche Deposition findet (unter Anderem) statt, wenn der Gläubiger die Annahme der Zahlung aus einem unerheblichen oder doch zweifelhaften Grunde verweigert (§ 218 eod. Tit.). Hat der Gläubiger die Annahme der Zahlung aus rechtmässigen Ursachen verweigert, oder werden die von dem Schuldner seiner und seines Bevollmächtigten Legitimation entgegengesetzten Zweifel als unerheblich verworfen: so kann die auch wirklich erfolgte Deposition die Stelle der Zahlung nicht vertreten, sondern sie ist auf Kosten und Gefahr des Schuldners geschehen (§§ 230, 222 eod. Tit.). — Nachdem das preuss. Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetze in § 17 Abs. 1 die Regelung der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für das Hinterlegungswesen einem besondern Gesetze vorbehalten hatte, erschien Letzteres, nämlich die Hinterlegungsordnung, unterm 14. März 1879, Ges.Samml. 1879 S. 249 ff.; dieses Gesetz bestimmt für die Hinterlegung von Geld, Werthpapieren (negoziabler Art) und Kostbarkeiten als Hinterlegungsstellen die Bezirksregierungen (in der Provinz Hannover die Finanzdirektion in Hannover und die Landdrosteien in Lüneburg und Osnabrück) und als Kassen der Hinterlegungsstellen die Regierungshauptkassen (in den Hohenzollernschen Landen die Landeskasse in Sigmaringen, in der Prov. Hannover die Bezirkshauptkassen u. s. w.). Vgl. §§ 1 ff. der Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879. Diese Hinterlegungsstellen treten

nahme s. oben S. 659)<sup>4)</sup> der Waare im Verzuge, so hat der Verkäufer nach seiner Wahl

- a. das Recht, gegen den Käufer auf Abnahme der Waare zu klagen<sup>5)</sup> und ferner — gleichzeitig — das Hinterlegungsrecht, oder
- b. das Recht des Selbsthilfeverkaufs.

a. Das **Hinterlegungsrecht** besteht darin, dass der Verkäufer die Waare, welche der Käufer empfangen (d. i. abnehmen)<sup>6)</sup> soll, aber nicht empfängt (d. h.

für die Hinterlegung (Deposition, Niederlegung, Aufbewahrung) von Geld u. dgl., sofern dieselbe nach gesetzlicher Vorschrift (s. W.O. Art. 25 Abs. 2, Art. 40, Art. 73; A. d. H.G.B. Art. 202 Abs. 2, Art. 245 Abs. 3, Art. 625 Abs. 1, Art. 661, Art. 690 Abs. 1 u. a.) bei Gericht oder bei einer sonstigen, zur Annahme von Depositen bestimmten oder ermächtigten Behörde, Anstalt oder Kasse zu geschehen hat, an Stelle der Gerichte oder jener Kassen oder Anstalten. (§ 92 d. angef. G.)

c. Oesterr. bürg. G.B. § 1419. Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen, so fallen die widrigen Folgen auf ihn. § 1425. Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt, abwesend, oder mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder aus andern wichtigen Gründen nicht bezahlt werden; so steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei dem Gerichte zu hinterlegen; . . . dadurch wird der Schuldner von der Verbindlichkeit befreit und die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger gewälzt.

d. Code civ. fr. art. 1257. Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. — Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier. (Die Voraussetzungen der offres réelles s. art. 1258; über die Form der Hinterlegung (consignation) s. art. 1259 ff. Ueber die zur Annahme der gerichtlichen Depositen u. dgl. ermächtigte Caisse des depots et consignations s. loi du 28 avril 1816, ordonnances du 3 juillet 1816 (Bulletin de lois 7e s. no. 876, no. 877, arrêté du 26 mai 1849, B. d. l. 10e s. no. 1362, décret du 1 mai 1851, B. d. l. 10e s. no. 2954).

e. Bürgerl. G.B. f. d. Kgr. Sachsen § 756. Ist der Berechtigte im Verzuge und eignet sich der Gegenstand der Leistung zur gerichtlichen Niederlegung, so hat der Verpflichtete das Recht, den Gegenstand der Leistung bei dem Gerichte des Erfüllungsortes niederzulegen. Von der Zeit der Niederlegung an fallen die Verbindlichkeiten weg, welche der Verpflichtete nach dem Verzuge der Berechtigten noch gehabt hat. Als Erfüllung jedoch gilt die Niederlegung erst von der Zeit an, wo dem Berechtigten durch das Gericht bekannt gemacht worden ist, dass sie erfolgt ist. S. ferner §§ 757—760.

<sup>4)</sup> Vgl. auch oben § 271 IV S. 661—663.

<sup>5)</sup> Vgl. oben S. 704 u. l. 9 D. d. a. e. v. 19,1. Der Empfangsverzug allein berechtigt den Verkäufer noch nicht, das Wahlrecht des Art. 354 auszuüben (R.O.H.G. Bd. X Nr. 51 S. 259, Bd. XI Nr. 24 S. 81, Nr. 38 S. 105, Bd. XXII Nr. 3 S. 7), d. h. er kann nicht von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, wohl aber hat er das Recht Erfüllung des Vertrags und Schadenersatz wegen der verspäteten Abnahme zu verlangen, oder statt der Erfüllung die Waare für Rechnung des Käufers zu verkaufen und Schadenersatz zu fordern; die vorgängige Anzeige (Androhung) und wenn angemessen, Nachholungsfristgewährung ist letzteren Falls erforderlich. — Die französische Jurisprudenz scheint den Rücktritt vom Vertrage auch im Falle des blossen Abnahmeverzugs dem Käufer zu gestatten, gestützt auf Art. 1184, 1657. cfr. Lyon-Caen et Renault a. a. O. Nr. 648, 649, S. 350, 351.

<sup>6)</sup> S. oben S. 659.



nicht abnimmt), auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten niederlegen<sup>7)</sup> kann. Das Handelsrecht stellt über die Wirkungen dieser Hinterlegung ebensowenig wie über die Voraussetzungen des Empfangsverzugs besondere Regeln auf, lässt vielmehr die landesrechtlichen Normen in beiden Beziehungen allein maassgebend sein; auch nicht die Wirkung ist handelsgesetzlich an die Deposition geknüpft,<sup>8)</sup> dass die Aufbewahrungspflicht mit der Deposition endige, denn die Aufbewahrungspflicht endigt nach dem H.G.Buch<sup>9)</sup> schon mit dem Eintritt des Empfangsverzugs, nicht erst mit der Hinterlegung.

b. **Das Recht des Selbsthilfeverkaufs;**<sup>10)</sup> es besteht dies darin, dass der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Abnahme der Waare im Verzuge<sup>11)</sup> ist, unter genauer Beobachtung der im Gesetze vorgeschriebenen Modalitäten des Verkaufs verkaufen lassen kann; dieser Verkauf muss regelmässig öffentlich<sup>12)</sup> sein, darf aber unter Umständen auch nicht öffentlich vorgenommen werden; er muss dem Käufer regelmässig vorher angedroht<sup>13)</sup> sein, und zwar rechtzeitig, so dass dieser noch die Möglichkeit hat, den Verzug durch Nachholung der Abnahme zu sühnen,<sup>14)</sup> es darf aber von der Androhung unter bestimmten Umständen auch Umgang genommen werden, dann nemlich wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist.<sup>15)</sup>

<sup>7)</sup> Auch bei Gericht, R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 7 S. 32.

<sup>8)</sup> Wie v. Hahn a. a. O. S. 272 anzunehmen scheint.

<sup>9)</sup> H.G.B. Art. 343 Abs. 1.

<sup>10)</sup> Vgl. oben S. 619.

<sup>11)</sup> Ueber die Voraussetzungen dieses Verzugs, unter Andern Realoblation oder Bereitstellung zur Abholung mit entsprechender Benachrichtigung s. R.G. Bd. I Nr. 128 S. 357—358. Abnahmeverzug bei Lieferung einer in verschiedenen Sorten zu liefernden Waare. R.G. IV Nr. 2 S. 7 ff.

<sup>12)</sup> Ueber den Grund dieser Bestimmung s. R.G. Bd. V Nr. 14 S. 61.

<sup>13)</sup> R.O.H.G. XII Nr. 94 S. 285. — Der Verkauf kann dem Käufer erst dann angedroht werden, wenn er in Empfangsverzug ist oder in Empfangsverzug kommen zu wollen erklärt (R.O.H.G. Bd. X Nr. 51 S. 241, Bd. XVI Nr. 107 S. 424, Bd. XIII Nr. 17 S. 59). Letztere Erklärung kann in einer vor Ankunft der Waare ausgesprochenen Abnahmeverweigerung des Käufers liegen, ein Fall, in welchem der Verkäufer der Androhung keineswegs enthoben ist. R.O.H.G. Bd. X Nr. 65 S. 293, R.G. Bd. I Nr. 114 S. 310 ff.

<sup>14)</sup> Der Verkäufer darf folglich erst nach Ablauf einer angemessenen Frist von der Androhung an gerechnet zur Realisirung des Verkaufes schreiten. Dies liegt im Begriff der Androhung im Gegensatz zu dem einer blossen Anzeige. Auch diese Rechtzeitigkeit des Verkäufers ist Voraussetzung des rechtsgiltigen Selbsthilfeverkaufs und daher vom Richter von Amtswegen zu prüfen. — R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 55 S. 293.

<sup>15)</sup> Art. 343. Vgl. aber Bd. XXIII Nr. 58 S. 170; Prot. 627, 630 S. 1459, 1460. Der Verkäufer wählt und veranlasst den Selbsthilfeverkauf insofern auf seine eigene Gefahr, als er im Streitfalle nachweisen muss, dass er zum Selbsthilfeverkauf berechtigt war und die Vorschriften über die Art des Verkaufes (Androhung, öffentliche Versteigerung — soweit nicht Ausnahmen gestattet sind, deren Vorhandensein ebenfalls der Verkäufer zu beweisen hat —) beobachtete. Auch die Rechtzeitigkeit der Androhung und die Thatsache, dass dem Käufer noch Zeit gelassen wurde, die Abnahme nachzuholen, muss der Verkäufer im Bestreitungsfall beweisen. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 85 S. 293.

Da die Verkaufsandrohung, welche übrigens nicht in wirklich drohenden Worten, sondern nur in einer Ankündigung der Absicht zu verkaufen, zu bestehen braucht,<sup>16)</sup> zunächst den Zweck hat, den Käufer noch zur Abnahme zu veranlassen und ihm hierzu noch eine Frist zur Nachholung eröffnet werden muss, so ist sie bei Fixgeschäften<sup>17)</sup> nicht erforderlich; denn in diesen Geschäften kann kein Kontrahent eine Frist zur Nachholung der fälligen Erfüllung verlangen und muss der Verkäufer nicht dann, wenn er Schadenersatz statt der Erfüllung, also den anderweiten Verkauf der Waare gewählt hat, sondern dann, wenn er nachträglich Erfüllung geleistet wissen will, dem Käufer dieses anzeigen.<sup>18)</sup>

Von der Beobachtung der Vorschrift, dass der Verkauf der Waare öffentlich (mittels öffentlicher Versteigerung) zu erfolgen habe, kann Umgang genommen werden, wenn der Käufer damit einverstanden<sup>19)</sup> ist, gesetzlich aber auch dann, wenn die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, dabei der nichtöffentliche Verkauf dem säumigen Käufer angedroht wurde und durch einen Handelsmäkler oder in Ermangelung eines solchen durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten zum laufenden Preise bewirkt wird.

Der Selbsthilfeverkauf kann übrigens unter andern Bedingungen stattfinden als der ursprüngliche Verkauf.<sup>20)</sup>

In jedem Falle hat der Verkäufer nach Vollzug des Selbsthilfeverkaufs dem Käufer sofort, soweit es thunlich, Nachricht zu geben, eine Verpflichtung, deren Vernachlässigung den Verkäufer schadenersatzpflichtig machen würde.<sup>21)</sup>

Der Selbsthilfeverkauf kann auch dann stattfinden, wenn der Verkäufer für den Kaufpreis bereits gedeckt ist, mithin möglicherweise nur zu dem Zwecke, die Waare los zu werden und Raum im Lager zu gewinnen.<sup>22)</sup>

Das Gesetz verlangt regelmässig, dass der Selbsthilfeverkauf öffentlich,

<sup>16)</sup> Die Art des Verkaufes braucht der Verkäufer dem Käufer nicht vorher mitzutheilen; Letzterer ist aber in diesem Falle berechtigt anzunehmen, dass der Verkauf mittels öffentlicher Versteigerung vorgenommen werde. R.O.H.G. Bd. X Nr. 51 S. 242. Den Verkaufstermin braucht der Verkäufer dem Käufer keineswegs vorher anzuzeigen. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 8 S. 49, Bd. XXI Nr. 26 S. 76. Stegemann, Die Rechtsprechung d. R. O.H.G. zu Leipzig Bd. VIII S. 125. Dass die Androhung nicht die Mittheilung des Verkaufstags und auch nicht die, ob öffentlich oder nicht öffentlich verkauft werden werde, enthalten müsse, ist auch die Ansicht des R.G. s. Bd. I Nr. 3 S. 5, woselbst die Kontroverse eingehend beleuchtet wird. Lit. s. ebenda S. 6, 7.

<sup>17)</sup> Ueber Fixgeschäfte s. unten S. 731 Anm. 10 und Zusatz 1 unten S. 734 ff.

<sup>18)</sup> R.O.H.G. Bd. X Nr. 51 S. 240, Bd. XII Nr. 94 S. 282, 235.

<sup>19)</sup> Zulässigkeit der Vereinbarung hierüber s. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 28 S. 92, aber Bd. XX Nr. 10 S. 24.

<sup>20)</sup> Daher ist, wenn der ursprüngliche Käufer nach dem Selbsthilfeverkauf in den Besitz der Waare gelangt, Art. 347 nicht unmittelbar in Bezug auf die Bedingungen des ursprünglichen Kaufes in Anwendung zu bringen. R.G. Bd. V Nr. 8 S. 33.

<sup>21)</sup> H.G.B. Art. 343 Abs. 3. Vgl. hierzu R.O.H.G. Bd. VII Nr. 105 S. 407, Bd. VIII Nr. 23 S. 104, Bd. XII Nr. 94 S. 285.

<sup>22)</sup> Es ist übrigens keineswegs erforderlich, dass ein besonderes Interesse, die Waare zu veräußern, auf Seite des den Selbsthilfeverkauf veranlassenden Verkäufers vorhanden sei. R.G. Bd. V Nr. 14 S. 63. Nur Arglist ist ausgeschlossen, s. ebenda S. 64.

nemlich durch öffentliche Versteigerung eingeleitet,<sup>23)</sup> realisiert werde, damit die Interessen des Käufers möglichst gut vertreten, ein möglichst hoher Preis erzielt<sup>24)</sup> und Beweismittel in Bezug auf die Identität der Waare gesichert würden. Wegen dieser verschiedenen Zwecke, die durch die Öffentlichkeit des Verkaufs erreicht werden sollen, muss eine Abweichung von der Regel auch dann als ausgeschlossen angesehen werden, wenn auf dem Wege des „Verkaufs unter der Hand“ nachweisbar ein ebenso hoher Preis erzielt wurde, ja vielleicht sogar ein höherer Preis, als durch öffentliche Versteigerung vermuthlich erreichbar gewesen wäre: der Käufer kann, wenn er nicht ausdrücklich in den privaten Verkauf einwilligt (oder Gefahr im Verzuge ist), die Beobachtung der Formalität fordern, gleichviel ob eine Preisdifferenz nachweisbar ist oder nicht, und er braucht den Verkauf nicht anzuerkennen (selbst wenn er sich bei dem formwidrigen Verkaufe durch Mitbieten u. s. w. beteiligt).<sup>25)</sup> Ist der Verkauf ohne Einwilligung des Käufers abweichend von den Formvorschriften vorgenommen worden, ohne dass hierzu Vertrag oder Gesetz ermächtigte, so braucht ihn der säumige Käufer nicht als für seine Rechnung erfolgt anzuerkennen.<sup>26)</sup>

Ist nach Vertrag oder Gesetz der „Verkauf unter der Hand“ (Privatverkauf, im Gegensatz zu dem durch öffentliche Versteigerung eingeleiteten Verkaufe) gestattet, so hat der Verkaufsbeamte Alles zu thun, was erforderlich ist, um die Waare zu einem möglichst hohen Preise zu verkaufen; erreicht er hierbei aber nicht einmal den laufenden Preis, so geschieht dies auf Risiko und Rechnung des Verkäufers: der Käufer kann in diesem Falle den laufenden Preis für die Berechnung des Kaufpreises in Anrechnung bringen, muss aber den Verkauf im übrigen als für seine Rechnung geschehen gelten lassen.<sup>27)</sup>

Der Verkäufer darf den Selbsthilfeverkauf regelmässig nur an demjenigen Orte bewirken lassen, an welchem sich die Waare zur Zeit des Beginnes des Verzugs des Käufers befindet oder infolge der vom Verkäufer richtig eingeleiteten Lieferung damals befinden musste. Dieser Ort ist keineswegs nothwendig der Erfüllungsort. Handelt es sich um ein Distanzgeschäft und tritt der

<sup>23)</sup> S. oben S. 620—621. Die ortsrechtlichen Formalitäten der öffentlichen Versteigerung sind hiebei zu beobachten, s. R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 106 S. 330, Bd. XVI Nr. 27 S. 92, Bd. XX Nr. 10 S. 23.

<sup>24)</sup> Ist ein den ursprünglichen Kaufpreis überragender Preis durch den Selbsthilfeverkauf seitens des Verkäufers erzielt worden, so gebührt der Ueberschuss — nach Ansicht d. R.G. wenigstens — dem säumigen Käufer. R.G. Bd. V Nr. 14 S. 65. Vgl. unten S. 733 Anm. 58.

<sup>25)</sup> R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 28 S. 92, Bd. XX Nr. 10 S. 24. Es kann übrigens auch der den Selbsthilfeverkauf veranlassende Verkäufer selbst als Käufer in der Auktion auftreten. S. R.G. Bd. V Nr. 14 S. 60—64.

<sup>26)</sup> Der Verkauf kann aber möglicherweise aus andern Gesichtspunkten (Interessevertretung durch den Verkaufenden) aufrecht erhalten werden müssen. Vgl. R.G. Bd. I Nr. 128 S. 358—359.

<sup>27)</sup> R.O.H.G., Plenarbeschluss Bd. X Nr. 84 S. 371. Die Ansicht d. R.O.H.G. war nicht stets dieselbe, s. Fuchsberger, Entsch. S. 517—518, Makower, H.G.B. a. a. O. S. 362—363.

Abnahmeverzug ein, nachdem die Absendung begonnen oder vollzogen, so ist der Destinationsort, Bestimmungs-, Ankunftsort der Ort, an welchem der Selbsthilfeverkauf wie die Aufbewahrung im Falle des Art. 348 und die Hinterlegung bei Abnahmeverzug stattzufinden hat; ist aber der Abnahmeverzug bereits vor der Absendung hervorgetreten, während die Waare noch an ihrem Lagerungsorte ruht, so ist dieser letztere Ort der Platz, an welchem die Waare zum Verkauf gebracht werden muss, wenn der Verkäufer dieses Mittel der Selbsthilfe wählen zu müssen glaubt.<sup>28)</sup>

Was die Zeit anlangt, zu welcher der Selbsthilfeverkauf rechtsgiltig, d. h. mit der vom säumigen Käufer anzuerkennenden Wirkung ein (wenigstens theilweises) Erfüllungssurrogat zu bilden, vorgenommen werden kann und soll, so darf der Verkauf weder zu früh, noch zu spät vorgenommen werden. Zu früh wäre er vorgenommen, wenn er vor der Androhung des Verkaufs erfolgt (und die Androhung muss ebenfalls rechtzeitig erfolgen, weder zu früh, noch zu spät),<sup>29)</sup> verspätet aber wäre der Selbsthilfeverkauf, wenn er erst dann vorgenommen würde, wenn der Verkäufer andere Schritte, um zu seinem Rechte gegenüber dem säumigen Käufer zu gelangen, eingeschlagen hat, die Klage auf Abnahme oder Interesseleistung erhoben und noch anhängig ist, oder die bestehende Differenz in anderer Weise gerichtlich oder aussergerichtlich ausgeglichen und beseitigt wurde. Bevor ein solcher Schritt geschehen ist oder wenn ein solcher überhaupt nicht geschieht, kann der Verkäufer den Verkauf in einem beliebigen Augenblicke veranlassen, so lange der Abnahmeverzug des Käufers dauert.<sup>30)</sup>

<sup>28)</sup> R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 107 S. 425, vgl. hierzu R.G. Bd. V Nr. 14 S. 66—67.

<sup>29)</sup> Die Androhung darf nicht vor wirklichem oder als beabsichtigt ausdrücklich erklärtem Verzuge der Abnahme erfolgen, und muss so rechtzeitig erfolgen, dass dem Käufer noch die Möglichkeit bleibt, die Abnahme nachzuholen. S. oben Anm. 14.

<sup>30)</sup> Innerhalb dieser Frist kann der Verkäufer zur Verkaufsselbsthilfe schreiten wann er will, ohne dass ihm der Käufer aus dem Aufschube des Verkaufs einen Vorwurf machen könnte. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 102 S. 391, Bd. IX Nr. 24 S. 84. Nur die Schranke darf und muss gezogen werden, dass der Verkäufer nicht gerade in einem dem Interesse des Käufers entschieden ungünstigen Momente der Konjunktur, in einer offenbar vorübergehenden Baisse u. dgl. verkaufen lasse, überhaupt nicht arglistig oder grob-fahrlässig handle. (Vgl. analog R.G. Bd. V Nr. 27 S. 104.) Zu Zielgeschäften und Börsenspekulationen darf der Verkäufer das Recht der Verkaufsselbsthilfe nicht verwenden, s. Keyssner, H.G.B. S. 371, 380, 381; wohl aber kann die Art und Menge der Waare fordern und darum dem Verkäufer gestatten, das Selbsthilfeverkaufsgeschäft in der Weise abzuschliessen, dass dessen Erfüllung längere Zeit in Anspruch nimmt, vgl. R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 26 S. 74 ff. Ueber Verkaufsselbsthilfe im Fixgeschäft s. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 57 S. 287. Ueber Abnahmeverzug bei Theillieferungen vgl. R.G. IV Nr. 2 S. 7—10.

## 2. Der Verzug in der Leistung (mora solvendi).

### a. Verzug des Käufers.

Ist der Käufer mit der Zahlung des Preises im Verzuge,<sup>31)</sup> so ist zu unterscheiden, ob die Waare übergeben, nämlich zum Zweck der Erfüllung des Kaufes tradirt ist oder nicht. Fand diese Uebergabe der Waare statt, so erzeugt der Zahlungsverzug des Käufers dem Verkäufer nur die Klage auf Zahlung des Kaufpreises nebst den etwaigen Sicherungsmitteln dieser Klage und dem etwaigen Ansprüche auf Verzugszinsen;<sup>32)</sup> hieran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Waare — nach oder trotz erfolgter Uebergabe an den Käufer — noch oder wieder im Gewahrsame des Verkäufers befinde, ein Fall, in welchem dem Verkäufer möglicherweise — nicht aber nothwendig — ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich der Waare zum Zweck der Sicherung der Kaufpreisforderung zusteht,<sup>33)</sup> in keinem Falle aber kann der Verkäufer die Waare wegen Nichtzahlung des Kaufpreises zurückfordern, oder wegen des Zahlungsverzugs des Käufers vom Vertrage zurücktreten, wenn die Waare dem Käufer einmal tradirt und in das Eigenthum des Käufers übergegangen ist.<sup>34)</sup>

Fand die Uebergabe der Waare noch nicht statt und ist der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge,<sup>35)</sup> so hat der nichtsäumige Verkäufer die Wahl:<sup>36)</sup> ob er

<sup>31)</sup> Die Voraussetzungen des Verzugs sind auch hier nicht zu erörtern, s. oben S. 505, § 253, insbes. Text zu Anm. 18—22 S. 722. Ueber die Fälligkeit des Kaufpreises im Allgemeinen s. oben § 263 (Baarkauf, Kreditkauf u. Pränumerationskauf), § 255 u. § 269 1 b. Ueber das Erforderniss der Realoblation oder wenigstens einer bestimmten Verbaloblation mit realer Lieferungsbereitschaft als Voraussetzung des Verzugs des Käufers s. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 28 S. 145, V Nr. 41 S. 180, Nr. 63 S. 287, IX Nr. 79 S. 267, X Nr. 60 S. 274, R.G. Bd. I Nr. 158 S. 357—358.

<sup>32)</sup> H.G.B. Art. 289, 288, 287, oben S. 498, 499 und die Commentare zu den genannten Artikeln d. H.G.B. insbes. v. Hahn zu Art. 289.

<sup>33)</sup> v. Hahn, Komm. z. Art. 354 § 2 Anm. 2 S. 353.

<sup>34)</sup> Letzteres ist allerdings nicht immer die Folge der zum Zweck der Kaufserfüllung vorgenommenen Tradition, sondern setzt nach gemeinem Rechte die Zahlung oder Kreditirung des Kaufpreises voraus, s. oben S. 633 (§ 269 1 f.). Ebenda s. (Anm. 48) Separationsrecht, Verfolgungsrecht (droit de suit) u. Hemmungsrecht (right of stoppage in transitu).

<sup>35)</sup> Der Verzug ist hiernach möglich im Pränumerationskaufe, wo der Käufer mit der Zahlung vorangehen soll, und im Kaufe Zug um Zug, wo Zahlung und Waarenlieferung gleichzeitig erfolgen sollen (in beiden Fällen nur unter der Voraussetzung, dass Fälligkeit vorhanden ist), aber auch im Kreditkaufe, in letzterem vorausgesetzt, dass die Lieferung angeboten, die Abnahme aber vom Käufer verweigert wurde und demnach der Käufer in Abnahmeverzug ist, eine Thatgestaltung, durch welche die Anwendung des Art. 354 nicht ausgeschlossen wird, s. v. Hahn, Komm. S. 357 (Art. 354 § 8).

<sup>36)</sup> H.G.B. Art. 354. Ueber das Verhältniss dieses Artikels zu Art. 343 s. R.O.H.G. Bd. XI Nr. 31 S. 77, Nr. 38 S. 105, XII Nr. 17 S. 57, Nr. 26 S. 85.

a. die Erfüllung des Vertrags und Schadenersatz<sup>37)</sup> wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder

b. ob er statt der Erfüllung die Waare unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen, zum Selbsthilfverkaufe (wie im Falle des Abnahmeverzugs des Käufers s. oben S. 725 unter I 2 b) schreiten und dazu Schadenersatz<sup>38)</sup> fordern oder

c. ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.<sup>39)</sup>

Will der Verkäufer wegen des Zahlungsverzugs des Käufers, gleichviel ob der Käufer zugleich auch im Abnahmeverzug ist oder nicht, zum Selbsthilfverkaufe schreiten und dazu Schadenersatz (Interesseleistung) fordern (s. das unter b. erwähnte Recht) oder will er vom Vertrage zurücktreten (s. unter c.), so darf er das Eine oder Andere nicht ohne Weiters thun: der säumige Käufer hat regelmässig ein Recht, anzunehmen, die Verzögerung seiner Leistung, nämlich der Zahlung, habe nicht die Wirkung, dass er die Waare gar nicht erhalten und folgeweise auch nicht bezahlen solle, dieselbe vielmehr anderweitig veräussert werden, oder beim Verkäufer bleiben solle und er zur Interesseleistung angehalten oder der Kauf als gar nicht vorhanden betrachtet werde, m. a. W. der säumige Käufer hat regelmässig ein Recht zu glauben, dass er trotz der verspäteten Leistung (Zahlung und eventuell auch Abnahme) seinerseits doch noch die Waare tradirt erhalten werde, und ihm, wenn auch mit Verzugszinsen und sonstigem Schadenersatze beschwert der Kaufpreis abgenommen, der Kauf aber aufrecht erhalten werde; dieses Recht des Käufers folgt nicht etwa aus der Natur des Kaufes als eines „Rechtsgeschäfts des guten Glaubens“, sondern daraus, dass die Erfüllungszeit regelmässig nicht die scharfe Bedeutung der Ausschliesslichkeit hat, also nicht die Bedeutung hat, dass jede Leistung, die nicht an dem vereinbarten Erfüllungsmomente geschehen ist, gar nicht mehr als Vertragserfüllung, nicht mehr als Erfüllung dieses Vertrags aufgefasst werden könne oder dürfe. Daraus folgt, dass in solchen Rechtsgeschäften, in denen die Erfüllungszeit nach ausdrücklicher Verabredung die strenge Bedeutung hat, dass jede an einem anderen Zeitpunkte geschehene Warenlieferung ausgeschlossen, d. h. nicht als Erfüllung des vorliegenden Vertrags anzusehen sei, der Käufer zu jenem Glauben nicht berechtigt ist, vielmehr annehmen muss, eine verspätete Leistung

<sup>37)</sup> Der Schadenersatz kann bald mehr bald weniger als das rückständige Kaufgeld betragen. R.O.H.G. Bd. XI Nr. 31 S. 77, 81.

<sup>38)</sup> Hierbei wird der Schadenersatz regelmässig die Differenz zwischen dem Erlös aus dem Selbsthilfverkauf der Waare (Mindererlös) und dem vereinbarten Kaufpreise umfassen. Vgl. R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 79 S. 315. In Frankreich beruht das Recht des Selbsthilfverkaufs auf dem Handelsgewohnheitsrecht: d'après les usages commerciaux le vendeur jouit aussi le droit de se remplacer; à défaut du paiement du prix à l'époque fixée, il peut, s'il n'a pas encore fait la livraison, vendre les marchandises à un autre acheteur et si le prix est inférieur à celui qu'il avait précédemment stipulé, le premier acheteur en retard lui doit la différence. Lyon Caen et Renault Nr. 647.

<sup>39)</sup> H.G.B. Art. 354. Ueber den Einfluss der Theilbarkeit der Leistung s. Art. 359 und die Bemerkungen unten S. 734.

sei ausserhalb des Vertragswillens und ausserhalb der Berechnung; dies ist der Fall in den sog. **Fixgeschäften**.<sup>40)</sup> Aus der vom positiven Rechte anerkannten Berechtigung des zahlungssäumigen Käufers, anzunehmen, es werde ihm die Waare trotz seiner Saumsal noch geliefert werden, folgt, dass, wenn der Verkäufer zum Selbsthilfeverkauf und zur Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung schreiten (s. oben unter b) oder gänzlich vom Vertrage zurücktreten (s. oben unter c) will, dass er dies dem Käufer vorher **anzeigen** und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene **Frist zur Nachholung** der versäumten Zahlung gewähren muss.<sup>41)</sup> Für den Fall des Selbsthilfeverkaufs folgt diese Verpflichtung schon daraus, dass der Verkauf erst nach vorgängiger Androhung bewirkt werden darf und dass im Begriff der Androhung — im Gegensatz zu dem einer vorgängigen Anzeige — die Gewährung einer Frist zur Nachholung enthalten ist;<sup>42)</sup> es ist aber auch (nach Art. 343) der Erlass der Androhung gesetzlich vorgesehen, dann wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, eine Annahme, welche einen der Fälle bildet, in denen die Natur des Geschäfts die Gewährung einer Frist nicht zulässt, dieselbe also (auch nach Art. 356) nicht erforderlich ist.

Von dem Selbsthilfeverkauf, welcher wegen Zahlungsverzug des Käufers bewirkt werden darf, gelten dieselben Regeln, unter denen der bei Abnahmeverzug des Käufers dem Verkäufer gestattete Selbsthilfeverkauf<sup>43)</sup> steht: es müssen bei Meidung der Haftung des Verkäufers die Vorschriften des Art. 343 beobachtet werden,<sup>44)</sup> der Verkauf muss, wenn nicht ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarungen oder besondere Umstände Anderes erheischen, am **Ablieferungsorte** der Waare vorgenommen werden;<sup>45)</sup> auch hinsichtlich der Zeit des Verkaufs gelten die nemlichen Regeln, wie in Betreff der Zeit des wegen Abnahmeverzugs vorgenommenen Verkaufs.<sup>46)</sup>

<sup>40)</sup> Art. 357. Hiervon handelt unten Zusatz I S. 734. Vgl. Thöl, H.R. § 281. Endemann, H.R. § 109 II, § 113 II A. § 119, Gareis in v. Holtendorffs R.Lex. unter „Fixgeschäft“ u. kurzgef. Lehrb. d. H.R. § 62.

<sup>41)</sup> Art. 356. Dieser Artikel verlangt nicht, dass der nichtsäumige Kontrahent dem säumigen die Nachfrist anbiete, wohl aber dass er eine nachgesuchte Nachfrist bewillige, s. R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 30 S. 125, Bd. IX Nr. 38 S. 126, Bd. XII Nr. 18 S. 62 und konform nun R.G. Bd. I Nr. 88 S. 241. Ueber purgatio morae während oder vor der Rücktrittserklärung des nichtsäumigen Kontrahenten s. R.G. Bd. IV Nr. 14 S. 55 ff.

<sup>42)</sup> S. oben Anm. 14 S. 725.

<sup>43)</sup> S. oben I 2 S. 725 ff.

<sup>44)</sup> Ueber den Inhalt der Androhung s. R.G. Bd. I Nr. 3 S. 5.

<sup>45)</sup> R.O.H.G. Bd. XII Nr. 17 S. 55, 58.

<sup>46)</sup> R.O.H.G. Bd. XX Nr. 82 S. 334, Bd. XXI Nr. 50 S. 159, s. oben S. 728. Die in Art. 356 vorgeschriebene Gewährung der Nachfrist ist zu Gunsten des Säumigen in dem Gesetz aufgestellt und darf nicht in einer bloß auf den Nachtheil des Säumigen bei Berechnung des Schadenersatzes abzielenden Weise geltend gemacht werden; s. R.G. Bd. V Nr. 27 S. 104.

b. Verzug des Verkäufers.<sup>47)</sup>

Ist der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare im Verzuge,<sup>48)</sup> so hat der Käufer die Wahl: ob er

a. die Erfüllung (Nachlieferung der Waare) nebst Ersatz des durch die verspätete Lieferung entstandenen Schadens<sup>49)</sup> verlangen, oder

b. ob er statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern will — eine rechtliche Befugniß, von welcher namentlich neben dem **Selbsthilfekauf** des Käufers (**Deckungskauf**) Gebrauch gemacht werden kann —, oder

c. ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob der Kauf nicht geschlossen wäre.<sup>50)</sup>

Will der Käufer auf die Nachlieferung verzichten und demnach die bloße Interessensforderung erheben (s. unter b) oder den Kauf als aufgehoben betrachten (s. unter c), so darf er auch hier das Eine oder Andere **nicht ohne Weiteres** thun; es kommt nemlich auch hier darauf an, ob die verspätete Leistung rechtlich der definitiven Nichtleistung gleichsteht oder nicht; ist das Geschäft kein Fixgeschäft,<sup>51)</sup> so ist der Verkäufer trotz seines Verzugs berechtigt, anzunehmen, der Käufer werde auch die verspätete Lieferung der Waare noch wünschen und als — wenn auch verspätete und darum von Schadenersatzanspruch begleitete — Erfüllung des Kaufvertrags ansehen; darum hat der Käufer, ehe er zum Vertragsrücktritt schreitet oder auf die Waarennachlieferung verzichten und blossen Schadenersatz fordern darf, dies dem Verkäufer **anzuzeigen** (— ein Anzeigen, durch welches die sonst dem Verkäufer gestattete Vermuthung, es werde vom Käufer auch noch die verspätete Waarenlieferung beliebt werden, umgestossen wird —) und wenn die Natur des Geschäfts es gestattet, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachlieferung der Waare gewähren.<sup>52)</sup> —

Der Grund, aus dem der Verkäufer mit der Waarenlieferung im Rück-

<sup>47)</sup> Endemann, H.R. § 113, Thöl, H.R. § 282.

<sup>48)</sup> Ueber die Frage, wann dies der Fall ist, s. zunächst die Bemerkungen in Anm. 1 u. 31; ferner: oben S. 505; hierzu S. 625—627 (Pflichten des Verkäufers). — Ueber das französische Recht, welches die Wahlrechte theils auf Grund des code civ., theils auf Grund von Gewohnheitsrechten (letztere liegen namentlich dem Selbsthilfekauf (Deckungskauf) wie auch dem Selbsthilfeverkaufe zu Grunde) einräumt, s. Lyon-Caen et Renault Nr. 639 S. 347. — Liegt kein Verzug vor, worüber nicht das H.G.B., sondern das Landrecht entscheidet, — so kommen nicht die handelsgesetzlichen Wahlrechte, möglicherweise aber andere Rechtsmittel, so z. B. die Auflösungsklage auf Grund des Art. 1184 d. cod. civ. und des bad. Landrechts zur Geltung, s. R.G. I 28 S. 56.

<sup>49)</sup> Ueber die Berechnung der Schadenssumme bei Waaren zum Börsenpreis s. R.G. IV Nr. 1 S. 4, 5, 6.

<sup>50)</sup> H.G.B. Art. 355. — Bevor der nichtsäumige Kontrahent die Wahl getroffen hat, bleibt der Vertrag jedenfalls bestehen und ist der säumige insbesondere nicht berechtigt, den Vertrag seines eigenen Verzugs wegen als aufgehoben anzusehen, s. R.G. Bd. III Nr. 20 S. 66.

<sup>51)</sup> Art. 357.

<sup>52)</sup> Art. 356. Ueber die Bedeutung des Gewährens s. R.G. Bd. I Nr. 88 S. 241, vgl. oben S. 732 Anm. 11.



stande blieb, ist, wenn überhaupt ein „Verzug“ im Sinne des maassgebenden Landes- oder gemeinen Rechts<sup>53)</sup> vorliegt, für die dem Käufer aus dem Verzuge zustehenden Rechte gleichgültig;<sup>54)</sup> die Rechte des Käufers gegen den Verkäufer bestehen auch dann, wenn Letzterer die Erfüllung ausdrücklich verweigert.<sup>55)</sup>

Zum **Deckungskaufe** (d. i. zur Einkaufselbsthilfe, zum Selbsthilfefkauf, s. oben S. 619) kann der Käufer schreiten, wenn er der vom Verkäufer geschuldeten, aber nicht geleisteten Waare bedarf und sie deshalb, und weil eine Nachlieferungsfrist entweder nicht bewilligt werden konnte (z. B. wegen der Dringlichkeit des Bedarfes oder der Natur der Waare nach) oder vom Verkäufer nicht zur Nachlieferung<sup>56)</sup> benützt wurde, anderswoher beziehen muss; die Höhe des Schadenersatzes, welchen der Käufer wegen des Lieferungsverzugs des Verkäufers in einem solchen Falle vom Verkäufer fordern kann, wird alsdann — neben Anderem — auch durch die Höhe des Preises bestimmt, welchen der Käufer zur anderweiten Deckung seines Bedarfes wegen der Nichtlieferung Seitens des Verkäufers aufzuwenden genöthigt ist. Will der Käufer bei der Berechnung seiner Schadenersatzforderung den Preis zu Grunde legen, welchen er in dem übrigens ganz in seinem Belieben stehenden Deckungskaufe angewandt hat, so muss er diesen Kauf möglichst rasch und überhaupt in einer Weise abschliessen, durch welche das Interesse des säumigen Verkäufers, soweit sich dieses mit dem des Käufers vereinigen lässt, redlich gewahrt ist;<sup>57)</sup> die trotz des sorgfältig vorgenommenen Deckungskaufes dem Käufer wegen des Verzugs des Verkäufers treffenden Nachtheile hat der Verkäufer nach Verzugsrecht zu ersetzen, aber die durch den Deckungskauf als solchen dem Käufer erwachsenden Vortheile (z. B. die dem Käufer günstige Differenz zwischen den 2 Kaufpreisen) hat der Käufer nicht dem säumigen Verkäufer herauszugeben.<sup>58)</sup>

<sup>53)</sup> R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 72 S. 284, XV Nr. 102 S. 370.

<sup>54)</sup> *Vis maior* im Genuskaufe s. R.O.H.G. Bd. IX Nr. 38 S. 123 (V Nr. 93 S. 401), XVI Nr. 55 S. 192, auch I Nr. 75 S. 261, Kriegszustand R.O.H.G. X Nr. 65 S. 293, VIII Nr. 39 S. 153, Ausfuhrverbot R.O.H.G. Bd. IX Nr. 1 S. 1, Feuersbrunst R.O.H.G. Bd. IX Nr. 99 S. 335, Mangel an Transportmitteln R.O.H.G. Bd. X Nr. 1 S. 20, XI Nr. 60 S. 184, Nr. 80 S. 239.

<sup>55)</sup> R.O.H.G. Bd. VII Nr. 89 S. 338, vgl. auch IX Nr. 102 S. 347 (unstatthafte Bedingung).

<sup>56)</sup> Wenn der Verkäufer schon vor dem Lieferungsstermin ganz bestimmt erklärt, dass er die vertragsmässige Lieferung weder leisten wolle, noch leisten könne, so wird die Gestattung einer weiteren Nachlieferungsfrist nach Ablauf der Lieferungszeit — unter gewöhnlichen Verhältnissen wenigstens — als völlig zwecklos erscheinen und daher dem Käufer der sofortige Deckungskauf und sich daran anreihende Preisdifferenzanspruch und sonstiger Schadenersatzanspruch zustehen. Vgl. R.G. Bd. IV Nr. 19 S. 71. Ebenda über Relevanz der Behauptung, dass Käufer nach Ablauf der Lieferungszeit sich habe billiger als geschehen decken können, und über die Beweislast hierüber.

<sup>57)</sup> R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 86 S. 246, XIV Nr. 3 S. 6 (auch Nr. 44 S. 142), XVI Nr. 58 S. 202, Nr. 60 S. 182, XVII Nr. 56 S. 257, XVIII Nr. 59 S. 225.

<sup>58)</sup> R.O.H.G. Bd. XX Nr. 61 S. 223, XXII Nr. 42 S. 184. Anders natürlich umgekehrt im Selbsthilfefverkauf: hat der Selbsthilfefverkauf einen höhern Erlös geliefert als der vereinbarte Preis im vorangegangenen durch Verzug gestörten Kaufe war, so kann der säumige (erste) Käufer die Herausgabe dieses höhern Preises gegen Leistung des vereinbarten Kaufpreises fordern, s. R.G. Bd. V Nr. 14 S. 65. Vgl. oben S. 727 Anm. 24.

Der Abschluß eines Deckungskaufes ist übrigens keineswegs das einzige Mittel, die Schadenersatzhöhe zu berechnen; doch wird, sofern es sich um solche Waaren handelt, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Schadenersatzberechnung das System des fingirten Deckungskaufes<sup>59)</sup> gesetzlich zu Grunde gelegt: in einem solchen Falle besteht nemlich der Betrag des von dem Verkäufer zu leistenden Schadenersatzes in der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung (also dem Preise, welchen der Käufer bei einem unter diesen Verhältnissen vorgenommenen Deckungskaufe hätte aufwenden müssen); durch dieses System der Schadenersatzberechnung wird übrigens nur die untere Grenze des Schadenersatzanspruches bestimmt: hat nemlich der Käufer einen erweislich höheren Schaden durch den Verzug des Verkäufers erlitten, so kann er auch den Ersatz dieses höheren Schadens vom Verkäufer fordern.

### Zusätze zu 2 (Verzug in der Leistung).

1. In dem Falle, dass ausdrücklich vereinbart ist, die Waare müsse genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist geliefert werden, demnach ein Fixgeschäft<sup>60)</sup> vorliegt, hat der Käufer nur dann, wenn er Nachlieferung beansprucht, dem Verkäufer eine Anzeige zuzusenden, nicht aber, wenn er nur Schadenersatz verlangt oder die Aufhebung des Vertrages wählt; aus dem Schweigen des nichtbefriedigten Käufers wird im Fixgeschäft gefolgert, dass er die Reallieferung nicht wolle und daher kann der Käufer in einem solchen Falle ohne Weiteres Vertragsaufhebung oder Schadenersatz fordern, nicht aber ohne Weiteres (sondern nur nach vorgängiger Anzeige) die Nachlieferung beanspruchen; die dem Fixgeschäfte eigenthümliche Parteienabsicht<sup>61)</sup> ist nemlich, dass jede nach dem fixen Termine erfolgende Leistung nicht mehr als vertragsmäßige Leistung, auch nicht als Nachleistung auf diesen Vertrag angesehen werden solle.

2. Ist die Erfüllung des Vertrags, sowohl was die Waarenlieferung, als was die Geldzahlung anlangt, theilbar,<sup>62)</sup> so dass Theillieferungen und Theilzahlungen nach der Natur des Vertrages, nach der Absicht der Kontrahenten oder nach der Beschaffenheit des zu leistenden Gegenstandes möglich sind, so ist in den Fällen, in denen das Abgehen vom Vertrage wegen Verzugs des einen Kontrahenten dem andern gestattet ist, die Auflösung des Vertrags nur auf den vom säumigen Kontrahenten unerfüllten Theil des Vertrags zu erstrecken.<sup>63)</sup>

<sup>59)</sup> Diese Bezeichnung ist analog der im Wechselrecht beim Regress üblichen „System des fingirten Rückwechsels“ gebildet. Die Bestimmung des Abs. 3 d. Art. 357 bezieht sich nicht bloß auf Fixgeschäfte; hierüber sind zahlreiche Entsch. d. R.O.H.G. getroffen, s. z. B. Bd. XVII Nr. 56 S. 257, Bd. XXI Nr. 80 S. 248, R.G. Bd. I Nr. 88 S. 241.

<sup>60)</sup> Hierüber s. oben S. 731 Anm. 40.

<sup>61)</sup> Zum Begriff des Fixgeschäfts gehört, dass die Innehaltung der gesetzten Frist oder Zeit einen wesentlichen Bestandtheil der Leistung bilden soll, s. R.O.H.G. Bd. IX Nr. 112 S. 408, Bd. XIII Nr. 60 S. 168 u. nun auch R.G. Bd. I Nr. 88 S. 241.

<sup>62)</sup> Ueber Theilbarkeit der Vertragserfüllung s. S. 606, 696. Ueber Ratenlieferung s. R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 26 S. 78, Nr. 36 S. 104, Nr. 58 S. 202, XVI Nr. 55 S. 193.

<sup>63)</sup> Art. 359. Hierzu s. R.O.H.G. Bd. IX Nr. 102 S. 340.

## VI. Aufhebung des Kaufvertrags.

### § 276.

Der handelsrechtliche Kaufvertrag steht in Betreff der Aufhebung, sowohl was die Aufhebungsgründe, als was deren Wirksamkeit anlangt, zunächst unter den landesrechtlichen Regeln, welche von der Aufhebung der Forderungsrechte<sup>1)</sup> überhaupt und des Kaufvertrags<sup>2)</sup> insbesondere handeln.

Vom Standpunkte des Handelsrechts sind nur wenige besondere Rechtssätze hervorzuheben:

1. Wegen **Mangelhaftigkeit** der Lieferung der Waare (wegen Mängeln der Waare selbst oder wegen Vertragswidrigkeit anderer Umstände der Lieferung) kann die Auflösung des Kaufvertrags einseitig vom Käufer herbeigeführt werden, wenn

- a. (handelsrechtlich) er der Rügepflicht rechtzeitig genügt<sup>3)</sup> und

- b. (landesrechtlich) die Voraussetzungen der Klage auf Aufhebung des Kaufvertrags wegen Mangelhaftigkeit gegeben sind,<sup>4)</sup> gemeinrechtlich der Redhibitionsanspruch (*actio et exceptio redhibitoria*), das Aufschiessen der Waare demnach gestattet ist;<sup>5)</sup> das Handelsrecht setzt diesem Ansprüche eine besondere Verjährung.<sup>6)</sup>

2. Wegen **Verzug** in der Leistung (nicht aber in der Empfangnahme nach Art. 343 des H.G.B.) kann der nichtsäumige Kontrahent die Aufhebung des Vertrags gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, verlangen,<sup>7)</sup> sofern er dem säumigen Kontrahenten die vom Gesetze vorgeschriebene Anzeige (möglicherweise mit Gewährung einer Nachfrist) macht<sup>8)</sup> oder der Kauf ein Fixgeschäft ist.<sup>9)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. Windscheid, P. § 341, dann §§ 342—361, Preuss. L.R. Th. I 15 §§ 11 ff. Oesterr. bürgerl. H.R. §§ 1411 ff., cod. civ. art. 1234 ff., 2219 ff. Bürgerl. G.B. f. d. Kgr. Sachsen §§ 976 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Windscheid, P. § 396. Preuss. L.R. Th. I 11 §§ 58 ff., 188, 229 ff., Oesterr. bürgerl. G.B. § 1066, § 1067 ff., cod. civ. art. 1658 ff. Bürgerl. G.B. f. d. Kgr. Sachsen §§ 1107 ff. Ueber die Aufhebung des Kaufgeschäfts, besonders aus gesetzlichen Gründen s. auch Treitschke-Wengler §§ 91 ff.

<sup>3)</sup> S. oben § 273, H.G.B. Art. 347.

<sup>4)</sup> S. oben § 273.

<sup>5)</sup> R.O.H.G. Bd. V Nr. 91 S. 399, XII Nr. 48 S. 143.

<sup>6)</sup> H.G.B. Art. 349, s. oben § 273.

<sup>7)</sup> H.G.B. Art. 354, 355, s. oben S. 730 u. S. 732.

<sup>8)</sup> H.G.B. Art. 356, s. oben S. 730 ff.

<sup>9)</sup> H.G.B. Art. 357, s. oben S. 734.

3. Wegen **übermässiger Verletzung**, insbesondere wegen Verletzung über die Hälfte, kann ein Kauf, welcher Handelsgeschäft ist, nicht angefochten werden (H.G.B. Art. 286).<sup>10)</sup> Durch die gesetzliche Beseitigung der auf *laesio enormis* gegründeten Anfechtbarkeit ist jedoch das landesrechtliche Verbot des Kaufs der auf dem Halme stehenden Früchte nicht aufgehoben.<sup>11)</sup>

4. Wegen **Betrug**<sup>12)</sup> und **Irrthum**<sup>13)</sup> können Handelskäufe nach Maassgabe landesrechtlicher Bestimmungen angefochten werden; das Handelsrecht setzt nur fest, dass im Falle eines Betrugs die handelsrechtlichen Vorschriften über die Rümpflicht (Art. 347) und über die Verjährung der Geltendmachung der Mängel (Art. 349) nicht in Anwendung zu bringen sind (Art. 350 des H.G.B.).<sup>14)</sup>

5. Der Eintritt einer vertragsmässig gesetzten **auf lösenden Bedingung** ist in einer Reihe von Fällen ein Auflösungsgrund von Handelskäufen eigener Art und von besonderer Wichtigkeit.

a. Der Kauf auf Probe oder auf Besicht ist zwar nach handelsgesetzlicher Bestimmung im Zweifel als unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen anzusehen (Art. 339 des H.G.B.), allein er kann auch als unter Resolutivbedingung stehend gemeint sein. Hiervon s. oben § 265 I, insbesondere S. 590.

b. Das sogenannte **Konditionsgeschäft** (Kauf à condition) ist mitunter als resolutivbedingter Kauf, mitunter als suspensivbedingter Kauf, oder auch als Kommissionsgeschäft oder als Trüdelvertrag aufzufassen. Es besteht in der in vielen Modifikationen sich bewegenden Vereinbarung, dass eine Waare oder ein Theil der Waare nicht fest gekauft ist, sondern vom Käufer binnen einer bestimmten Frist oder bei Feststellung der Unverkäuflichkeit u. dgl. dem Verkäufer zurückgegeben werden darf.<sup>15)</sup>

c. Ein Kauf, bei welchem einem der Kontrahenten ein Rücktrittsrecht mit oder ohne Entgeld, ersterenfalls etwa unter einer *arrha poenitentialis* (Reugeld) von vorne herein eingeräumt ist, kann überhaupt als resolutiv bedingter Kauf aufgeführt werden müssen, doch ist die *arrha*<sup>16)</sup> im Zweifel nicht als Reugeld

<sup>10)</sup> S. oben § 253 unter Anm. 2. Die Anfechtung des Vertrags wegen *laesio enormis* erörtert mit den gemeinrechtl. Kontroversen hierüber Stobbe § 185 II. Ebenda s. auch die partikularrechtl. Gestaltung dieser Anfechtung u. die Lit. Ferner Windscheid, P. § 396 Ziff. 2.

<sup>11)</sup> S. oben S. 501 § 253 Anm. 3, S. 551 § 260 Anm. 14.

<sup>12)</sup> Civilrechtlicher Betrug kann auch im Verschweigen gewisser Thatsachen liegen, s. l. 43 § 2 D. de contrah. empt. 18 1 u. ebenso nach französ. R. (trotz des Ausdrucks: „manoeuvres“ in art. 1116 d. code civ.), s. R.O.H.G. Bd. IV Nr. 64 S. 317, Bd. V Nr. 70 S. 320, Bd. XII Nr. 120 S. 424. Erklärungen über den laufenden Preis oder Marktpreis der Waare — betrügerisch? s. R.O.H.G. einerseits Bd. IX Nr. 91 S. 304, andererseits Bd. XVII Nr. 95 S. 403. Identität des Betrogenen und des durch Betrug Geschädigten ist zur *actio doli* nicht erforderlich. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 63 S. 201.

<sup>13)</sup> Ueber Fälle des Irrthums in seinem Einflusse auf den Kauf s. R.O.H.G. Bd. XI Nr. 57 S. 172 (vernichtender Irrthum); Irrthum beim Ankauf von Aktien s. R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 44 S. 197, Bd. XX Nr. 68 S. 258, Bd. XXII Nr. 90 S. 388.

<sup>14)</sup> Vgl. oben S. 703.

<sup>15)</sup> Ueber dieses Geschäft s. Endemann, H.R. § 117 V, ebenda s. die angedeuteten Unterscheidungen. Ueber den Trüdelvertrag s. Windscheid, P. § 388.

<sup>16)</sup> H.G.B. Art. 285.

und ebenso auch eine Konventionalstrafe<sup>17)</sup> im Zweifel nicht als Reugeld aufzufassen; die Stipulirung einer Darauflage oder einer Konventionalstrafe gewährt demnach im Zweifel den diese Leistungen Versprechenden kein Recht, den Kauf einseitig aufzuheben.<sup>18)</sup>

6. Ein Aufhebungsrecht kann in einem mit dem Kaufe zu einem einheitlichen Geschäfte verbundenen Wahlrechte liegen; dies ist der Fall bei gewissen **Prämiengeschäften**.<sup>19)</sup>

7. Die thatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder der formell eröffnete Konkurs eines der beiden Kontrahenten im Kaufe ist im allgemeinen kein Grund der Aufhebung des Kaufvertrags. Allein Partikularrechte gaben schon frühe dem Verkäufer ein Separationsrecht an der Waare (oder dem Aequivalent) gegen den zahlungsunfähigen Schuldner, selbst wenn der Preis kreditirt war, vorausgesetzt, dass die Waare erst kurze Zeit (die partikularrechtlich verschieden bemessen ist) vor der Konkursöffnung tradirt und noch nicht völlig bezahlt wurde (*droit de suite*); andere Partikularrechte — auch das französische Recht<sup>20)</sup> — gestehen dem Verkäufer im Distanzkauf das Recht zu, die auf dem Transport befindliche Waare anzuhalten und zu sich zurückzurufen, wenn der Käufer insolvent geworden ist, bevor die Waare ihm ausgeliefert wurde (*right of stoppage in transitu*).<sup>21)</sup> Diese Rechte werden nicht durchweg als Auflösungsgründe des Kaufes aufgeführt, sondern es wird ihnen nur die Wirkung beigelegt, dass der Eigenthumsübergang gehemmt oder aufgehoben und der Besitz dem Verkäufer wiedergewonnen werde.<sup>22)</sup>

Nach Reichsrecht ist der Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die hier zu erörternden Verträge und das Vertragsrecht nunmehr nach folgenden Prinzipien geregelt:

a. Verträge, welche der Gemeinschuldner **nach** der Eröffnung des Verfahrens abgeschlossen hat, sind dem Konkursgläubiger gegenüber **nichtig**; hat der Gemeinschuldner als Käufer eine Waare in Erfüllung eines nach dem Konkursverfahren abgeschlossenen Kaufvertrags erhalten, so ist dieselbe aus der Masse zurückzugewähren, soweit die Masse durch diese Waare bereichert ist; hat er als Verkäufer einen Kaufpreis empfangen, so ist auch dieser, soweit die Masse dadurch noch bereichert ist, zurückzugeben.<sup>23)</sup>

b. Neben diesen Bestimmungen steht allgemein die **Anfechtbarkeit** der vor

<sup>17)</sup> H.G.B. Art. 284.

<sup>18)</sup> S. oben § 253 VI (S. 505–506).

<sup>19)</sup> Hierüber s. §§ 278, 281: Ueber die rechtliche Natur des Prämiengeschäfts s. **Gareis**, in **Siebenhaars Arch. f. deutsches W. u. H.R.** Bd. XVIII S. 123, insbes. S. 151 ff.

<sup>20)</sup> Code de comm. art. 576.

<sup>21)</sup> Ueber die Geschichte, Voraussetzungen und Wirkungen dieser Rechte des Verkäufers s. ausführlich **Goldschmidt** in seinem **H.R.** § 82 (S. 855–871).

<sup>22)</sup> S. **Goldschmidt** a. a. O. S. 871. Müsste man aber dann nicht der Konkursmasse die Klage gegen den Verkäufer auf Lieferung der Waare zugestehen? Die Partikularrechte thun dies nicht.

<sup>23)</sup> Konk.O. § 6. Hierzu v. **Völderndorff**, **Komm. zu Konk.O.** S. 116 ff., v. **Sarwey**, **Konk.O.** 2. Aufl. 1882 S. 33 ff.

Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen (also auch Kaufverträge, Zahlungen, Traditionen u. s. w.) nach Maassgabe der konkursrechtlichen Vorschriften über die Anfechtbarkeit.<sup>24)</sup>

c. Die weder nichtigen noch anfechtbaren Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners müssen regelmässig auch nach Eröffnung des Konkurses noch erfüllt werden; ist ein zweiseitiger Vertrag (z. B. ein Kauf) zur Zeit der Eröffnung des Konkurses von dem Gemeinschuldner und von dem andern Theile noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllt, so kann folgeweise der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem andern Theile verlangen; eigenthümlich ist nur, dass der Konkursverwalter auf Erfordern des andern Theils, auch wenn die Erfüllungszeit seinerseits noch nicht eingetreten ist, sofort unverzüglich erklären muss, ob er die Erfüllung von dem andern Theil verlangen will; unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.<sup>25)</sup> Aus einem Fixgeschäft, dessen Fälligkeit erst nach Eröffnung des Konkurses eintritt, kann niemals auf Erfüllung (Realleistung), sondern stets nur auf Interesseersatz (Differenz) geklagt werden, sofern es sich nur um Waaren handelt, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben.<sup>26)</sup>

8. Die Anfechtung eines Kaufvertrages kann möglicherweise auf Grund des R.G. vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkurses erfolgen.

9. Möglicherweise verstösst der Kaufvertrag (namentlich als sog. Rückkaufvertrag) gegen die Verbote des R.G. vom 24. Mai 1880, betr. den Wucher; die Folge hiervon ist die Ungültigkeit des Geschäfts und die Verpflichtung zur Rückgewähr des von dem Bewucherten Geleisteten nach Maassgabe des Art. 3 des angeführten Reichsgesetzes.<sup>27)</sup>

<sup>24)</sup> Konk.O. §§ 22—34. Hierzu v. Völderndorff a. a. O. S. 260 ff., v. Sarwey, Konk.O. a. a. O. S. 122 ff.

<sup>25)</sup> Konk.O. § 15.

<sup>26)</sup> Konk.O. § 16. Hierzu aber §§ 20, 21.

<sup>27)</sup> Vgl. über die Ungültigkeitsgründe überhaupt die oben § 250 gegebenen Erörterungen. Einzelne Gründe der Ungültigkeit des Kaufes sind an andern Stellen des Systems zu erörtern, z. B. H.G.B. Art. 215 Abs. 3.









