Endemann,
Handels-, See-
und
Wechselrecht.

3.

FA
150

BUAH

LIBRERIA JIMENEZ
Mayor, 66
MADRID

CARL SCHLESSBERG
BUCHBINDEREI
AACHEN

Mercantil-Indoor federal University

FA
150

BUAH

BUAH

HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

BUAH

BUAH

UNIVERSIDAD DE ALCALA
5901291897

HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

UNTER MITWIRKUNG

DER HERREN

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

HERAUSGEGEBEN

VON

DR. W. ENDEMANN,

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT BONN.

Tomo 3º
Parte 3ª

DRITTER BAND.

BUCH III. DIE HANDELSGESCHÄFTE;

ABSCHNITT 3—12.

R 1291897

LEIPZIG,

FUES'S VERLAG (R. REISLAND).

1885.

UNIVERSIDAD DE ALCALA DE HENARES BIBLIOTECA

BUAH

BUAH

Vorwort.

Mit dem Schluss des dritten Bandes ist endlich das Handbuch fertiggestellt. Aus mancherlei Gründen, wie sie sich bei der Vertheilung des Stoffs auf eine Mehrzahl von Mitarbeitern leicht ergeben, hat sich die Vollendung weit über Erwarten verzögert. Bei den Schwierigkeiten, die sich bei der Bearbeitung des dritten Bandes erhoben, erschien es angemessen, den vierten Band vor dem dritten hinauszugeben. Innerhalb des dritten Bandes hat nun in der Hoffnung, dadurch die raschere Ausführung des Unternehmens zu befördern, einige Veränderung in der Reihenfolge der Abschnitte stattgefunden.

Vorsorglich wird bemerkt, dass die Vertheilung des Stoffs in dem Abschnitt 11 auf besonderer Uebereinkunft der beiden Herren Mitarbeiter beruht, gegen die der Herausgeber etwas einzuwenden keine Ursache zu haben glaubte.

Das ausführliche Sachregister zu Bd. 1—3 ist beigegeben.

Seit der erste Band an das Licht getreten war, hat das Recht der Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften durch das Gesetz vom 18. Juli 1884 eine erhebliche Umgestaltung erfahren. Es ist deshalb die Umarbeitung der betreffenden Abschnitte in Aussicht genommen worden. Sie wird demnächst als Nachtrag zu dem Werke erscheinen.

Bonn im Juni 1885.

Der Herausgeber.

BUAH

Inhaltsverzeichniss

zum dritten Band.

Drittes Buch.

Die Handelsgeschäfte.

(Abschnitte 1, 2 s. in Bd. 2.)

Abschnitt 3.

Die Börsengeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.)

Seite

I. Die Börsengeschäfte im Allgemeinen.
Begriff der Börsengeschäfte. Bedeutung der Börsen. § 277 1
II. Einzelne Börsengeschäfte.
A. Das Tagesgeschäft. Das feste Zeitgeschäft. § 278 5
B. Das Differenzgeschäft. Die Börsenliquidation (das Börsenarrangement.) § 279 7
C. Die Meliorations- und Arbitrageoperation. § 280 17
D. Der Kauf mit Lieferungs-(Vor-)Prämie. Der Verkauf mit Empfangs-(Rück-) Prämie. § 281 18
E. Das Zweigprämiengeschäft. § 282 21
F. Die Stellage. § 283 22
G. Das zweischneidige Prämiengeschäft. § 284 24
H. Das Nochgeschäft und der Schluss auf fest und offen (die Option). § 285 . 25
I. Das Wandel- oder Eskomptegeschäft. § 286 26
K. Das Report- (Prolongations-, Kost-)Geschäft. § 287 28

Abschnitt 4.

Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

I. Begriff, Arten und Quellen.
A. Begriff der Lotterie. § 288 36
B. Arten der Lotterie. § 289 41
C. Quellen des Lotterierechts. § 290 44
II. Rechtskarakter des Lotterievertrags und der Lotterie. § 291 46
III. Der Abschluss des Lotterievertrags.
A. Der Abschluss des Lotterievertrags und das Loos. § 292 52

BUAH

Seite
B. Fortsetzung. Abschluss durch Kollekteure. § 293 58
C. Vertragsschluss bei Klassenlotterieen (Renovation und Indossament). § 294 . 62
IV. Sind die Lotteriegeschäfte Handelsgeschäfte. § 295 66
V. Die Pflichten.
A. Des Unternehmers. § 296 70
B. Des Theilnehmers. § 297 78
C. Des Kollekteurs. § 298 82
VI. Die Theilnahme an verbotenen Lotterien. § 299 86
VII. Das Ausspielgeschäft. § 300 92
VIII. Das Heuer- oder Promessengeschäft. § 301 98
IX. Lotteriegesellschaft und Lotteriebetheiligung. § 302 105

Abschnitt 5.

Bearbeitung und Verarbeitung.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Endemann in Bonn.)

I. Begriff der Bearbeitung und Verarbeitung. Natur des Uebernahmevertrags. § 303 110
II. Der Abschluss des Vertrags. § 304.
III. Die Wirkungen des Vertrags.
A. Lieferung des Stoffs und Erhaltung desselben. § 305 119
B. Ausführung der Bearbeitung und Ablieferung. § 306 121
C. Abnahme. Empfangnahme. Geltendmachung von Mängeln. Zahlung des Lohns. § 307 129

Abschnitt 6.

Mäkler- und Kommissionsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.)

I. Mäklergeschäfte.
A. Begriff und Stellung der Mäkler, insbesondere der Handelsmäkler. § 308 132
B. Rechte und Pflichten der Handelsmäkler.
1. Die Rechte der Handelsmäkler. § 309 137
2. Die Pflichten der Handelsmäkler. § 310 143
3. Die Rechte und Pflichten des Privathandelsmäklers. § 311 155
II. Kommissionsgeschäft.
A. Geschichtliche Entwickelung und ökonomischer Vortheil des Kommissionsgeschäfts. § 312 157
B. Das Kommissionsgeschäft im Allgemeinen.
1. Begriff, rechtliche Natur und Gegenstand des Kommissionsgeschäfts. Unterscheidung von Propregeschäften. § 313 162
2. Abschluss des Kommissionsvertrags. Perfektions- und Erfüllungsort. Pflicht der Aufbewahrung und Sorge bei Kommissionsofferten. § 314 . . . 169
3. Wirkungen des Kommissionsvertrags.
a. Verhältniss des Kommissionärs zu dem Kommittenten.
aa. Pflichten des Kommissionärs.
α. Die Pflicht der Ausführung des Auftrags; die Vertrags- und auftragswidrige Ausführung. § 315 177
β. Die Pflichten des Kommissionärs rücksichtlich des Kommissionsgutes. § 316 204
γ. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung und Herausgabe. § 317 . 207

BUAH

Seite

bb. Rechte des Kommissionärs.
α. Das Recht auf Erstattung der gemachten Aufwendungen und auf Provision. § 318 210
β. Das Pfand-, Retentions- und Kompensationsrecht des Kommissionärs. § 319 216
b. Verhältniss zum dritten Kontrahenten. § 320 222
c. Die Delkrederehaftung des Kommissionärs. § 321 227
4. Auflösung des Kommissionsvertrags. § 322 234
C. Die besonderen Arten der Kommission.
1. Die Verkaufs- und Einkaufskommission.
a. Die Ueberschreitung des Limitopreises.
aa. Bei der Verkaufskommission. § 323 237
bb. Bei der Einkaufskommission. § 324 242
b. Die Kreditgewährung bei der Verkaufskommission. § 325 245
c. Das Recht auf die Auslieferungsprovision bei der Verkaufskommission. § 326 246
d. Das Eigenthum am Kommissionsgut bei der Einkaufskommission. § 327 247
e. Das Selbstkontrahirungsrecht des Einkaufs- und Verkaufskommissionärs. § 328 251
f. Die Dispositionsstellung bei der Einkaufs- und Verkaufskommission. § 329 264
g. Die Kommission zum Einkauf eines Wechsels. § 330 267
2. Die Speditionskommission.
a. Begriff des Speditionsvertrags. Abschliessung desselben. § 331 . . 269
b. Wirkungen des Speditionsvertrags.
aa. Pflichten des Spediteurs. Verjährung. § 332 270
bb. Rechte des Spediteurs. Recht auf Erstattung der gemachten Aufwendungen und des erlittenen Schadens. Recht auf die Provision. Pfand- und Retentionsrecht des Spediteurs. § 333 275
c. Spielarten der Speditionskommission (Speditions- und Transportunternehmung). § 334 281

Abschnitt 7.

Das Transportgeschäft.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Schott in Kiel.)

I. Das Transportgeschäft im Allgemeinen. § 335 284
II. Das gewöhnliche Transportgeschäft.
A. Das Frachtgeschäft.
1. Die Personen des Frachtgeschäfts; insbesondere der Frachtführer. § 336 289
2. Frachtvertrag und Frachtobligation. § 337 295
3. Die Frachtpapiere; insbesondere der Frachtbrief. § 338 303
4. Die Pflichten des Frachtführers.
a. Die Transportpflicht. § 339 312
b. Die Verwahrungspflicht. § 340 326
c. Die Ablieferungspflicht und die Ablieferungshindernisse. § 341 . . 351
d. Haftung für Dritte. § 342 362
e. Erlöschen der Ansprüche gegen den Frachtführer und Klagenverjährung. § 343 365
5. Die Rechte des Frachtführers. § 344 375
6. Rechtsverhältniss zwischen Absender und Frachtführer. § 345 . . . 387
7. Rechtsverhältniss zwischen Frachtführer und Empfänger. § 346 . . . 399

BUAH

Seite
8. Modifikationen des Frachtgeschäfts.
a. Im Allgemeinen; insbesondere Nachnahme. § 347 414
b. Der Ladeschein. § 348 420
9. Mehrheit der Frachtführer. § 349 435
10. Die Kollision der Pfandrechte am Frachtgut. § 350 457
B. Der Personentransport. § 351 460
III. Das Eisenbahntransportgeschäft.
A. Das Eisenbahnrecht. § 352 462
B. Die Reglements, Tarife und Fahrpläne. § 353 466
C. Der Transportzwang. § 354 477
D. Das Eisenbahnfrachtgeschäft.
1. Die absoluten Haftprinzipien. § 355 485
2. Modifikationen.
a. In Bezug auf den Eintritt und die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht. § 356 486
b. In Bezug auf den Umfang der Schadensersatzpflicht. § 357 . . . 502
c. In Bezug auf die persönliche, räumliche und zeitliche Erstreckung der Schadensersatzpflicht. § 358 510
3. Varietäten des Eisenbahnfrachtgeschäfts.
a. Im Allgemeinen; insbesondere die Beförderung von Leichen. § 359 . 514
b. Die Beförderung von Equipagen und anderen Fahrzeugen. § 360 . . 516
c. Die Beförderung von lebenden Thieren. § 361 517
d. Die Beförderung des Reisegepäcks. § 362 519
4. Das Reklamationsverfahren. § 363 523
E. Der Personentransport. § 364 524
IV. Die Posten.
A. Das Postrecht. § 365 531
B. Der Geschäftskreis und die rechtliche Stellung der Post im Allgemeinen. § 366 536
C. Das Postfrachtgeschäft.
1. Das einfache Postfrachtgeschäft. § 367 541
2. Das modifizirte Postfrachtgeschäft. § 368 566
D. Die Vermittelungsgeschäfte des Geld- und Wechselverkehrs. § 369 . . . 570
E. Der Personentransport der Posten.
1. Im Allgemeinen; insbesondere die Personenbeförderung mittels der ordentlichen Posten. § 370 576
2. Die Extrapost- und Kourierbeförderung. § 371 581
V. Die Telegraphen.
A. Im Allgemeinen. § 372 584
B. Rechtsverhältniss zwischen dem öffentlichen Telegraphen und dem Publikum. § 373 593
C. Rechtsverhältniss zwischen den telegraphischen Korrespondenten. § 374 . 607
D. Das Telephon insbesondere. § 375 612

Abschnitt 8.

Die Haftpflicht.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Westerkamp in Marburg.)

I. Einleitung.
Mängel des Rechtszustandes vor dem Reichshaftpflichtgesetz. Entstehungsgeschichte des letzteren. Uebersicht über den Inhalt des Entwurfs eines Gesetzes über die Arbeiterunfallversicherung. § 376 616

BUAH

Seite

II. Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers für Tödtungen und Körperverletzungen bei dem Eisenbahnbetrieb.
Einleitung. § 377 627
A. Die Voraussetzungen der Haftpflicht. § 378 627
B. Die Haftpflicht des Betriebsunternehmers. § 379 640
C. Die Ausnahmen der Haftpflicht.
1. Einleitung. § 380 649
2. Die Einrede der höheren Gewalt. § 381 651
3. Die Einrede des eigenen Verschuldens des Beschädigten. § 382 . . . 656
III. Die Haftpflicht des Unternehmers eines Bergwerks, eines Steinbruchs, einer Fabrik für Betriebsunfälle, welche durch Verschulden seiner Angestellten herbeigeführt sind.
A. Im Allgemeinen. § 383 663
B. Voraussetzungen dieser Haftpflicht. § 384 665
IV. Umfang der Haftpflicht.
A. Einleitung. § 385 679
B. Die einzelnen erstattungsfähigen Schadensfolgen. § 386 680
C. Abzüge von der Entschädigung wegen der Leistungen dritter Personen an den Ersatzberechtigten, insbesondere wegen der Leistungen von Versicherungsanstalten. § 387 689
V. Das Verbot einer vertragsmässigen Ausschliessung oder Beschränkung der Haftpflicht. § 388 694
VI. Das Verfahren in Haftpflichtsachen. § 389 696
VII. Die Verjährung der Forderungen aus dem Reichshaftpflichtgesetz. § 390 . 704
VIII. Das Verhältniss des Reichshaftpflichtgesetzes zu den Landesgesetzen. Ausdehnung einiger Vorschriften des Reichshaftpflichtgesetzes auf die landesrechtlichen Haftpflichtsachen. § 391 708
Zusätze und Nachträge 712

Abschnitt 9.

Die Verlagsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Geheimen-Bergrath Professor Dr. Klostermann in Bonn.)

I. Geschichte und Quellen. § 392 714
II. Der Verlagsvertrag.
A. Wesen desselben. § 393 716
B. Leistungen.
1. Des Autors. § 394 721
2. Des Verlegers. § 395 723
C. Das Verlagsrecht.
1. Begriff desselben. § 396 725
2. Umfang und Dauer desselben. § 397 729
D. Neue Auflagen. § 398 732
E. Beendigung des Verlagsvertrags. § 399 733
F. Verfolgung des Verlagsrechtes. § 400 736
III. Der Sortimentsbuchhandel. § 401 738

Abschnitt 10.

Die Versicherungsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. König in Bern.)

I. Sachversicherungsverträge.
A. Begriff und Gegenstand. § 402 742

BUAH

Seite
B. Erfordernisse. Gefahr. Dauer. Prämie. § 403 745
C. Der Vertragsschluss.
1. Ort des Abschlusses. § 404 747
2. Die den Vertrag schliessenden Personen. § 405 749
3. Verpflichtungen bei dem Abschluss. Insbesondere Anzeigepflicht. § 406 752
4. Stellung der Agenten. § 407 758
D. Vermehrung oder Veränderung der Gefahr. § 408 761
E. Verpflichtungen.
1. Des Versicherten während und nach der Gefahr. § 409 764
2. Zahlung der Prämien. Folgen der Nichtzahlung. § 410 769
3. Verpflichtung der Gesellschaft. § 411 770
F. Accessorische Natur der Versicherung. § 412 771
II. Lebensversicherungsvertrag.
A. Natur desselben. § 413 776
B. Versicherungsvertrag weder ein Darlehns- noch ein Sparkassenvertrag. § 414 780
C. Vertragsschluss.
1. Die den Vertrag schliessenden Personen. § 415 784
2. Form des Lebensversicherungsvertrags. § 416 788
3. Versicherungsbedingungen. § 417 790
4. Fragebogen. § 418 792
D. Unrichtige Angaben. § 419 796
E. Verpflichtungen.
1. Des Versicherten. § 420 802
2. Bringschuld und Holschuld. § 421 805
3. Aenderung der Gefahr. § 422 808
4. Selbstmord. Selbstentleibung. Selbsttödtung. § 423 814
5. Zahlung der Reserve. § 424 824
6. Fortdauer des Vertrags. Zahlung an den Berechtigten. § 425 . . . 826

Abschnitt 11.

Die Kreditgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg und theilweise, II D und E, von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.)

I. Einleitung. § 426 832
II. Arten der Kreditgeschäfte.
A. Darlehns- und Anleihegeschäft.
1. Darlehn. Vorschuss. Diskontogeschäft. § 427 833
2. Die öffentliche Anleihe. § 428 858
B. Das Zettelgeschäft. § 429 878
C. Das Depositengeschäft.
1. Im Allgemeinen. § 430 884
2. Besondere Fälle.
a. Deposit zur Verwaltung. § 431 902
b. Das Lagerhausgeschäft. § 432. 904
c. Das Bankdepositengeschäft. § 433 921
D. Der offene Kredit. § 434 930
E. Der Kontokorrentvertrag.
1. Begriff und Wesen desselben. § 435 936
2. Wirkungen des Kontokorrentvertrags. § 436 944
3. Die Abrechnung. § 437 947

BUAH

Seite
4. Der Konkurs eines Kontokorrentisten. § 438 956
F. Das einfache Kontokorrentverhältniss. § 439 959
III. Geschäfte der dinglichen Sicherung des Kredits.
A. Pfandgeschäft; insbesondere Depotgeschäft.
1. Wesen desselben. § 440 961
2. Die Pflichten des Verpfänders. § 441 974
3. Die Pflichten des Pfandnehmers. § 442 978
B. Das Lombardgeschäft und die Pfandleihe. § 443 987

Abschnitt 12.

Die Zahlungsgeschäfte.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

I. Begriff der Zahlung und des Zahlungsgeschäfts. § 444 998
II. Arten der Zahlung.
A. Die Baarzahlung. § 445 1003
B. Zahlungssurrogate.
1. Kompensation. § 446 1024
2. Die Girozahlung. § 447 1041
3. Die Skontration. § 448 1056
4. Leistung an Zahlungsstatt. § 449 1075
C. Indirekte Zahlung.
1. Das Zahlungsmandat. § 450 1086
2. Die Anweisung. § 451 1092
3. Die kaufmännische Anweisung. § 452 1106
4. Der Kreditbrief. § 453 1121
5. Der Check. § 454 1132

Berichtigung zu § 451 Not. 61 und zu § 454 vor Not. 112. Die Bestimmung des § 281 Preuss. A. L.R. I, 16 ist durch §§ 76 ff. der R.Civ.Pr.O. modifizirt; die schriftliche Anweisung resp. der Check ersetzt die Prozessvollmacht nicht. Dieser Ansicht ist R. Koch; vgl. auch Förster-Eccius § 95 Not. 25.

BUAH

Abschnitt 3.

Die Börsengeschäfte.[1])

(Von Herrn Professor Dr. Grünhut zu Wien.)

I. Die Börsengeschäfte im Allgemeinen.

§ 277.

Begriff der Börsengeschäfte. Bedeutung der Börsen.

Unter Börsengeschäften versteht man die an einer Börse über Verkehrsgegenstände der betreffenden Börse abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. **Börse** ist derjenige Ort (das Gebäude oder der offene Platz), an welchem sich mit öffentlicher Genehmigung die Kaufleute, Handelsmäkler und andere am Handelsverkehre betheiligte Personen des betreffenden Handelsplatzes zu einer bestimmten Zeit versammeln, um Handelsoperationen zu besprechen, einzuleiten und abzuschliessen. Mit dem Worte **Börse** bezeichnet man im Handelsverkehre zuweilen auch den Preis (Kours), den die an dem bezeichneten Orte gehandelten Verkehrsgegenstände zu einer bestimmten Zeit haben; in diesem Sinne spricht man von einer flauen, einer steigenden oder fallenden Börse. Unter **Börse** versteht man auch sowohl die jeweilige Versammlung der Börsenbesucher, als auch den Verein der Börsenbesucher als Ganzes, die Börsenkorporation.

Wie immer man über den Einfluss der Börsen vom moralischen und sozialen Gesichtspunkte aus denken mag, so viel ist gewiss, dass der in den Börsen dem

[1]) Literatur: Bender, Der Verkehr mit Staatspapieren (2. Ausg. Göttingen 1830), Thöl, Der Verkehr mit Staatspapieren (Göttingen 1835), ders. H.R. (6. Aufl.) §§ 285 bis 294, § 307, Brinckmann, H.R. § 89, § 90, Ladenburg in Z. f. H.R. Bd. III S. 416 fg., ders. in Buschs Arch. Bd. XX S. 421 ff., Gad, H.R. §§ 126, 127, Endemann, H.R. § 119—121, Gareis im Arch. f. d. W. u. H.R. Bd. XVIII S. 123 fg., ders. H.R. (Berlin 1880) S. 312—322; Grünhut in der Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht der Ggwrt. Bd. II S. 535—546, 581—613. Besonders reich ist die französische Literatur; hervorzuheben sind: Mollot, Bourses de commerce 2 Bde. III. ed. (Paris 1853), Jeanotte-Bozérian, La bourse, ses opérateurs et ses opérations 2 Bde. (Paris 1859), Guillard, Les opérations de bourse II. ed. (Paris 1877).

BUAH

Handelspublikum eröffnete **besondere Markt** als ein ökonomisch ausserordentlich wichtiger Hebel erscheint, um den Handelsverkehr zu befördern und demselben durch die gehörige Ausdehnung und Vielheit der Handelsoperationen die wünschenswerthe Vollkraft zu verschaffen. In der That sind auch die Börsen als natürliche Schösslinge aus dem Handel hervor- und mit dem Handel emporgewachsen und zwar sind sie zunächst aus den kaufmännischen Gilden und Handelsinnungen des Mittelalters hervorgegangen.[1a]) Diese errichteten auf den Plätzen, auf welchen die nundinae (foires) abgehalten wurden, in früher Zeit eigene Niederlagen, Packhöfe, Kaufhäuser, in und vor welchen die kaufmännischen Geschäfte am lebhaftesten betrieben wurden. So hatte jede für den Handel wichtigere Stadt Italiens seit dem 13. Jahrhundert ihre Loggia und ihre Mercati; aus den Versammlungen, welche daselbst — übrigens mit vereinzelten Ausnahmen bis zum 16. Jahrh. ohne offiziellen Karakter — abgehalten wurden (Loggie, Broletti, Collegi), entwickelten sich die heutigen Börsen.[2]) Der Name Börse scheint aus Belgien zu stammen und dürfte wohl darauf zurückzuführen sein, dass die Kaufleute der Stadt **Brügge**, welche als die damalige Handelsmetropole Flanderns schon im 13. Jahrh. ihre Börse gehabt zu haben scheint, vor dem Hause eines Gildegenossen Namens **Van der Burse** und in der darnach benannten Strasse ihre Versammlungen hielten und dass über der Eingangsthür des Versammlungslokales im Gebälke des Vordergiebels ein aus drei Börsen bestehendes Wappen ausgemeisselt war.[3]) Von Brügge zog sich der Handel im 16. Jahrh. nach **Antwerpen**, wo 1531 eine Börse errichtet wurde. Zu den ältesten Börsen gehört auch die von **Lyon**, welche jedenfalls schon vor 1549 bestand, da sie in dem die Börse von **Toulouse** errichtenden Edikt von 1549 bereits erwähnt wird; es folgt im Jahre 1556 **London**, 1558 **Hamburg**, 1608 **Amsterdam**, 1724 **Paris**, 1771 **Wien** u. s. w.[4])

Es liegt am Tage, dass schon die örtliche und zeitliche Vereinigung vieler Personen an und für sich, welche alle von dem Bestreben erfüllt sind, Offerten zu Handelsoperationen zu stellen, und sich alle darauf vorbereitet halten, solche Offerten entgegen zu nehmen, in Verbindung mit dem thatkräftigen Eingreifen

---

[1a]) Schon im Alterthume bestand übrigens das Bedürfniss nach solchen örtlichen Vereinigungen von Kaufleuten. Vgl. Livius II 27.

[2]) Vgl. Bender, H.R. I 378, Pöhls, H.R. I 326, Fischer, Geschichte des deutschen Handels IV 844, Guillard in Clunets Journal du droit international privé (Paris 1877) IV. Bd. p. 307 ff., V. Bd. (1878) p. 146.

[3]) So Guicciardini, Belgium universum p. 108, 109 der franz. Uebers. (Antwerpen 1502), Savary dict. univ. de commerce Vo. Bourse, Holtius Voorlez. p. 157. Andere leiten den Namen Börse davon ab, dass in Italien, insbesondere in Florenz, die Versammlung der Bürgerschaft, welche die Obrigkeit zu wählen hatte, desshalb weil dabei die Stimmzettel in eine Börse gelegt wurden, la borsa dei cittadini und sodann auch die Versammlungen der Gilden borsa delle arti, borsa dei mercanti u. s. w. genannt wurden. Noch andere führen den Namen Börse auf das Sinnbild des Kaufhandels, eine Börse, wie sie Merkur in der Hand hielt, zurück. Vgl. J. C. Verhoeff, Jets over beurzen van koophandel (Utrecht 1862), § 2.

[4]) Vgl. Verhoeff l. c. § 4.

BUAH

von zahlreichen in die wechselseitigen Bedürfnisse eingeweihten und an dem Abschlusse von Geschäften lebhaft interessirten Vermittlern nothwendig die Eingehung von vielen Operationen veranlasst, an welche man schwerlich gedacht hätte, wäre Jeder isolirt in seinem Geschäftslokal geblieben. So werden durch die Börsen zahlreiche Berührungspunkte geschaffen, viele Beziehungen angeknüpft, welche sich dann häufig erneuern, bis sie nach und nach zu dauernden werden.

Auf den Börsen als den Zentralsitzpunkten des Handelsverkehres, wo alle für den Handelsstand relevanten, aus den verschiedensten Quellen geschöpften Nachrichten zusammenfliessen, kann sich eine öffentliche Meinung des Handelsstandes herausbilden, welche den Grad des Vertrauens, den jeder Kaufmann einflösst und nach dem sich sein Kredit bemisst, um so genauer zu bestimmen vermag, als sich ja die Kaufleute täglich einander gegenübergestellt finden, sich also gegenseitig kennen und würdigen lernen. Bedenkt man ausserdem, dass die Börsen als Thermometer des öffentlichen Kredites eine hohe Bedeutung haben, so dürfte das aus Abneigung und Misstrauen hervorgehende Bestreben, die Börsen als Spielhöllen in Misskredit zu bringen, wo die einen nur damit beschäftigt sind, sich auf Kosten der anderen zu bereichern, als eine ungerechtfertigte Einseitigkeit erscheinen.

Die Börsen werden in Deutschland und Oesterreich als freie Vereinigungen behandelt, welche zur selbstthätigen Herstellung gewisser die Sicherheit und Blüthe des Verkehrs verwirklichenden Bedingungen durch die Verkehrtreibenden selbst auf dem Wege der Selbstverwaltung mit öffentlicher Genehmigung gegründet werden.[5])

Das **österreichische** Recht, welches für Börsengeschäfte Bestimmungen von grosser Tragweite aufstellt (§§ 13, 14, 15, Ges. v. 1. April 1875), hat den Begriff der Börsengeschäfte näher umschrieben und auf jene Geschäfte beschränkt, welche im öffentlichen Börselokale in der gesetzlichen Börsenzeit über Verkehrsgegenstände geschlossen werden, welche an der betreffenden Börse gehandelt und notirt werden dürfen (§ 12 cit).

Zum Vorhandensein eines Börsengeschäftes im eigentlichen Sinne ist daher nach **österreich.** Recht erforderlich:

1. Abschluss an einer **Börse**, d. h. im öffentlich genehmigten Börsenlokal und in der gesetzlichen Börsenzeit. Die an sog. Winkelbörsen,[6]) d. h. in nicht genehmigten Börsenlokalen oder zwar an genehmigten Börsenlokalen, aber nicht während der genehmigten Börsenzeit abgeschlossenen Geschäfte sind keine Börsengeschäfte.

---

[5]) Vgl. preuss. Einf.G. zum H.G.B. A. III § 1, österreich. Ges. vom 1. April 1875, betr. die Organisirung der Börsen (s. in Z. f. H.R. Bd. XXI S. 255 fg.); ebenso in Frankreich und Italien. In Belgien wurde durch das Ges. v. 30. Dez. 1867 absolute Freiheit in der Errichtung von Börsen begründet. Guillard l. c. IV 309 V 148. Näheres über die Ordnung der Börsen bei Grünhut l. c. S. 537 fg. Viele Börsenordnungen (Berlin, Köln, Bremen, Danzig, Hamburg, Leipzig, Königsberg, Magdeburg, Memel, Tilsit, Stuttgart) sind in Z. f. H.R. zu finden.

[6]) Vgl. darüber Grünhut l. c. S. 539 ff. u. Not. 4.

BUAH

2. Abschluss über Verkehrsgegenstände, welche für die betreffende Börse als solche von der zuständigen Autorität bestimmt sind.[7])

Die Frage, ob ein Börsengeschäft Handelsgeschäft sei, ist in **Deutschland** nach den allgemeinen Grundsätzen des H.G.B. (A. 271—273) zu beantworten. In **Oesterreich** gehören die Börsengeschäfte zu den absoluten Handelsgeschäften (§ 14 österr. Börsenges.).

Da auf den Börsen von den Besuchern bei den daselbst abgeschlossenen Geschäften einer gewissen Art aus den gleichen Beweggründen immer wieder gleiche Verabredungen eines bestimmten Inhaltes getroffen zu werden pflegen, so bilden sich allmälig Verkehrssitten, Usancen, heraus, welche als ein selbstverständlicher Theil eines Börsengeschäftes der betreffenden Art gelten.[8])

Das ursprüngliche Grundelement der meisten und wichtigsten Börsengeschäfte ist der Kauf und Verkauf; allerdings kann dieses Grundelement oft nur mit Mühe entdeckt und zu Tage gefördert werden; denn der Börsenverkehr hat aus diesem Grundelemente zahlreiche andere komplizirtere Formen hervorspriessen lassen, welche sich um den Kauf und Verkauf als das Grundgeschäft gruppiren, ihn verhüllen und unkenntlich machen.

Die Börsengeschäfte, durch welche Tag für Tag riesige Summen aus einer Hand in die andere versetzt, grosse Vermögen geschaffen und vernichtet werden können, werden oft als blos parasitische Geschäftsformen eines gesunden Verkehres betrachtet und haben, mit der allgemeinen Bezeichnung „Börsenspiel" zusammengefasst, unter dem Drucke der Vermuthung schwer zu leiden, als ob mit ihnen eine Nebenabsicht verknüpft wäre, welche das Tageslicht scheuen müsste. Nirgends als auf diesem Gebiete besteht auch heute noch ein grösseres Missverständniss zwischen den Anforderungen einer orthodoxen Rechtsanschauung und den stets in launenhaften Formen sich befriedigenden Bedürfnissen des Handelsverkehres.

---

[7]) Unter die Zulassung zur Kotirung Grünhut l. c. S. 546 u. Not. 10.

[8]) Diese Usancen sind für einzelne Börsen in besonderen Sammlungen redigirt. Vgl. Z. f. H.R., bes. Bd. XVIII, XXI, XXIII (Beilageband), die Usancen der Börsen in Berlin u. Wien.

BUAH

II. Einzelne Börsengeschäfte.

§ 278.

A. Das Taggeschäft. Das feste Zeitgeschäft.

Das **Taggeschäft**, der Tageskauf und Verkauf ist ein Kaufvertrag, der in jeder Beziehung mit einem anderen kein Börsengeschäft ausmachenden Tageskauf und Verkauf auf gleicher Linie steht;[1]) das Geschäft soll, wenn es, wie in der Regel, zugleich Baarkauf, Komptantgeschäft, **Kassageschäft** ist, unmittelbar in die Lieferung des Kaufgegenstandes und Zahlung des Kaufpreises umgesetzt werden. Die Erfüllungszeit dieser Geschäfte wird übrigens durch die Börsenusance genauer bestimmt.[2]) Den Tag- und Kassageschäften stehen usancemässig die „auf morgen" oder „auf einige Tage Lieferung" geschlossenen Geschäfte gleich.[3]) Was die Art der Erfüllung betrifft, so sind die Tag- und Kassageschäfte im Zweifel direkt unter den Parteien und nicht im Wege der Börsen**liquidation** (des Börsen**arrangements**) zu erfüllen.[4])

Das **feste Zeitgeschäft**, Lieferungsgeschäft, ist ein Kaufvertrag, dessen Erfüllung bis zu einer gewissen „fixen" Zeit nach dem Abschluss verschoben ist, zu welcher Zeit dann erst die Lieferung des Kaufgegenstandes und in der Regel auch die Zahlung des Kaufpreises erfolgen sollen.

---

[1]) In Frankreich ist streitig, ob die Gültigkeit dieses Geschäftes dadurch bedingt sei, dass dem Agent de change die verkauften Papiere und die zur Zahlung nothwendige Summe vorher zugestellt worden. Für die Nothwendigkeit der remise préalable Bozérian l. c. Nr. 240; dagegen Guillard p. 142—148.

[2]) So sind gemäss den Wiener Börsenusancen v. 1. Mai 1879 § 4a Kassageschäfte an dem auf den Abschlusstag nächstfolgenden Werktage zu erfüllen, sofern sie an der Früh- oder Mittagsbörse, am zweitfolgenden Werktage aber, wenn sie an der Abendbörse oder an einer Sonn- oder Feiertagsbörse abgeschlossen sind. Gemäss den Berliner Börsenusancen § 11 A (Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 502) sind Kassageschäfte entweder am Nachmittage desselben Tages, an dem sie geschlossen sind, oder am Vormittage des nächstfolgenden Börsentages zu reguliren.

[3]) Berliner Börsenusancen § 11 A in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 507; gemäss den Wiener Börsenusancen von 1879 § 4 c sind Geschäfte „auf einige Tage Lieferung" längstens am fünften Tage nach dem Abschlusstage zu erfüllen.

[4]) Wiener Börsenusancen v. 1879 § 4 a, b.

BUAH

Im Börsenverkehre kann auf Zeit gewöhnlich nur über eine bestimmte Quote oder über eine bestimmte Nominalsumme von Papieren, Münzsorten u. s. w. abgeschlossen werden;[4a]) die Abrechnung und Liquidation werden dadurch wesentlich erleichtert.

Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Erfüllung der Zeitgeschäfte im Wege der Börsenliquidation (des Börsenarrangements) erfolgen soll.[5]) Sowohl um die Gefahr zu vermindern, welche in demselben Maasse wächst, als die Erfüllungszeit hinausgeschoben ist, als auch um die Ausgleichung unter den Kontrahenten zu vereinfachen, bestehen zuweilen besondere Liquidationstermine mit der Bedeutung, dass man an der Börse auf Zeit nur in Liquidation kaufen und verkaufen kann.[6])

Die Erfüllungszeit der Zeitgeschäfte wird durch die Börsenusance genauer bestimmt.[7])

Die Zeitgeschäfte werden entweder **fest** oder gegen **Prämie** abgeschlossen; **fest (fermes)**, wenn beide Kontrahenten derart gebunden sind, dass es weder in der Wahl des einen noch des anderen steht, sich von der eingegangenen Verpflichtung (zur Lieferung des Kaufobjektes oder zur Zahlung des Kaufpreises) ganz zu befreien oder diese Verpflichtung auch nur zu modifiziren; gegen **Prämie (libres** oder **à prime)**, wenn es der einen oder anderen Partei in einem vereinbarten späteren Zeitpunkte (Stichtage) freigestellt ist, sich durch Bezahlung einer im voraus als Aequivalent für das Wahlrecht direkt oder indirekt bestimmten Summe, der Prämie, von der eingegangenen Verpflichtung ganz oder zum Theil loszumachen oder die Erfüllung derselben zu modifiziren.

Es ist klar, dass ein Zeitgeschäft, welches der ernstlichen Absicht der Parteien, Börsenverkehrsgegenstände anzuschaffen oder zu veräussern, seine Entstehung verdankt, juristisch untadelhaft ist; jeder der beiden Kontrahenten hat eine verschiedene Ansicht rücksichtlich des wahrscheinlichen Preises am Lieferungs- oder Empfangstage und baut auf diese Ansicht ein juristisch durchaus erlaubtes Spekulationsgeschäft. Der Spekulant auf das Fallen (à la baisse) der

---

[4a]) Gemäss den Wiener Börsenusancen v. 1879 § 15 beträgt ein Börsenschluss in Effekten (es sei Kassa- oder Zeitgeschäft) je nach der verschiedenen Art der Effekten 5000 fl. Nominale, resp. 25 Stück; über Börsenschlüsse in Münzsorten § 17 cit.

[5]) Wiener Börsenusancen v. 1879 § 4 d, Berliner Börsenusancen § 4 (l. c. S. 503).

[6]) Guillard p. 46. In Frankreich fin courant oder fin prochain.

[7]) Sie sind in Wien (Börsenusancen v. 1879 § 4 d) bei direkter Erfüllung an dem auf den Fälligkeitstag nächstfolgenden Werk- und Börsentage zu erfüllen, bei Erfüllung auf dem Wege des Arrangements an dem Tage der Fälligkeit, eventuell an dem unmittelbar vorangehenden Aufgabstage zum Arrangement aufzugeben. In Berlin (§ 12 l. c. S. 309) sind Geschäfte „fix“ an dem in dem Schlusszettel festgesetzten Tage zu erfüllen. Bei Geschäften „fix und täglich“ muss der Käufer spätestens an dem im Schlusszettel festgesetzten Endtermine abnehmen, kann aber schon früher, sobald das Geschäft „täglich“ geworden ist, kündigen, worauf an demselben oder dem nächstfolgenden Börsentage, resp. nach Ablauf der Kündigungsfrist zu liefern ist. Bei Geschäften „mit Ankündigung fix und täglich“ verhält es sich ebenso in Ansehung des Verkäufers, der spätestens an dem Endtermine liefern muss, aber schon vorher dem Käufer ankündigen, sich zur Lieferung bereit erklären kann.

BUAH

Preise (Contremineur, baissier, bull) hat ein Interesse daran, den Preis der verkauften Waare zu drücken, damit er dieselbe zu niedrigerem Preise ankaufen könne oder am Tage der Lieferung mit dem vereinbarten höheren Preise als dem Tagespreise bezahlt erhalte; der Spekulant auf das Steigen (à la hausse) der Preise (Liebhaber, haussier, bear) wünscht nicht minder lebhaft die Erhöhung des Preises der gekauften Waare, damit er nicht genöthigt sei, am Empfangstage für die gekaufte Waare in dem vereinbarten Preise mehr zu bezahlen, als in dem Börsenpreise des betreffenden Tages ausgedrückt ist. In dieser Sachlage liegt nun der Anreiz zu allerlei unlauteren Kunstgriffen,[8]) um auf den reellen, das Verhältniss von Angebot und Nachfrage wahrhaft ausdrückenden Preis ungehörigen Einfluss zu nehmen und an Stelle desselben einen fingirten Preis zu setzen (agiotage, tripotage); es verhält sich aber in dieser Beziehung bei dem Zeitgeschäfte als Börsengeschäfte nicht anders als bei jedem anderen Kauf mit beigefügtem Lieferungstermin, wenn auch die Börsenroutine die Manöver, durch welche dem einseitigen Interesse auf das Steigen oder Fallen künstlich in die Hand gearbeitet werden kann, besonders ausgebildet hat; gegen solche absichtliche Störungen des natürlichen Laufes der Kourse kommen die allgemeinen Grundsätze über dolus zur Anwendung.

§ 279.

B. Das Differenzgeschäft. Die Börsenliquidation (das Börsenarrangement).

Unter der Maske des Zeitgeschäftes verbirgt sich das Börsenspiel; das Zeitgeschäft lässt nämlich der Möglichkeit Raum, dass ein wirklicher Umsatz der Verkehrsgegenstände (eine Lieferung oder Abnahme) gar nicht vor sich geht, ja nicht einmal beabsichtigt war, dass sich die Parteien nur durch Bezahlung der Differenz zwischen dem am Lieferungs-(Stich)tage herrschenden und dem verabredeten Preise (Kourse) gegenseitig verrechnen und das Zeitgeschäft eigentlich blos als Ausgangspunkt für ein Doppelspiel auf das Steigen und Fallen der Preise (Kourse) missbrauchen wollen; um die Waare, das Papier selbst, ist es ihnen gar nicht zu thun; Waare, Papier sind nicht das bestimmende Objekt der eingegangenen Operation, sondern nur das Instrument, vermittelst welches in den beiden Chancen der Hausse und Baisse von den Parteien eine Gelegenheit zum Gewinne gesucht wird.

Man könnte geneigt sein, dem Missbrauche, zu welchem auf diese Weise

---

[8]) Berüchtigt ist das als étranglement oder accaparement (in England „rigging the market") bezeichnete Börsenmanöver; der Käufer sichert sich im voraus den Besitz des grössten Theiles einer Papiergattung; hierauf kauft er auf Zeit mehr Papiere, als nun wirklich auf dem Markte noch existiren; die Verkäufer finden dann später, wenn sie liefern sollen, ihrerseits nur schwer Jemanden, der ihnen liefern kann, müssen daher die ihnen vom Käufer auferlegten drückenden Preise bezahlen. (Bravard-Veyrières dr. comm. II. p. 144; Bozérian l. c. Nr. 121). — In England gilt jede Vereinigung, welche in der Absicht eingegangen wird, den Preis von Effekten in die Höhe zu treiben oder herab zu drücken, als an indictable offence. (Lindley partnership p. 730).

BUAH

das Zeitgeschäft unleugbar Anlass geben kann, durch das gänzliche Verbot der Zeitgeschäfte ein Ende zu machen; allein das Zeitgeschäft bildet das wesentliche Nahrungsmittel eines jeden grösser angelegten Handelsverkehres; wären die Kaufleute dazu gezwungen, nur dasjenige zu verkaufen, was sie sofort zu liefern, nur dasjenige zu kaufen, was sie sofort zu bezahlen im Stande sind, so müsste sich der Handel in dem allerengsten Kreise bewegen. Die Erfahrung lehrt übrigens, dass ein solches Verbot auch unwirksam wäre; wohlberechtigte Forderungen des praktischen Lebens lassen sich nicht durch gesetzliche Bestimmungen unterdrücken; die Verkehrstreibenden waren stets findig genug, um für jene Handlungen, mit welchen sie ausserhalb des Rechtsbereiches zu flüchten gezwungen waren, eine Form auszudenken, welche sie in jeder Beziehung zu decken geeignet war. Damit aber, dass man die lebendige Praxis zwingt, systematisch zur Simulation zu greifen, von der sich Niemand täuschen lässt, und vor welcher doch Jedermann ehrerbietig vorübergehen muss, ist nichts gewonnen.[1])

---

[1]) Sehr lehrreich ist in dieser Beziehung die Geschichte der Zeitgeschäfte in Frankreich; sie zeigt am besten die Ohnmacht des Gesetzgebers, welcher die Praxis des Verkehrslebens zur untergeordneten Magd des Gesetzes machen zu können glaubt. Schon das Edikt vom 24. September 1724 will der Diskreditirung der Effekten durch simulirte Verkäufe derselben dadurch vorbeugen, dass es den beiden agents de change, deren Mitwirkung bei dem Geschäftsabschluss für obligatorisch erklärt wird, verbietet, früher zu handeln, als bis der eine mit den zu verkaufenden Papieren, der andere mit dem Kaufpreise versehen worden ist; allein trotz dieser gesetzlichen Vorsichtsmaassregel dauern die Klagen über agiotage fort; die Verordnung vom 7. August 1785 begnügt sich damit, blos jene Zeitgeschäfte, bei denen der Verkäufer die Papiere nicht bei dem agent de change oder bei einem Notar (Verordnung vom 2. Oktober 1786) deponirt hat, für nichtig zu erklären. Der von dem Käufer verwendete Sensal brauchte also nicht mehr mit dem Kaufpreise versehen zu werden; nur Lieferungsverkäufe sollten hintangehalten, à la hausse durfte demnach spekulirt werden. Der Verkehr half sich durch Elusion der gesetzlichen Bestimmung (fingirte Depôts, geheime Reverse) bei anscheinendem Gehorsam gegen den Buchstaben des Gesetzes. In der dolose Spekulationen besonders begünstigenden finanziellen und sozialen Krise der Revolutionszeit griff man sogar wieder auf die Grundsätze von 1724 zurück. Das Dekret vom 28. Vendém. IV erklärte alle Prämien- und Zeitgeschäfte überhaupt, also auch die im Jahre 1785 zugelassenen Lieferungskäufe, für verboten; das Verbot wurde natürlich nicht befolgt, daher von dem Direktorium (Ges. v. 20. Vent. IV und das dazu gehörige réglement v. 2. Vent. V) erneuert; durch Verordnung vom 27. prair. X wurde den agents de change von Neuem aufgetragen, sich von Seite ihrer Auftraggeber die zu verkaufenden Papiere, resp. den zu bezahlenden Kaufpreis zustellen zu lassen; allein die Bedürfnisse des Verkehres erwiesen sich mächtiger als das Gesetz; an der Börse schloss man nach wie vor Zeitgeschäfte, ohne die gesetzlichen Bedingungen zu erfüllen; der Gesetzgeber machte sich die Lehren der Erfahrung zu Nutze und gab den vergeblichen und aussichtslosen Kampf gegen eine Verkehrsübung auf, welche allen Widerstand überwunden hatte. Der code pénal art. 422 beseitigt das Erforderniss der vorausgehenden Deponirung und erklärt die Negociirung von Effekten für gültig, auch wenn der Verkäufer sie im Augenblick des Vertragsabschlusses noch nicht in seiner Verfügung hatte, auch wenn er sie erst zur Zeit der Lieferung anschaffen muss. Bei der Berathung, bei welcher die Parteigänger des früheren Zustandes den ohne vorausgegangene Deponirung geschehenen Verkauf als stellionat erklärt haben wollten, fragte Napoleon, welcher den Vorsitz führte, den zur Konferenz zugezogenen Syndikus der Pariser agents de change um seine Ansicht in dieser Sache; dieser gab die folgende,

BUAH

Die meisten Gesetzgebungen unterscheiden zwischen reellen und simulirten Zeitgeschäften; jene sollen gültig und wirksam, diese, die sog. **Differenzgeschäfte**, d. h. jene Geschäfte, bei denen die Parteien blos die Differenz des Preises (Kourses) des Kaufgegenstandes zu zwei verschiedenen Zeitpunkten ausbedingen, das Recht auf reelle Lieferung resp. Abnahme und auf Zahlung aber vertragsmässig ausschliessen,[2]) nach ihrer wahren Natur als Spiel oder Wette beurtheilt werden. Bekanntlich steht der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette keineswegs unbestritten fest.[3]) Das Kriterium der Wette wird in der Regel darin gefunden, dass zwei über irgend einen Umstand entgegengesetzte Meinungen hegende Parteien die Uebereinkunft schliessen, dass diejenige, deren Meinung sich als unbegründet herausstellen werde, irgend einen Vermögenswerth zu leisten habe; das Kriterium des Spieles darin, dass ausser und neben dieser Verabredung eine Thätigkeit, sei es von den Parteien selbst oder von dritten Personen, entfaltet werde, um den von den Parteien beabsichtigten Erfolg im Sinne der einen oder der anderen herbeizuführen. Sowohl beim Spiel, als auch bei der Wette verabreden die Parteien unter Bedingungen von entgegengesetztem Inhalte etwas zu verlieren; in der thatsächlichen äusseren Erscheinungsform herrscht in beiden Fällen häufig die grösste Uebereinstimmung und Gleichartigkeit; daher die Schwierigkeit der Unterscheidung. Das Spiel ist nun aber an und für sich überhaupt kein Rechtsgeschäft, sondern wird es erst durch den daran geknüpften Vertrag, durch welchen die unterliegende Partei der siegenden einen Vermögenswerth verspricht, also jede von beiden Parteien sich im Falle des Eintretens oder Nichteintretens eines bestimmten, für die Parteien noch ungewissen, nur zum Spielzweck erfundenen Thatumstandes verpflichtet, an die andere etwas zu

---

entscheidend wirkende Antwort: Würde der Wasserträger, welcher mir das Wasser ins Haus bringt, ein stellionat begehen, wenn er mir anstatt des einen Fasses Wasser, das er gerade bringt, zwei Fass Wasser verkaufte? Offenbar nicht, denn er ist stets sicher, in dem Fluss zu finden, was ihm noch fehlt; wohlan, auf der Börse findet man einen Effekten-Strom (il y a à la bourse une rivière de rentes). Die Frage ist übrigens streitig (vgl. Guillard l. c. p. 149 fg.); manche behaupten, dass der code pénal nur auf die Qualifikation des Zeitgeschäftes als Delikt Bezug habe, und halten an der Ungiltigkeit der Zeitgeschäfte ohne vorausgegangene Deponirung auch heute noch fest. (Bozérian l. c. Nr. 297. — Dagegen Bédarride dr. comm. l. c. II Nr. 86 fg. Troplong contr. aléat. Nr. 123 bis 124). — Andere unterscheiden je nach der Absicht der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses; die ernstlichen Zeitgeschäfte werden aufrecht erhalten, nur jene, welche zur Verhüllung eines Spieles auf das Steigen oder Fallen dienen, für ungültig erklärt. So Mollot l. c. Nr. 450. Für die absolute Gültigkeit der Zeitgeschäfte Guillard l. c. p. 149 fg. Vgl. über andere fremde Gesetzgebungen Grünhut l. c. Not. 55 S. 586 fg. In Belgien ist die Gültigkeit der Zeitgeschäfte jetzt ausser Zweifel. Guillard l. c. IV 329 fg.

[2]) R.O.H.G. VI Nr. 48, S. 224, IX Nr. 59 S. 201, XIV Nr. 89 S. 273, XV Nr. 78, S. 279.

[3]) Vgl. bes. Wilda in d. Z. f. deutsches Recht II S. 133—193, VIII S. 200—239, Thöl, Verkehr S. 235—272, ders., H.R. (6. Aufl.) § 307, Bruck, Ueber Spiel und Wette (1868), Krügelstein, Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel u. Wette (1869), Schuster, Das Spiel (Wien 1878) S. 215 fg., Windscheid, P. § 419, Gerber, Deutsch. P.R. §§ 193, 194, Dernburg, Preuss. P.R. II § 158, Stobbe, Deutsch. Priv. III § 193.

BUAH

verlieren. Der juristische Kern des Spieles liegt also in der über den Ausgang desselben geschlossenen Wette; während aber die Wette ohne Spiel nicht um ihrer selbst willen, sondern aus dem Grunde eingegangen wird, um eine Meinungsverschiedenheit zu entscheiden, welche für den die unrichtige Behauptung, den ungerechtfertigten Widerspruch Vorbringenden eine Geldstrafe zur Folge hat, so wird bei dem Spiel die Wette an das Spiel um des Spieles willen geknüpft, um das Spiel als Selbstzweck zu verfolgen. Juristisch aber ist eine Unterscheidung von Spiel und Wette unnöthig; beide sind vielmehr gleichzustellen und denselben Rechtsregeln zu unterwerfen.

Das **Differenzgeschäft** kann nun aber weder als Spiel noch als Wette angesehen und behandelt werden.[4]) Mag immerhin behauptet werden, dass das Motiv der Betheiligten zum Abschluss des Differenzgeschäftes darin gelegen sei, zu wetten oder zu spielen, so bleibt dies doch stets sehr zweifelhaft und geht keineswegs **objektiv** aus dem Inhalt der Vereinbarung selbst und unmittelbar hervor.

Die Fälle aber, in welchen Differenzgeschäfte nur in der Absicht eingegangen werden, um den gesetzlichen Bestimmungen über Spiel und Wette zu entgehen, bilden in Wahrheit eine seltene Ausnahme im Börsenverkehre, und wenn auch durch das Differenzgeschäft materiell dasselbe Resultat erreicht werden kann, wie durch das Spiel oder die Wette, so dürfen sie doch nicht mit einander identifizirt werden. Dort, wo verschiedene juristische Wege zu demselben Ziele führen und nur die Betretung des einen Weges verboten wird, muss es, vorausgesetzt, dass weder das Ziel selbst als ein rechtswidriges angesehen, noch dass animus (consilium) fraudandi als vorhanden angenommen werden kann, den Parteien vermöge der Freiheit ihres obligatorischen Willens gestattet sein, einen anderen ihnen passend scheinenden, nicht verbotenen Weg zu wählen, und man darf es ihnen dann nicht zur Last legen, dass sie nicht

---

[4]) Thöl, H.R. § 307, Verkehr S. 237, 248, 268, Gareis, H.R. § 62 S. 314, Krügelstein S. 70, Dernburg l. c. S. 370, Ladenburg in Z. f. H.R. III S. 457 fg., ders. in Buschs Arch. XIV S. 8 fg., Seufferts Arch. Bd. 22 Nr. 236 (Ob.A.G. Berlin 1868). „Das Differenzgeschäft kann nicht als Spiel angesehen werden, weil dieses voraussetzt, dass unter Mitwirkung der Theilnehmer in einem nach gewissen Regeln bestimmten Verfahren ein im Näheren vom Zufall abhängiger Umstand herbeigeführt werde, der über Gewinn und Verlust entscheidet, während es bei dem Differenzgeschäft an der mitwirkenden Thätigkeit der Theilnehmer und einer Spielregel fehlt, das entscheidende Moment vielmehr sich durch äussere, der Einwirkung der Theilnehmer entzogene Umstände vollzieht; als Wette nicht, weil das für diese charakteristische Merkmal, die in dem Eintritt oder Vorhandensein des betreffenden Thatumstandes gesuchte Bewährung einer aufgestellten Behauptung, fehlt.“ Stobbe l. c. § 193 III Not. 37, Guillard S. 174, 241—255. Anderer Ansicht Brinckmann, H.R. § 89 Not. 6, § 90 Not. 6, Gad, H.R. S. 260, Windscheid, P. II § 419 Not. 3, Beseler, Deutsch. P.R. § 229, Silberschlag in Gruchots Beitr. zur Erl. des preuss. R. II (1858) S. 20 f. u. dazu die Nachschrift Gruchots S. 26—35 mit einer sorgfältigen Zusammenstellung der älteren Ansichten; Foerster, Preuss. P.R. (3. Aufl.) II § 128 Not. 81, § 133 Not. 17, Brauer in Buschs Arch. VIII S. 448 fg. (für das badische Recht) XV S. 343; vgl. auch für das sächsische Recht R.O.H.G. XVII Nr. 68 S. 322, XXI Nr. 31 S. 99, ebd. Nr. 35 S. 104.

BUAH

gerade den verbotenen Weg betreten wollten. Allerdings hätten die Parteien, statt ein Differenzgeschäft abzuschliessen, eine Wette eingehen oder spielen können, allein sie haben eben das Letztere nicht gethan, sie haben ihr Geschäft, wie immer man über die ethische Natur desselben urtheilen mag, in die juristisch unanfechtbare Form eines ernsten Geschäfts gekleidet und es geht demnach nicht an, dessenungeachtet die nur für die Form des Spieles und der Wette gegebenen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung zu bringen.

Das Differenzgeschäft ist vielmehr ein prinzipiell von anderen Zeitgeschäften nicht verschiedenes Zeitgeschäft, welches aber simultan, uno actu, mit zwei Nebenverträgen verknüpft wird, dem einen Nebenvertrage des Inhaltes, dass zwischen denselben Parteien, welche je eine verschiedene Spekulationstendenz verfolgen, ein Zeitgeschäft in entgegengesetzter Richtung abgeschlossen wird und einem zweiten Nebenvertrage, welcher die Ausgleichung der gegenseitigen Verpflichtungen, soweit diese einander decken, durch Kompensation feststellt. In Folge dieser beiden Nebenverträge hat einerseits der Verkäufer bei diesem Zeitgeschäfte sowohl im Falle des Steigens als auch des Sinkens des Kourses die verkaufte Waare zu dem Kourse des entscheidenden Stichtages zurückgekauft und erscheint daher von der Lieferungspflicht durch Kompensation befreit und ist andererseits der Verkäufer verpflichtet, resp. berechtigt, gegen seine aus dem Hauptvertrage erworbene Forderung auf den Kaufpreis den nunmehr seinerseits aus dem Nebenvertrage geschuldeten Kaufpreis in Aufrechnung zu bringen, so dass er nur den Unterschied beider Kaufpreise im Falle des Sinkens des Kourses zu beanspruchen berechtigt, im Falle des Steigens des Kourses zu bezahlen verpflichtet ist.

Die Kompensation ist demnach der juristische Behelf, durch welchen das Geschäft unter Erreichung des ökonomischen Zweckes der Parteien sich in eine einfache Differenzzahlung aufzulösen vermag, ohne dass das eigentliche Kaufobjekt körperlich geliefert oder genommen zu werden braucht; im Prinzip muss aber auch hier wie bei jedem Kaufvertrage der Käufer die Zahlung leisten, der Verkäufer die Lieferung vornehmen, nur dass hier die Parteien, um sich von den gegenseitigen Verpflichtungen so weit als möglich zu befreien, zwei Nebenverträge abgeschlossen haben, durch welche sie bewirkten, dass sie ihre beiderseitigen Verpflichtungen im Wege der Kompensation der einen Operation durch die andere lösen und ohne effektive Lieferung und Abnahme auseinandergehen konnten. Die vereinbarte Kompensation hat, soweit die beiderseitigen Guthaben einander decken, den Karakter der wirklichen Erfüllung[5]) und wirkt insoweit liberatorisch; die Vereinbarung dieses besonderen modus solvendi kann aber nicht als genügender Grund gelten, um trotz des juristisch korrekten Gepräges des Geschäftes dessen ernstlichen Karakter in Zweifel zu ziehen. Die Annahme, dass das Differenzgeschäft von dem Zeitgeschäfte nur die Hülle der äusseren Form erborgt hat — colorem habet, substantiam vero alteram — dass die

[5]) Dedisse intelligendus est etiam is qui permutavit vel compensavit l. 76 D. de V. S. 50, 16.

BUAH

Parteien in der That als Wette oder Spiel beabsichtigt, was sie dem äusseren Scheine nach als Kauf abgeschlossen haben, steht auch mit den thatsächlichen Erscheinungen des Börsenverkehres und der Auffassung des Handelsstandes in direktem Widerspruch.

Dies wird vollends klar, wenn man den Mechanismus der sog. **Börsenliquidation** (des **Börsenarrangements**) einer näheren Betrachtung unterzieht.[6]) Dieser Mechanismus beruht einerseits darauf, dass die Arbeit der Börsenspekulanten in der Zwischenzeit zwischen einem Liquidationstermine (settling day, account day, fin) und dem folgenden fortwährend darauf gerichtet ist, Börsenoperationen in entgegengesetzter Richtung (Verkäufe, Käufe) einzugehen, und andererseits darauf, dass es jedem Verkäufer schon damit gedient ist, wenn er nur den Kaufpreis, jedem Käufer, wenn er nur das Kaufobjekt erhält. Als Käufer müsste A., um den mit B. geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, das Kaufobjekt gegen Bezahlung des Kaufpreises übernehmen; als Verkäufer müsste A., um den mit C. über ein gleiches Kaufobjekt geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, das Kaufobjekt gegen Empfang des Kaufpreises liefern. Anstatt dass nun das Kaufobjekt aus der Hand des B. in die des A. und aus der Hand des A. wieder in die des C. übertragen wird, kann eine Lieferung des Kaufobjektes gespart werden, dadurch, dass sich A. den C. als Delegatar und den B. als Delegaten substituirt, also das Kaufobjekt direkt von seinem Schuldner B. an seinen Gläubiger C. gelangen lässt. Was den Kaufpreis betrifft, so wird, um die Ausgleichung leichter ausführbar zu machen, fingirt, dass A. zu demselben vor der Skontration in bestimmter Weise zu ermittelnden, möglichst abgerundeten Preise (**Kompensations-, Liquidations-**)Preis(-Kours)[7]) mit B. wie mit C. kontrahirt habe; anstatt dass der Kaufpreis von C. an A. und von A. an B. bezahlt wird, kann eine Zahlung gespart werden dadurch, dass sich A. den B. als Delegatar und den C. als Delegaten substituirt, also den C. direkt an den B. bezahlen lässt. In Wahrheit wird aber nur selten der Kauf mit B. und der Verkauf mit C. zu dem gleichen Kourse von A. abgeschlossen worden sein; meist wird A. entweder theurer oder wohlfeiler gekauft als verkauft haben; es ergibt sich daher eine Differenz zwischen dem Kompensationspreise (-Kourse) und dem wirklichen Vertragspreise, welche blos im Wege einer solchen Delegation und Kompensation nicht beglichen werden kann, sondern zwischen den ursprünglichen Kontrahenten, dem A. auf der einen, dem B. und C. auf der andern

---

[6]) Vgl. Statut des Liquidationsvereins für Zeitgeschäfte an der Berliner Fondsbörse v. 18. März 1869 (bei Saling, Die Börsenpapiere I. Theil Berlin 1871 S. 404), abgeändert durch die Beschlüsse der Generalversammlungen vom 26. Jan. 1870 u. 23. Febr. 1872 Z. f. H.R. Bd. XIV S. 468, XVIII S. 511; Arrangementsordnung der Wiener Börse v. 29. Mai 1876, ebd. Bd. XXIII (Beilageband) S. 307, zum Theil abgeändert seit 1. Mai 1879. Vgl. besonders R.O.H.G. Bd. XX Nr. 11 S. 25 und über ausländische Liquidationen Grünhut l. c. S. 591 Not. 60, Guillard S. 99.

[7]) Vgl. Malss in Z. f. H.R. IV S. 2, Ladenburg in Buschs Arch. XX S. 436 fg. u. bes. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 11 S. 31. Ueber die Art der Feststellung des Kompensationskourses s. Guillard p. 93, ders. l. c. IV 327.

BUAH

Seite direkt zu berichtigen ist. Ist der Kompensationspreis(-kours) höher als der Preis (Kours), zu welchem A. seinem Verkäufer B. das Kaufobjekt abzunehmen gehabt hätte, so muss B. den Differenzbetrag seinem Käufer A. herauszahlen; ist er niedriger, so muss A. seinem Verkäufer B. den Differenzbetrag bezahlen. Ebenso verhält es sich zwischen A. als Verkäufer und C. als Käufer. Bei jeder Börsenliquidation werden im Wege dieser Skontration bei Ersparung von effektiver Lieferung und Abnahme eine ganze Reihe von Gläubiger- und Schuldnerverhältnissen getilgt; jedem Schuldner wird, wenn möglich, ein anderer Schuldner, jedem Gläubiger ein anderer Gläubiger substituirt; jeder Substitut hat seinem ursprünglichen Kontrahenten gegenüber insoweit erfüllt, als er ihn von einer entsprechenden weiteren Verpflichtung gegenüber einem Dritten liberirt. Diese Ausgleichung der gegenseitigen Schulden beruht auf allseitiger präsumtiver Einwilligung; denn jedes Zeitgeschäft gilt an der Börse im Zweifel als unter der stillschweigenden Verabredung geschlossen,[8]) dass der Käufer, resp. der Verkäufer berechtigt sein soll, sich zum Liquidationstermine für die Vertragserfüllung (für die Uebernahme und Lieferung des Kaufobjektes, resp. für den Empfang und die Zahlung des Kaufpreises) im Wege der Delegation eine andere nach den besonderen, dafür bestehenden Börseneinrichtungen zu ermittelnde Person zu substituiren, so dass die unmittelbaren Kontrahenten unter einander lediglich die Differenz zwischen dem Kompensationskourse und dem Kourse, zu welchem das Kaufobjekt gekauft, resp. verkauft wurde, bezahlen und empfangen sollen, eine Differenz, welche von den ursprünglichen Kontrahenten mit der Klage auf **Erfüllung, soweit diese** — trotz vorgenommener Skontration — **noch rückständig ist,** gefordert werden kann. Die Namen der durch Delegation zur Vertragserfüllung zuletzt substituirten Kontrahenten werden durch die Maschinerie der Börsenliquidation (des Börsenarrangements) in der Regel von einem freien zu diesem Zwecke gegründeten Vereine der Börsenbesucher, der bei der Ueberweisung als Beauftragter aller Vereinsmitglieder fungirt, ermittelt und einander bekannt gegeben; es sind dies jene Spekulanten, bei welchen zur Zeit der Liquidation die Summe der von ihnen geschlossenen Verkäufe mit der Summe der von ihnen geschlossenen Käufe nicht im Gleichgewicht steht, so dass ein bei der Ausgleichung nicht aufzurechnender Lieferungs- resp. Empfangssaldo sich ergibt; jene Spekulanten aber, bei denen die Summe der Verkäufe durch die der Käufe vollständig aufgewogen wird, haben nur eine Rolle als Mittelglieder in der Kette, gleichsam als provisorische Käufer und Verkäufer, gespielt. Abgesehen von den etwa unter den unmittelbaren Kontrahenten erforderlichen Differenzzahlungen sind die von den Deleganten eingegangenen Verträge, sobald der Delegatar mit dem Delegaten übereingekommen ist, also die Delegation statt Erfüllung angenommen hat, erfüllt, ihre Verpflichtungen erloschen; ihre Verkäufe werden durch die von ihnen geschlossenen Käufe, ihre Käufe durch die von ihnen geschlossenen Verkäufe neutralisirt; nur die zuletzt substituirten Kontra-

[8]) Berliner Börsenusancen § 4 (in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 504, Wiener Börsenusancen § 1 (ebd. Bd. XXIII Beil. S. 295), ebenso Wiener Börsenusancen v. 1. Mai 1879 § 1.

BUAH

henten stehen sich definitiv als empfangspflichtige Käufer und lieferungspflichtige Verkäufer gegenüber, sie haften einander, da sich alle Theilnehmer des Liquidationsvereines gegenseitig verpflichtet haben, sich als Lieferer aufgeben resp. als Empfänger anweisen zu lassen, ohne dass es ihnen gestattet wäre, wegen Nichtlieferung resp. Nichtempfang von Seite des Delegaten auf die ursprünglichen Gegenkontrahenten zurückzugehen, welche ja ihren Verpflichtungen eben durch die vollzogene Skontration, soweit diese reicht, genügt haben. Für den Fall, dass diese zuletzt substituirten Kontrahenten bei dem gegenwärtigen Liquidationstermine noch nicht übernehmen oder liefern, sondern ihre Operationen bis zu einem folgenden Liquidationstermine fortsetzen wollten, könnten sie ein Prolongations- oder Reportgeschäft abschliessen, in Folge dessen jemand Anderer an ihrer Stelle zu liefern oder zu übernehmen hätte.

Diese besondere Form der Ausgleichung ermöglicht es, dass zu den Liquidationsterminen eine im Verhältniss zur grossen Ausdehnung der Geschäfte nur geringfügige Bewegung von Kaufobjekten und Kaufpreisen stattfindet. Regel ist, dass die Verkäufe durch die Käufe und umgekehrt die Käufe durch die Verkäufe paralysirt werden; die Lieferung des Kaufobjektes und die Bezahlung des Kaufpreises bilden nur eine Ausnahme. So viel Substitutionen mittelst Delegation, so viel Käufe, denen keine Zahlung, so viel Verkäufe, denen keine Lieferung folgt. Was als Resultat dieser Geschäfte übrig bleibt, das sind die Differenzen, welche von den unmittelbaren Kontrahenten gezahlt und empfangen werden.

Ist es nun durch die für die Liquidation bestehenden Börseneinrichtungen zur Regel gemacht, dass dem grössten Theile aller ernstlich abgeschlossenen Zeitgeschäfte weder eine reelle Lieferung noch eine reelle Zahlung folgt, sondern dass dieselben nur durch Vergütung der Differenz zwischen den Preisen zu zwei verschiedenen Zeitpunkten beendigt werden, so ergibt sich daraus die vollständige Inkonsequenz einer Anschauung, welche das Differenzgeschäft eben deshalb in Acht erklärt, weil demselben nach der Absicht der Parteien weder eine reelle Lieferung noch eine reelle Zahlung, sondern nur eine Ausgleichung der Differenz entspricht. Trotz der Hinzufügung der beiden Nebenverträge, des Zeitgeschäftes in entgegengesetzter Richtung und der vereinbarten Kompensation, muss daher das als Differenzgeschäft bezeichnete Zeitgeschäft in der Regel als ebenso ernstlich gemeint und beabsichtigt gelten, wie jedes andere ohne solche Nebenverabredungen an der Börse abgeschlossene Zeitgeschäft; in beiden Fällen erfolgt die Gewinnverrechnung mittelst Differenzzahlung, welche den Zweck des einen wie des anderen Geschäftes bildet. Materiell ist aber die Erzielung dieses Gewinnes von der Gewinnerzielung bei dem sonstigen Kreditkauf nicht verschieden; auch der letztere beruht auf der Erwägung, dass dem Käufer Zeit gelassen werden muss, um das, was er auf Kredit eingekauft hat, seinerseits zu verkaufen, so dass er mit Hilfe dieses Wiederverkaufes, welcher an einen Dritten erfolgen soll, die Summe erlangt, welche er braucht, um sich von der Schuld gegenüber seinem Verkäufer zu befreien. Sein Gewinn ist daher nichts anders als eine Preisdifferenz, und insofern ist seine Stellung juristisch keine untadel-

BUAH

haftere als die eines Börsenbesuchers, welcher Papiere um einen bestimmten Preis auf Zeit kauft und, um sich den Kaufpreis zu verschaffen, dieselben Papiere zum Kourse des Lieferungstages zwar nicht einem Dritten, aber seinem Verkäufer wieder verkauft. Läuft nicht der eine Käufer dieselben Chancen wie der andere? Spielt nicht der blinde Zufall bei beiden dieselbe Rolle? Warum soll also der Abschluss des einen Geschäftes gesetzlich unanfechtbar, der des anderen gesetzlich unhaltbar sein?

Selbst aber wenn man das Differenzgeschäft mit Spiel oder Wette juristisch auf eine Linie stellt, so besteht für den Gesetzgeber, sobald er überhaupt nur die **Wirksamkeit** der Wette und des Spieles beschränkt oder an besondere Bedingungen knüpft, im Uebrigen aber die freie Selbstbestimmung des Einzelnen nicht einengt, kein genügender Grund, dem Differenzgeschäfte die Klagbarkeit zu versagen. In der Abschliessung eines simulirten Zeitgeschäftes, statt einer Wette, liegt dann eine durch die Wahl dieser Form stillschweigend erklärte ernstliche Verzichtleistung des eventuellen Verlierers auf die ihm zu Gute kommende Klaglosigkeit; er kann daher nicht hinterher die gesetzliche Begünstigung in Anspruch nehmen, welche er früher selbst freiwillig zurückgewiesen hat. Darin, dass von den Parteien eine causa (Kauf) simulirt wird, liegt eine nicht minder deutliche Erklärung eines ernstlichen Verpflichtungswillens, als wenn der bedungene Wettpreis wirklich entrichtet oder hinterlegt worden wäre; wird daher in den letzteren Fällen die Klagbarkeit anerkannt (Allg. **preuss.** Ldr. I. 11 §§ 577—579, **österr.** bürgerl. G.B. § 1271), so sollte sie auch in dem ersteren Falle nicht vorenthalten werden.

Eine Unterscheidung zwischen reellen und simulirten Zeitgeschäften lässt sich bei der Identität ihrer äusseren Erscheinungsform ohne Willkür nicht durchführen; denn die Kriterien dieser Unterscheidung sind in schwankenden Umständen, in gewagten Abschätzungen gelegen, aus welchen in den meisten Fällen doch nur ein trügerischer Rückschluss auf die wahre Absicht der Parteien gezogen werden dürfte. So wenn man verlangt, dass das Vermögen des Spekulanten in richtigem Verhältniss zur Anzahl und Höhe der von ihm eingegangenen Börsenoperationen stehen müsse. Offenbar könnte nur das wirkliche Vermögen für entscheidend angesehen werden und nicht das präsumtive Vermögen, welches dem Spekulanten nach allgemeiner Annahme der Börsenbesucher zugeschrieben wird. Die Ermittelung des wirklichen Vermögens dürfte aber zu den schwierigsten Aufgaben gehören; denn der Spekulant, der hinterher jeder Verpflichtung aus den eingegangenen Börsenoperationen entgehen will, hat das grösste Interesse daran, sein Vermögen in dem entscheidenden Zeitpunkte möglichst gering darzustellen, also die Operation selbst als Wette und Spiel erscheinen zu lassen. Es ergibt sich ferner die Schwierigkeit, präzise den Punkt anzugeben, wo das richtige Verhältniss zwischen den Mitteln des Spekulanten und seinen Verpflichtungen, daher das ernste, reelle Geschäft beginnt und wo es aufhört. Das Vermögen des Spekulanten muss nicht so gross sein, dass er die gekauften Papiere effektiv beziehen kann, denn es steht ihm ja frei, die Papiere in der Zwischenzeit weiter zu verkaufen oder sich durch ein Reportgeschäft das zum

BUAH

Bezuge der Papiere erforderliche Geld zu verschaffen; es kommt daher nur darauf an, dass der Spekulant genügendes Vermögen habe, um die Gefahren einer ihm ungünstigen Preisänderung tragen zu können. Wollte man auf die Absicht des Spekulanten Gewicht legen, ob er im Augenblicke des Geschäftsabschlusses überhaupt daran gedacht habe, die Papiere zu liefern oder zu beziehen, oder nur auf die Differenz zu spielen, so wäre eine solche hinterherige Prüfung der geheimen Absicht sehr misslich; denn sehr häufig weiss sogar der Spekulant selbst nicht, ob er die Papiere beziehen resp. liefern werde oder nicht, da dies von der Situation der Börse im Augenblick der Liquidation abhängt, da er je nach der Konjunktur entweder die Operation abwickeln oder reportiren wird. Es lässt sich daher nicht mit voller Sicherheit feststellen, wo das reelle Zeitgeschäft, die erlaubte Spekulation aufhört, wo das simulirte Zeitgeschäft, der Missbrauch beginnt. Will der Gesetzgeber die Lösung von Fragen, in welchen oft sehr wichtige materielle Interessen verwickelt sind, nicht der Ungewissheit und damit der Willkür überlassen, so darf er dem Zeitgeschäfte, wie immer es beschaffen sein mag, trotz der noch so ausgeprägten aleatorischen Natur den ernstlichen Karakter nicht aberkennen und muss ihm folgerichtig seinen rechtlichen Schutz gewähren.

Von diesem Standpunkte aus vertritt auch der Gesetzgeber die Sache der Moral; es ist geradezu ein Hohn auf die geschäftliche Moralität, dass Jemand, der über seine Mittel spekulirt und verloren hat, sich hinter das blosse Wort: ich zahle nicht, vor aller gesetzlichen Verantwortlichkeit sicher verschanzen kann, ja dass ein gewissenloses Individuum durch gleichzeitige Eingehung zweier Differenzgeschäfte im entgegengesetzten Sinne mit sicherem Gewinne ohne irgend ein eigenes Risiko zu operiren vermag, indem er wohl die eine für ihn vortheilhaft ausgefallene Operation gelten lässt, die Erfüllung der anderen aber als eines blossen Differenzgeschäftes verweigert. Die Erfahrung lehrt zudem, dass in normalen Verkehrszuständen die in Form von Differenzgeschäften eingegangenen Verpflichtungen grösstentheils pünktlich erfüllt werden, so dass in der Klaglosigkeit der Differenzgeschäfte dem Resultate nach eine Begünstigung der Gewissenlosigkeit auf Kosten der Ehrlichkeit, dass darin eine Prämie gelegen ist, welche der Unredliche erhascht, der Redliche zurückweist. Durch die Anerkennung der Klagbarkeit der Differenzgeschäfte wird übrigens nicht nur die Sicherheit des Börsenverkehres erhöht, sondern es wird dadurch gleichzeitig bewirkt, dass sich derselbe in vernünftigen Grenzen bewegt; denn vielen Personen, welche sich bei der Klaglosigkeit nicht bedacht hätten, sich in den Abgrund der Differenzgeschäfte zu stürzen, wird durch die Klagbarkeit eine heilsame Furcht eingeflösst, ihre Spekulationssucht wird in wünschenswerther Weise gezügelt. Bisher gab man sich der Hoffnung hin, dass diese volkswirthschaftlich gebotene Einengung der Börsenspekulation durch die Versagung des gesetzlichen Schutzes für Differenzgeschäfte erzielt werden könne; bedenkt man aber, dass sich in der Erfahrung die Nutzlosigkeit dieses Mittels bewährt hat, dass kaum eine einzige Börsenoperation weniger geschlossen, kaum ein einziger Börsenspekulant desshalb zurückgehalten worden sein dürfte, weil nach dem Gesetze

BUAH

aus dem Differenzgeschäfte eine klagbare Forderung nicht zuerkannt wurde, so ist wohl klar, dass es für den Gesetzgeber geboten ist, ein anderes Heilmittel zu versuchen, das Zeitgeschäft von dem darauf lastenden Banne zu befreien und die Verbreitung der Ueberzeugung von der Verwerflichkeit des eigentlichen Börsenspieles der fortschreitenden Belehrung und Aufklärung durch die Schule und Sitte zu überlassen.[9])

Die Bestimmung des **österreich.** Börsengesetzes (§ 13), dass bei Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsengeschäften (§ 12 Börsenges.) die Einwendung, dass dem Anspruche ein als Wette oder Spiel zu beurtheilendes Differenzgeschäft zu Grunde liege, unstatthaft sei, verdient daher volle Zustimmung.

§ 280.

C. Die Meliorations- und Arbitrageoperation.

Den ungünstigen Folgen eines festen Zeitgeschäftes kann sowohl durch Verabredung einer Prämie, also durch Verwandlung desselben in ein Prämiengeschäft (s. §§ 281 fg.) ein Damm entgegengesetzt, als auch die bereits als festes Zeitgeschäft abgeschlossene und ungünstig ausgefallene Operation dadurch in ihren Folgen gemildert werden, dass zu diesem Zwecke an die eine Operation (**Grundspekulation**) eine zweite (**Vereinigungsspekulation**) angeschlossen wird, so dass ein sog. **vereinigtes** Geschäft vorliegt;[1]) man könnte diese zweite Operation auch als **Bonifikations-** oder **Meliorationsgeschäft** bezeichnen; z. B. es wird ein Lieferungskauf zu bestimmtem Kours abgeschlossen, der Kours sinkt; der Käufer steht also in Verlust; er kauft nun aber zu dem gesunkenen Kourse eine gleiche Quantität Papiere, so dass, wenn nun der Kours bis zu dem Niveau des aus beiden Operationen sich ergebenden Durchschnittspreises steigt, weder

---

[9]) Für die Klagbarkeit des Differenzgeschäftes: Ehrmann, Rechtliche Ansichten über den vielbesprochenen Handel mit Staatspapieren (1820), bes. §§ 16, 17; Bender, Verkehr mit Staatspapieren §§ 87, 89; Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 307, Verkehr 257—272; Gerber, Deutsch. P.R. § 179 Not. 7, Stobbe, Deutsch. P.R. III § 193 III, Dernburg, Preuss. P.R. II § 158; Malss in Z. f. H.R. IV S. 5—8, Gutachten der Frankfurter Handelskammer, ebenda S. 120, 121, Brauer in Buschs Arch. XIV S. 343 (de lege ferenda); Ladenburg in Buschs Arch. XIV S. 8 fg., XX S. 426 f.; Endemann, H.R. §§ 120—121; Gareis, H.R. § 62 II, ders. Die Börse und die Gründungen (Deutsche Zeit- und Streitfragen, Jhrg. III Heft 41 S. 15); Guillard p. 174 fg., 241—255; Vidari, im Archivio giuridico Vol. XI p. 576. Erk. d. H.A.G. in Nürnberg vom 22. April 1870 in der Sammlung wichtiger Entsch. Bd. III p. 359, (vgl. auch Busch, Arch. Bd. 24 S. 429, Seufferts Arch. Bd. 28 Nr. 242). Nach Frankfurter Recht sind die Differenzgeschäfte unzweifelhaft klagbar (R.O.H.G. Bd. XV Nr. 78 S. 279); für die Klagbarkeit vgl. Entsch. bei Seuffert, Arch. XI Nr. 236 (Obg. Wolfenbüttel 1850), XXII Nr. 236 (Ob.A.G. Berlin 1868). Für Genf wurden durch Ges. v. 22. Febr. 1860 alle Zeitgeschäfte für gesetzlich erlaubt und klagbar, die A. 421 u. 422 des code pénal und art. 1965 code civil (Spiel) für unanwendbar erklärt (art. 2, 5).

[1]) Nach französischer Börsensprache: se faire une commune. Thöl, Verkehr § 48, ders., H.R. (6. Aufl.) § 285 (daselbst ein Beispiel Not. 4), Gareis im Arch. f. d. H. u. W.R. XVIII § 8.

BUAH

Gewinn noch Verlust, wenn er über dieses Niveau hinaus sich erhebt, Gewinn, und nur wenn der Kours dauernd unter diesem Niveau bleibt, Verlust sich als die Folge beider Operationen zusammen ergibt. Eine besondere juristische Natur hat dieses Börsengeschäft nicht; ebensowenig die **Arbitrageoperation**, welche sowohl als Zeit- als auch als Kassageschäft namentlich aber in der ersteren Gestalt vorkommt. Dieselbe besteht aus einem Komplexe von entgegengesetzten Operationen, einem Kaufe und Verkaufe, ohne dass beide Geschäfte uno actu abgeschlossen werden und beruht auf dem Erfahrungssatze, dass verschiedene Papiergattungen trotz gleichen Anlagewerthes an derselben Börse, oder dass dieselben Papiergattungen an verschiedenen Börsen relativ in einem ungleichen Kourswerthe stehen, dass daher trotz gleicher Sicherheit und gleichen Erträgnisses das eine Papier oft theurer bezahlt werden muss als das andere; das letztere wird gekauft, das erstere verkauft; in der Differenz steckt der Gewinn.

§ 281.

D. Der Kauf mit Lieferungs-(Vor-)Prämie. Der Verkauf mit Empfangs-(Rück-)Prämie.

Ueber den Begriff der Prämiengeschäfte [1]) vgl. oben § 278.

Die Höhe der Prämie richtet sich nach Nachfrage und Angebot, ist also sehr veränderlich. Je höher die Prämie, desto niedriger der Preis (Kours), zu dem der Hauptvertrag abgeschlossen wird und umgekehrt. Der Verkäufer würde nur fest und nicht gegen Prämie verkaufen, wenn er nicht seinen Vortheil in einem höheren Verkaufspreise (Kourse) fände. Je geringer daher die Prämie ist, welche der Käufer bezahlen will, einen desto höheren Kaufpreis wird der Verkäufer verlangen und umgekehrt. Der Preis des Hauptgeschäftes steht daher im umgekehrten Verhältniss zur Höhe der Prämie. Die Prämie erscheint oft nicht selbständig, sondern als Zuschlag zum oder Abschlag vom Kaufpreise, je nachdem der Käufer oder Verkäufer die Prämie zu bezahlen hat. Die Differenz zwischen dem Preise (mit Zuschlag resp. Abschlag der Prämie), zu dem ein Börsengeschäft als Prämiengeschäft abgeschlossen wird und dem Preise, zu dem dasselbe als festes Zeitgeschäft abgeschlossen worden wäre, heisst in der französischen Börsensprache l'écart des primes. [1a])

Am wichtigsten ist das **einfache** Prämiengeschäft, d. h. jenes, bei welchem einem Kontrahenten das Recht des vollständigen Rücktrittes vorbehalten ist. Die Prämie soll möglicherweise nur dann gezahlt werden, wenn der Rücktritt wirklich gewählt wird, also für das Nichtwollen des Hauptgeschäftes, oder nur in dem Falle, dass nicht zurückgetreten wird, also für das Wollen des Hauptge-

---

[1]) Nach österreichischem Rechte sind zweifellos alle Prämiengeschäfte, welche Börsengeschäfte sind, klagbar (§ 13 Börsenges.); für die Klagbarkeit nach gemeinem Recht Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 288. Nach franz. Recht ist die Frage streitig; für die Klagbarkeit Guillard S. 258 fg., dagegen Bozérian Nr. 303, 304.

[1a]) Guillard S. 52.

BUAH

schäftes, oder sowohl in dem einen als auch in dem andern Falle, also für das blosse Wahlrecht, d. h. überhaupt dafür, dass man das Recht erhalten hat, zwischen Aufrechterhaltung des Zeitgeschäftes und Rücktritt von demselben zu wählen.[2])

Im Zweifel hat die Verabredung der Prämienzahlung die zuletzt erwähnte Bedeutung.

Zahlt der Käufer die Prämie (Vorprämie, Lieferungsprämie, prime pour livrer), so hat er die Wahl, entweder die Lieferung zu verlangen, oder von dem Geschäfte zurückzutreten.[3])

Das Gegenstück dieses Falles liegt vor, wenn der Verkäufer die Prämie zahlt (Rückprämie, Empfangsprämie, prime pour recevoir);[4]) er hat die Wahl, entweder zur bestimmten Zeit um den bestimmten Preis zu liefern, oder von dem Geschäfte zurückzutreten.[5])

In beiden Fällen liegt ein von einer resolutiven Potestativbedingung abhängig gemachter Kaufvertrag (res ita distracta, ut, si displicuisset inemta sit)[6]) mit einem pactum adjectum vor, welcher das Wahlrecht gegen Prämie zum Gegenstand und Inhalt hat und neben dem Kaufvertrage als Prämienvertrag bezeichnet werden könnte; der eine Vertrag kann von dem anderen nicht gesondert und nicht so selbständig behandelt werden, als ob ein Kaufvertrag und ein davon ganz unabhängiger Prämienvertrag vorläge, vielmehr hat der Prämienvertrag den rechtlichen Bestand des Kaufvertrages zur Voraussetzung, so dass die Pflicht aus jenem mit der aus diesem steht und fällt. Wenn daher der wahlberechtigte Kontrahent von der Pflicht, den Kaufvertrag zu erfüllen, z. B. durch vis major befreit wird, so entfällt auch die Pflicht, die Prämie zu entrichten.[7]) Die Stellung beider Kontrahenten ist analog der Stellung bei der Vertragsofferte mit vertragsmässig verabredeter Bedenkzeit.[8])

---

[2]) Thöl, Verkehr p. 192 fg., H.R. (6. Aufl.) § 288 S. 974, Gareis, Arch. XVIII S. 128, ders., H.R. S. 318, ders. in Holtzendorffs Rechtslexikon verbo Prämiengeschäfte. Vgl. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 2 S. 4.

[3]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 109 S. 393 (Zeitgeschäft mit Vorprämie nach franz. Recht).

[4]) R.O.H.G. Bd. XIX N. 2 S. 3.

[5]) Nach den Wiener Börsenbed. § 6 c, Abs. 3 kann das Wahlrecht auch theilweise (jedoch bei Effekten oder Valuten stets nur in ganzen Börsenschlüssen) ausgeübt werden. Aehnlich Berliner Börsenbed. § 12 in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 509. Die Prämie wird dadurch angedeutet, dass auf den Kaufpreis die Worte: dont 1, 2 u. s. w. folgen; durch die letzte Ziffer wird der nach dem Nominalwerthe als Prämie zu entrichtende Perzentsatz angegeben. In Berlin wird die Prämie nicht, wie an den meisten Börsenplätzen (Wiener Börsenbed. v. 1879 § 6 b Abs. 3, Guillard S. 49), schon beim Abschluss des Geschäftes entrichtet, sondern erst hinterher. Vgl. Saling, Börsenpapiere I S. 46.

[6]) l. 3 D. 18 1 cf. l. 2 § 5, D. 41, 4 l. 11 § 13, D. 43, 24 l. 4. Cod. 4, 58. Vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift I. 430.

[7]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 2 S. 6; anders Thöl, H.R. (6. Aufl.) § 287 Not. a.

[8]) Vgl. über die Natur der Prämiengeschäfte: Bender, Verkehr S. 316; Thöl, Verkehr S. 71—229; H.R. § 288; Ladenburg in Z. f. H.R. III S. 424 ff.; Gareis, im Arch. f. d. W. u. H.R. Bd. XVIII p. 123 ff. Gegen die Annahme, dass die Prämie ein Reugeld sei, vgl. bes. Gareis a. a. O., § 4—10.

BUAH

Zu einer bestimmten Zeit muss sich der wahlberechtigte Kontrahent darüber erklären, ob er sein Wahlrecht in dem einen oder anderen Sinne ausüben will (Prämienerklärung, la réponse des primes[9]); seine Entscheidung hängt von dem Stande des Kourses zur Erklärungszeit ab; wird durch die eingetretene Kourserniedrigung das Niveau der Prämie erreicht oder überschritten, so wird der wahlberechtigte Käufer die Papiere nicht übernehmen, sondern die Prämie verfallen lassen (abandonner la prime); im entgegengesetzten Falle oder wenn gar ein Steigen des Kourses eingetreten ist, wird der wahlberechtigte Käufer die Papiere übernehmen (lever la prime), also die Prämie nicht verfallen lassen; von Erwägungen entgegengesetzter Art wird die Entscheidung des wahlberechtigten Verkäufers beeinflusst; die Erklärung über die Prämiengeschäfte äussert in der Regel einen grossen Einfluss auf den Kours der betreffenden Papiere; denn wird auf der Lieferung der Prämienpapiere bestanden, so müssen die festgebundenen Verkäufer bestrebt sein, sich die Papiere jedenfalls zu verschaffen, so dass ein Steigen des Kourses die Folge ist; lassen aber die Käufer die Prämien verfallen, so werfen viele unter den festgebundenen Prämienverkäufern die Papiere auf den Markt, so dass ein Fallen des Kourses die Folge ist.

Der Verlust des wahlberechtigten Kontrahenten ist in eine feste, durch die Prämie bezeichnete Grenze eingeschränkt, der Gewinn des anderen Kontrahenten kann daher niemals ein gewisses Maass überschreiten; er kann, wenn der wahlberechtigte Kontrahent von dem Geschäfte zurücktritt und die Prämie preisgibt, eben nie mehr als den Prämienbetrag gewinnen, er kann aber bei Geltendmachung des Wahlrechtes im entgegengesetzten Sinne grosse Verluste erleiden, insbesondere wenn der festgebundene Verkäufer in der Hoffnung, der wahlberechtigte Käufer werde die Lieferung nicht verlangen, sondern ihm den Vortheil der Prämie überlassen, Papiere, welche er nicht hat, welche er daher erst am Tage der Liquidation anschaffen muss, gegen Prämie verkauft hat.

Die Stellung des wahlberechtigten Kontrahenten beim Prämiengeschäfte ist daher ungleich vortheilhafter, als seine Stellung bei einem festen Zeitgeschäfte wäre, und als die des anderen, nicht wahlberechtigten Kontrahenten bei dem

---

[9]) Wiener Börsenbed. v. 1879 § 7 (Prämienerklärungen müssen am Fälligkeitstage bis längstens $^1/_2$1 Uhr beim ersten Glockenzeichen abgegeben sein); Berliner Börsenbed. § 13 (spätestens am Tage vor Ablauf der Erfüllungsfrist, bei per ultimo abgeschlossenen Geschäften aber am drittletzten Börsentage vor dem Ultimolieferungstage bis Mittags $1^1/_2$ Uhr). An der Pariser Börse muss die Erklärung des Wahlberechtigten am 15. oder ultimo, spätestens um 2 Uhr erfolgen. Schweigt der Berechtigte, so gilt (in Wien, Berlin, Paris) die Prämie als fallen gelassen, der Kauf als reszindirt. Eine ausdrückliche Erklärung des wahlberechtigten Käufers wird als unnöthig angesehen, wenn der Koursstand zur Erklärungszeit es als zweifellos erscheinen lässt, ob der Wahlberechtigte die Erfüllung verlangen oder die Prämie verfallen lassen wolle, wenn also der Koursstand für ihn zweifellos günstig oder ungünstig ist. Wenn die Erfüllung und die Reszission des Vertrages ein ökonomisch identisches Resultat darbieten und der Wahlberechtigte in diesem Falle schweigt, so wird angenommen, dass er vom Geschäfte zurückgetreten sei. Das Wahlrecht zu Gunsten des Verkäufers (prime pour recevoir) kommt in Frankreich nur selten und nur in der Koulisse vor. Guillard S. 50, 54, Bédarride dr. comm. II Nr. 104.

BUAH

Prämiengeschäfte ist; denn wenn er auch seinerseits theurer bezahlen, resp. billiger verkaufen muss als der feste Käufer resp. Verkäufer, wenn er also auch im Falle des Gelingens seiner Spekulation einen geringeren Gewinn realisirt, so hat er den grossen Vortheil, durch Hingabe seiner Prämie seinen Verlust auf ein bestimmtes, eben in der bedungenen Prämie umschlossenes Maass einschränken zu können. Die bedungene Prämie hat daher **ökonomisch** die Natur einer Versicherungsprämie, welche dem fest gebundenen Kontrahenten in seiner Eigenschaft als Versicherer entrichtet wird.[10])

§ 282.

E. Das Zweiprämiengeschäft.

Das **Zweiprämiengeschäft oder Doppelprämiengeschäft** besteht darin, dass zwei einfache Prämiengeschäfte durch denselben Spekulanten, als den Prämiengeber oder den Prämiennehmer, derart kombinirt werden, dass er in dem einen Geschäfte die Stellung des Käufers, in dem anderen die des Verkäufers hat.[1]) Die beiden kombinirten Geschäfte sind juristisch von einander vollständig unabhängig.

a. Der Spekulant als Prämiengeber. Ist er über die bevorstehende Kursentwickelung eines bestimmten Papieres in Zweifel, so kann er eine bestimmte Quantität des betreffenden Papieres mittelst eines einfachen Prämiengeschäftes von A. kaufen (also mit Lieferungsprämie) und dieselbe Quantität zu dem Stichtage mittelst eines einfachen Prämiengeschäftes dem B. verkaufen (also mit Empfangsprämie) und so in beiden Geschäften sich das Wahlrecht auf Rücktritt gegen Prämie sichern. Steigt der Kours zum Stichtag, so wird er von A. die Lieferung verlangen und dem B. gegenüber zurücktreten; sinkt aber der Kours zum Stichtag, so wird er dem A. gegenüber zurücktreten und dem B. liefern. Bleibt der Kours unverändert, so wird er beide Prämien verfallen lassen und sowohl gegenüber dem A. als dem B. zurücktreten. Die Hoffnung des Spekulanten geht also darauf, dass die Differenz zwischen dem Kourse, zu dem das eine und andere Geschäft abgeschlossen wurde und dem Kourse des Stichtages den Betrag der beiden Prämien übersteigen werde. In keinem Fall verliert er mehr als die beiden Prämien.

b. Der Spekulant als Prämiennehmer. Derselbe verkauft einerseits an A. gegen Prämie und kauft andererseits von B. gegen Prämie und überlässt in beiden Fällen den Gegenkontrahenten das Wahlrecht auf Rücktritt, erhält also eine Lieferungsprämie und eine Empfangsprämie. Er hofft darauf, dass die Kourse entweder ganz unverändert bleiben, so dass er beide Prämien gewinnen werde oder dass die Kourse sich um weniger ändern werden, als die Summe

---

[10]) Vgl. Thöl, Verkehr p. 199 B.; H.R. (6. Aufl.) § 288 der in der Prämie ein Reugeld und ihrer eigentlichen Bedeutung nach eine Versicherungsprämie findet. Gerber, Deutsch. P.R. § 179 S. 475. Dagegen Bender, Verkehr p. 441; Gareis, Arch. l. c. § 10.

[1]) Thöl, Verkehr S. 132 fg.; ders., H.R. (6. Aufl.) § 289, Gareis, H.R. S. 320 fg.

BUAH

der von ihm bezogenen beiden Prämien beträgt, so dass er, wenn entgegen seiner Erwartung der Kours gestiegen oder gefallen ist, und der Prämiengeber die Ausführung des einen Geschäftes verlangt, in den beiden Prämien, welche er jedesfalls bezieht, nicht blos seine Deckung, sondern auch Gewinn findet. Es ist klar, dass diese Spekulation des Prämiennehmers viel gefährlicher ist, als die des Prämiengebers; denn dieser begrenzt seinen möglichen Verlust, jener aber kann, wenn er zur Ausführung eines der beiden Geschäfte verpflichtet wird, der Gefahr eines Verlustes ausgesetzt sein, gegen die er durch den Prämienbezug sehr ungenügend geschützt ist.

Das Zweiprämiengeschäft unterscheidet sich von dem Stellgeschäft und dem zweischneidigen Prämiengeschäft, bei welchen ebenfalls eine doppelte Prämie, wenn auch nur versteckt, vorhanden ist, dadurch, dass bei jenem das Wahlrecht entweder einer Person als Prämiengeber gegenüber zwei verschiedenen Kontrahenten als Prämiennehmern oder zwei Personen als Prämiengebern gegenüber einer Person als Prämiennehmer zusteht, während bei diesen das Wahlrecht einem Prämiengeber gegenüber einem Prämiennehmer zusteht.

§ 283.

F. Die Stellage.

Das Wahlrecht des einen Kontrahenten bei dem Prämiengeschäfte kann sich auch darauf beziehen, dass er berechtigt sein soll, am Stichtage einseitig sich oder dem andern Kontrahenten, dem sog. **Steller**, in dem abzuschliessenden oder bereits abgeschlossenen Zeitgeschäfte ganz oder zum Theil die Stelle als Käufer oder Verkäufer anzuweisen, das Kaufobjekt also ganz oder zum Theil zu liefern oder zu beziehen. **Stellage, Stellgeschäft**, auch Schluss auf Geben und Nehmen.[1])

In jedem Falle muss das Geschäft erfüllt werden; bei dem Geschäftsabschluss wird daher einerseits ein höherer Kours vereinbart, zu welchem der Prämiengeber, der Käufer der Stellage, wenn er beziehen will, zu beziehen, andererseits ein niedrigerer Kours, zu welchem derselbe, wenn er liefern will, zu liefern berechtigt ist. In der halben Differenz der beiden Kourse liegt die Prämie, welche dem Verkäufer der Stellage jedenfalls zufällt und in den Kaufpreisen versteckt erscheint.

Bei dem Stellgeschäfte liegt neben dem Prämienvertrage entweder eine alternative Offerte des Verkäufers der Stellage, des Stellers (Kaufs- oder Verkaufsofferte) mit vertragsmässig verabredeter Bedenkzeit für den Prämiengeber (den Wähler) vor, oder was die Regel ist, keine blosse Offerte, sondern die alternative Kombination je zweier von einer Suspensiv- und einer Resolutivbedingung desselben Inhalts abhängig gemachter Kauf- und Verkaufsverträge und zwar dergestalt, dass dem Verkäufer der Stellage, dem Steller, zwischen der

---

[1]) Thöl, Verkehr §§ 45, 46, H.R. (6. Aufl.) § 291; Böhmer, Archiv f. civil. Prax. IX 415 ff., Gareis a. a. O. § 7, § 18, H.R. S. 319 d. — Wiener Börsenbed. § 6 d, Berliner Börsenbed. § 13 in Z. f. H.R. Bd. XXI S. 276.

BUAH

einen oder anderen Alternative das — von dem Wahlrechte des Prämiengebers zu unterscheidende — Wahlrecht zusteht. Auf Seite des Käufers der Stellage liegt **entweder** ein resolutiv bedingter Kauf vor, dessen Auflösung davon abhängig ist, dass der Prämiengeber erklärt, Verkäufer sein zu wollen, oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Verkaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss[2]) und zugleich ein suspensiv bedingter Verkauf, davon abhängig, dass der Prämiengeber erklärt, Verkäufer sein zu wollen, oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Kaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss, **oder** es liegt ein resolutiv bedingter Verkauf vor, dessen Auflösung davon abhängig ist, dass der Prämiengeber erklärt, Käufer sein zu wollen, oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Kaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss und zugleich ein suspensiv bedingter Kauf, davon abhängig, dass der Prämiengeber erklärt, Käufer sein zu wollen oder dass der Koursstand zur kritischen Zeit zweifellos den Kaufswillen als vorhanden annehmen lassen muss.

Liegt eine blosse Offerte vor, so ist, wenn das Wahlrecht nicht ausgeübt, die Offerte nicht angenommen wird, ein Anspruch auf das Interesse nicht begründet; ist aber das Zeitgeschäft selbst abgeschlossen, so ist der Prämiengeber, wenn er selbst keine Wahl trifft, je nach der Wahl des Stellers entweder als Käufer oder Verkäufer gebunden;[3]) z. B. A. räumt dem B. das Recht ein, nach des Letzteren Wahl ihm ultimo April 100 Stück österr. Goldrente à 86 zu liefern oder dieselben von ihm à 90 zu beziehen. In Folge dieser Stellage hat A. seinerseits das Recht zwischen den folgenden beiden Alternativen zu wählen: **Entweder** ist anzunehmen 1) dass B. 100 Stück österr. Goldrente à 86 dem A. unter der Resolutivbedingung verkauft hat, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung, als Käufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — nach dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde und dass B. unter einer Suspensivbedingung gleichen Inhaltes von A. 100 Stück österr. Goldrente à 90 gekauft hat **oder** 2) dass B. 100 Stück österr. Goldrente à 90 von A. seinerseits unter der Resolutivbedingung gekauft hat, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung als Verkäufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — nach dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde und dass B. unter einer Suspensivbedingung gleichen Inhaltes dem A. 100 Stück österr. Goldrente à 86 verkauft hat. Wählt nun B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend die Rolle des Verkäufers, so ist, wenn A. seinerseits die erste Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung vereitelt, wenn aber A. die zweite Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung erfüllt, so dass also in beiden Fällen lediglich der Verkauf des B. zu Recht besteht. Wählt B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend die Rolle des Käufers, so ist, wenn A. die erste Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch

[2]) Wiener Börsenbed. § 7, Berliner Börsenbed. § 13 in Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 509.

[3]) Vgl. Z. f. H.R. VI S. 159 ff.; dagegen Böhmer l. c., Bender, Verkehr p. 409, Ladenburg l. c. S. 434, Gad, H.R. p. 256, Gareis l. c. § 18.

BUAH

die Suspensivbedingung erfüllt, wenn aber A. die zweite Alternative wählt, sowohl die Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung vereitelt, so dass in beiden Fällen lediglich der Kauf des B. zu Recht besteht. Macht B. von seinem Wahlrechte weder ausdrücklich noch stillschweigend Gebrauch — letzteres wird dann angenommen, wenn der Koursstand über die Entschliessung des Prämiengebers Zweifel lässt, — so kann A. die eine oder andere Alternative wählen und den B. als Verkäufer oder Käufer in Anspruch nehmen.[4])

§ 284.

G. Das zweischneidige Prämiengeschäft.

Tritt zu dem Wahlrechte beim Stellgeschäfte für den Prämiengeber auch noch das Recht hinzu, nach seiner Wahl von dem Geschäfte ganz zurückzutreten, so liegt ein **zweischneidiges Prämiengeschäft** vor.[1]) Die Natur dieses Geschäftes ist von der des Stellgeschäftes insofern verschieden, als hier nie ein blos präparatorischer „Offertvertrag“ [2]) sondern immer der intentionirte Geschäftsvertrag als abgeschlossen anzusehen ist, in Beziehung auf welchen dann noch das Recht des Rücktrittes, wie bei dem einfachen Prämiengeschäfte, zusteht. Die Prämie wird nicht, wie bei dem Stellgeschäft, im Kaufpreise, sondern, da der Kaufvertrag möglicherweise gar nicht erfüllt wird, wie bei dem einfachen Prämiengeschäft, selbständig entrichtet.[3]) Ausser dem Prämienvertrage liegt die Kombination eines von zwei alternativen Resolutivbedingungen abhängig gemachten Kaufes und eines von einer Suspensivbedingung, deren Inhalt das Gegentheil des Inhaltes der einen Resolutivbedingung sein muss, abhängig gemachten Verkaufes vor, oder umgekehrt die Kombination eines von zwei alternativen Resolutivbedingungen abhängig gemachten Verkaufes und eines von einer Suspensivbedingung, deren Inhalt das Gegentheil des Inhaltes der einen Resolutivbedingung sein muss, abhängig gemachten Kaufes. Z. B. A. räumt dem B. gegen Prämie das Recht ein, nach des Letzteren Wahl ihm ultimo April 100 Stück österr. Goldrente à 88 zu liefern oder dieselben von ihm à 88 zu beziehen oder von dem Geschäfte ganz zurückzutreten. Man kann nun das Geschäft in doppelter Weise auffassen: 1) B. hat dem A. 100 Stück österr. Goldrente à 88 unter den alternativen Resolutivbedingungen verkauft, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung als Käufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären oder dass B. von dem Vertrage ganz zurücktreten würde und B. hat gleichzeitig unter der Suspensivbedingung, dass er zur Zeit der Prämienerklärung, als Käufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend —

[4]) Diess gilt nach den Wiener Börsenbed. § 7 al. 4, wenn es sich um einen einfachen Börsenschluss (§ 15) handelt; ausser diesem Fall darf der Steller annehmen, „dass (der Prämiengeber) die eine Hälfte des gestellten Quantums zu dem bedungenen oberen Kourse nehmen und die andere Hälfte desselben zu dem bedungenen unteren Kourse liefern will.“ § 7 al. 3.

[1]) Wiener Börsenbd. § 6b: „Doppeltes Prämiengeschäft“, „auf Geben und Nehmen.“

[2]) Unger in d. Z. f. d. Priv. u. öffentliche Recht der Gegenwart I S. 365, 366.

[3]) Wiener Börsenbed. § 6b al. 3.

BUAH

letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde, von A. 100 Stück österr. Goldrente à 88 gekauft. 2) B. hat 100 Stück österr. Goldrente à 88 von A. unter den alternativen Resolutivbedingungen gekauft, dass B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — als Verkäufer eintreten zu wollen erklären **oder** dass B. von dem Vertrage ganz zurücktreten würde und B. hat gleichzeitig unter der Suspensivbedingung, dass er zur Zeit der Prämienerklärung, als Verkäufer eintreten zu wollen, ausdrücklich oder stillschweigend — letzteres gemäss dem jeden Zweifel ausschliessenden Koursstande — erklären würde, dem A. 100 Stück österr. Goldrente à 88 verkauft. Wählt B. zur Zeit der Prämienerklärung ausdrücklich oder stillschweigend die Rolle des Verkäufers, so sind ad 1) sowohl die alternativen Resolutivbedingungen als auch die Suspensivbedingung vereitelt, ad 2) sowohl die **eine** Resolutivbedingung als auch die Suspensivbedingung erfüllt, so dass nach beiden Auffassungen lediglich der Verkauf des B. zu Recht besteht. Wählt B. die Rolle des Käufers, so ist ad 1) sowohl die eine Resolutivbedingung, als auch die Suspensivbedingung erfüllt, ad 2) sowohl die alternativen Resolutivbedingungen als auch die Suspensivbedingung vereitelt, so dass nach beiden Auffassungen lediglich der Kauf des B. zu Recht besteht. Wählt B. das Rücktrittsrecht, so ist ad 1) und ad 2) einerseits die Resolutivbedingung erfüllt, andererseits die Suspensivbedingung vereitelt, so dass die Erfüllung des Geschäfts entfallen kann. Macht B. von seinem Wahlrechte keinen Gebrauch, weder ausdrücklich, noch stillschweigend, so wird, wie bei dem einfachen Prämiengeschäfte, angenommen, dass er zurückgetreten sei.[4])

§ 285.

H. Das Nochgeschäft und der Schluss auf fest und offen. (Die Option.)

Das Wahlrecht kann bei dem Prämiengeschäfte dem einen Kontrahenten auch in der Art eingeräumt sein, dass es ihm freisteht, den Kaufgegenstand zu erweitern (**Nochgeschäft**)[1]) oder einzuschränken (Schluss auf fest und offen). In beiden Fällen spricht man von **Option.**[2]) Bei dem ersteren erwirbt entweder der Käufer gegen Zahlung eines höheren Preises das Recht, an einem bestimmten Tage ausser der angekauften Quantität von Effekten die Lieferung einer zur Zeit des Geschäftsabschlusses bestimmten weiteren, in der Regel der gleichen Quantität zu dem gleichen Kourse zu verlangen („Geschäft mit Noch") oder der Verkäufer erscheint berechtigt („Geschäft mit Ankündigung") dadurch, dass er zu einem niedrigeren Preise liefert, innerhalb einer bestimmten Grenze das Quantum der zu liefernden Effekten zu erhöhen, in der Regel noch ein gleiches

[4]) Nach den Wiener Börsenbed. § 6c Abs. 3 kann das Wahlrecht auch theilweise (jedoch bei Effekten oder Valuten stets nur in ganzen Börsenschlüssen) ausgeübt werden.

[1]) Thöl, Verkehr § 49, H.R. (6. Aufl.) § 293, Gareis l. c. § 9.

[2]) Thöl, Verkehr § 48, H.R. (6. Aufl.) § 292, Gareis l. c. § 8.

BUAH

Quantum zu dem gleichen Kourse zu liefern. (Wiener, Börsenbed. § 6 c.) Die Prämie liegt in der Regel in dem bedungenen höheren oder niedrigeren Kaufpreise. Die umgekehrte Spekulation liegt bei dem Schluss auf fest und offen vor. Unter Vereinbarung eines Kourses für eine bestimmte Quantität Papiere erwirbt entweder der Käufer das Recht, eine bestimmte Quote der gekauften Papiere („die offenen Papiere") nicht zu beziehen, indem er den Rest („die festen Papiere") zu einem höheren als dem für das ganze Quantum vereinbarten Kourse bezieht, oder der Verkäufer erscheint berechtigt, eine bestimmte Quote der veräusserten Papiere („die offenen Papiere") nicht zu liefern, indem er den Rest („die festen Papiere") zu einem niedrigeren als dem für das ganze Quantum vereinbarten Kourse liefert. Die Summe, um welche der Kaufpreis der festen Papiere erhöht oder erniedrigt wird, bildet die Prämie.

Bei dem Nochgeschäfte liegt neben dem unbedingten Kaufvertrage noch ein pactum adjectum vor, durch welches der eine Theil gegen eine von dem andern Theile entrichtete Prämie sich verpflichtet, neben dem unbedingt verkauften resp. gekauften Gegenstande als Offerent in Beziehung auf eine weitere bestimmte, gewöhnlich die gleiche, Quantität des Kaufobjektes durch eine vertragsmässig verabredete Bedenkzeit im Worte zu bleiben; bei dem Schluss auf fest und offen liegt ein rücksichtlich eines Theiles des Kaufobjektes von einer resolutiven Potestativbedingung abhängig gemachter Kaufvertrag vor.[3])

§ 286.

I. Das Wandel- oder Eskomptegeschäft.

Das Prämiengeschäft wird auch in der Weise abgeschlossen, dass es dem wahlberechtigten Kontrahenten freisteht, nach Belieben einen vor dem verabredeten letzten Lieferungstermine gelegenen Termin für die Erfüllung des Zeitgeschäftes zu bestimmen (sog. **Wandel**geschäft [1]); bezeichnender wäre der Ausdruck: **Eskomptegeschäft**; auch als Kauf auf tägliche Lieferung bezeichnet, wenn der Käufer das Recht hat, vor dem letzten Lieferungstage täglich die Lieferung zu verlangen, als Kauf auf Ankündigung, wenn der Verkäufer das Recht hat, vor dem letzten Lieferungstage täglich die Lieferung zu machen;[2]) in jedem Falle liegt ein

---

[3]) Dem wahlberechtigten Theil steht es bei dem Nochgeschäfte frei, von der Gebundenheit des anderen Theils nur zum Theil (jedoch bei Effekten oder Valuten stets nur in ganzen Börseschlüssen) oder auch gar nicht Gebrauch zu machen. Wiener Börsenbed. § 6 c Abs. 3. Gemäss den Wiener Börsenbed. § 6 c Abs. 2 ist bei Geschäften mit „noch" in Devisen auch der fest verkaufte, resp. gekaufte Betrag am Fälligkeitstage des „Noch"-Geschäfts fällig. Bei Geschäften mit „noch" in allen übrigen Börsenwerthen ist der feste Betrag sofort fällig und nach § 4 (wie jedes andere Börsengeschäft) abzuwickeln.

[1]) Vgl. Thöl, Verkehr § 47, H.R. (6. Aufl.) § 294, Gareis a. a. O. § 6, Saling l. c. S. 390 d (für Berlin).

[2]) Nach den Berliner Börsenbed. § 12 (Z. f. H.R. Bd. XVIII S. 509) gehört zu den einfachen Zeitgeschäften das Geschäft „fix und täglich", bei welchem der Käufer spätestens an dem in dem Schlusszettel festgesetzten Endtermin abnehmen muss, aber auch schon

BUAH

unbedingter Kaufvertrag mit einem pactum adjectum vor, durch welches gegen Prämie die Erfüllungszeit zu Gunsten des einen Theiles aus einem dies certus an certus quando zu einem dies incertus quando certus an umgestaltet wird. In der Regel bedingt sich der Käufer gegen Zahlung einer Prämie ein solches Wahlrecht; es ist möglich, dass der Verkäufer seinerseits sich wieder als Käufer gegenüber seinem Verkäufer, und dass sich dieser wieder als Käufer gegenüber seinem Verkäufer u. s. w. ein solches Wahlrecht gesichert hat, so dass, wenn der erste Käufer die Lieferung vor dem letzten Lieferungstage verlangt, sein Verkäufer als Käufer das gleiche Verfahren gegenüber seinem Verkäufer einschlagen wird u. s. w., bis man zuletzt in Verfolgung einer ganzen Kette zusammenhängender, gleichartiger Operationen an einen Verkäufer gelangt, welcher verkauft hat, ohne selbst gekauft oder bei dem Kaufe sich das Wahlrecht rücksichtlich der Erfüllungszeit bedungen zu haben. Der erste Verkäufer, welchem gekündigt worden ist, delegirt seinen Verkäufer, er liefert anstatt der Papiere nur den Namen seines Verkäufers, dem er gekündigt hat, und dieser delegirt wieder seinen Verkäufer, liefert also den Namen seines Verkäufers, dem er gekündigt hat u. s. w. bis zu dem als letztes Glied in der Kette erscheinenden Verkäufer hinauf, welcher nicht mehr delegiren kann, welcher selbst die Papiere liefern muss, da er überhaupt nicht gekauft oder doch nicht mit dem Wahlrechte rücksichtlich der Erfüllungszeit gekauft hat, also nicht in der Lage ist, den Namen eines Verkäufers als Delegaten anzugeben, welcher statt seiner die Lieferung ausführen soll.

Wären alle diese Prämiengeschäfte über die gleiche Quantität gleicher Effekten zu demselben Kourse abgeschlossen worden, so würde der Verkäufer, welchem zuerst gekündigt worden ist, nichts auszulegen haben, denn es könnte das, was er seinem Verkäufer schuldet, durch Vermittelung der Delegation mit dem kompensirt werden, was ihm von dem zweiten Verkäufer, dem er gekündigt hat, geschuldet wird, und so könnten auch alle folgenden Verpflichtungen durch Delegation und Kompensation getilgt werden; da aber in den meisten Fällen zu

---

früher, sobald das Geschäft „täglich" geworden, dem Verkäufer kündigen, sich zur Abnahme bereit erklären kann, worauf dieser liefern muss; ferner das Geschäft „mit Ankündigung fix und täglich", bei welchem der Verkäufer spätestens an dem in dem Schlusszettel festgesetzten Endtermine abliefern muss, aber auch schon früher, sobald das Geschäft „täglich" geworden, dem Käufer die Lieferung ankündigen kann, worauf dieser abnehmen muss. Beide Geschäfte können auch als Prämiengeschäfte abgeschlossen werden. § 13 cit. Macht der Wahlberechtigte nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt von dem Rechte der Kündigung resp. Ankündigung Gebrauch, so wird angenommen, dass er die festgesetzte Prämie zahlen wolle; sofern indessen der Kours zur Erklärungszeit die Entschliessung über Erfüllung oder Prämienzahlung zweifellos erscheinen lässt, ist eine ausdrückliche Erklärung nicht erforderlich. Hat eine theilweise Kündigung oder Ankündigung stattgefunden, so ist die Prämie nur pro rata der nicht gekündigten oder angekündigten Summe zu zahlen. In Frankreich gilt bei jedem Zeitgeschäfte als stillschweigend verabredet, dass der Lieferungstag nur zu Gunsten des Käufers stipulirt sei, so dass derselbe auch beliebig früher die Zahlung des Preises anzubieten und Lieferung zu verlangen berechtigt ist; die Ausübung dieses Rechtes von Seite des Käufers heisst escompte. (Bravard-Veyrières dr. comm. II p. 142, Bozérian l. c. Nr. 81 ff. Guillard p. 83 fg.).

BUAH

verschiedenen Koursen kontrahirt worden sein wird, so kann die Kompensation der Kaufpreise nach stattgefundener Delegation nur bis zur Konkurrenz erfolgen und es bleibt für die unmittelbaren Kontrahenten die Verpflichtung bestehen, sich unter einander die Differenz zu vergüten. Werden zu einer Zeit viele Prämiengeschäfte mit der Wandel-(Eskompte-)Klausel geschlossen, ohne dass sie mit einander in einem solchen Gleichgewichte stehen, so kann die Kündigung von Seite der wahlberechtigten Käufer leicht ein Steigen des Kourses zur Folge haben; denn es wird von der einen Seite Lieferung der Papiere in Anspruch genommen, welche von der andern Seite oft erst auf dem Markte gesucht werden müssen.

§ 287.

K. Das Report-(Prolongations-Kost-)Geschäft.

Das Report-(Prolongations-Kost-)Geschäft bildet in dem komplizirten Getriebe des Börsenverkehres ein für den guten Gang der Maschine unentbehrliches Räderwerk von besonders hervorragender Bedeutung; um seinen juristischen Karakter kennen zu lernen, ist es nothwendig, den Mechanismus dieser Börsenoperation klarzustellen. Das wirthschaftliche Prinzip, auf welchem das Reportgeschäft beruht, besteht darin, dass der Tages- und Baarkauf im Allgemeinen zu niedrigeren Preisen abgeschlossen wird, als der Lieferungs- und Kreditkauf; denn der Käufer entzieht sich beim Tages- und Baarkaufe sofort den Genuss des bezahlten Kaufpreises, über den nun der Verkäufer unmittelbar disponiren kann, während der Letztere beim Lieferungs- und Kreditkauf vorläufig nichts erhält, so dass er der Natur der Sache nach sich bei dem Tags- und Baarkauf mit einem niedrigeren Preise begnügen kann als bei dem Lieferungs- und Kreditkauf. Bei dem Kauf und Verkauf von Effekten insbesondere wird dieses Moment in seiner Wirksamkeit noch dadurch verstärkt, dass der Kours der Effekten in dem Maasse eine steigende Tendenz verfolgt, als der Tag näher heranrückt, an welchem die Zinsen oder Dividenden bezahlt werden sollen. Mit dem Ausdruck Report wird nun die durch diese Umstände bewirkte Differenz zwischen dem Preise der Tags- und Baargeschäfte und dem Preise der Lieferungs- und Kreditgeschäfte bezeichnet; die Kehrseite des Report ist der Deport, welcher als Folge des unzureichenden Angebotes von Papieren, wegen sog. Stückemangels eintritt, so dass im Tags- und Baarkaufe, in welchem die Papiere sofort geliefert und genommen werden sollen, mehr bezahlt wird, als im Lieferungs- und Kreditkaufe.[1]) Die Absicht, den Report und Deport in diesem Sinne, also das Ergebniss einer durch besondere Umstände beeinflussten wirthschaftlichen Lage, sich zu Nutze zu machen, veranlasst den Kapitalisten, ein Reportgeschäft einzugehen und in demselben sein Kapital auf kurze Zeit vortheilhaft anzulegen, er kauft zu diesem Zwecke Papiere gegen baar, also um einen geringeren Preis, und verkauft sie auf Zeit, also um einen höheren Preis, oder (im Falle des

[1]) Vgl. Wiener Börsenbed. § 8: Es wird vom Kostnehmer (Reporteur) dem Kostgeber „Leihgeld“ vergütet.

BUAH

Deport) er verkauft Papiere gegen baar, also um einen höheren Preis, und kauft sie auf Zeit, also um einen niedrigeren Preis; in der Differenz der Kaufpreise, dem Report und Deport, steckt der Gewinn, das Kapitalerträgniss. Der Baarkauf und der Kreditverkauf können von dem Kapitalisten mit verschiedenen Personen, also als zwei gesonderte Operationen, abgeschlossen werden; in diesem Falle spricht man von einem Reportgeschäft im weiteren Sinne, einem indirekten Reportgeschäft, es hat juristisch nichts Besonderes, es liegen eben zwei durch einen einheitlichen Spekulationswillen zusammengehaltene Operationen entgegengesetzter Art vor. Von dem eigentlichen, direkten Reportgeschäft ist nur dann die Rede, wenn Tags- und Lieferungskauf nicht successiv mit verschiedenen Personen, sondern uno tempore, simultan zwischen denselben Personen abgeschlossen werden, wenn nicht zwei verschiedene Kaufverträge als ganz selbständige Stücke einer einheitlichen Spekulation auf einander folgen, sondern nur wenn in **einem** Zeitpunkt ein aus zwei Elementen zusammengesetzter Vertrag eingegangen wird; der Reporteur, Kostnehmer, welcher in demselben Augenblicke, in welchem er gegen baar kauft, auf Zeit verkauft, hält sich dadurch jene Gefahr, die sich aus dem Sinken des Kourses ergeben kann, vom Leibe, wälzt sie auf den anderen Theil, den Reportirten, den Kostgeber, welchem dafür auch der Gewinn aus dem etwaigen Steigen des Kourses zufällt und läuft nun selbst keine andere Gefahr als die, welche der Verkäufer bei jedem Kaufvertrage übernimmt, nämlich dass der Käufer seine Verpflichtung, zur bestimmten Zeit zum bestimmten Kourse die Papiere zu übernehmen und den Preis zu bezahlen, nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen will.

Am häufigsten geben die folgenden wirthschaftlichen Situationen den Anlass zur Eingehung eines Reportgeschäftes.

A. spekulirt à la hausse und kauft für einen bestimmten Lieferungstermin eine bestimmte Quantität Papiere; um den Kaufpreis bezahlen zu können, muss er bestrebt sein, diese Papiere zu dem mit seinem Verkäufer verabredeten Lieferungstermine zu verkaufen und den Erlös zu erlangen. B. will zwar eine solche Quantität Papiere kaufen, aber nur gegen baar; A. und B. können sich nicht einigen; C. welcher über die gleiche Quantität gleicher Papiere sofort verfügen kann, tritt helfend ein, verkauft diese Papiere an B. gegen baar und kauft sie wieder von A. zu dem entscheidenden Lieferungstermine (Reportgeschäft im weiteren Sinne, indirektes Reportgeschäft). Angenommen, dass anstatt der von A. gehofften Kourssteigerung ein bedeutendes Sinken des Kourses eingetreten sei, so ist dem A. mit dem blossen Verkaufe an C. zu dem bestimmten Lieferungstermine nicht geholfen, wegen der eingetretenen Baisse wäre sein Verlust zu gross, er glaubt aber an das nahe Eintreten der Hausse, hofft auf Gewinn, und will desshalb seine Haussespekulation fortsetzen, (prolongiren, reportiren); A. schliesst daher mit C. in der Weise ab, dass er ihm zwar die Papiere, welche er von seinem Verkäufer erhält, gegen baar, daher zu einem niedrigeren Kourse, liefert und mit dem Gelde des C., zu dem er die Differenz aus Eigenem hinzufügt, diesen seinen Verkäufer bezahlt, dass sich C. aber gleichzeitig verpflichtet, zu einem höheren Kourse dem A. zu einem bestimmten weiteren Termin

BUAH

diese Papiere zu liefern. Dadurch, dass C. als Reporteur, Kostnehmer, gegenüber dem Verkäufer des A. an dessen Stelle tritt und gegen Uebernahme der Papiere die Verpflichtung des A. erfüllt, Zahlung leistet, gestattet er dem A. seine Haussespekulation als Käufer fortzusetzen, und A. kann, wenn die Hausse hinterher wirklich eintritt, nicht blos die gezahlte Differenz einbringen, sondern auch Gewinn machen.

A. spekulirt à la baisse und verkauft für einen bestimmten Lieferungstermin eine bestimmte Quantität Papiere; bei Eintritt des Lieferungstermines hat er kein Geld, um sich die zu liefernden Papiere gegen baar anzuschaffen, er sucht daher diese Papiere gegen Kredit zu erlangen. B. hat die von A. gesuchten Papiere, will sie aber nur gegen baar, nicht auf Kredit verkaufen; es ist klar, dass A. und B. nicht miteinander abschliessen können; beiden kann dadurch geholfen werden, dass ein Kapitalist C. einerseits von B. die Papiere gegen baar kauft und dieselben andererseits an A. auf Kredit verkauft, so dass C. einstweilen die Papiere behält, bis er mit dem Gelde bezahlt werden kann, welches A. von seinem ersten Käufer zu empfangen hat (Reportgeschäft im weiteren Sinne, indirektes Reportgeschäft). Angenommen, dass anstatt der von A. gehofften Baisse die Hausse fortdauert und A. seine Baissespekulation fortsetzen will, so wird er mit C. derart abschliessen, dass er die zu liefernden Papiere von C. gegen baar kauft „er nimmt sie zu leihen“ und sie ihm auf Zeit wieder verkauft (eigentliches Reportgeschäft); A., welcher die Rolle des Reporteurs, Kostnehmers hat, in der That aber nur der Stücke bedürftig ist, lässt nun die gekauften Papiere von C. an seinen Käufer überliefern, welcher Letztere wieder seinerseits an C. statt an A. den durch die Differenz von A. zu ergänzenden Kaufpreis bezahlt. C., welcher als Inhaber der Papiere dem Stückemangel des A. abhilft, gewinnt als Kostgeber den sog. Deport; er verkauft dem A. gegen baar um einen höheren Kours und kauft von A. auf Zeit um einen niedrigeren Kours; dadurch, dass er als Reportirter, Kostgeber, gegenüber dem Käufer des A. an dessen Stelle eintritt und gegen Empfang des Kaufpreises die Papiere liefert, ermöglicht er dem A., seine Baissespekulation fortzusetzen.

Das Reportgeschäft ist demnach eine Börsenoperation, durch welche der Käufer, welcher die gekauften Papiere nicht bezahlen kann, sich das Geld, oder der Verkäufer, welcher die verkauften Papiere nicht liefern kann, sich die Papiere dadurch verschafft, dass er seinerseits einen Verkauf oder Kauf abschliesst. Der Käufer, welcher sich Geld verschaffen muss, verkauft gegen baar die Papiere, welche er auf Zeit gekauft hat; der neue Erwerber übernimmt die Papiere von dem ersten Verkäufer und bezahlt sie ihm. Der Verkäufer, welcher die zu liefernden Papiere nicht hat, kauft sie gegen baar, sein Verkäufer liefert die Papiere dem ersten Käufer und erhält dafür von diesem den Kaufpreis. Da aber derjenige, welcher, sei es das Geld, sei es die Papiere hergibt, in Wahrheit nicht die definitive Absicht hat, sein Geld in Papieren anzulegen oder seine Papiere zu verkaufen, so wird simultan in Bethätigung eines Entschlusses mit dem Kauf ein Rückverkauf (d. h. nicht ein blosses pactum de retrovendendo,

BUAH

eine emtio-venditio futura, so dass der Verkäufer nach seiner Wahl die verkaufte Sache zurückkaufen oder bei dem Käufer lassen könnte, sondern eine emtio-venditio jam facta, so dass beide Kontrahenten an den Rückverkauf gebunden sind), mit dem Verkauf ein Rückkauf (d. h. nicht ein blosses pactum de retroemendo, sondern der Kaufvertrag selbst) verbunden,[2]) so dass im ersten Falle derjenige, welcher gegen baar gekauft hat, auf Zeit zurückverkauft,[3]) im zweiten Falle derjenige, welcher gegen baar verkauft hat, auf Zeit zurückkauft, in beiden Fällen aber schliesslich der eine wieder Geld, der andere wieder Papiere zurückerhalten soll.

Das Reportgeschäft kann der Schlüssel des Systems der Börsenoperationen genannt werden; durch dasselbe wird es vielen Spekulanten, welche nicht über die nöthigen Geldmittel verfügen, erst möglich gemacht, beträchtliche Spekulationen einzugehen und deren Erfüllung bis zu der Zeit einer günstigeren Koursbewegung hinauszuschieben; allerdings ereignet es sich nicht selten, dass das ganze, oft kunstvoll errichtete Gebäude der Spekulation zusammenstürzt, sobald das Mittel versagt und sich Niemand mehr findet, der mit dem Spekulanten das diesem nothwendige Reportgeschäft eingehen will. Dies wird aber bei normalen Verkehrsverhältnissen nicht leicht der Fall sein; denn das Reportgeschäft ist von ungewöhnlicher Anziehungskraft; es bietet nicht nur den Vortheil einer besonders hohen Verzinsung, sondern auch die Möglichkeit, so rasch als möglich wieder zu seinem Gelde zu kommen, es lässt sich ebenso leicht abwickeln wie eingehen; der reportirende Kapitalist, welcher sein Geld benöthigt, verkauft gegen baar die gegen baar gekauften Papiere und kauft gleichzeitig auf Zeit dieselbe Quantität Papiere zu demselben Lieferungstermine, zu welchem er auf Zeit verkauft hat; dadurch kommt er in die gleiche Lage, als ob er weder gekauft, noch verkauft hätte; denn er wird die auf Zeit gekauften Papiere seinem Käufer liefern und seinem Verkäufer den Preis zahlen, welchen sein Käufer zu entrichten hat; nur wird er der Natur der Sache nach in der Regel durch das zweite Reportgeschäft als Reportirter verlieren, was er etwa bei dem ersten Reportgeschäft als Reporteur gewonnen hat.

Das Reportgeschäft besteht in der Kombination eines Kassageschäftes und eines Zeitgeschäftes; jenes wird erfüllt, wie jedes Kassageschäft; dieses wie jedes Zeitgeschäft, also im Zweifel in Liquidation.[4]) Im letzteren Falle kann

---

[2]) Daher auch nach österr. Recht (§ 1070 allg. bürgerl. G.) nicht unzulässig.

[3]) Daher findet das Verbot des Erwerbs eigener Aktien (A. 215 Abs. 3 H.G.B.) auf das Reportiren der eigenen Aktien durch die Aktiengesellschaft als Reporteur keine Anwendung. R.O.H.G. XXII N. 43 S. 191 fg.

[4]) Nach den Wiener Börsenbed. § 8 können Kost- oder Prolongationsgeschäfte entweder als direkte oder als mittelst Arrangement abzuwickelnde Geschäfte abgeschlossen werden. Die Dauer derselben richtet sich nach der Vereinbarung. Die Kündigung muss stets an einem Werk(Börsen)tage und vor $^1/_2$ 1 Uhr Mittags erfolgen. Ist über die Dauer oder Kündigung nichts vereinbart, so ist a) ein direktes Kostgeschäft an dem auf die Uebernahme folgenden Werketage direkt wieder abzuwickeln, b) ein mittelst Arrangement abzuwickelndes im nächsten Arrangement. Auf bestimmte Zeit abgeschlossene Kostgeschäfte sind wie Zeitgeschäfte zu behandeln.

BUAH

eine Skontration erfolgen, so dass weder materielle Lieferung noch Zahlung, sondern eventuell nur eine Differenzzahlung eintritt. Jene Reporteure, welche ihr Geld oder ihre Papiere aus dem Reportgeschäft zurückziehen wollen, liefern als Verkäufer die Papiere und bezahlen als Käufer den Preis und erlangen so eine materielle Erfüllung; der reportirte Spekulant findet in der Regel leicht einen Kapitalisten, der nun als Reporteur eintritt und die Stellung des Ersteren als des Käufers oder Verkäufers bis zu einer späteren Liquidation einnimmt. Jene Reporteure, welche ihr Geld oder ihre Papiere in dem Reportgeschäft belassen und die Kosten des Bezuges der Papiere resp. der Zahlung und sonstige Schwierigkeiten in der Ausführung vermeiden wollen oder welche gar die reportirten Papiere resp. das Geld nicht besitzen, können mit den Reportirten die Fortsetzung des Reportgeschäfts vereinbaren, so dass nur der Reportpreis bei jeder Liquidation bezahlt wird, eine wirkliche Lieferung oder Zahlung aber nicht eintritt. Es ist dann so anzusehen, als ob der Reporteur, der bei dem ersten Reportgeschäfte gegen baar gekauft und auf Zeit verkauft hat, am Stichtage, da er das Geld nicht braucht, diese Operation wiederholt hätte, so dass eine Kompensation rücksichtlich der in Folge des ersten Verkaufes zu liefernden und in Folge des neuen Kaufes unmittelbar wieder zu beziehenden Papiere eintritt und von dem Reportirten lediglich die Differenz der Kaufpreise, d. h. eben der Preis des Reports, zu begleichen ist. Ebenso verhält es sich mit der Prolongation eines Reportgeschäfts, bei welchem der à la baisse spekulirende Reporteur gegen baar verkauft und auf Zeit gekauft hat. Die Prolongation des Reportgeschäfts bringt also juristisch dieselben Wirkungen hervor, wie ein wirklicher Rückkauf oder ein wirklicher Rückverkauf, welcher sich an das vorangegangene Reportgeschäft anschliessen würde. Die einzelnen Prolongationsgeschäfte sind als juristisch durchaus für sich bestehende, keineswegs als untrennbare Theile eines einzigen Vertragsverhältnisses, sondern als Geschäfte zu behandeln, welche nur insofern in einem faktischen Zusammenhang stehen, als in den späteren Geschäften die mit dem ursprünglichen begonnene Spekulation ihre Fortsetzung findet, als das ursprüngliche Geschäft die Basis der ganzen Reihe von Operationen bildet.[5]) Bei der schliesslichen Abwickelung sind daher die aus den früheren Geschäften hervorgegangenen gegenseitigen Ansprüche der Kontrahenten als selbständig und von ihren Ansprüchen aus dem zuletzt geschlossenen Prolongationsgeschäfte unabhängig zu beurtheilen.

Das Reportgeschäft kommt in verschiedenen Modifikationen vor;[6]) zuweilen wird der Report von dem Reportirten nicht verhüllt in der Differenz zwischen

---

[5]) R.O.H.G. Bd. XIX N. 89 S. 308 fg. Vgl. Entsch. des Kassationshofes Rom v. 21. Febr. 1877 in Clunet, Z. IV S. 453—456.

[6]) Nach den Wiener Börsenbd. § 8 können Kost- oder Prolongationsgeschäfte abgeschlossen werden a) zu einem festen Zinssatze vom ausgelegten Geldbetrage, in welchem Falle die laufenden Stückzinsen dem Kostgeber gehören oder b) ohne irgend welche separate Vergütung (umsonst), c) gegen ein Kost- oder Leihgeld. Bei b) und c) gehören die bei einem Effekte eventuell zu berechnenden laufenden Zinsen dem Kostnehmer.

BUAH

dem Kaufpreise gegen baar und dem auf Zeit, sondern abgesondert neben dem Kaufpreise als Zins (Prolongationspreis, Kostgeld) für den ihm von dem Reporteur gegebenen „Vorschuss" entrichtet; auch dies genügt nicht um den Vorschuss zu einem mutuum zu machen; da durch den Wiederkauf das ökonomische Resultat des demselben vorhergegangenen Kaufes ungeschehen gemacht wird, so ist es nur billig, wenn dem Käufer, welcher den Kaufpreis ausgelegt hat, von dem Wiederkäufer nicht nur der Kaufpreis restituirt, sondern auch für den Vortheil des Wiederkaufs, durch welchen sich der Wiederkäufer eine Gewinnaussicht wahrt, eine Vergütung bezahlt wird; als ein Theil dieser Vergütung erscheint zuweilen auch der Bezug der an den prolongirten Effekten aufgelaufenen Zinsen.

Der Reporteur läuft dann Gefahr, wenn die reportirten, in seiner Hand befindlichen Papiere im Kourse bedeutend sinken; zuweilen besteht daher für den Reportirten die Verbindlichkeit, sobald der Kours der reportirten Papiere unter einen gewissen Perzentsatz herabgeht, zur Sicherung der ihm durch das Reportgeschäft auferlegten Verpflichtung einen so grossen Nachschuss [7]) zu leisten, als sich als nothwendig herausstellt, um den Koursrückgang zu paralysiren; in einem solchen Falle liegt neben dem Kaufe gegen baar ein Rückkauf vor, dessen Erfüllungszeit nicht blos so, wie bei anderen Reportgeschäften, eintreten soll, sondern auch noch durch die Bedingung bestimmt wird, dass der Nachschuss pünktlich geleistet werde, so dass im Falle der Nichtleistung der Reporteur sofortige Uebernahme der gekauften Papiere gegen Zahlung des Kaufpreises und des bereits aufgelaufenen Kostgeldes verlangen kann.

Unter welchen Abweichungen auch das Reportgeschäft vorkommen mag, immer liegt demselben eine Kombination zweier, auf einem Entschluss beruhender Geschäfte, eines Kaufes und eines Verkaufes, zu Grunde; [8]) es ist unzulässig dasselbe juristisch als ein verhülltes Darleihen gegen Pfand [9]) zu behandeln. Gegen

---

[7]) Nach den Wiener Börsenbed. § 8 kann während der Laufzeit eines Kost- oder Prolongationsgeschäfts weitere Deckung nur gefordert werden, wenn und inwieweit dieses ausdrücklich vereinbart ist. Ist eine Deckungsleistung, jedoch keine Frist dafür bedungen, so ist die Deckung nach Aufforderung bis 10 Uhr Morgens des der Aufforderung folgenden Tages (Sonn- und Feiertage nicht ausgenommen) zu leisten. Unterbleibt die Leistung der geforderten Deckung, so kann der Zuschussfordernde die betreffenden Börsenwerthe nach §§ 11 u. 12 (entspr. A. 311, 354, 355 H.G.B.) verkaufen, resp. (durch einen Börsensensal) kaufen lassen; es liegt ihm aber der Beweis dafür ob, dass er den anderen Kontrahenten zur Deckungsleistung aufgefordert hat.

[8]) Uebereinstimmend: Bender, Verkehr § 95; Thöl, Verkehr § 11, H.R. (6. Aufl.) § 285, Ladenburg, Z. f. H.R. III l. c. S. 417 ff.; Endemann, H.R. § 221 III. Gerber, Deutsch. P.R. § 179 Not. 8, Schaper in Holtzendorffs Encyklopädie s. v. Börsengeschäfte, Gareis in Meyers deutsch. Jahrb. (1873) S. 363; ders. H.R. S. 315 III. Anschütz, Komm. ad art. 309 Not. 14, vgl. R.O.H.G. VI S. 182, XIX N. 89 S. 308 fg., Bd. XXII N. 43 S. 191 fg.; Mollot l. c. Nr. 477—483; Bravard-Veyrières l. c. II p. 122 ff.; Buchère traité des valeurs mobiliers Nr. 811, 936, Bédarride l. c. II Nr. 109—111; Frémery, études p. 473; Guillard S. 72, 274.

[9]) Dagegen auch Entsch. d. oberst. österr. Ghf. in der Allg. österr. Ger.-Ztg. des Jahres 1878 Nr. 13.

BUAH

diese Behandlung spricht der Umstand, dass das Pfandobjekt Eigenthum des Pfandschuldners bleibt, der auch die Gefahr zu tragen hat und dass der Pfandgläubiger über dasselbe nicht frei disponiren darf, während der Reporteur das freie Verfügungsrecht über die reportirten Papiere erlangt, auch die Gefahr zu tragen hat und lediglich verpflichtet ist, zum bestimmten Termine Papiere des gleichen genus, wie die reportirten, zu liefern. Man müsste demnach ein sog. pignus irregulare als vorhanden annehmen. Auch in der Sprache des Börsenverkehrs wird zwischen eigentlichen Pfand- und Prolongations-(Report-Kost-)Geschäften unterschieden. Wenn auch durch das Reportgeschäft materiell dasselbe Resultat, wie durch ein Darleihen gegen Pfand, verwirklicht werden kann, so fällt hier doch die besondere, gesetzlich zulässige Form, welche die Kontrahenten für ihr Geschäft gewählt haben, entscheidend ins Gewicht, und da es sich nicht um Verfolgung eines rechtswidrigen Zweckes handelt, so geht es nicht an, den Parteien Simulation zur Last zu legen, um so weniger, als hier gerade jene Umstände, welche sonst am meisten geeignet sind, dem Verkauf mit Wiederkauf den Karakter eines Scheingeschäftes zu verleihen, nicht vorhanden sind; weder liegt hier Niedrigkeit des Kaufpreises vor, denn der Reporteur gibt für die Effekten eine Summe, welche sich nach den jeweiligen Verhältnissen des Börsenmarktes richtet und daher als ein genügendes Aequivalent angesehen werden muss, noch wird hier dem Verkäufer (Reportirten) von dem vermeintlichen Scheinkäufer der Genuss der gekauften Sache überlassen, noch berechtigt sonst etwas dazu, die Ernstlichkeit des Kaufes zu verdächtigen. Dazu kommt, dass das Reportgeschäft im weiteren Sinne, welches unzweifelhaft durch Abschluss eines Kaufes mit einer Person und eines gleichzeitigen Verkaufes mit einer anderen durchgeführt wird, unmöglich unter die Rechtsfigur eines Pfanddarleihens gebracht werden kann; zwischen dem Reportgeschäft im weiteren und dem im engeren Sinne besteht aber keine qualitative Verschiedenheit in der rechtlichen Natur des Geschäftes, es ist vielmehr, wie wirthschaftlich eine und dieselbe Spekulation, so juristisch ein und dasselbe Rechtsgeschäft.

Das Reportgeschäft ist ein handelsrechtliches Kreditgeschäft, aber kein mutuum; will man dasselbe juristisch als etwas Neues, als ein Rechtsgeschäft mit besonderem Namen und besonderer rechtlicher Natur, als einen contractus sui generis [10]) bezeichnen, so lässt sich dagegen nichts Erhebliches einwenden, vorausgesetzt, dass man dabei nicht ausser Acht lässt, dass man es nur mit einem aus zwei bekannten Faktoren — einem Kauf gegen baar und einem Kauf auf Zeit — hervorgegangenen neuen juristischen Produkte zu thun hat; ja eine solche besondere Bezeichnung ist sogar wünschenswerth, wenn durch dieselbe die Anschauung zum Ausdruck gelangen soll, dass ein durch die neuen Bedürfnisse des Handelsverkehres erzeugtes Rechtsgeschäft seiner inneren, ökonomischen Natur nach geregelt und nicht in die Schablone eines anderen bereits bekannten Rechtsgeschäftes eingezwängt werden soll.

Das **österreichische** Börsengesetz (§ 15) räumt dem Gläubiger aus Pro-

---

[10]) Vidari l. c. Nr. 15 p. 590.

BUAH

longations- oder Kostgeschäften, welche den Voraussetzungen des § 12 (Börsengesetz) entsprechen und daher als Börsengeschäfte anzusehen sind, das Recht ein, sich aus den reportirten Papieren oder Waaren ohne gerichtliche Dazwischenkunft nach A. 311 H.G.B. zu befriedigen, mögen auch die für diese Form der Realisirung des kaufmännischen Faustpfandes durch das Handelsgesetzbuch aufgestellten Voraussetzungen nicht vorhanden sein; dieses Recht steht in gleicher Weise rücksichtlich des Pfandes dem Pfandgläubiger aus Pfandgeschäften zu, wenn die letzteren im Sinne des § 12 (Börsengesetz) zu den Börsengeschäften zu rechnen sind.

BUAH

Abschnitt 4.

Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte.[1])

(Von Herrn Professor Dr. Georg Cohn in Heidelberg.)

I. Begriff. Arten und Quellen.

§ 288.

A. Begriff der Lotterie.

1. Das Wort Lotterie, ital. anfangs lotto, später lottaria, französ.

[1]) **Literatur.**

Grolmann, Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspielgeschäfts, Giessen 1797.

Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen II Nr. 46 und V Nr. 28. Hannover 1807 und 1809.

Lange, die Rechtstheorie von dem Ausspielgeschäft, Erlangen 1818.

Bender, die Lotterie, Heidelberg 1832 (Beilageheft zum 15. Bde. des Arch. für d. civ. Praxis), 2. verbess. Aufl. unter dem Titel: Das Lotterierecht, Giessen 1841. (Dazu Bopps Rezension in Richters krit. Jahrb. 1842 XI p. 888 ff.) Die Zitate beziehen sich, soweit nichts anderes dabei bemerkt ist, auf die 2. Aufl.

Neubert, J. L., Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäfte nach gemeinem und sächsischen Recht dargestellt. 2. Aufl., Leipzig 1838.

Elvers in der Themis, N. F. Göttingen 1838 I p. 70—103.

Gruchot, Glossen zum Allg. Landrecht in seinen Beiträgen zur Erläuterung des Preuss. R. XII p. 183—203, 1868.

Preuss. Gerichtszeitung, 1859 Nr. 9, 12, 17 und 21.

Wolff, die Rechtsverhältnisse zwischen dem Lotteriekollekteur und dem Lotteriespieler bei der Klassenlotterie, Arch. für prakt. Rechtswiss. N. F. VI 1869 p. 133—157.

Weiske's Rechtslexikon VI p. 760—765, auch I p. 472 ff.

v. Holtzendorff's Rechtslexikon s. v. Lotterie, 2. Ed. (Schaper), 3. Ed. p. 678 ff. (Gareis) und 680 ff. (v. Liszt); desselben Handbuch des Strafrechts III p. 829 (Merckel) IV p. 732 (Kayser).

Fr. Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie und zum heutigen Lotterierecht, Bonn 1882.

Thöl, § 303 ff. Goldschmidt, I § 44 n. 12, § 47 n. 58. Endemann, § 122. Gareis, p. 322, 405, 435. — Glück, Pandekten, XI § 762 p. 357—374,

BUAH

loterie,[2]) stammt wahrscheinlich vom deutschen Worte Loos ab.[3]) Es

---

Windscheid, § 420. Holzschuher, Theorie und Kasuist., 3. Ed. III p. 767—777. Die Lehrbücher des Deutsch. Privatrechts von Runde, § 212, Danz II § 212. Eichhorn, § 110. Mittermaier, II §§ 299, 300. Wolff, I p. 359—365. Gengler, Lehrb. p. 739—753, P.R. p. 432 ff. Hillebrand, § 118. Walter, p. 418—421. Beseler, § 112. Gerber, § 193. Stobbe, III § 195, sowie Gründler, Polemik des germ. Rechts 1833 II p. 153—165. Die Lehrbücher und Kommentare der Partikularrechte, besonders Preussens (Bornemann, 2. Ed. III p. 193—232. Koch, Recht der Forderungen, 2. Ed., III p. 778—791. Förster-Eccius, II p. 134 ff. Dernburg, 2. Ed. II p. 405 ff.), Sachsens (Haubold, 3. Ed. § 295b. Siebenhaar, p. 711. Schmidt, I p. 473—475), Hannovers (Grefe, 3. Ed. II p. 397 ff.), Braunschweigs (Steinacker, § 144), Hamburgs (Baumeister, I p. 367 ff.), Oesterreichs (Zeillers Kommentar, III p. 1273, Kirchstetters Kommentar, p. 147 und 597 ff.), Württembergs (Reyscher, II p. 355).

Ferner Kuntze, Inhaberpapiere, 1857 p. 19 ff., 78, 492 ff.

Krügelstein, Spiel und Wette, 1869 p. 4, 13, 30.

Schuster, das Spiel, 1878 p. 101, 196, 218.

Arnold, prakt. Erört. aus dem Rechtsgebiete, Erlangen 1857 Heft 3 Erört. XVIII. p. 434 ff.

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für Sachsen, III p. 83 ff. (Schwarze), N. F. XI p. 193—207 (Du Chesne).

Buschs Archiv II p. 9—17 (Dietrich), VI p. 110 ff. (Ackermann).

Hannov. Jurist. Zeitung, 1827 II 2 p. 8 ff., 1828 III 1 p. 146 ff. (Freytag) III 2 p. 74 ff. (Hennings) und 139 ff., 1829 IV 1 p. 93 ff. und 2 p. 186 ff. (Vorwerk), 2 p. 52 ff. (Eickemeyer), 1830 V 2 p. 59 ff. (Brauns).

Dalloz, répert. de législ. XXX (1853) p. 257—264.

Pardessus, cours de droit commercial, 6. Ed. 1856 I p. 384 ff.

Lyon-Caen et Renault, précis de dr. comm. 1879 p. 186, 187.

Clunet, Consultation: société, émission d'obligations, loterie, Paris 1881.

Namur, le code de comm. belge revisé II p. 279 ff.

Kist, beginselen II p. 415 ff.

Annuaire de législation étrangère, X 1881 Paris p. 320—327.

Rau, Finanzwissenschaft 5. Ausg., Leipzig 1864 §§ 220—225.

Schönberg, Handb. der polit. Oekonomie 1882 II p. 53 ff. (v. Scheel), 402 ff. (Schall), 444 (Wagner) u. 634 ff. (E. Löning).

Ueber die ältere Literatur vgl. Bender, p. 22 ff., Neubert, p. 13 ff., Bopp, p. 891, Weiske, p. 760 und Fr. Endemann, p. 39, 42 ff., 51 ff.

Ueber die noch sehr lückenhafte Geschichte der Lotterie: Joh. Beckmann, Beiträge zur Geschichte der Erfindungen, V St. 3, 1804 p. 309—339, Bender, 1. Ed. p. 8—17, 2. Ed. p. 1—12, Rau a. a. O. und jetzt besonders Fr. Endemann, p. 33 ff., 47 ff. — Fokker, geschiedenis der loterijen in de Nederlanden, 1862, und Petiti di Roreto, del Giuco del Lotto, Turin 1853 (Geschichte p. 64 ff.), waren mir unzugänglich.

Die Pläne der 5 deutschen Staatslotterieen sind abgedruckt bei

H. Bartholomaey, Die Staatslotterieen des Deutschen Reichs in ihrer neuesten Einrichtung. 2. Ausg. Braunschweig 1882.

[2]) In Frankreich früher numéro oder blanque. Dalloz, p. 257, Bender, p. 13 n. 1. Fr. Endemann, p. 41, konstatirt, dass lotto ursprünglich nur in Italien und dort ausschliesslich gebraucht wurde, während lotterie gleichzeitig in Spanien, Holland etc. für denselben Begriff allgemein übliche Bezeichnung war. Ueber den Ausdruck riffa, raffe, raffle, vgl. ebendas. p. 40 und 54, sowie Annuaire de législ. étrang. 1881 p. 323 (unten § 289 n. 9).

[3]) Bender, 1. Ed. p. 18 n. 1, Grimm, Wörterbuch p. 1214, und Littré, dict.

BUAH

bedeutet in seinem allgemeinsten Sinne jede Ausloosung, auch die unentgeltliche.[4])

2. In minder weitem Sinne bezeichnet Lotterie nur die entgeltliche Ausloosung, d. h.[5]) ein **Unternehmen**, welches gerichtet ist auf den Abschluss einer Anzahl gleichartiger Verträge, durch welche sich der eine Kontrahent (der **Unternehmer**) gegen eine unbedingte Leistung des anderen Kontrahenten (des **Spielers**, **Einsetzers** oder **Theilnehmers**) zu einer Gegenleistung unter der Bedingung verpflichtet, dass ein vereinbartes, der Einwirkung des Zufalls ausgesetztes Zeichen in einer bestimmten Weise zur Erscheinung gelangt.

3. Die Leistung des Theilnehmers heisst **Einsatz**, **Einlage**, **Einschuss** oder **Satz**.[6]) Der Einsatz muss im voraus bestimmt, braucht aber seiner Höhe nach nicht deutlich erkennbar zu sein.[7]) Der Regel nach besteht er in einer Geldzahlung.[8]) Zum Einsatz ist der Theilnehmer unbedingt, sowohl für den Fall des Verlustes, als des Gewinnes[9]) verpflichtet.

II 345: „Loterie, etym. lot par l'intermédiaire d'un verb fictif loter, faire des lots. Lot du germanique ah. hloz, goth. hlauts". Vgl. dagegen Dalloz a. a. O.: „Les étymologistes ne sont pas d'accord sur l'origine de ce mot; les uns le font dériver du mot français lot, part, portion du butin, les autres du mot italien lota, lutte" und jetzt besonders Fr. Endemann, p. 39: „Die Möglichkeit der Lautveränderung (von Los in lotto) wird nach dem neuesten Stande der Sprachwissenschaft geleugnet". Verschiedene Ableitungen (von ludus, λογχή, λαγχάνω, dem biblischen Lot) referirt derselbe p. 39 und 40; er selbst hält p. 40 n. 5 es für möglich, dass sich vielleicht ein Zusammenhang mit dem Worte Lotter, wie es in Lotterbube, Lotterleben vorkommt, finden liesse. Aehnlich May in Pütters Erört. des deutsch. Staats- u. Fürstenrechts, 1793, p. 503.

[4]) So schon Duffläus, etwa 1594 (bei Fr. Endemann, p. 40), Grimm a. a. O., Schaper a. a. O.: „L. i. w. S. ist jede Gewinnverspielung vermittelst des Looses." — Lotterieen ohne Entgelt, die sog. Fest- oder Freigebigkeitslotterieen, sind in Wahrheit Schenkungen. Vgl. über dieselben Bender, p. 1 n. 1 und Dalloz a. a. O., sowie Fr. Endemann, p. 34 und 82.

[5]) Die Definitionen der Schriftsteller sind bei dem Schweigen der Gesetze höchst mannigfaltig. Bender definirt in beiden Auflagen verschieden (p. 33 resp. 25). Viele definiren nur die Nummernlotterie oder gar nur die Klassenlotterie. Die Definition des Textes schliesst sich mit etlichen Abweichungen der Begriffsbestimmung von Gareis, R.Lex. p. 678 an. Zu eng auch Fr. Endemann, p. 94 und 81, der als eigentliche Lotterie nur die Geldverloosung gelten lässt. Diese Beschränkung widerspricht aber nicht nur der von ihm selbst nachgewiesenen historischen Entwickelung, sondern auch dem heutigen Sprachgebrauch (man denke z. B. an die Kölner Dombaulotterie). Vgl. § 289 n. 12.

[6]) Bender, 1. Ed. p. 34.

[7]) Fr. Endemann, p. 82. Erk. des R.G. in Strafs. I p. 205 (9. 1. 1880) und II p. 390 (26. 10. 1880); vgl. auch das Erk. des Preuss. O.T. v. 27. Oktbr. 1859 bei Oppenhoff, Str.G.B. § 286 n. 3. Hillebrand, p. 393, spricht von einem „mehr oder minder bestimmten Geldeinsatz".

[8]) Der Einsatz eines fixen Geldbetrages wird meist für essentiell erklärt (z. B. von Gareis); doch dürfte der Begriff der Lotterie dadurch noch nicht aufgehoben sein, dass die Spieler andere geldwerthe Dinge einzusetzen verpflichtet sind, etwa bei einer Privatlotterie auf dem Lande Naturalien. Vgl. noch Fr. Endemann, p. 125.

[9]) Ueber die unbedingte Einsatzpflicht des Spielers herrscht unter den Schriftstellern Uebereinstimmung. Vgl. z. B. Bender, p. 25, Windscheid, § 420 a. E.

BUAH

4. Die Leistung des Unternehmers wird **Gewinn, Preis** oder **Treffer** genannt. Der Gewinn muss aus im voraus genau bestimmten und begrenzten Objekten bestehen. Ob diese Objekte fungibel oder nicht fungibel, Geld oder Waaren sind, scheint für den Begriff der Lotterie irrelevant.[10]) Es ist nicht unbedingt erforderlich, dass die Gewinne aus dem durch die Einsätze gebildeten Spielfonds hervorgehen.[11]) Es ist ferner für den Begriff der Lotterie unwesentlich, ob die Gewinne nur einzelnen Theilnehmern zufallen, die übrigen aber ihren Einsatz verlieren sollen.[12]) Ein Unternehmen ist vielmehr selbst dann Lotterie, wenn bei Verschiedenheit der Treffer alle Theilnehmer gewinnen, ein Fall, der nicht nur bei Wohlthätigkeitslotterieen vorkommt.[13]) Endlich dürfte der Lotteriebegriff auch dadurch noch nicht aufgehoben werden, dass das der Einwirkung des Zufalls ausgesetzte Zeichen möglicher Weise für keinen der Theilnehmer entscheidet, mithin diese sämmtlich verlieren,[14]) nur darf dieser Ausgang nicht ein unvermeidlicher sein; die Theilnehmer müssen vielmehr jedenfalls die Möglichkeit des Gewinnes haben.

Die Verpflichtung des Unternehmers zur Gewinnleistung ist stets eine **bedingte**. Sie ist es auch dann, wenn bei Verschiedenheit der Treffer jeder Theilnehmer gewinnen soll, denn in diesem Falle ist der Inhalt der Leistung unbe-

---

Gareis, p. 678, Koch a. a. O., Kirchstetter, p. 598, Fr. Endemann, p. 82: „Man verliert gewiss den Einsatz, gewinnt vielleicht". Manche Gesetze und Autoren machen sogar die Perfektion des Lotterievertrags von der Leistung des Einsatzes abhängig. Vgl. unten § 292 n. 5. Dagegen ist das R.G. (in Strafs. I p. 737, 7. 5. 1880) der Ansicht, dass der Begriff der Lotterie dadurch nicht aufgehoben werde, dass im Falle des Gewinnes ein Einsatz gar nicht bezahlt zu werden braucht.

[10]) cf. oben Not. 5 u. unten § 289 Not. 7 ff. u. 291 Not. 1.

[11]) Wie Manche annehmen, z. B. v. Wolff u. die Jurist. Fakultät Erfurt 1764 (in Schorchs Neuer Sammlung 1798 Nr. 21 p. 133 ff.), Nettelbladt 1785 (bei Gruchot, p. 183), Schaper a. a. O. und Walter, p. 420, auch Fr. Endemann, p. 96. Man denke aber nur an die Zusammenbringung der Gewinne bei Wohlthätigkeitslotterieen durch Geschenke!

[12]) Wie Clunet, p. 10 und anscheinend auch Merkel, p. 829 meinen. Vgl. dagegen R.G. in Strafs. II p. 390 u. Preuss. O.T.Erk. v. 27. Oktbr. 1859 a. a. O.

[13]) So erhielt man bei der Frankfurter Lotterie von 1750 als Gewinn mindestens seinen Einsatz zurück (Bender, 1. Ed. p. 16 Not. 17); bei der Rostocker Lotterie von 1703 waren sogar 2178 Treffer mehr als Loose projektirt (ebendas. p. 22). Auch bei der englischen Lotterie von 1569 gab es keine Niete. Beckmann, p. 331 Note. — Sind die Gewinne aller Theilnehmer ganz gleich, so liegt nicht Lotterie, sondern Kauf, Tausch oder Schenkung vor.

[14]) Anders allerdings das R.G. in Strafs. I, 209 (10. 1. 1880): Promessenverkauf und Lotterie unterscheiden sich dadurch, dass bei letzterer stets Gewinne gemacht werden, und die Ziehung nur entscheidet, wer gewinnt. — Man denke aber an den Glückstopf, falls bei successiver Ziehung durch die einzelnen Spieler keiner derselben die markirten Kugeln trifft (Lange, p. 19 Note), oder an den als Lotterie vom R.G. (I p. 736, 7. 5. 1880) aufgefassten Fall, in welchem Jemand in der Weise Südfrüchte zum Absatz anbietet, dass der einzelne Gast je nach dem Zufallsergebniss einer Nummer gewinnt oder verliert. Auch bei dem Zahlenlotto ist es wenigstens denkbar, dass die herausgekommenen fünf Nummern von keinem Spieler besetzt waren. Vgl. unten § 291 bei Not. 27.

BUAH

stimmt, und zwar ist diese Unbestimmtheit immerhin von der Art, dass sie die Existenz der Verpflichtung in Frage stellt.[15])

5. Das entscheidende Zeichen heisst das **Loos.**[16]) Die Art des Zeichens ist für den Lotteriebegriff unwesentlich. Die **Nummer** ist nur das beliebteste, keineswegs das einzige Loos.[17]) Noch weniger ist die Ausgabe von nummerirten Loosurkunden (Loosen) an die Theilnehmer essentiell.[18]) — Nur der Zufall darf die Entscheidung treffen.[19])

6. Das Verfahren, mittelst dessen das Loos der Entscheidung des Zufalls ausgesetzt wird, pflegt man die **Ziehung** zu nennen. Dies Verfahren kann technisch sehr verschieden sein.[20]) Ein Herausziehen des Looses im buchstäblichen Sinne ist nicht erforderlich.[21]) Die Ziehung kann durch den Unternehmer oder dessen Vertreter[22]) oder durch die Theilnehmer erfolgen; die Letzteren können in einem Gesammtakt oder einzeln nach einander, persönlich oder durch Vertreter hierbei thätig sein.[23]) Es bedarf aber nicht einmal der Thätigkeit des betreffenden Unternehmers oder der betreffenden Theilnehmer; vielmehr ist auch dasjenige Unternehmen eine Lotterie, bei welchem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust durch die Ziehung einer anderen Lotterie sich bestimmt.[24])

7. Die einzelnen Verträge, auf deren Abschluss das Lotterieunternehmen gerichtet ist,[25]) werden **Lotterieverträge** oder[26]) **Lotteriegeschäfte** genannt.

---

[15]) Vgl. Windscheid, § 254 a. E.

[16]) Eine Anzahl Definitionen des Looses stellt Gruchot p. 203 ff. zusammen. Vgl. über den Gebrauch des Looses auch Gengler, Lehrb. p. 750 ff. Not. 51.

[17]) Andere Zeichen sind besonders farbige oder sonst markirte Kugeln. — Vgl. Gareis, p. 679 a. E. und unten § 292 Not. 1. Manche Definitionen erklären die Nummer für essentiell, z. B. Lange, p. 18 (Spielanstalt, wobei der Gewinn durch Ziehung einer Nummer entschieden wird).

[18]) Wie Dalloz, Stobbe, Fr. Endemann, p. 140 („keine Theilnahme ohne Loos") annehmen. Vgl. aber § 292 Not. 1, 8 ff. und Kuntze, p. 78.

[19]) Fr. Endemann, p. 81.

[20]) Bender, 1. Ed. p. 18—30 über die technische Einrichtung.

[21]) So wurde die Breslauer Nummernlotterie von 1717 mittelst wiederholter Würfe von 4 zwanzigseitigen Würfeln zur Entscheidung gebracht. Bender, 1. Ed. p. 24.

[22]) Nach dem preuss., braunschw. und mecklenb. Plane durch Waisenknaben. Vgl. Fr. Endemann, p. 111 Not. 4.

[23]) Vgl. Erk. des R.G. vom 7. Mai 1881 I p. 736. Vgl. unten § 289 bei Not. 22.

[24]) Dieser Art war z. B. die sog. Industrieunion zu Kopenhagen (vgl. darüber Z. f. R. u. V. in Sachsen N. F. XVII p. 362). Vgl. überhaupt Bender, 1. Ed. p. 27 Not. 6, Lange, p. 17, auch die Entsch. des R.G. in Strafs. I p. 194 (5. 1. 1880) II p. 390 u. 639 (26. 10. 1880 u. 17. 12. 1880), sowie Fr. Endemann, p. 81.

[25]) Verwechselungen von Lotterieunternehmen und Lotterievertrag begegnen nicht selten. Richtig schon Nettelbladt 1785 (bei Gruchot, p. 183): inter ipsam lottariam et quae circa eam obveniunt ... pacta, distinguendum est. Vgl. auch die Definitionen bei Stobbe, Gareis, Dernburg und R.G. in Strafs. I p. 194 (5. 1. 1880), auch das neue Schweizer Oblig.R. Art. 515 u. 516.

[26]) Bornemann, p. 194: Das Lotteriegeschäft ist ein Vertrag ... Ebenso Fr. Endemann, p. 94. Bender, 1. Ed. p. 33: Das Lotteriegeschäft ist derjenige Vertrag.. Ebenso Neubert, p. 16. — Mitunter wird jedoch das Wort Lotteriegeschäft

BUAH

Wenngleich das Unternehmen auf Abschluss einer Mehrheit von gleichartigen Verträgen **gerichtet** ist, so ist doch für den Lotteriebegriff eine Mehrheit von Theilnehmern nicht unerlässlich.[27]) Oder hörte das Unternehmen auf, ein Lotterieunternehmen zu sein, falls der Unternehmer etwa nur die Hälfte seiner Loose und zwar diese sämmtlich an **eine** Person abgesetzt hat?

§ 289.

B. Arten der Lotterie.

Die Lotterieen zerfallen

1. nach der Person des Unternehmers in **fiskalische** oder **Staatslotterieen** und in **nichtfiskalische.**[1]) Letztere sind theils obrigkeitlich autorisirte, theils geduldete, theils unerlaubte;[2])

2. nach dem Spielerkreis in **öffentliche** und **private.** Diese Eintheilung deckt sich nicht mit der ersten.[3]) Die Lotterie ist eine öffentliche, wenn sie dem grossen Publikum, eine private, sofern sie nur einem im Voraus durch eine Individualbeziehung (des Berufs etc.) begrenzten engeren Kreise zugänglich gemacht ist.[4])

3. Nach der Art der Gewinne unterscheidet man oft **Geldlotterieen** und **Waarenlotterieen.**[5]) Es können indess nicht nur Waaren, sondern Sachen aller

---

im Sinne von Lotterieunternehmen gebraucht; so Bender, p. 25 (2. Ed.): „Dieses Geschäft besteht also aus einer gewissen Zahl von Spielverträgen." — In einem noch anderen Sinne wendet man das Wort Lotteriegeschäft dazu an, um die gewerbliche Thätigkeit des Unternehmers oder Kollekteurs in ihrer Gesammtheit zu bezeichnen. Vgl. Z. f. H.R. VIII p. 618, wo von einem Lotteriehauptkollektionsgeschäft gesprochen wird.

[27]) Vgl. Preuss. O.T.Erk. v. 27. Oktbr. 1859 (Oppenhoff, § 286 Not. 3): „Dagegen lässt sich nicht aufstellen, dass bei der Lotterie dem Veranstalter nothwendig eine Mehrheit von Spielern gegenüberstehe". Vgl. auch Fr. Endemann, p. 81: „Wie gross die Zahl der Theilnehmer sei, ist begrifflich gleichgültig". Dagegen wird in Heusers Annalen 1856 p. 1 ff. sogar gefordert, dass die Zahl der Spielenden immer bestimmt sein müsse (Gruchot, p. 197 Note).

[1]) Der Unterschied hat in Oesterreich (§ 1274 A.B.G.B.) auch privatrechtliche Bedeutung: „Staatslotterieen sind nicht nach der Eigenschaft der Wette und des Spieles, sondern nach den . . Plänen zu beurtheilen". — Die nicht fiskalischen Lotterieen sind die älteren Lotterieen. — Ueber die in Deutschland bestehenden 5 Staatslotterieen vgl. Fr. Endemann, p. 77 ff.

[2]) Ueber die privatrechtliche Wirksamkeit des Spielens in unerlaubten Lotterieen vgl. unten **§ 299.**

[3]) Das wird oft übersehen; so identifizirt Koch, p. 778 die Privatlotterie mit der nichtfiskalischen, während doch viele nichtfiskalische zu den öffentlichen Lotterieen gehören. Vgl. überhaupt Fr. Endemann, p. 40, 45, 47, 55, 61 Nr. 1 u. 80; ob die privatim veranstalteten Lotterieen von „geringerer Bedeutung" sind, mag dahingestellt bleiben; dass sie aber „kaum als Lotterie i. e. S. zu betrachten" sind, muss bestritten werden.

[4]) Dernburg, p. 405. Oppenhoff, Nr. 12 zu § 286. R.G. in Strafs. I p. 576 (12. 4. 1880). v. Liszt a. a. O. Fr. Endemann, p. 83. Der Unterschied hat zunächst für das Strafrecht, sodann aber auch für das Privatrecht Bedeutung.

[5]) Lange, p. 20. Bender, p. 2 u. 26. — Rau, § 225 Not. b. Wolff, Lehrb. p. 361. Die Waarenlotterie ist älter als die Geldlotterie. Fr. Endemann, p. 81.

BUAH

Art, selbst Immobilien,[6]) den Gegenstand von Lotterieen bilden; auch ist die Kombination von Geld und sonstigen Gewinnen nicht ganz selten.[7]) Es dürfte daher zu unterscheiden sein zwischen

a. **Quantitätenlotterie.** Hauptfall ist die **Geldlotterie.**

b. **Spezieslotterie** oder **Ausspiellotterie,** gewöhnlich **Ausspielgeschäft,**[8]) in Italien heute **riffa**[9]) genannt. Sie kann sich auf ein oder mehrere[10]) Sachindividuen beziehen. Die mehreren Sachindividuen können einen oder mehrere Gewinne ausmachen.[11])

c. **kombinirter Lotterie,** deren Gewinne theils bestimmte Sachindividuen, theils Quantitäten (in der Regel Geldsummen) bilden.[12])

4. Nach der Art des Zeichens in die **Nummern**lotterie und die Lotterie ohne Nummern. Die beiden wichtigsten, aber nicht die einzigen[13]) Arten der Nummernlotterie sind

a. die **italienische** oder **Zahlen**lotterie (Lotto, Lotto di Genua),[14]) bei welcher eine bestimmte Anzahl — gewöhnlich 5 von 90 fortlaufenden — Nummern in einer Ziehung gezogen, verschiedenartige Einsätze zugelassen werden, und die Gewinne der Einsatzgrösse proportional sind.

---

[6]) Ueber die Freiheit der Immobil.-Lotterie in Preussen 1810—1812 vgl. Fr. Endemann, p. 80 Nr. 4. Ueber die Missbräuche der Immobil.-Lotterieen in Frankreich vgl. die histor. Mittheilungen bei Clunet, p. 7.

[7]) Vgl. unten Nr. 12.

[8]) Lange, p. 20 und 21, unterscheidet zwischen Ausspiellotterie und Ausspielgeschäft. Letzteres sei der weitere Begriff. Die Ausspiellotterie beziehe sich nur auf die Verloosung von Sachen mittelst Ziehung einer Nummer, das Ausspielgeschäft auch auf das Auswürfeln, Auskegeln etc. Vgl. auch Wolff, I p. 359 und 361: „Die sog. Waarenlotterie ist nur eine Art des Ausspielgeschäfts“ und Fr. Endemann, p. 37 und 81; auch oben § 288 Not. 5 u. unten § 301.

[9]) Annuaire de législ. a. a. O. p. 323: „Le mot riffa .. désigne certains jeux de hasard où d'ordinaire la mise est peu importante, où les lots consistent en objets quelconques et non en argent, et qui se tiennent le plus communément sur la voie publique.“ Vgl. auch oben § 288 Not. 2.

[10]) Viele Autoren sprechen nur vom Ausspielen einer einzelnen Sache, z. B. Gareis, p. 680, Walter, p. 418, Hillebrand, p. 398, Stobbe, p. 345. Vgl. dagegen Dernburg, p. 405, Schmidt, p. 475.

[11]) Das Zürich. G.B. § 1777 spricht von „dem oder den Siegern.“ Lange, p. 21 meint, dass „in der Regel“ — also scheint er Ausnahmen zuzulassen — „nur Einer der Theilnehmer gewinne“.

[12]) So bei der engl. Lotterie v. 1569 (Fr. Endemann, p. 47 Nr. 3), der Kölner Dombaulotterie u. a. m. Hierher gehört auch der Fall, dass der Gewinner zwischen Uebergabe einer bestimmten Sache oder einer Geldsumme die Wahl hat. Bluntschli, Privatr. G.B. für Zürich III p. 606. Beispiele bei Fr. Endemann, p. 79 Not. 2; vgl. auch p. 83 u. Gruchot, p. 203 Not. 2.

[13]) Auch bei dem Glückstopf kann das Zeichen in Nummern bestehen. Vgl. Gareis, p. 680, Lange, p. 18 Anm. Vgl. auch oben § 288 Not. 17.

[14]) Ueber das Historische und Technische des Lottos oder der Januensis sponsio Bender, p. 2 ff., 1. Ed. p. 26—30, Rau, §§ 222—224 u. besonders Fr. Endemann, p. 71—76. Das Lotto ist in Deutschland und Frankreich abgeschafft; in Oesterreich und Italien besteht es noch. Ueber Italiens neueste Gesetzgebung vom Jahre 1880 vgl. jetzt insbesondere Annuaire de législ. étrangère 1881 p. 314, 320—325. Vgl. auch Scheel a. a. O.

BUAH

b. die **holländische** oder **alte** Lotterie, Lotterie im engeren Sinne,[15]) bei welcher eine bestimmte, gewöhnlich überaus zahlreiche Anzahl von Nummern [16]) gezogen werden, die Gewinne aber nicht der Einsatzgrösse proportional, vielmehr im Voraus nach Grösse und Zahl planmässig festgesetzt sind. Die Ziehung erfolgt entweder ununterbrochen [17]) oder, was üblicher, in mehreren Abtheilungen, sog. **Klassen**. Nur für den letzteren Fall ist die Bezeichnung **Klassenlotterie** berechtigt, die freilich oft für jede holländische Lotterie gebraucht wird.[18]) Die Einsätze sind, wenn auch für die einzelnen Klassen möglicherweise verschieden, in jeder Klasse doch unter sich gleich hoch.[19]) Die Gewinne pflegen in den letzten Klassen höher zu sein, als in den ersten.[20])

5. Nach der Person Desjenigen, der die Entscheidung des Zufalls herbeiführt, kann man die **regulären** Lotterieen, bei welchen der Unternehmer oder sein Organ das Loos zieht, von den **irregulären** trennen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Zu den irregulären gehören einerseits diejenigen Lotterien, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch die Ziehung einer anderen Lotterie sich bestimmt,[21]) andererseits jene Lotterieen, bei denen die Theilnehmer in Person oder durch Vertreter, successive oder in einem Akt, die Entscheidung des Zufalls herbeiführen, wie dies namentlich bei den **Glückstöpfen (Glückshäfen, ollae** oder **urnae fortunae)** [22]) üblich ist.

---

[15]) Ueber das Historische und Technische Fr. Endemann, p. 48—50, 71, 77 ff., 94, Bender, p. 3 ff., 12 ff., Rau, § 225, Kuntze, p. 78, Scheel a. a. O. Für Preussen vgl. noch v. Rönne, Erg. u. Erl. zum Allg. Landrecht I, 11 § 547 ff. und Koch, III p. 778 ff. Für Sachsen Haubold a. a. O. Not. b. u. c. Bez. Englands vgl. Rau, § 225 Not. g, u. Stephen, new comment. on the laws of England 5. Ed. 1863 IV p. 355 u. unten Not. 24. Bez. Hollands Kist a. a. O. Bez. Frankreichs Clunet, p. 1 ff.

[16]) Fr. Endemann, p. 77, definirt die Lotterieen im eigentlichen Sinne als Ausspielungen, bei denen bestimmte festgesetzte Preise unter eine gewisse Anzahl von Looskäufern verloost werden. Es ist aber nicht die Zahl der Looskäufer eine festgesetzte, sondern nur die der Nummern. Ein Theilnehmer kann mehrere Nummern haben. Vgl. auch oben § 288 Not. 27.

[17]) Dieser Art war z. B. die Lübecker Lotterie (Bender, p. 13) und die Preuss. kleine Geldlotterie (Courantlotterie). Vgl. Koch, p. 779, Rau a. a. O. Not. a.

[18]) Vgl. Rau a. a. O., Fr. Endemann, p. 77.

[19]) Bender, p. 26, Hillebrand, p. 394, Weiske, p. 760. Unrichtig Gareis, R.Lex. p. 679: „Das Lotto (Lotteriegeschäft in diesem Sinne, sowohl die Zahlen-, als die Klassenlotterie umfassend), welches darin besteht, dass der Lotterieunternehmer Einzahlungen von verschiedener Höhe und .. zu dem Ende erhält, dass .. alsdann der Gewinn proportional (entsprechend der Höhe der Einzahlung) ausbezahlt werde".

[20]) Fr. Endemann, p. 77.

[21]) Bender, 1. Ed. p. 26 Nr. 6 a. E. und oben § 288 Not. 24.

[22]) Ueber Glückstöpfe vgl. Lange, p. 18 u. 19, Note, der in Gemässheit seiner Lotteriedefinition (vgl. oben § 288 Not. 17) nur diejenigen Glückstöpfe, in welche Marken mit fortlaufenden Nummern gelegt sind, zu den Lotterieen rechnet. Vgl. noch Bender, p. 26, Gareis, R.L. 680, v. Liszt, 681, Oppenhoff, Not. 17 zu § 286 Str.G.B., R.G. in Strafs. I p. 736 (7. 5. 1880), sowie v. Kreittmayr (bei Gruchot, p. 184 Not. 1). — Hellfeld, jurispr. for. 6. Ed. 1783 § 762 übersetzt Lotterie geradezu und allgemein mit urna fortunae. Ebenso Joh. Voët (ollae fortunae vulgo Lotteryen), Pufendorf, Stryk u. Hofacker, princ. jur. civ. § 2075. Del Rio bemerkt wenigstens von der

BUAH

6. Nach dem Zwecke kann man die **Wohlthätigkeits-** von den **Finanz-**lotterieen sondern.[23])

7. Endlich hat man nach der Verbindung der Lotterie mit anderen Rechtsgeschäften **reine** und **gemischte** Lotterieen zu unterscheiden. Ein Hauptfall der gemischten Lotterie ist die Lotterieanleihe.[24])

§ 290.

C. Quellen des Lotterierechts.

1. Die Reichsgesetzgebung hat sich mit den Lotterieen vorzugsweise im steuerfiskalischen [1]) und im strafrechtlichen [2]) Interesse beschäftigt.

Die Reichsgewerbeordnung schliesst ihre Anwendbarkeit auf den Vertrieb von Lotterieloosen im § 6 ausdrücklich aus.

Das Handelsgesetzbuch enthält keine Spezialbestimmungen über die Lotterie. Ob seine allgemeinen Bestimmungen Anwendung finden, hängt davon ab, ob im gegebenen Falle, was vielfach zu bejahen, die Lotteriegeschäfte als Handelsgeschäfte anzusehen sind.[3])

2. Die Partikularstaaten haben sich zum Theil etwas mehr mit den Lotterieverhältnissen beschäftigt;[4]) eine wirklich eingehende Regelung der privatrechtlich in Betracht kommenden Punkte findet sich indess mit Ausnahme Preussens wohl nirgends.[5])

3. Eine hochwichtige Quelle des Lotterierechts bilden die **Lotteriepläne**, d. h. die Regeln, welche der Unternehmer vor Beginn der Lotterie als für das Unternehmen maassgebend bekannt gemacht hat. Sie bedürfen meist, aber

---

Privatlotterie: „quidam vocant „ludum ollae" propter urnam s. ollam in quam sortes jaciuntur (bei Fr. Endemann, p. 40 u. 54). — Die von Bender 1. Ed. p. 9 citirte Schrift Sig. Suevis v. Jahre 1582 über die Glückstöpfe ist auch mir unzugänglich gewesen.

[23]) Die Unterscheidung ist nicht nur für die Stempelpflicht (R.Ges. v. 1. Juli 1881 Tarifnummer 5) bedeutsam. Vgl. unten § 296 bei Not. 44. In Elsass-Lothringen und Frankreich nehmen die Lotterieen zu künstlerischen oder mildthätigen Zwecken eine privilegirte Stellung ein. v. Liszt a. a. O., Kayser, p. 732. In England sind certains associations for disposal of works of art as prizes gestattet durch 21./22. Vict. c. 102. Vgl. Stephen a. a. O.

[24]) Andere Fälle: Verbindung der Lotterie mit der Pränumeration auf ein literarisches Werk oder mit einer Theatervorstellung. Vgl. oben § 288 Not. 7 und v. Liszt, p. 681. Ueber loterie simple und loterie mixte vgl. auch Annuaire a. a. O.

[1]) R.Ges. v. 8. Juni 1871, betr. die Inhaberpapiere mit Prämien. R.Ges. v. 1. Juli 1881, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, §§ 12—20; dazu Ausführungsvorschriften 11—18. Vgl. auch Fr. Endemanns statistische Angaben p. 77 ff. Not. 3. Schall a. a. O.

[2]) R.Str.G.B. § 286, R.Ges. v. 8. Juni 1871 § 6. Vgl. v. Liszt a. a. O. u. Fr. Endemann, p. 82 ff.

[3]) Vgl. unten § 295.

[4]) Ein Verzeichniss der Gesetze und Verordnungen von 17 deutschen Bundesstaaten u. Oesterreichs bis z. J. 1840 bei Bender, p. 149—152. Vgl. jetzt noch Fr. Endemann, p. 85—87 u. Löning in Schönbergs Handb. II p. 635 Not. 18.

[5]) Bender, 1. Ed. p. 3. — Preuss. A. L.R. I 11 § 547—568. — Oesterreich §§ 1273 u. 1274 verweist für die nichtfiskal. Lotterie lediglich auf die Wett- und Spielvorschriften, für die Staatslotterie lediglich auf den Plan. Vgl. aber auch das Oesterr. Gesetz v. 30. Juni 1878 über das Promessengeschäft. Das K. Sächs. B.G.B. beschränkt

BUAH

nicht stets der staatlichen Bestätigung.[6]) Der Plan bildet in Streitfällen zwischen Unternehmer, Kollekteur und Theilnehmern der betreffenden [7]) Lotterie als lex contractus insoweit die prinzipale Entscheidungsnorm,[8]) als nicht absolute Gesetze [9]) oder erlaubte [10]) Privatvereinbarungen entgegen stehen.[11]) Den Plänen der Staatslotterieen ist mitunter geradezu Gesetzeskraft beigelegt.[12]) Pläne sind indess stets wie Verträge, nie wie Gesetze zu interpretiren.[13]) Sie unterliegen, insoweit sie Abweichungen von allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen enthalten, einer strikten Auslegung: wo es sich um das Verhältniss der Theilnehmer handelt, werden sie im Zweifel gegen den Unternehmer resp. gegen den Kollekteur zu interpretiren sein.[14]) Unkenntniss des publizirten Planes schützt nicht.[15])

4. In Lotteriestreitigkeiten ist daher die Reihenfolge der Entscheidungsnormen die folgende:

a) absolute Gesetze,

b) Vereinbarung der Parteien,

c) der betreffende Lotterieplan,

d) soweit Handelsgeschäfte in Frage, die dispositiven Bestimmungen des H.G.Buchs, eventuell das Handelsgewohnheitsrecht,

e) die Partikulargesetzgebungen resp. das gemeine Recht.[16])

---

sich auf einen einzigen, noch dazu einer unrichtigen Auffassung entsprungenen Paragraphen (§ 1481). Bez. Braunschweigs vgl. Steinacker, p. 314, 315; bez. Hamburgs Baumeister I p. 367 ff.; bez. Hannovers Grefe, II p. 397 ff.; bez. Württembergs Reyscher, II p. 355. Vgl. noch Züricher B.G.B. § 1775—1779 und Schweizer Oblig.Recht v. 14. Juni 1881 Art. 515 u. 516, sowie Dresd. Entw. eines allg. deutsch. Ges. über Schuldverhältnisse 1866 Art. 864—867.

[6]) Die Bestätigung wird bei Privatlotterieen meist fehlen. Eine Reihe von älteren Plänen abgedruckt bei Bender, 1. Ed. p. 282—310. Die neuesten Pläne der 5 Staatslotterieen des deutschen Reichs sind zusammengestellt von H. Bartholomäy a. a. O.

[7]) Ein fremder Plan hat nur die Bedeutung eines Hilfsmittels, aus dem die Natur des Geschäfts, vielleicht auch ein in der Bildung begriffenes Gewohnheitsrecht erkannt werden kann.

[8]) Bender, p. 36 ff., Neubert, p. 12 u. 19, Hagemann, V p. 130, Mittermaier, p. 90, Haubold a. a. O. Not. f, Roenne, Erg. zu § 548 A. L.R. I, 11 u. A. m.

[9]) Z. B. Schweizer. Oblig.R. 516.

[10]) Gewisse Verträge sind für nichtig erklärt. Vgl. Steinacker, § 144 Not. 5.

[11]) Mecklenb. Plan vom 19. Oktbr. 1881 sub 6. K. Sächs. Plan vom 15. Oktbr. 1881 § 5 a. E. Braunschw. Plan vom 19. Oktbr. 1881 § 6 a. E. Elvers, p. 74 u. 89 R.O.H.G. IX p. 56: „In dem Rechtsverhältniss zwischen dem Spieler und dem Kollekteur, von welchem erstere ihre Loose beziehen, kommen jedoch die Bestimmungen des Planes nur insoweit zur Geltung, als nicht anderweitige Vereinbarungen zwischen ihnen, den Kontrahenten, getroffen sind.“ Vgl. auch R.O.H.G. XVII p. 118 u. XXIV p. 64 ff. (bei Busch, 38 p. 355). — Die Vereinbarungen können auch stillschweigende sein; vgl. Du Chesne (Z. f. R. u. V. N. F. XI p. 203).

[12]) Oesterr. B.G.B. § 1274. Preuss. Lotterie-Ed. v. 28. Mai 1810 § 7. — Vgl. aber auch R.O.H.G. v. 22. Juni 1878 (bei Busch, 38 p. 355).

[13]) Bielitz, prakt. Kommentar zum Preuss. A. L.R. 1824 II p. 583 ff.

[14]) O.A.G. Dresden 17. 10. 1861 (Z. f. R. u. V. N. F. XXII p. 345). — l. 39 D. II, 14.

[15]) Bielitz a. O., Mittermaier, p. 90 Not. 7.

[16]) Ueber die Bedeutung des gemeinen Rechts als Quelle des Lotterierechts vgl. Bender, 1. Ed. p. 3.

BUAH

II. Rechtskarakter des Lotterievertrages und der Lotterie.

§ 291.

Ueber den Rechtskarakter der Lotterie, wie des Lotterievertrages herrscht lebhafter Streit.[1])

I. Der Lotterievertrag ist

1. **weder** ein **bedingter Kaufvertrag**;[2]) denn er bleibt geschlossen, wie auch die Zufallsentscheidung ausfallen mag; nur der Wirkung, nicht dem Bestande nach ist er bedingt;[3])

2. **noch** ein **Spielvertrag**;[4]) denn während bei dem Spiel um Gewinn, wie bei jedem Wettvertrage,[5]) die Verpflichtung **beider** Parteien eine (entgegengesetzt)

---

[1]) Einen Antheil an dieser Divergenz hat auch der Umstand, dass manche Autoren nur den Fall der Geld-Finanzlotterie ins Auge fassen, die Ausspiel- und Wohlthätigkeitslotterie aber nicht berücksichtigen. Sollte indess der Rechtskarakter des Vertrages ein verschiedener sein, je nachdem man ein Loos zur Preuss. oder zur Badener oder zur Dombau- oder zu einer Wohlthätigkeitslotterie nimmt?

[2]) Wie das Sächs. B.G.B. § 1481 Abs. 2 mindestens für das Ausspielgeschäft annimmt. Vgl. Schmidt, p. 473, Siebenhaar, p. 711. — Vgl. auch Schuster, p. 101 Not. 8.

[3]) Grolmann, p. 37 ff., Lange, p. 11, Bender, p. 27, Unger, krit. Besprechung des Sächs. revid. Entw. 1861 p. 79 (bei Gruchot, p. 185), Walter, p. 418, Gründler, p. 154.

[4]) So schon Azorius, Scaccia, tract. de comm. § 1 qu. 1 c. 110, Pufendorf, Huber, Stryk, Beyer, Wucherer, Ludewig, Ch. Wolff und Solf (bei Fr. Endemann, p. 43, 45, 57 ff.). Ferner: Danz, § 212, Böhmer, Rechtsfälle II, 1 dec. 100 p. 39, Arnold, p. 435, Hellfeld, jurispr. for. § 762, Elvers, p. 76 ff. Hillebrand, p. 393, Beseler, p. 469, Windscheid, § 420 a. E. („eine besondere Gestaltung des Spielvertrages"), Wolff, Arch. VI p. 133, Wolff, Lehrb. I p. 361 u. 364, Planta bei Schuster, p. 239, Thöl, Verkehr mit Staatspapieren p. 239 Not. 4 u. 247, Gareis, Grundriss p. 120, Franklin, Grundriss p. 55, Dahn, Grundriss p. 167 (bez. der Geldlotterie), Walter, p. 418 u. 420 (reines Glücksspiel), vgl. aber auch unten Not. 14. Entsch. des O.H.G. Mannheim 1829 u. 1831 (Hohnhorst, Jahrb. VII p. 52), O.A.G. Jena (Busch, XVI p. 77) und jetzt ganz besonders Fr. Endemann, p. 94 ff. Das Schweizer Oblig.R. behandelt die Lotterieen in dem „Spiel u. Wette" benannten Tit. 21.

[5]) Mit Bruck, Laband und Grünhut bin ich der Ansicht, dass bei jedem Spiel um Geld oder Geldeswerth die Spieler über den Ausgang des Spiels mit einander wetten. Oesterr. B.G.B. § 1272: „Jedes Spiel ist eine Art von Wette". Puchta, § 258 Note n. „Spiele sind Komplexe von zusammenhängenden Wetten". Vgl. Bruck in Holtzendorffs Rechtslexikon III p. 723 ff., aber auch Stobbe, p. 326.

BUAH

bedingte ist,[6]) wird aus dem Lotterievertrage der Unternehmer bedingt, der Theilnehmer aber unbedingt verpflichtet.[7]) Dagegen ist die Klagbarkeit der Gewinnforderung,[8]) die Unabhängigkeit des Lotterieausgangs von der Thätigkeit der Kontrahenten [9]) und die angebliche Gewissheit, welche von den beiden Parteien verlieren werde,[10]) kein entscheidender Grund gegen den Spielkarakter der Lotterie;

3. noch der **Kauf des Rechts, an einem bevorstehenden Spiele theilzunehmen;** [11])

4. noch ein **Mandat,** das die Spieler dem Unternehmer ertheilen „à l'effet de donner aux sommes versées la destination promise dans le prospectus".[12])

5. Es liegt aber auch kein Anlass vor, den Lotterievertrag mit **Gründler** und **Stobbe** als contractus sui generis zu erklären. Der Lotterievertrag ist vielmehr seiner rechtlichen Natur nach ein **Hoffnungskauf.** Diese Auffassung ist von Sam. v. **Pufendorf** zuerst angedeutet;[13]) sie ist von der Mehrheit der Schriftsteller [14])

---

[6]) Windscheid, § 419.

[7]) Vgl. oben § 288 Not. 9 a. E.

[8]) Treffend Fr. Endemann, p. 105, 106.

[9]) Thätigkeit der Spieler oder ihrer Vertreter ist keine Essentiale des Spiels. Dernburg, p. 403, Windscheid, § 419 Not. 3, Beseler, p. 468, Schuster, p. 216, aber auch p. 217 Not. 6 und Fr. Endemann, p. 100 ff. — Anderer Ansicht Thöl, Gerber, Stobbe, Gengler, auch der deutsche Oblig.-Entw. Art. 862. Uebrigens schliesst sich der die Lotterie entscheidende Zufall der Regel nach an eine Thätigkeit des Unternehmers oder (beim Glückstopf) der Theilnehmer oder deren Vertreter nothwendig an. Vgl. Thöl, Verkehr mit Staatspapieren p. 239 Not. 4.

[10]) Stobbe, p. 342, Dernburg, p. 405, Gruchot, p. 185 Not. 2. Es ist aber keineswegs stets bei Abschluss des Vertrages unfraglich, wer von den beiden Parteien verlieren werde. Man denke an das Lotto (Fr. Endemann, p. 75: Das Berliner Lotto verlor in 7 Vierteljahren circa 92000 Thaler) und den Glückstopf; aber auch bei der Lotterie i. e. S. wagt der Unternehmer, falls die Loose nicht sämmtlich abgesetzt sind. Vgl. auch Fr. Endemann, p. 111, womit im Widerspruch p. 79.

[11]) Lange, p. 12. Die Lotterie ist auch in ihrer Gesammtheit kein Spiel; vgl. unten bei Not. 34 ff.

[12]) Dalloz, répert. XXX p. 264 Nr. 33 (Crim. Cass. 24. 9. 1846; Paris 18. 3 1853; 21. 12. 1853). Recueil périod. 1867 II p. 88 Nr. 10 und 12. Diese Auffassung der franz. Jurisprudenz bez. der Wohlthätigkeitslotterie ist schon für letztere höchst bedenklich, bezüglich der Finanzlotterie ganz unanwendbar. Vgl. auch § 296 bei Not. 44.

[13]) Fr. Endemann, p. 54, 57; vgl. aber auch oben Not. 4.

[14]) So schon eine Reihe von älteren Schriftstellern (vgl. Lange, p. 12, 15, Bopp, p. 892 und Bender, p. 27). Ferner: Hagemann, V p. 130, Glück, p. 358, Bender, p. 27, Neubert, p. 16 u. 21, Bopp, p. 892, Treitschke, Kaufvertr. p. 38, Weiske, R.Lex. p. 761, Eichhorn, p. 314, Schwarze in Z. f. R. u. V. III p. 83 ff., Haubold, Not. h, Vangerow, III § 632, Baron, § 216, Holzschuher, III p. 767 Note und 772, Schmidt, I p. 473, W. Endemann, § 122, Gengler, Lehrb. p. 741, Pardessus, I p. 385, Dahn, Grundriss p. 167 (bez. der Nicht-Geldlotterie), Krügelstein, p. 4, Gerber, p. 523 Not. 8, Gruchot, p. 184, Koch, p. 779, Bornemann, p. 190 u. 194, Preuss. Ger.Zeitung a. a. O., Hannov. V. v. 19. 4. 1819 ad. XI, bez. der Privatlotterie u. Ausspielungen (Bender, 1. Ed. p. 245 u. 246). — Vgl. auch Dernburg, p. 405 „eine Art Hoffnungskauf", Mittermaier, II p. 91, „wie bei dem Hoffnungskauf", Förster-Eccius, II p. 134, „eine besondere Art des Hoffnungskaufs", Hillebrand, p. 394, „nähert sich in seiner äusseren juristischen Form dem Hoffnungskauf",

BUAH

und auch vielfach in der Judikatur[15]) anerkannt. Verkäufer ist der Unternehmer, Käufer der Theilnehmer; den Preis bildet der Einsatz; die verkaufte spes ist nicht der Gewinn selbst,[16]) sondern das eventuelle **Forderungsrecht** gegen den Unternehmer auf Leistung des Gewinnes.[17])

Gegen diese Konstruktion sind von vielen Seiten Einwendungen erhoben worden, insbesondere von **Grolmann, Elvers, Wolff** und am schärfsten in jüngster Zeit von **Fr. Endemann.** Zuzugestehen ist allerdings, dass in den Pandekten nur solche Beispiele der emtio spei aufgeführt sind, in denen Jemand seine **eigene** Hoffnung verkauft,[18]) und dass der Hoffnungsverkäufer nach römischem Recht für Eviktion nicht haftet.[19]) Indess kann die Exemplifikation der römischen Juristen nicht als exklusiv gelten,[20]) die Frage der Eviktion aber trifft nicht den Begriff, sondern die Wirkung des Vertrages.[21]) Nicht entscheidend für die juristische Konstruktion sind der Sprachgebrauch,[22]) die Autoritäten von Kano-

---

Gengler, Priv.R. p. 433, „ein in Spielform eingekleideter Hoffnungskauf", Walter, p. 418, „das Ausspielgeschäft ist durch seine Bestandtheile als der Kauf u. Verkauf oder die Schenkung einer Hoffnung bezeichnet"; vgl. über Walter aber auch oben Not. 3.

[15]) Decis. Hasso-Cassell. III 1821 (bei Bopp, p. 892). A.G. Dresden (Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1848 VIII p. 66). O.A.G. Darmstadt 13. 12. 1821 (bei Gruchot, p. 199 ff.). A.G. Eisenach bei Busch X p. 485. Preuss. O.Trib. 1. 10. 1836 (bei Gruchot, p. 185). A.G. Celle 1869 (Seuffert, XXIV, Nr. 30 p. 49) bez. der fiskal. Klassenlotterieen.

[16]) So Förster-Eccius, p. 34, anscheinend auch Holzschuher, p. 702 5 Not. 2 a. E.

[17]) Schmidt, p. 473, Preuss. Gerichtszeitung 1859 Nr. 12, Pardessus a. a. O. „une véritable vente d'esperances, c'est à dire de créances éventuelles sur la caisse de la loterie ou le trésor public". Vgl. noch Stobbe, p. 343 Not. 3 und Lange, p. 14 (spes est debitum iri § 4 Inst. III, 15).

[18]) l. 8 pr. § 1 D. XVIII 1; l. 11 § 18 D. XIX, 1. Vgl. Lange, p. 13, Grolmann, p. 35, Gründler, p. 154, auch Fr. Endemann, p. 98, u. Thöl, § 308 Not. 4. Hierauf zielt auch wohl der Einwand Schusters, p. 218, dass beim Hoffnungskauf die Verpflichtung des Verkäufers nur mittelbar, bei dem Lotto aber unmittelbar vom Zufall abhänge.

[19]) Dies betont Fr. Endemann, p. 99 und p. 57 (Wildvogel).

[20]) Aeltere Autoren bei Lange, p. 15 Not. u. Gruchot, p. 176. Vgl. auch Treitschke, p. 37, Bender, p. 27, desselben Verkehr mit Staatspapieren p. 463 Not. 1 und die dort citirten Autoren.

[21]) Der Kauf bleibt Kauf trotz des pactum de non praestanda evictione; auch die donatio generis ist trotz der exceptionellen Verhaftung wegen Eviktion begrifflich Schenkung. — Die römische Regel vom Wegfall der Gewährleistung „beschränkt sich auf solchen Hoffnungskauf, da der Verkäufer das verspricht, was für ihn selbst noch zufällig ist", Lange, p. 151.

[22]) Elvers, p. 80, Wolff, Arch. p. 133, Fr. Endemann, p. 102. — Gegen Beselers oft citirtes Wort: „Geld gegen Geld setzen pflegt man nicht kaufen zu nennen" (vgl. Hillebrand, p. 185 Not. 4, p. 395, auch Dahn, Grundriss p. 167), bemerkt Gruchot, Not. 2 ganz treffend: „Der Lotterievertrag besteht gar nicht in Geld gegen Geld setzen". Man denke auch an die kombinirte und an die Nichtgeldlotterie. — Umgekehrt beweist aber auch der Sprachgebrauch „Loose kaufen" nichts für den Hoffnungskauf.

BUAH

nisten und gemeinrechtlichen Juristen,[23]) sowie die äussere Einrichtung des Unternehmens mit seinen Direktionen und Kollekteurs.[24]) Unerwiesen ist die Behauptung **Wolffs**, dass die **Absicht** des Einsetzers nicht auf Kauf, sondern auf Theilnahme am Spiel gehe; der Einsetzer will den Gewinn erwerben, oft ohne sich über die Rechtsnatur des zu diesem Behufe geschlossenen Vertrags klar zu sein. Dass die Theorie von Hoffnungskauf ohne jede praktische Anwendbarkeit sei, ist nicht einzuräumen,[25]) übrigens auch, wo nur die juristische Konstruktion in Frage, unerheblich. Dass man **jedes** Spiel unter den vagen Begriff der emtio spei bringen könne, ist unrichtig, denn die Verpflichtung des Spielers ist keine unbedingte, wie diejenige des Hoffnungskäufers.[26])

Es fehlt auch keineswegs auf Seiten des Unternehmers die **Ungewissheit** der Leistungspflicht. Bezüglich des Lottos hebt **Fr. Endemann** selbst hervor, dass sich durch unbestimmt viele Wetten[27]) auf mehrere Zahlenauszüge erst ergibt, ob und wie grosse Gewinne herauskommen. Aber auch bei Abschluss eines jeden Klassenlotterievertrags ist die Leistungspflicht des Unternehmers jedem einzelnen Gegenkontrahenten gegenüber völlig im Ungewissen.

Wenn **Fr. Endemann** die Frage aufwirft: „Ist dies aber ein Kaufgeschäft, wenn C durchs Loos entscheiden soll, ob A oder B eine bestimmte Summe erhält?“ so ist zu erwidern: Allerdings kein Kaufgeschäft, aber eben so wenig ein Lotteriegeschäft; denn es fehlt die Voraussetzung, dass A und B ein Entgelt zahlen, und dass sie gerade erst in Folge dieser Zahlung einen Anspruch auf die „bestimmte Summe“ erwerben; vorher sind sie höchstens[28]) Sondereigenthümer der Theile.

Dass es sich bei dem Lotterievertrage nicht um ein einzelnes Geschäft, sondern um einen zwischen **allen** Spielinteressenten zu schliessenden umfassenden Spielvertrag handle, ist irrig; die Theilnehmer treten so wenig zu einander in Beziehung, wie etwa die verschiedenen Versicherten eines Versicherers; meist

---

[23]) Fr. Endemann, p. 102.

[24]) Wolff und Elvers sehen in dieser Einrichtung den Hinweis auf ein wohl eingerichtetes Spielgeschäft. Doch findet sich dieselbe einerseits nicht einmal bei allen Lotterieen, andererseits aber auch genugsam bei anderen Unternehmungen, z. B. Assekuranzen.

[25]) Man denke nur an den Verkauf eines Lotterielooses in dem Augenblick, in welchen es schon gezogen war, an die Pflicht zur Verzinsung des rückständigen Einsatzes, an die Einsatzpflicht trotz fehlgeschlagener Hoffnung, an die Klage auf den Einsatz u. a. m. Vgl. Vangerow, § 632, Baron, § 216, auch Bender, 1. Ed. p. 3.

[26]) Daher ist auch das Beispiel des Roulettes (Fr. Endemann, p. 98) nicht stichhaltig; wer ins Roulett setzt, ist nur im Verlustfalle, wer in die Lotterie setzt, auch im Gewinnfalle zum Einsatz verpflichtet. Vgl. § 288 Not. 9.

[27]) p. 72. Gegen diese Konstruktion spricht gleichfalls die Einsatzpflicht im Gewinnstfalle. Arithmetisch kommt es allerdings auf dasselbe heraus, ob man bei dem „simplen Auszug“ den 15fachen Einsatz als Gewinn empfängt, oder ob man den Einsatz zurück und als Gewinn das Vierzehnfache erhält. Der Unterschied zeigt sich aber z. B. in den Prozentabzügen des Unternehmers vom „Gewinn“.

[28]) Bei der Wohlthätigkeitslotterie haben sie sehr oft, wenn nämlich die Gewinne von dritten Personen geschenkt sind, vor dem Vertrage gar keine rechtliche Beziehung zu den Gewinnen.

BUAH

kennen sie sich gar nicht. Neuerdings hat **Fr. Endemann** ein Gegeneinanderspielen der sämmtlichen Spieler um ihre Einsätze zu konstruiren versucht und dem Unternehmer die Rolle des wegen des Umfangs der Unternehmung erforderlichen besoldeten Leiters und Urhebers zugewiesen; indess ist diese Annahme eines Gegeneinanderspielens jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Spielfonds nicht aus den Einsätzen gebildet ist.[29])

Bei der Annahme eines Hoffnungskaufes wird auch keineswegs „die in den Quellen neben der emptio genannte **alea** geleugnet"; nur darf alea nicht mit Spiel als durchaus gleichbedeutend angesehen werden, da ja noch ganz andere Verträge (Wette, Schiffsdarlehn, Versicherungsvertrag) eine alea aufweisen.[30])

Der Anspruch des Theilnehmers auf Ziehung und Gewinn schwebt auch nicht „bodenlos in der Luft", sondern entspricht durchaus dem Anspruch des Fischzugskäufers auf Netzauswerfung und Herausgabe der gefangenen Fische. Eben so wenig bleibt die **Renovation** unaufgeklärt; sie erklärt sich vielmehr vollkommen durch ein mit der emtio spei verbundenes pactum de vendendo.[31]) Endlich steht es auch der Theorie vom Hoffnungskauf nicht entgegen, dass der Unternehmer zuweilen Loose an Armenanstalten verschenkt oder selbst spielt; denn warum sollte ein Fischzug auch nicht verschenkt, ein Hoffnungskaufpreis nicht erlassen werden können? Und spielt der Unternehmer selbst, so kauft er allerdings nicht von sich selbst, da Niemand mit sich selbst kontrahiren kann; bezüglich dieser Loose liegt aber überhaupt kein positives Rechtsgeschäft, sondern nur ein negatives Faktum, eine Unterlassung vor; der Unternehmer gewinnt auch nicht, sondern erspart eventuell nur zu leisten, weil die Hoffnung der Spieler nicht eingetroffen;[32]) er verliert nicht, sondern ihm entgehen nur die bei vollständigem planmässigen Absatz zu erzielenden Einsätze.

II. Eine Reihe von Autoren schreiben dem Lotterievertrage den Karakter des Hoffnungskaufes, **daneben** aber noch der Lotterie als Ganzem den Karakter des Spiels zu.[33]) Dann müsste das Einsetzen jedes Spielers einen doppelten Rechtskarakter haben, nemlich den Abschluss des Hoffnungskaufes **und** den Eintritt in einen Spielvertrag begründen; der Gewinnende hätte sonach sowohl die a. emti, als auch die Spielklage.

„Eine Rechtshandlung kann aber nicht zugleich einen doppelten rechtlichen

---

[29]) Das ist bei Wohlthätigkeitsausspiellotterieen nicht selten der Fall; aber auch bei Geldlotterieen ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen. So ist es immerhin denkbar, dass Jemand eine Geldsumme einer Stiftung zuwendet mit der Auflage, dieselbe zum Gewinn einer zu veranstaltenden Lotterie zu machen. Vgl. auch § 288 a. E.

[30]) Windscheid, II § 322. Vgl. Fr. Endemann, p. 99.

[31]) Dernburg, p. 406. Vgl. unten p. 63 Not. 7.

[32]) Treffend bemerkt Unger in der krit. Besprechung des Sächs. revid. Entw. p. 79: „er erhält nicht den Gewinn, sondern er behält ihn." (Gruchot, p. 199 Not. 2). Vgl. Lange, p. 14.

[33]) Glück, Eichhorn, Gerber u. Krügelstein in den Not. 14 citirten Stellen. Vgl. auch dort die Kombination von Spiel und Hoffnungskauf bei Walter, Gengler, Hillebrand.

BUAH

Karakter haben, sondern ist nothwendig aus dem einen oder anderen rechtlichen Gesichtspunkte zu beurtheilen; mit der Annahme des Hoffnungskaufes verschwindet der Spielvertrag als solcher.“ [34])

Einen solchen Dualismus anzunehmen, liegt aber auch bei der Lotterie keinerlei Anlass vor. Die Unternehmung ist auf den Abschluss von Lotterieverträgen gerichtet. [35]) Die dem Abschluss vorangehenden Maassnahmen bestehen höchstens in Offerten zu Hoffnungskäufen. Das Zustandekommen der Lotterie bedeutet nur die Perfektion eines Komplexes selbständiger, wenn auch gleichartiger Hoffnungskäufe. Daran schliesst sich der thatsächliche Akt der Ziehung, der weder vom Spieler, noch vom Unternehmer vorgenommen zu werden braucht und sicher keinen Vertrag, also auch keinen Spielvertrag darstellt. [36]) Da endlich die Gewinnleistung nur als Vertragserfüllung, nicht aber als Vertragsschliessung anzusehen, so bleibt thatsächlich neben dem Hoffnungskauf keinerlei Raum für einen anderweitigen Kontrakt.

---

[34]) So Elvers, p. 79 u. Wolff, Archiv VI p. 134. Das gilt auch gegen Fr. Endemann, p. 97, der den Looskauf, in dem man allerdings einen Hoffnungskauf oder einen gewöhnlichen Kauf erblicken könne, als blosse „Art des Eintritts in das Rechtsverhältniss“ von dem Rechtsverhältniss selbst zu trennen für nothwendig erklärt. Zum Erweis exemplificirt er: „Wenn ich ein Eisenbahnbillet kaufe, ist desshalb mein Rechtsverhältniss zur Eisenbahn nur als Kauf zu beurtheilen? Gewiss nicht. Es ist darum nicht weniger Transportvertrag die Grundlage, weil ich durch Kauf eines bestimmten Inhaberpapieres das Recht auf die Transportleistung erwerbe“. Das Beispiel ist jedoch in seiner Voraussetzung bedenklich; wer ein Eisenbahnbillet löst, schliesst trotz des Sprachgebrauches gar keinen Kaufvertrag ab (selbst die Urkunde muss er grösstentheils vor Reiseschluss herausgeben; wo ist hier das praestare emtori rem habere licere?), sondern nur und lediglich einen Transportvortrag. Vgl. Koch, Deutschlands Eisenbahnen II p. 104. Uebrigens ist der Erwerb eines Looses nicht einmal der Lotterie essentiell (vgl. § 288 Not. 18 u. § 292 Not. 1 u. 6 ff.).

[35]) Vgl. oben § 288 a. E.

[36]) Dagegen Fr. Endemann, p. 107: „Der Spielvertrag zerfällt, wie viele andere Rechtsgeschäfte, in zwei gesonderte Akte: Looskauf und Gewinnzahlung“. Vertragsschluss und Vertragserfüllung aber können doch nicht als gesonderte Akte des Vertrages bezeichnet werden; oder ist das Innehaben einer Miethswohnung ein Akt des Miethsvertrages?

BUAH

III. Der Abschluss des Lotterievertrags.

§ 292.

A. Der Abschluss des Lotterievertrages und das Loos.

1. Zum Abschluss des Lotterievertrages bedarf es der Willensübereinstimmung[1]) der Kontrahenten über die Gewinnsthoffnung und den Einsatz. Erstere muss objektiv bestimmt sein. Zu dieser Bestimmtheit wird bei einer Mehrheit von Spielern in der Regel[2]) auch die Verabredung einer **Nummer** gehören, deren Ziehung oder Nichtziehung über Gewinn oder Verlust entscheiden soll.

2. Bei der Nummernlotterie, von welcher fortan vornämlich gesprochen wird, ist der Lotterievertrag erst mit der Einigung über die Nummer perfekt;[3]) fehlt es hieran, so besteht höchstens ein Vorvertrag, aus dem rechtzeitige Nummernaufgabe gefordert werden kann.

3. Sofern nicht Partikulargesetze, Pläne oder der Parteiwille es anders bestimmen, bedarf es zum Abschluss des Lotterievertrages weder der Schriftform,[4])

---

[1]) Nicht ganz selten wurde früher, z. B. in Württemberg noch 1770, ein Zwang zur Eingehung des Lotterievertrags bei Staatslotterieen vom Staat geübt; auch erhielten Beamte ihr Gehalt zum Theil in Lotterieloosen! Vgl. Beckmann, p. 316, u. Pütter, Erört. des Deutsch. Staats- u. Fürstenrechts I p. 477.

[2]) Nicht stets. Es könnten z. B. auch die Namen der Spieler in eine Urne, die Treffer- und Nietenzettel in eine andere gelegt und beide Zug um Zug gezogen werden. — Beim Zahlenlotto wählt der Spieler die zu besetzenden Nummern, bei der holländ. Lotterie pflegt der Unternehmer (ursprünglich wohl nach der Reihe der Anmeldungen) dem Spieler eine Nummer zu ertheilen; doch ist die Wahl des Spielers nicht ausgeschlossen.

[3]) Hat Jemand auf die allgemeine Bestellung eines Looses mehrere Loose zur Auswahl erhalten, so ist der Vertrag erst perfekt mit einer ausdrücklichen oder durch irgend welche konkludenten Thatsachen ausgedrückten Entscheidung, welches Loos gewählt worden. Wolff, Arch. p. 139. Vgl. auch den interessanten Fall Lord Cloncurry c/a Ueberfeld in Römers Sammlung der Entsch. des O.A.G. Lübeck im Frankf. Rechtss. I p. 74. — Andererseits erfordert die Einigung nicht gerade ziffermässige Nennung der Nummer; es genügt auch Verweisung auf Umstände, aus denen dieselbe sicher ermittelt werden kann; z. B. Parteien kontrahiren über die früher von einem Dritten gespielte Nummer.

[4]) Vgl. Lange, p. 50, Gareis, p. 679. — Preuss. A. L.R. I, 11 § 554: „Zwischen

BUAH

noch der Hingabe des Einsatzes,[5]) noch endlich, so vielfach es auch behauptet wird,[6]) der allerdings üblichen Aushändigung einer Urkunde (des **Looses, Billets, Einlagescheins**)[7]) an den Theilnehmer. Letzteres beweist insbesondere die Geschichte der Klassenlotterie, bei welcher ursprünglich die Theilnehmernamen neben der Einsatzzahlung unter fortlaufender Reihenfolge registrirt,[8]) Loose aber noch gar nicht ausgegeben wurden. Der Einsetzer empfing höchstens eine mit seiner Registernummer übereinstimmende **Quittung**[9]) und natürlich auch diese nur nach geleisteter Einlage; bei kreditirtem Einsatze entbehrte er einer jeden Urkunde. Erst später[10]) gab man, unabhängig von der Einsatzzahlung und zum Theil **neben**[11]) der Einsatzquittung, besondere Loose aus, die auf Namen oder Devisen lauteten, hie und da für indossabel erklärt[12]) und endlich behufs Erleichterung des Geschäftsganges seit dem 18. Jahrhundert ziemlich allgemein auf den In-

---

Unternehmer und Einsetzer vertritt das Loos oder Billet die Stelle des schriftlichen Vertrages". Hierzu Bender, p. 34 Not. 1, sowie Koch, Kommentar Not. 18 zu A. L.R. I, 5 § 139. — Nach den Motiven des bayr. B.G.B.Entw. (bei Gruchot, p. 186 Not. 1): „findet die Abschliessung eines förmlichen Vertrages nicht statt; sie liegt in der Annahme des Einsatzes oder in der Hinausgabe der Loose." — Insoweit der Lotterievertrag Handelsgeschäft ist (vgl. § 295), genügt Mündlichkeit nach A. 317 und 277 H.G.B.

[5]) Richtig Walter, p. 420: „Dass der Einsatz bezahlt sei, ist nicht wesentlich, da er auch kreditirt sein kann." Vgl. unten § 287. A. M. Gengler, Lehrb. 742, P.R. p. 433: „Abgeschlossen wird der Vertrag durch Einlage der Satzsumme u. Aushändigung des Originallooses" u. Elvers, p. 83: „erst wenn Beides (d. h. Erssatzzahlung und Loosauslieferung) geschehen, der Spielvertrag als abgeschlossen erscheint."

[6]) Gengler und Elvers (oben Not. 5), Gruchot, p. 185, Koch p. 779, Mittermaier, p. 90, anscheinend auch Stobbe, p. 344. Dagegen bezeichnen Bender, p. 34, und Bornemann, p. 196, die Hingabe des Looses nur als die Regel, räumen also wohl Ausnahmen ein. Richtig Walter, p. 420: „Ebenso wenig ist es wesentlich, dass das Loos tradirt sei, da es in der Hand des Gebers zurückgelassen sein kann". Treffend auch Gareis, p. 679: „Der Natur der Sache nach drückt sich der Vertragsabschlusswille bei Lotterieverträgen in verschiedenen Formen aus, so in Subskription, Nummernzeichnung, Ziehung eines Looses". Vgl. auch unten Not. 14.

[7]) Preuss. A. L.R. § 554 I, 11: „Loos oder Billet"; Oesterr. Lottopatent v. 13. 3. 1813 § 5: „Einlagsschein". Bender, 1. Ed. p. 222, Kuntze, p. 492. — Auch der Ausdruck Karte u. Lotteriezettel wird gebraucht. Aeltere Bezeichnungen waren polizza (1530) und devise (1665). Vgl. Fr. Endemann, p. 38, Beckmann, p. 307 u. 317, Lange, p. 55.

[8]) Bender, p. 34, Kuntze, p. 492. In der ersten Zeit fand die Ziehung nach der Nummernfolge der Verkaufsregister statt, z. B. in London 1569. Allmälig gestattete man statt Namensnennung die Angabe der Initialen oder willkürlich vom Spieler gewählter, oft humoristischer (Bender, p. 16 Not. 4) Devisen.

[9]) Bender, p. 34.

[10]) Wann dies zuerst geschah, ist ungewiss. Kuntze, p. 78, hebt mit Recht hervor, dass es an geeigneten historischen Spezialuntersuchungen fehlt.

[11]) Bender, p. 46: „Neue Schwierigkeiten entstanden, wenn Loos und Einlagequittung in verschiedene Hände gekommen."

[12]) z. B. Kursächs. Lotterieplan d. d. Leipzig 15. Mai 1731 § 9 bei Kuntze, p. 492 Not. 7. — Ueber Devisen vgl. oben Not. 8.

BUAH

haber gestellt wurden.[13]) Die Aushändigung des Looses gehört nicht zur Vertragsschliessung, sondern zur Vertragserfüllung.[14])

4. Die Reihenfolge, in welcher die übereinstimmenden Willensäusserungen der Kontrahenten abgegeben werden, ist gleichgültig.[15]) Die Offerte kann vom Unternehmer, wie vom Theilnehmer ausgehen. Die Annahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Daher **kann** allerdings der Lotterievertrag auch durch Uebersendung und **Annahme** eines unbestellten **Looses** geschlossen werden. Eine Annahme ist aber in dem **blossen stillschweigenden Behalten** an und für sich **nicht** zu finden.[16]) Einerseits ist nemlich das **blosse Stillschweigen** an sich weder eine Erklärung für, noch wider ein gemachtes Anerbieten, vielmehr nur dann von Bedeutung, wenn eine gesetzliche **Verpflichtung** zur Erklärung besteht. Andererseits ist das **blosse Behalten**, d. h. das blosse Nichtzurückschicken und Liegenlassen kein possitives, sondern ein rein negatives Faktum, überhaupt keine Willenshandlung des Empfängers, also auch keine stillschweigende Willenserklärung. Endlich kann der Empfänger auch rechtlich **nicht** als **verpflichtet** gelten, von dem Absender denjenigen Schaden abzuwenden, den sich derselbe durch seine Zudringlichkeit selbst zugezogen hat, zumal es in der Macht des Absenders steht, diesen Schaden durch rechtzeitige Wiederabholung des Looses resp. Anzeige zu vermeiden; anderenfalls bürdet man dem Empfänger neben der Mühe des Zurückschickens und Antwortens noch das Risiko des Vergessens oder Verlustes oder der Ableugnung des Zurückempfanges des Looses auf.[17])

---

[13]) Fr. Endemann, p. 114 räumt diesen Entwickelungsgang zwar für einzelne deutsche Lotterieen ein, behauptet aber: „dass die Lotterieloose von Anfang an häufig nicht Namenspapiere waren". Die citirte Stelle von Scaccia dürfte indess nicht gegen, sondern eher für die Rectapapierqualität der Loose sprechen („et in aliam urnam conjiciuntur itidem aliae parvulae schedulae habentes singulae descriptum diversum numerum et aliqua brevia verba ad significandas personas ludentes").

[14]) Entw. eines allg. deutsch. Gesetzes über Schuldverhältnisse 1866 Art. 864: „Durch den Lotterie- oder Ausspielvertrag wird der ... Unternehmer dem Theilnehmer zur Ueberlassung eines Looses verpflichtet". Vgl. auch Haubold a. a. O. bei Not. 1 u. A.G. Eisenach in Buschs Archiv X p. 485, 486.

[15]) Einzelne Fälle bei Bender, p. 66.

[16]) Dieser Ansicht sind Lange, p. 58 ff., Bender, p. 71 ff., Neubert, p. 17 ff., Weiske, R.L. p. 763, Gründler, p. 160 ff., Wolff, Arch. p. 135 ff., Bopp, p. 894, Haubold, Not. i, Beseler, Not. 11, Thöl, § 237 Not. 15 u. 17, Gengler, Lehrb. p. 742 ff., Priv.R. p. 433, Hillebrandt, p. 396, Mittermaier, p. 89 Not. 10 u. 91 Not. 12, Walter, p. 420, Stobbe, p. 344, Gareis, p. 679, Gruchot, p. 187 ff., Koch, p. 780 u. Kommentar, Not. 72 zu § 82 A. L.R. I 5, Förster-Eccius, I p. 523 u. II p. 134, Dernburg, Not. 5, Steinacker, p. 315, Holzschuher, p. 773 ff., Fr. Endemann, p. 138 ff., Braunschw. V. v. 1801. Entw. eines Deutsch. Oblig.R. Art. 926. (1. Lesung) bei Gruchot, p. 189. Diese Ansicht herrscht auch in der neuen Judikatur durchaus. Vgl. die Citate bei Bender, 1. Ed. p. 60 ff., u. Gruchot, p. 187 ff., sowie noch Buschs Archiv IX p. 182, XIII p. 294, XXVII p. 156. Anderer Meinung dagegen sind Mevius, Lauterbach, Schweppe, Hommel, Berger, Bülow u. Hagemann, Glück, sowie Curtius (vgl. Bender, p. 71 Not. 1 u. Neubert, p. 17, auch Stute (im Ulrichschen N. Arch. f. Preuss. R. IV p. 526 ff.), der einen Verkauf auf die Probe annimmt.

[17]) Vgl. besonders Thöl, ausgew. Entscheidungsgründe des O.A.G. zu Lübeck,

BUAH

Dagegen ist bei stillschweigendem Behalten des unbestellten Looses dann eine Annahme der Hoffnungskaufofferte anzuerkennen, wenn damit noch andere Umstände zusammentreffen, aus denen die Pflicht des Empfängers zur Erklärung seines etwaigen Dissenses folgt, oder aus deren sein Wille, das Loos als Eigenthum zu behalten, erhellt. Solche Umstände sind insbesondere ein vorausgegangenes oder obwaltendes Kundschaftsverhältniss [18]) zwischen Absender und Empfänger oder eine nachfolgende Verfügung des Empfängers über das Loos. [19]) Als Annahme der Offerte ist es auch aufzufassen, wenn Jemand unbestellt zugesandte Loose unter von ihm gemachten Bedingungen behalten zu wollen erklärt und der ablehnenden Antwort des Absenders ungeachtet die Loose nicht zurücksendet. [20]) Auch im Behalten eines Looses mit einer anderen Nummer, als der bestellten, ist die Annahme der unbestellten Nummer und der Vertragsschluss zu finden, sofern nur dem Absender und dem Empfänger die Thatsache, dass eine andere Nummer als die bestellte übersandt worden, bekannt war. [21]) Endlich ist auch stillschweigendes Behalten eines an Zahlungsstatt eingesandten Looses als Acceptation der neuen Vertragsofferte zu erachten. [22])

5. Ist der Empfänger des unbestellten Looses an sich zur Erklärung oder Remission nicht verpflichtet, so kann der Absender von ihm auch keine ausdrückliche Antwort unter dem Präjudiz verlangen, dass er widrigenfalls das Loos als acceptirt ansehen werde. [23]) Dagegen kann er allerdings, und sogar einem Kunden gegenüber, das gegentheilige Präjudiz stellen, dass er im Mangel einer ausdrücklichen Antwort das Loos als **nicht** acceptirt ansehen werde. [24])

Nr. 34 p. 45 u. 46 (denen die 3 Argumente des Textes fast wörtlich entnommen sind), sowie Gruchot, p. 188 Note, Bender, p. 72 ff., Lange, p. 58, Bornemann, p. 197, Koch, p. 780, Holzschuher, p. 774, Schorch, Sammlung I Nr. 21 p. 133 ff.

[18]) Bei einem Kunden ist vielmehr zum Nichterwerb des zugesandten Looses eine bestimmte Ablehnung erforderlich. Thöl, ausgew. Entsch. p. 52, sowie 46, 47, 50; ferner Bender, p. 76, 77, Mittermaier, p. 89 und 91, Gengler, Lehrb. p. 742 Not. 38, P.R. p. 433, Wolff, p. 136 Not. 7 a. E., Busch, IX p. 182, Preuss. Ob.Trib. Erk. v. 23. Juli 1838 in Ulrichs N. Arch. f. Preuss. R. u. V. V p. 496 ff.

[19]) Züricher G.B. § 1778. Bornemann, p. 199, Wolff, p. 137. — Wer das unbestellt empfangene Loos verkauft, verpfändet oder verschenkt, erklärt damit seine Annahme; dagegen ist die nach Brieferöffnung erfolgte Erklärung des Empfängers an den das unbestellte Loos überbringenden und zum Spielen sich bereit erklärenden Postboten: „Da haben Sie das Loos; ich mache keine Ansprüche daran", vom A.G. Eisenach (Busch, XIII p. 294) weder als Annahme der Offerte, noch als Cession erachtet worden.

[20]) Vgl. Gengler, Lehrb. Not. 38, Hillebrand, p. 396 Not. 14.

[21]) Bornemann, p. 207, Dernburg, Not. 5 a. a. O.

[22]) Mindestens dann, wenn das neue Loos einem früheren Spieler auf dessen Gewinnforderung gesandt wird. A. M. allerdings Bornemann, p. 199; vgl. aber Gengler, Priv.R. p. 433.

[23]) Bornemann, p. 199, Wolff, Arch. p. 136 Not. 7, Gengler, Priv.R. Not. 24, A. M. Stute in Ulrichs Archiv IV p. 527 u. Gengler, Lehrb. 743 Not. 38 ad c. Wohl aber bindet der Absender durch eine Offerte mit solchem Präjudiz sich selbst, vgl. Bender, p. 73 Not. 3.

[24]) Thöl, Entscheidungsgründe p. 48.

BUAH

Hat der Uebersender die Perfektion des Vertrages von der Erfüllung besonderer, ausdrücklich namhaft gemachter Bedingungen abhängig gemacht, so muss die Annahme der Loose auch genau gemäss der Offerte stattgefunden haben, damit Vertragsperfektion angenommen werden kann.[25])

6. Der Empfänger des unbestellten Looses ist **an sich** weder gewinnberechtigt, noch einsatzpflichtig, vielmehr lediglich verbunden, die Abholung zu gestatten und das Loos nicht vorsätzlich[26]) wegkommen zu lassen. Nur **ausnahmsweise** ist er trotz unterlassener Annahme der Offerte, und obwohl dem Absender keine Klage auf den Einsatz gegen ihn zusteht, nach einzelnen **Partikularrechten**[27]) seinerseits berechtigt, den eventuellen Gewinn zu fordern. Diese Willkühr des Gesetzgebers erklärt sich nur aus der Tendenz, dem Verbot der unbestellten Zusendung von Loosen Nachdruck zu geben.[28])

7. Wird der Vertrag über eine an der Ziehung gar nicht theilnehmende Nummer abgeschlossen,[29]) so ist derselbe als Lotterievertrag ungültig, da objektive und ursprüngliche Unmöglichkeit der Gewährung einer Gewinnsthoffnung mit der vereinbarten Nummer besteht. Ein solcher Vertrag kann indess unter Umständen als Schenkung (des Einsatzes) oder als Sachkauf (der Loosurkunde) wirksam werden, sofern beiden Kontrahenten oder wenigstens dem Einsetzer die Thatsache bekannt war, dass das Loos an der Ziehung nicht Theil nimmt. Ist letztere Thatsache nur dem Unternehmer bekannt gewesen, so ist der Lotterievertrag ebenfalls ungültig; der Unternehmer ist zur Restitution des Einsatzes und zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, nicht aber zur Zahlung eines oder gar des höchsten Gewinnes verpflichtet.

Der Regel nach ist auch derjenige Lotterievertrag ungültig, der zwar über eine Nummer, welche an der vereinbarten Ziehung Theil nimmt, aber **nach** erfolgter Ziehung abgeschlossen wird. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass beiden Theilen die erfolgte Ziehung, nicht aber deren Resultat bekannt

[25]) Wolff, p. 136 Not. 9.

[26]) Eine Haftung für grobes Versehen ist gemeinrechtlich nicht anzuerkennen. Walter, p. 420. Dagegen für Preussen Koch, p. 780. Vgl. überhaupt auch Lange, p. 58, Bender, p. 73, Thöl, H.R. § 237 Not. 17.

[27]) Z. B. Hannov. V. v. 19. April 1819, Bremener V. v. 1823, K. Sächs. Plan v. 15. Oktbr. 1881 § 10. Vgl. Bender, p. 73 Not. 3, u. 1. Ed. p. 243 u. 277, Grefe, p. 398, Haubold, Not. i, Du Chesne in Z. f. R. u. V. N. F. XI p. 194, Schmidt, p. 474, Stobbe, p. 344 Not. 12, Gengler, Lehrb. p. 743 u. 744 Not. 39, Fr. Endemann, p. 139, Steinacker, p. 315. — Mittermaier, p. 91 Not. 12 behauptet es irrig generell.

[28]) Vgl. auch Fr. Endemann, p. 140. — Eine andere Motivirung (aus der Inhaberpapiersqualität des Looses) referirt und bekämpft Gengler, Lehrb. a. a. O., dessen Deduktionen indess nicht beigetreten werden kann. Vgl. oben Not. 5. — Einen anderen Fall, in denen der Empfänger berechtigt, aber nicht verpflichtet ist; vgl. oben Not. 22 a. E.

[29]) Dies ist insbesondere bei der Klassenlotterie der Fall, sofern das Loos in einer Vorklasse gezogen worden. — Die im Text aufgestellten Sätze „gelten ebenso für den Verkauf des Looses durch den Kollekteur, wie für die Weiterveräusserung des Looses durch den Spieler". Fr. Endemann, p. 133 Not. 1; vgl. überhaupt zum folgenden Dernburg, p. 408, Gruchot, p. 191 u. 199 ff., Bornemann, p. 200, Hannov. V. v. 19. 4. 1819 Nr. 8 Abs. 2, bei Bender, 1. Ed. p. 244, sowie auch § 296 bei Not. 3 ff.

BUAH

gewesen;[30]) ein solcher Vertrag ist ein gültiger Hoffnungskauf. War dagegen die Vornahme der Ziehung beiden Kontrahenten unbekannt, so ist das Geschäft beiderseits unverbindlich. War das Resultat beiden Theilen bekannt, so ist zu unterscheiden, ob auf die Nummer eine Niete oder ein Treffer gefallen ist: Verkauf der Niete kann unter Umständen als Schenkung oder Sachkauf (der Loosurkunde), der Verkauf des Trefferlooses unter Umständen als Forderungskauf, Schenkung, Sachkauf oder Darlehn[31]) wirksam werden. Kennt nur der Einsetzer den Treffer oder nur der Unternehmer die Niete, so hängt es vom Willen des Gegenkontrahenten, dem die Thatsache unbekannt war, ab, ob der Vertrag in Vollzug gesetzt werden soll oder nicht (negotium claudicans);[32]) war umgekehrt die Niete nur dem Einsetzer, der Treffer nur dem Unternehmer bekannt, so liegt Schenkung vor.

8. Ueber den juristischen Karakter der Loosurkunde herrscht Streit. Man hat das Lotterieloos als Einsatzquittung,[33]) als Beweisurkunde des geschlossenen Vertrages,[34]) als streng einseitige Skripturobligation,[35]) als hinkendes (Legitimations-)[36]) oder als echtes[37]) Inhaberpapier bezeichnet. Jede

[30]) Unkenntniss des Ziehungsresultates wird bei dem Unternehmer selten vorkommen, ist indess möglich, z. B. falls die Ziehung einer anderen Lotterie auch für seine Unternehmung entscheidend sein soll. — Häufiger tritt der Fall ein, dass Kollekteure und Spieler in Unkenntniss des Ziehungsresultats noch am Ziehungstage Loose verkaufen.

[31]) Als Darlehn resp. Escomptegeschäft, falls die Gewinne der Geldlotterie erst später auszuzahlen sind und der Gewinn dem Einsatz gleichkommt; als Schenkung des Unternehmers, falls der Gewinn grösser ist als der Einsatz; als Sachkauf, falls der Gewinn nicht in Geld besteht. — Verkauft ein Kollekteur oder ein Spieler ein Trefferloos und ist diese Eigenschaft beiden Kontrahenten bekannt, so liegt Forderungskauf vor. Vgl. auch Seuffert, Arch. XI Nr. 178.

[32]) Pardessus, I Nr. 305, Bornemann, p. 200, Dernburg p. 407, nimmt bei bewusstem Verkauf der Niete Nichtigkeit an. Der Schadenersatz, den der Unternehmer ausser Einsatzrestitution zu leisten, besteht auch in diesem Falle im negativen Vertragsinteresse.

[33]) Vgl. Bender, p. 34, Holzschuher, p. 768, Du Chesne, p. 194. Gegen die Fiktion der Quittung vgl. aber Kuntze, p. 493, Beseler, p. 314, Wolff, Arch. p. 135 Not. 5 u. Fr. Endemann, p. 136 u. 141.

[34]) Bender a. a. O., Gerber, Not. 8, Hagemann, V p. 131.

[35]) Busch, II p. 11, Kuntze, p. 493, vgl. auch Fr. Endemann, p. 136 u. 140.

[36]) Stobbe, p. 195, Kuntze, p. 20, Lange, p. 115, Preuss. Ger.Ztg. Nr. 12. Vgl. unten § 296 Not. 41 u. auch Fr. Endemann, p. 142.

[37]) Z. B. Elvers, p. 78, W. Endemann, p. 404 u. 594, Wolff, Arch. p. 143 Not. 23, Hillebrandt, p. 396 Not. 13, Gengler. Lehrb. p. 745 Not. 42, Priv.R. p. 447, Brunner, oben p. 204, Fr. Endemann, p. 114 u. 141. Schmid, p. 473; („spätestens mit Eintritt der Gewissheit, dass ein Gewinn auf selbiges gefallen.") — A.G. Jena bei Busch, XVI p. 77. O.A.G. Dresden in Z. f. R. u. V. N. F. XVII p. 321, XXVII p. 475 (bez. der mit Gewinn gezogenen Loose), XXIV p. 52; unbestimmter XL p. 326: „sei es vollkommenes, sei es unvollkommenes I.P." — Kombinationen bei Bender, p. 34 („Papier au porteur, Vertragsurkunde u. Einsatzquittung zu gleicher Zeit"), Gruchot, p. 186, Koch, p. 780, Förster-Eccius, p. 134, Bornemann, p. 196, Z. f. R. u. V. XI p. 194, XVII p. 322. Die Zirkulationstendenz ist weder Kriterium des echten I.P., (Brunner, II p. 206 dieses Handbuchs) noch bei Lotterieloosen so absolut ausgeschlossen, wie Bekker, Jahrb. I p. 307 ff., Beseler, p. 314, u. Stobbe, p. 199, annehmen. Vgl. Azorius bei Fr. Endemann, p. 115: „ita ut transeat ad multos emptores".

BUAH

Generalisirung ist indess unzulässig.[38]) Das Loos ist nicht einmal immer Werthpapier[39]) geschweige stets, wenn auch sehr häufig, Geld-[40]) und Inhaberpapier.[41]) Zu welcher Kategorie von Urkunden es im konkreten Falle zu rechnen, ist eine Thatfrage, die nach dem Inhalt der Urkunde, resp. nach den Bestimmungen des betreffenden Plans[42]) beantwortet werden muss. Im Zweifel wird, da nur sehr wenige Partikulargesetze Normen enthalten,[43]) die Verkehrsanschauung entscheiden, die in der Gegenwart allerdings, wenigstens bei öffentlichen Nummernlotterieen, das Loos als echtes Inhaberpapier aufzufassen geneigt ist.[44])

§ 293.

B. Fortsetzung. Abschluss durch Kollekteure.

I. Der Lotterievertrag wird entweder zwischen Unternehmer und Theilnehmer unmittelbar abgeschlossen oder, was namentlich bei fiskalischen Lotterieen die Regel, unter Mitwirkung sog. **Kollekteure** (Einnehmer, Hauptsammler, Loosabsetzer, receveurs, receptores).[1])

Diese Mitwirkung kann sehr verschiedener Natur sein. Sie ist wohl nie eine blosse Vermittelung,[2]) d. h. eine Ueberbringung des erklärten Vertragswillens der Parteien. Vielmehr schliessen die Kollekteure regelmässig den Lotterievertrag mit dem Spieler selbst ab. Dieser Abschluss erfolgt entweder

1. im Namen des Unternehmers; der Kollekteur ist **Mandatar.**[3])

---

[38]) Das beweist auch die Geschichte der Loosausgabe; vgl. oben p. 53.

[39]) Gareis, p. 678: „Die Loose sind entweder Werthpapiere oder Legitimationspapiere oder nur Nummern". — A. M. Fr. Endemann, p. 140.

[40]) Die Gewinne der kombinirten Lotterieen bestehen nicht blos in Geld. Zu eng daher Kuntze, p. 493 (aleatorisches Geldpapier), Dahn in Bluntschlis Priv.R. p. 508, u. Brunner, II p. 204 dieses Handbuchs.

[41]) Vgl. z. B. Art. 866 des Deutsch. Oblig.Entw. u. oben Not. 13.

[42]) Citate bei Bender, p. 46 Not. 1 (1. Ed. p. 80 Not. 4). Vgl. noch Mittermaier, p. 90 bei Not. 10 u. jetzt Fr. Endemann, p. 115 Not. 7.

[43]) Preuss. A. L.R. I 11 § 555, 556, Bremer V. v. 4./10. April 1823 Nr. 6 e (bei Bender, 1. Ed. p. 277). Züricher B.G.B. § 1779. — Deutsch. Oblig.Entw. A. 866.

[44]) Vgl. oben Not. 36 u. 37. Fr. Endemann, p. 115, behauptet sogar: „Heute sind allgemein und alleinig die Lotterieloose Inhaberpapiere".

[1]) Fr. Endemann, p. 122: „Die älteste Erwähnung solcher Vermittler gibt Jo. Bapt. de Luca. Er berichtet, dass der Staat für das Lottospiel bancherii habe, welche überall im Lande ihre corresponsales oder receptores anstellten". Vgl. ebendas. p. 122 ff. über die Qualifikation und Beschränkungen der modernen Staatskollekteure.

[2]) Dernburg, p. 406, nennt sie Agenten, welche den Vertragsabschluss vermitteln. Aehnlich Wolff, Arch. Not. 34. Ueber die Vieldeutigkeit des Ausdruckes Agent vgl. Dernburg. p. 16 Not. 6 u. Behrend, p. 379.

[3]) Struben, IV, 173, V, 38, Runde, § 212, Hagemann, V p. 131, Glück, p. 360, 367, Bender, p. 119, Neubert, p. 19, 49, Gründler, p. 156, Hillebrand, p. 395, Weiske, R.L. p. 762, Mittermaier, Not. 17, Gerber, Not. 8, Bornemann, p. 217, 228 ff., Koch, p. 786, Wolff, Arch. p. 134 Not. 3 u. 151, Wolff, Priv.R. p. 362, Förster-Eccius, p. 135, W. Endemann, p. 594, Gareis a. a. O.

BUAH

Der Provisionsanspruch schliesst die Annahme des Mandats nicht aus,[4]) oder

2. im eigenen Namen und zwar:

a. bald für Rechnung des Unternehmers; der Kollekteur ist Verkaufs-**Kommissionär**; [5])

b. bald für eigene Rechnung. Das Letztere ist wiederum in doppelter Weise möglich; einerseits durch **Vertrödelung**,[6]) andererseits durch **Verkauf** der Gewinnsthoffnung.

α. Der Annahme eines **Trödel**vertrages stehen **nicht** entgegen [7]) das Disziplinarverhältniss [8]) und der Provisionsanspruch der Kollekteure; [9]) auch nicht

---

und die von Fr. Endemann p. 127 u. 128 citirten Autoren. — Holzschuher, p. 770: „Den Spielern gegenüber immer als Geschäftsträger oder Bevollmächtigter der Direktion." Lange, p. 159 ff. 177: „Prokurator", Schaper a. a. O.: „Geschäftsführer oder Organe", Walter, p. 420: „besoldete Geschäftsführer", Gengler, Lehrb. p. 749: „Bevollmächtigungsvertrag", dagegen Priv.R. p. 434: „mandatähnlich, an die gemeinrechtliche Stellung zwischen praeponens und institor erinnernd", Schmidt, p. 473: „Institoren", Elvers, p. 81: „Aftermandatare" (Generalmandatar sei der Lotterieadministrator des Staats), p. 82: „Kommis", „Beamte"). — Sächs. Lotterieplan § 3. — A.G. Eisenach (Busch, XIII, 269). O.A.G. Dresden (Z. f. R. u. V. XXII. 339, XXIII, p. 285 (vgl. unten Not. 14), Busch, VI p. 112, Z. f. H.R. VIII p. 618). Gruchot, p. 201: „Vollmachtsvertrag, der jedoch unter Umständen die Natur eines Trödelvertrages annehmen kann." Beseler, p. 470: „Vollmachtsvertrag, der häufig jedoch mit dem Trödelvertrage gemischt ist." Eichhorn, p. 314: „nicht immer in dem blossen Mandatsverhältniss". — Die Sächs. Praxis und viele Autoren betrachten das Mandat als Normalfall.

[4]) Bender, p. 119, Windscheid, II § 409. A. M. Fr. Endemann, p. 129.

[5]) W. Endemann, p. 594, Busch, XIII p. 269 (A.G. Eisenach: „häufig Trödler oder Kommissionäre"), Busch, XVI p. 77 (O.A.G. Jena), O.A.G. Lübeck bei Thöl, Entscheidungsgründe p. 112. — Dagegen Dernburg, p. 406. — Ueber den Unterschied zwischen Trödelvertrag und Verkaufskommission vgl. Grünhut, p. 50 Not. 1, Dernburg, II p. 513, Busch, XXII p. 490, R.O.H.G. VII p. 179, Z. f. H.R. IX p. 594, 597, 609, Holzschuher, p. 859.

[6]) Hagemann, II p. 336, V p. 131 ff., Glück, p. 360, Neubert, p. 19, Mittermaier, Not. 20, Haubold, Not. g, Gerber, Not. 8, Goldschmidt, I p. 493 Not. 12. Vgl. noch Beseler u. Gruchot (oben Not. 3), sowie Hillebrand, p. 395: „mitunter ein dem Trödlerkontrakt verwandtes Verhältniss", Gengler, Lehrbuch p. 749 Not. 47: „auch kann sich zuweilen, infolge der bes. Bestallungsbedingungen, das Rechtsverhältniss zwischen Direktion und Kollekteur dem contractus aestimatorius annähern". Koch, p. 786: „häufig mit dem Trödelvertrage vermischt". Vgl. auch unten Not. 14. Kuntze bemerkt in der Note zu Holzschuher, p. 771: „Sind die Lotterieloose Inhaberpapiere, so tragen sie im Verkehr den Karakter der Waare und solchenfalls kann der Kollekteur nur als Trödler oder stellvertretender Veräusserer in Betracht kommen". „Sehen wir von dieser Eigenschaft der Lotterieloose ab, so können die Kollekteure als Institoren angesehen werden; doch ist zu berücksichtigen, dass sie ... regelmässig selbstständige Firmen haben."

[7]) A. M. Eckart, Lange, p. 169 ff., Bender, p. 118, Elvers, p. 78, Gründler, p. 155, 156, u. Fr. Endemann, p. 129; vgl. auch Busch, II p. 13 (Dietrich).

[8]) Z. f. R. u. V. XXIII p 285. — Auch seinem Dienstboten kann man eine Sache zum Vertrödeln übergeben, da Gewerbsmässigkeit keine Voraussetzung des Vertrages. Regelsberger in Holtzendorffs R.Lex. III p. 912.

[9]) l. 2 D. XIX, 3: haec actio utilis est et si merces intervenit. Windscheid,

BUAH

die Vindikationsbefugniss [10]) und die Tragung der Gefahr Seitens des Unternehmers; [11]) noch weniger die Pflicht des Kollekteurs, sich um den Loosabsatz zu bemühen; [12]) endlich auch nicht das direkte Klagerecht (auf Ziehung und Gewinn), das der Theilnehmer gegen den Unternehmer erwirbt. [13]) Dagegen widerspricht es allerdings dem römischrechtlichen Trödelbegriff, [14]) dass die Kollekteure die Loose nur zum planmässigen Einsatz absetzen dürfen; doch ist diese Beschränkung weder früher, noch jetzt eine unerlässliche. [15])

β. Bei vielen Lotterieen werden den Kollekteuren alle oder eine bestimmte Anzahl Loose fest (**fix, resolut**) übertragen, ja bei manchen Staatslotterieen ist die Uebernahme einer grösseren Zahl [16]) fixer Loose sogar die Bedingung der Bestellung zum Kollekteur. Bezüglich dieser Loose sind die Kollekteure Käufer und Wiederverkäufer der Gewinnsthoffnung; bis zum Verkauf sind sie selbst Theilnehmer. Ein Weiterverkauf ist, bei öffentlichen Lotterieen wenigstens, auch durch

---

II § 383 Not. 13, Regelsberger a. a. O. A. M. Förster-Eccius, II p. 176, der, falls dem Empfänger eine gewisse Provision oder Belohnung ausgesetzt worden, Dienstmiethe nach R.R., Mandat nach Preuss. A. L.R. annimmt.

[10]) Der Trödelgeber bleibt nach der herrschenden Ansicht Eigenthümer, bis der Trödler bezahlt oder weiterverkauft hat. Regelsberger, p. 912, Windscheid, Not. 12, Gruchot, p. 153—160. — Die Vindikation von Loosen ist übrigens zufolge A. 306—308 H.G.B. thatsächlich vielfach ausgeschlossen. Vgl. Wolff, Arch. p. 143.

[11]) Die modernen Gesetzgebungen haben dem Trödler die Gefahr abgenommen; für das römische Recht ist die Frage bekanntlich streitig. Vgl. Regelsberger, p. 912, Windscheid, Not. 10, Gruchot, p. 160—164, Dernburg, p. 512 Not. 8 und neuerdings Lipp, Beitr. z. Lehre v. Trödelvertrag. Hdlbg. 1880 p. 24. Auch über die Haftung des Kollekteurs für die Gefahr herrscht kein Einverständniss; vgl. Bender, p. 118, doch auch Hagemann, V 132, sowie jetzt auch Fr. Endemann, p. 128, 129. — Uebrigens ist die Frage irrelevant, da der Kollekteur jedenfalls vertragsmässig dieselbe Haftung, wie ein Trödler, selbst die Tragung aller Gefahr übernehmen kann. Lange, p. 172 u. Fr. Endemann, p. 124 bei Not. 3.

[12]) Auch beim contr. aestim. ist im Zweifel die Verpflichtung des Empfängers, sich um einen günstigen Verkauf zu bemühen, als gewollt anzusehen. Windscheid bei Not. 11.

[13]) Worauf sich besonders Elvers, p. 79, stützt. Die res aestimata ist aber bei dem Lotteriekollekteur nichts anderes als die spes, die eventuelle Gewinnstforderung gegen den Unternehmer. Dass der Kollekteur die Klage auf den Gewinn überträgt, während ihm qua Trödler doch nicht diese, sondern höchstens eine a. doli oder in factum gegen den Trödelgeber zusteht, ist unerheblich; geht doch auch das Eigenthum der vertrödelten Sache vom Trödelgeber direkt auf den dritten Erwerber über, auch ohne dass der Trödler selbst Eigenthümer war.

[14]) Das O.A.G. Dresden nimmt an (27. 2 1862 in Z. f. R. u. V. XXIII p. 285), dass dem Unternehmer gegenüber die Geschäftsverbindung der Kollekteure unter den Begriff eines modifizirten Trödelvertrags falle, während sie den Spielern gegenüber Mandatare oder Institoren seien.

[15]) Bender, p. 118 Not. 5: „In früheren Zeiten war es den Kollekteuren mehrerer Lotterieen gestattet, für alle nach dem Bücherschlusse der Direktion verkauften Loose einen beliebig hohen Preis zu bedingen, und der Mehrerlös gehörte ihnen, wodurch sie den Trödlern sehr nahe zu stehen kamen". Vgl. dagegen Fr. Endemann, p. 129.

[16]) Beispiele (25—200 Stück) bei Bender, p. 117 Not. 1. Vgl. auch Fr. Endemann, p. 130 Not. 2. Partikularrechtlich ist andererseits den Kollekteuren mitunter verboten, für eigene Rechnung Loose zu erwerben.

BUAH

jeden anderen Theilnehmer statthaft.[17]) Dass der Kollekteur vertrags- oder usancemässig auch bezüglich der fix bezogenen Loose bei dem Verkauf weitergehende Verpflichtungen übernimmt, als jeder sonstige Loosverkäufer (wie Auszahlung, Listenzusendung, Renovation), ändert an dem Rechtskarakter des Veräusserungsgeschäftes als eines Kaufes nichts und findet seine Begründung darin, dass dem Kollekteur neben dem Loosdebit noch eine Reihe anderer Funktionen von dem Unternehmer übertragen zu sein pflegen.

Ein Verkauf für eigene Rechnung ist nach Partikularvorschriften auch dann anzunehmen, wenn Kollekteure, die zu Mandataren bestellt sind, von den Planbestimmungen abweichende Verträge schliessen.[18])

Ob ein Kollekteur einen Lotterievertrag als Mandatar, Kommissionär, Trödler oder Proprehändler geschlossen, ist quaestio facti.[19]) Eine Präsumtion besteht für keine dieser Möglichkeiten, auch nicht für das Mandat. Derselbe Kollekteur kann bezüglich einzelner Loose Mandatar, bezüglich anderer Trödler oder Verkäufer zu einer bestimmten Taxe sein. Auch derjenige Kollekteur, der den Lotterievertrag stets als Trödler, Kommissionär, Proprehändler schliesst, kann für andere Funktionen, besonders die Auszahlung der Gewinne, in einem Mandatsverhältniss zum Unternehmer stehen.

Das Geschäftsverhältniss des Kollekteurs ist keine Dienstmiethe, denn er erhält keinerlei Entschädigung, wenn er seine Bemühung erfolglos aufwendet;[20]) auch erfolgt die Vornahme der operae nicht dem Unternehmer, sondern dem Spieler gegenüber.[21]) Es ist auch keine Werkverdingung, denn es fehlt an einem ex opere facto corpus aliquod perfectum.[22])

II. Häufig erfolgt der Abschluss nicht durch die Kollekteure selbst, sondern durch sog. **Unterkollekteure** (Subkollekteure, Untereinnehmer, Kolporteurs, Lotteriesammler).[23]) Auch das Rechtsverhältniss dieser Personen ist kein allgemein gleichmässiges; auch hier ist im einzelnen Fall zu beurtheilen, ob sie

---

[17]) Lange, p. 160 Not. 2, Gruchot, p. 190, Bornemann, p. 200 u. 218. Elvers, p. 78, 83, der dem Lotterievertrage den Karakter der emtio spei abspricht, schreibt dem Weiterverkauf des Looses durch den Theilnehmer die Natur einer wahren venditio spei zu.

[18]) R.O.H.G. XVII p. 118 (5. 5 1875). A.G. Eisenach (Busch, XIII p. 270), O.A.G. Dresden (Z. f. R. u. V. XXIII p. 285).

[19]) Vgl. auch Fr. Endemann, p. 129.

[20]) Vgl. Brinz, krit. Blätter p. 1 ff. Vgl. auch Bender, p. 119, dessen Argument jedoch, dass „das Kollekteurgeschäft wesentlich die Uebergabe der Loose unterstelle", unzutreffend erscheint. Vgl. noch Struben, Bedenken IV 173 p. 449, Busch, II p. 13. Gegen die Dienstmiethe aus unhaltbarem Grunde auch Eckart bei Bender, a. a. O. Not. 6.

[21]) Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft p. 241.

[22]) l. 5 D. L, 16; vergleichsweise dagegen ist der Ausdruck „quasi rem vendendam locasse videatur" in l. 1 D. XIX, 3 gebraucht. — Fr. Endemann spricht p. 130 von der Verpflichtung, die Arbeit des Unterbringers zu vollziehen.

[23]) Vgl. über dieselben Bender, p. 126 ff., Bornemann, p. 232, Mittermaier, Not. 28, Hillebrand, p. 396, Wolff, Arch. p. 148 Not. 35 u. Fr. Endemann, p. 131. Mecklenb. Plan v. 19. 10 1881, § 4.

BUAH

als Mandatare,[24]) Kommissionäre, Trödler[25]) oder Proprehändler[26]) kontrahirt haben.

§ 294.

C. Vertragsschluss bei Klassenlotterieen (Renovation und Indossament).

I. Bei der Klassenlotterie[1]) findet die Ziehung in mehreren, gewöhnlich 4—6 Abtheilungen (Klassen, Vertheilungen, Sonderziehungen) statt. Einsatz und Ziehungszeit sind für jede Klasse besonders bestimmt. Für jede Klasse werden der Regel nach besondere Loose ausgestellt. Jedes Loos gewährt nur für die Klasse, auf welche es lautet, Anspruch auf Gewinn;[1a]) die mit einem Gewinn gezogenen Loose fallen in der folgenden Klasse in der Regel fort. Wer im Laufe einer Lotterie nach schon erfolgter Ziehung einer oder mehrerer Klassen ein Loos zu einer späteren Klasse erwirbt (sog. **Kaufloos**), muss der Regel nach den vollen Einsatz, Stempelsteuern und Kollekteurgebühren der früheren Klassen nachzahlen.[2])

Hiernach könnte es scheinen, als ob die Klassen nur „unselbständige Theile" des ganzen Unternehmens bildeten, und als ob der Lotterievertrag sich nicht auf die einzelne Klasse, sondern nur auf die Gesammtheit der Klassen bezöge. Für diese Auffassung hat man geltend gemacht,[3]) dass die **Absicht** des Theilnehmers nicht gerade auf den Gewinn in einer **bestimmten** Klasse, sondern vielmehr überhaupt auf die Realisirung der erkauften spes in **einer** und zwar vorzüglich in der letzten Klasse, die die meisten und grössten Treffer gewähre, gerichtet sei; das Kaufobjekt sei nur **eine** spes, die sich aber zu verschiedenen Zeiten, d. h. in den verschiedenen Klassen realisiren könne; auch der Kaufpreis sei eigentlich ein einziger für sämmtliche Klassen; er sei nur zur Bequemlichkeit der Theilnehmer nach Maassgabe der einzelnen Klassen in mehrere Raten getheilt mit der Festsetzung, dass, wenn Theilnehmer mit einer dieser terminlichen Ratenzahlungen

[24]) O.A.G. Celle 1826 (Hann. Jurist. Ztg. II. Heft 2 p. 11) „Mandatar ihrer Kollekteure". O.A.G. Dresden, Z. f. R. u. V. XXII p. 340: „Substituten ihrer Hauptkollekteure". Dietrich in Busch, Arch. 2 p. 17: „nach den meisten Partikulargesetzgebungen lediglich als Gehilfen der Hauptkollekteure anzusehen, stehen also zu den Letzteren in einem reinen Mandatsverhältniss." Fr. Endemann, p. 131: „lediglich Beauftragte der Hauptkollekteure".

[25]) Z. f. R. u. V. XXIII p. 383 (O.A.G. Dresden 27. 2 1862).

[26]) R.O.H.G. IX p. 63.

[1]) Vgl. oben p. 43 bei Not. 15 ff., Bender, p. 12 u. 35, Fr. Endemann, p. 77, 134 ff. — Eine Heilbronner Lotterie v. J. 1726 hatte 24 Klassen. Preuss. Ger.Ztg. Nr. 29.

[1a]) Preuss. Plan § 5, Sächs. Plan § 5, Mecklenb. Plan § 5, Braunschw. § 6, Hamb. § 2.

[2]) Preuss. Plan § 7, Sächs. Plan § 3 a. E., Braunschw. Plan § 7, Hamb. Plan § 2 a. E. Vgl. auch Bender, p. 14, n. Fr. Endemann, p. 77.

[3]) Vgl. die von Kind referirte Leipziger Entscheidung bei Schwarze (Z. f. R. u. V. III p. 83).

BUAH

in Verzug komme, er seines Rechtes völlig verlustig gehe. Gegen diese Konstruktion hat jedoch schon **Schwarze** überzeugend ausgeführt, dass die Nebenabsichten des Theilnehmers irrelevant,[4]) dass diesem nicht etwa der beabsichtigte Gewinn der letzten Klasse, sondern lediglich die Gewinnsthoffnung derjenigen Klasse gewährt werde, zu der er das Loos erworben, dass kein Theilnehmer zur Theilnahme in den nachfolgenden Klassen verpflichtet sei, und dass endlich auch Niemand, falls er in einer der früheren Klassen herausgekommen, den Einsatz für die späteren Klassen zu zahlen brauche;[4a]) er müsste dies aber thun, falls in Wahrheit der Preis der spes ein einziger, nur in Raten zerlegter Gesammtpreis wäre, denn dieser Gesammtpreis ist ja noch nicht vollständig bezahlt. — Es herrscht auch in der Theorie und Praxis gegenwärtig Einverständniss[5]) darüber, dass der **Regel** nach der Lotterievertrag nicht auf sämmtliche Klassen, sondern nur auf die unmittelbar bevorstehende einzelne Klasse abgeschlossen wird, so dass bei jeder nachfolgenden Klasse auch ein **neuer**, für sich bestehender Hoffnungskaufvertrag bezüglich derselben Nummer erforderlich wird.

Zu diesem **Erneuerungs-** oder **Renovationsvertrage** ist der Unternehmer, selbst gegen den Willen des Kollekteurs,[6]) dem Theilnehmer gegenüber verpflichtet. Diese Verpflichtung wird durch einen Nebenvertrag bei Abschluss eines jeden Klassenlotterievertrages für die nächstfolgende Klasse übernommen.[7]) Der

---

[4]) Wie wenig die Absicht allein maassgebend ist, beweist auch der gar nicht so seltene Fall (vgl. Entsch. des R.G. v. 19 10 1880 bei Gruchot, XXV p. 741, auch Fr. Endemann, p. 135), dass Jemand dieselbe Nummer durch eine ganze Reihe von sich folgenden Lotterieen desselben Unternehmers zu spielen beabsichtigt; dieser weitergehenden Nebenabsicht ungeachtet wird der Lotterievertrag doch stets nur bezüglich einer bestimmten Lotterie abgeschlossen. Vgl. unten Not. 8.

[4a]) Es wird vielmehr, falls ein Loos für alle Klassen genommen war, im Gewinnstfalle die Einlage, die für spätere Klassen im Voraus bezahlt wurde, zurückgewährt. § 7 Abs. 2 des Sächs. Plans.

[5]) Hagemann, V p. 135, 137, Glück, p. 365, Gründler, p. 162, Bender, p. 35 u. 85, Neubert, p. 17, Holzschuher, p. 773, Mittermaier, p. 92, Gerber, Not. 10, Wolff, Arch. p. 134 u. 144, Schwarze a. a. O., Dernburg, p. 406. — Erfurter Fakultät 1764 bei Schorch a. a. O.; O.A.G. Dresden 1852 (Z. f. R. u. V. XI p. 203 ff.); R.O.H.G. 12. 2. 1873 IX p. 55. — Unentschieden Haubold, Not. h. — Fr. Endemann, p. 134 meint zwar, dass „an sich ein Fortspielen durch alle diese unselbstständigen Theile der einen Lotterie präsumirt wird" — was an sich m. E. zu verneinen ist, — hebt aber doch auch hervor, dass man nicht verpflichtet sei, durch alle Klassen hindurch zu spielen, und dass man, falls man weiter spielen wolle, ein neues Loos kaufen müsse.

[6]) K. Sächs. Plan § 5, Mecklenb. Plan § 5, Braunschw. Plan § 6. Fr. Endemann, p. 134.

[7]) Der Verkauf eines Klassenlotterielooses stellt sich sonach dar als eine emtio spei für die bevorstehende Klasse verbunden mit einem pactum de vendenda spe bezüglich der nächsten Klasse. Vgl. Dernburg, p. 406. — Elvers, p. 85 leitet aus der Renovationsbefugniss des Theilnehmers ein Argument gegen die Auffassung des Lotterievertrags als einer emtio spei her; aber bleibt der Verkauf eines Fischzugs nicht auch dann Hoffnungskauf, wenn ein Fischzug fest verkauft und gleichzeitig verabredet wird, dass es dem Käufer freistehen solle, noch die Ueberlassuug eines zweiten Fischzuges zum nämlichen Preise zu fordern?

BUAH

Theilnehmer selbst hat keine Pflicht, dagegen ein ausschliessliches Recht auf Erneuerung.[8]) Dieses Recht ist der Regel nach ein bedingtes.[9]) Es ist davon abhängig, dass Theilnehmer binnen bestimmter Frist vor der Ziehung, mitunter unter Vorzeigung des Looses der zuletzt gezogenen Klasse, weiter theilnehmen zu wollen erklärt (sich zur **Renovation erbietet**, die **Renovation nachsucht**).

In der blossen Thatsache, dass Jemand durch alle Vorklassen hindurch dieselbe Nummer gehabt hat, ist ein Erbieten zur Renovation betreffs der letzten Klasse der Regel nach nicht zu finden.[10]) Es ist der Regel nach auch weder der Unternehmer, noch der Kollekteur verpflichtet, dem Theilnehmer der Vorklassen ohne seine Erklärung, weiter theilnehmen zu wollen, das Loos der folgenden Klasse zuzusenden, resp. zu offeriren.[11]) Von dieser Regel bestehen jedoch Ausnahmen: es kann nämlich durch Gesetz,[12]) durch den Plan[13]) oder durch Privatvertrag zwischen Theilnehmer und Kollekteur Letzterer verpflichtet sein, ohne Erbieten des Theilnehmers die Renovation des Looses für ihn rechtzeitig zu besorgen, die neuen Loose ihm zu offeriren oder für ihn aufzubewahren.[14]) Ein solcher Privatvertrag braucht nicht gerade ausdrücklich geschlossen zu werden; es genügt schon, wenn der Kollekteur seinen Kunden in einer Anzahl unmittelbar vorangegangener Fälle die Renovation besorgt und hierdurch in ihm die Erwartung hervorgerufen hat, dass er auch in späteren Fällen in gleicher Weise verfahren werde.[15]) Dem Unternehmer gegenüber ist solcher Separatvertrag in vielen Plänen für unverbindlich erklärt.[16])

II. Die Gewinnhoffnung mehrerer oder aller Klassen einer Lotterie kann ausnahmsweise Gegenstand **eines** Lotterievertrages sein. Dies geschieht einerseits in den freilich nur vereinzelten Fällen, in denen der Unternehmer für alle Klassen gültige Loose (sog. **Vollloose**) ausgibt,[17]) andererseits und weit häufiger durch einen den Unternehmer nicht bindenden Privatvertrag zwischen Kollekteur

---

[8]) Mecklenb. Plan 5, Wolff, Arch. p. 144, Dernburg, p. 606, Kind, Sammlung auserles. Rechtssprüche I Nr. 19. Dagegen hat der Theilnehmer keine Anwartschaft auf dieselbe Nummer einer folgenden Lotterie, vorbehaltlich besonderer Abrede oder planmässiger Bestimmung, vgl. Fr. Endemann, p. 135. Preuss. Plan § 16.

[9]) R.G. v. 19. 10. 1880 (bei Gruchot, XXV p. 741).

[10]) Anders einige Preuss. Entscheidungen von 1803 und 1804; vgl. dagegen Bielitz, Komm. p. 587, u. Rönne, Erg. u. Erl. zu § 547 ff., A. L.R. I, 11.

[11]) Gründler, p. 162, Bender a. a. O., Wolff, Arch. p. 144 u. 145.

[12]) Mecklenb. Verordnung v. 16. 11 1831 bei Wolff, p. 145.

[13]) Bender, p. 84 u. 85 Not. 2; vgl. aber auch p. 94 Not. 1 a. E. R.O.H.G. XVII p. 119.

[14]) Vgl. die Erk. des O.A.G. Jena, Seuffert, IV Nr. 245.

[15]) R.O.H.G. IX p. 57 (12. 2. 1873). Vgl. noch Hannov. V. v. 19. 4. 1819 § 4 bei Bender, 1. Ed. p. 243, sowie auch 2. Ed. p. 84, 88 Not. 23, Elvers, p. 87, Grefe, p. 398, Wolff, p. 145, Busch, N. F. XIII, p. 356 (R.O.H.G. v. 22. 6. 1878), Gengler, Lehrb. p. 747 Not. 45.

[16]) Vgl. oben p. 45 Not. 10.

[17]) Sächs. Plan § 2. Vgl. auch Bender, p. 94, Kuntze, p. 492, Wolff, Arch. p. 150 Not. 39.

BUAH

und Theilnehmer.[18]) Dieser Privatvertrag erscheint meist in der Form des **Indossaments**, d. h. in einem auf die Rückseite des Looses gesetzten Vermerk, welcher das Loos bezüglich mehrerer oder aller Klassen für gültig erklärt.[19])

Dieses Indossament ist weder ein Wettvertrag,[20]) noch die Veranstaltung einer eigenen Lotterie Seitens des Kollekteurs,[21]) auch nicht „das vom Indossanten ausgedrückte Anerkenntniss des darin bezeichneten Indossatars als vollberechtigten **Eigenthümers** dieses Looses für alle inbegriffenen Klassenziehungen".[22]) Das Indossament ist vielmehr, sofern es nur vom Spieler genehmigt worden,[23]) ein Vertrag, durch welchen der Kollekteur dem Spieler eine Reihe successiver Gewinnsthoffnungen (bedingter Forderungsrechte gegen den Unternehmer) verkauft und gleichzeitig unter Liberirung des Spielers von der Renovationspflicht seinerseits die Verbindlichkeit übernimmt, „die Originalloose zu den folgenden Klassen für den Spieler in Händen zu behalten und die Erhebung des darauf fallenden Gewinnstes für denselben zu besorgen."[24])

---

[18]) R.O.H.G. IX p. 56. — Das Indossament verbietet § 3 des Preuss. Plans: „die Einnehmer und Untereinnehmer dürfen kein Loos durch Vermerk für mehrere Klassen als gültig erklären."

[19]) Bender, p. 94 ff., Kuntze, p. 493, 494, Gengler, Lehrb. p. 747 Not. 45, Wolff, Archiv p. 149, 150. — Ueber das Indossiren der Loose im gewöhnlichen Sinne des Wortes vgl. Kuntze, p. 492 Not. 7.

[20]) Vgl. Bender, p. 95 Not. 3.

[21]) Denn die Parteien wollen eine Forderung gegen den Unternehmer verkaufen resp. erwerben; der Kollekteur will nicht wie ein Unternehmer haften. Dass der Unternehmer durch das Privatabkommen zwischen Kollekteur und Spieler nicht sofort verpflichtet wird, ändert an der Natur des Verkaufsgeschäftes nichts. — Vgl. auch Bender a. a. O.

[22]) So Bender, 2. Ed. p. 94. Aber der Empfänger eines unaufgefordert erhaltenen indossirten Looses der ersten Klasse wird trotz des Indossaments nicht ohne Weiteres Eigenthümer des Looses. Vgl. Wolff, Arch. p. 150. — Bender definirte übrigens früher in der 1. Aufl. p. 155 das Indossament als das „schriftliche Versprechen eines Kollekteurs, den darin genannten Indossanten (?) als Spieler für die einbegriffenen Klassen ansehen zu wollen". So auch Weiske, p. 764, Mittermaier, p. 92 Not. 27, Gengler a. a. O., vgl. auch Kuntze, p. 494.

[23]) Ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Indossatars ist das Indossament nur Vertragsofferte. Vgl. auch Seuffert, Arch. IX Nr. 175 p. 274.

[24]) Thöl, Ausgew. Entscheidungsgründe p. 115, Seuffert a. a. O. Vgl. auch unten § 296 Not. 37 a. E., § 297 bei Not. 9. Gengler a. a. O.

BUAH

IV. Sind die Lotteriegeschäfte Handelsgeschäfte?

§ 295.

Vor Einführung des Handelsgesetzbuches wurde der Lotteriebetrieb, insbesondere der Loosedebit vielfach [1]) als Handelsgeschäft aufgefasst. Man erklärte die Unternehmer für Fabrikanten, die Kollekteure für Handelsleute, die Loose für eine fabrizirte Glückswaare, deren Hauptniederlage sich bei der Direktion befinde. Auch die Preussische Instruktion vom 1. März 1834 bezeichnete den Loosedebit der Einnehmer als ein kaufmännisches Geschäft.[2]) — Dieser Auffassung ist **Bender** lebhaft entgegen getreten, freilich mit Gründen,[3]) die „seiner engen Auffassung von Handel und Handelssache entspringen und jedenfalls für das System des Handelsgesetzbuches nicht mehr passen.“ [4])

Seit Einführung des H.G.B. ist zu unterscheiden:

1. Auf Seiten des Unternehmers ist der Lotterievertrag weder absolutes, noch relatives Handelsgeschäft,[5]) möglicherweise indess accessorisches Handelsgeschäft. [6])

2. Für den Kollekteur [7]) ist sowohl die Anschaffung von Loosen [8]) zum

---

[1]) Hagemann, II p. 336, Neubert, p. 60, auch Lindner, Eckhart, Hänsel. Vgl. Bender, 1. Ed. p. 180 ff., 2. Ed. p. 106 ff., u. Gründler, p. 164.

[2]) Bender, p. 106 Not. 1. Vgl. auch Gründler, p. 165, Holzschuher, p. 773. — Auch die Preuss. Geschäftsanweisung für Lotterieeinnehmer v. 1. Aug. 1875 nennt den Loosedebit einen der Gewerbesteuer unterliegenden kaufmännischen Erwerbszweig. Vgl. Fr. Endemann, p. 145 u. 108.

[3]) „Man nennt Handel den Umsatz von Waaren in unveränderter Form, als Gewerbe betrieben, Handelssachen solche, welche aus einem Handelsgeschäfte entspringen, dem bürgerlichen Verkehr nicht eigen sind, sondern blos unter Kaufleuten vorkommen. Lotterieloose sind keine Kaufmannswaare, es findet in ihnen kein ungebundener Verkehr statt, sondern ihr Debit ist Ausrichtung eines Mandats“... „Kaufmannsgut, d. h. solche Waaren, die Gesetz oder fester Gebrauch als solches namentlich (!) erkennt.“

[4]) So Goldschmidt, I p. 493 Not. 12.

[5]) Der Unternehmer ist daher nicht in das Handelsregister einzutragen. Busch, IX p. 466 u. Z. f. H.R. VI p. 560; vgl. auch Fr. Endemann, p. 143, 144.

[6]) So z. B., wenn ein Kaufmann Waaren, die behufs Weiterveräusserung angeschafft sind, ausspielt.

[7]) Auch für den Unterkollekteur. Vgl. übrigens R.O.H.G. IX p. 63.

[8]) Ist die Gewinnsthoffnung nicht verbrieft, so liegt kein absolutes Handelsgeschäft vor, da dieselbe an sich keine Waare, keine bewegliche Sache im Sinne des Art. 271 ist.

BUAH

Zweck der Weiterveräusserung, als auch die Uebernahme einer Lieferung von Loosen à découvert[9]) **absolutes** Handelsgeschäft, jedoch beides nur unter der doppelten Voraussetzung, dass einerseits der Kollekteur die Loose auf eigene Gefahr, sei es fest als **Käufer**, sei es bedingt vermöge **Trödelvertrags** übernimmt,[10]) und dass andererseits die Loose für den **Handelsverkehr bestimmt** sind. Art. 271 Z. 1 und 2.

Ob die Loose für den Handelsverkehr bestimmt sind, ist quaestio facti.[11]) Zur Annahme einer solchen **Bestimmung** genügt allerdings weder der Wille der einzelnen Loosinhaber, noch der thatsächliche Umsatz der Loose.[12]) Entscheidend ist vielmehr der Wille des Emittenten. Dieser Wille braucht aber nicht[13]) darauf gerichtet zu sein, ein Werthpapier zu schaffen, das im Handelsverkehr als Waare zirkuliren **soll**; es reicht vielmehr aus, wenn der Wille nur dahin geht, ein Werthpapier zu emittiren, das im Handelsverkehr als Waare zirkuliren **kann**.

Dieser Wille kann bei dem Unternehmer sehr wohl vorhanden sein. Nicht entgegen steht „die kurze Dauer der Gültigkeit“[14]) und „der höchst imaginäre Werth der Loose“.[15]) Die Zirkulationsfähigkeit ist auch für den Unternehmer insofern von Interesse, als der von ihm behufs Kapitalbeschaffung erstrebte Loosabsatz durch die Möglichkeit eines leichten Loosumsatzes zweifellos gefördert wird.[16]) Die Absicht, ein zirkulationsfähiges, also für den Handelsverkehr

---

[9]) Selbst die planwidrige. Vgl. übrigens die Note zu R.O.H.G. XVII p. 120.

[10]) Goldschmidt, p. 493 Not. 12, Behrend, p. 108 Not. 11, R.O.H.G. XXIII p. 213, Busch, XIII p. 269, Gareis im R.Lex. p. 679.

[11]) Gegen die Handelspapierqualität Bekker, Jahrb. I p. 307 ff., Beseler, p. 314, wohl auch Stobbe, p. 199 u. 200, O.A.G. Dresden (Busch, VI p. 114, Z. f. H.R. VIII p. 618), W. Endemann, H.R. p. 16 Not. 9, 594 Not. 3; für dieselbe Dietrich (Busch, II p. 11), R.O.H.G. XXIII p. 213. Vgl. jetzt noch W. Endemann, I p. 61 Not. 43 u. p. 144 dieses Handbuchs, sowie besonders Fr. Endemann, p. 141 ff.

[12]) So treffend Fr. Endemann. Uebrigens konstatirt schon Azorius den Umsatz der Lottoloose („ut transeat ad multos emptores“); auch gegenwärtig zirkuliren die Lotterieloose vielfach und nicht selten zu erhöhten Preisen. Fr. Endemann, p. 115 u. 141 Not. 4. Vgl. auch die Motive des bayr. Entwurfs p. 234: „weil dergl. Loose, wie andere Werthpapiere auf den Inhaber häufig einen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden“ (bei Gruchot, 186 Not. 1).

[13]) Wie Fr. Endemann annimmt. Man denke aber beispielsweise an die Emission von öffentlichen Anleihen auf den Inhaber, die doch gewiss zu den Handelspapieren gehören. Der Emittent will zur Befriedigung seines Kapitalsbedürfnisses zirkulationsfähige Papiere schaffen; an der wirklichen Zirkulation hat er so wenig Interesse, als der Lotterieunternehmer; oft wird sie im Interesse späterer Anleihen ihm unerwünscht sein.

[14]) Die Eigenschaft der Waare kommt auch Gütern zu, die schnellstem Verderb ausgesetzt sind.

[15]) Es gibt Aktien von noch imaginärerem Werth.

[16]) Man erwirbt lieber ein im Fall eines Geldbedürfnisses vor der Ziehung verkäufliches, als ein unverkäufliches Loos. — Wenn Fr. Endemann meint, der Unternehmer werde mehr Loose absetzen, wenn die Kauflustigen sie nicht von den Spielern, sondern von den Kollekteuren direkt beziehen, so scheint er zu übersehen, dass manche Personen lieber mit einem von den Beschränkungen der Kollekteure (z. B. bezüglich des Kreditirens) freien Privatmann, als mit den Kollekteuren kontrahiren, dass die verkaufenden Spieler

BUAH

bestimmtes Loos zu schaffen, erhellt zuweilen aus den Bestimmungen des Plans;[17]) aber auch schon aus der Ausgabe echter[18]) Inhaberpapiere oder Ordrepapiere kann diese Absicht gefolgert werden.[19])

Dass der Kollekteur in der Regel verpflichtet ist, die Loose zum planmässigen Preise und unter Beobachtung bestimmter Vorschriften zu vertreiben, nimmt dem Geschäft nicht den Karakter des Handelsgeschäfts.[20]) Wollte man selbst die Gewinnabsicht als Erforderniss des Handelsgeschäfts aufstellen,[21]) so ist doch diese Absicht trotz des äusserlich gleichen Einkaufs- und Verkaufspreises bei dem Kollekteur mit Rücksicht auf die zu erzielenden Provisionen, Aufgelder und Schreibgebühren als vorhanden anzunehmen.[22])

Der Kollekteur, der gewerbsmässig für den Handelsverkehr bestimmte Loose auf eigene Gefahr (als fester Käufer oder Trödler) erwirbt oder zu liefern übernimmt, ist nach Art. 4 Kaufmann.[23])

3. Ist der Kollekteur weder Käufer, noch Trödler, sondern Kommissionär oder blosser Mandatar des Unternehmers, so ist die Uebernahme der Kommission resp. des Auftrags niemals **absolutes** Handelsgeschäft.[24]) Dagegen karakterisirt sich das gewerbsmässige Inkasso der Einsätze resp. die gewerbsmässige Gewinnauszahlung als **relatives** Handelsgeschäft, (Bankiergeschäft Art. 272 Z. 2.)[25])

---

vielfach erst die Kauflust wecken, dass die Spieler nicht selten Freunden verkaufen, denen sie die unerwünschte Korrespondenz mit den Kollekteuren abnehmen, und dass sie selbst nach erfolgtem Verkauf sich das verkaufte Loos durch ein neues ersetzen.

[17]) So weist z. B. § 2 des Braunschweigschen Plans: „Der Verkauf der Loose geschieht an die Hauptkollekteure und von diesen an die Spieler" unzweideutig auf einen wiederholten Umsatz der Loose hin. Vgl. noch R.O.H.G. XXIII p. 213.

[18]) Nicht aber aus der Ausgabe von hinkenden Inhaberpapieren (Legitimationspapieren).

[19]) A. M. Fr. Endemann a. a. O. Vgl. aber Thöl, § 26 Not. 2: „Diejenigen, welche für den Handelsverkehr bestimmt sind (Art. 271 Nr. 1) d. h. welche Ordrepapiere oder Inhaberpapiere sind." Behrend, p. 107: „alle auf den Inhaber lautenden, sowie die durch Indossament übertragbaren Urkunden, da dieselben vermöge ihrer Form von vornherein für den Umsatz bestimmt sind". Vgl. noch v. Hahn, II p. 10 Not. 10, u. W. Endemann oben II p. 7, sowie Thöl, § 33 Not. 10 u. § 211 Not. 2.

[20]) R.O.H.G. XXIII p. 214. A. M. Dietrich (Busch, II p. 13), A.G. u. O.A.G. Dresden (Busch, VI p. 113, 114), Fr. Endemann, p. 145, aber auch p. 124.

[21]) Goldschmidt, p. 563 ff., Fr. Endemann, p. 144 bei Not. 8. Vgl. dagegen oben W. Endemann, I p. 61 Not. 46, Behrend, p. 111 Not. 22.

[22]) Goldschmidt, p. 493 Not. 12, p. 567 Not. 58, Behrend, p. 109 Not. 13a.

[23]) Goldschmidt, p. 493, Behrend, p. 99 Not. 8, Gareis, p. 57. A. M. Dietrich a. a. O., Ackermann a. a. O. Vgl. noch W. Endemann, I p. 144 u. 50 dieses Handbuchs. —

[24]) Behrend, p. 108 Not. 11, Dietrich, p. 14, Ackermann, p. 110 ff. — Dass der Erwerb des Kommissionärs nicht Anschaffung im Sinne des Art. 271, vgl. Goldschmidt, p. 547 Not. 8a.

[25]) Dieser Gesichtspunkt scheint in dem Streit um die Kaufmannseigenschaft der Kollekteure ganz übersehen. — Ueber die bancherii als die ältesten Kollekteure des ital. Staatslotto vgl. oben § 293 Not. 1. Ueber das Inkasso als Bankiergescchäft vgl. Goldschmidt, p. 600 ff., Thöl, § 28 Not. 6 u. 7, v. Hahn, Art. 272 §§ 6 u. 7, Anschütz u. v. Hölderndorff, p. 34 u. W. Endemann, I p. 71 dieses Handbuchs.

BUAH

Relatives Handelsgeschäft ist auch die Uebernahme der Verkaufskommission nach Art. 272 Z. 3 in denjenigen seltenen Fällen, in welchen der für Rechnung des Unternehmers vorzunehmende gewerbsmässige Verkauf der Loose sich vom Standpunkte des Unternehmers [26]) als (accessorisches) [27]) Handelsgeschäft darstellt. Auch in diesen Fällen ist der Kollekteur infolge gewerbsmässigen Betriebes nach Art. 4 **Kaufmann.**

4. Ist der Kollekteur infolge des Loosedebits resp. der Zahlungsvermittelung unter den ad 2 resp. 3 angeführten Bedingungen Kaufmann, so sind alle Geschäfte, die zum Betriebe seines Kollekteurgewerbes gehören, auch wenn sie an sich keine Handelsgeschäfte wären, nach Art. 273 **accessorische** Handelsgeschäfte. [28]) Dies gilt insbesondere für die Weiterveräusserung der Loose an die Spieler, für die Renovations- und Indossamentsverträge, für die Uebernahme der (neben den fest bezogenen) mandatsweise erhaltenen Loose, sowie für die Verträge mit Unterkollekteuren.

5. Ist ein Kollekteur nicht infolge seines Loosedebits, jedoch infolge anderer Geschäfte Kaufmann, so sind seine Lotterieverträge in Gemässheit des Art. 274 präsumtive Handelsgeschäfte. [29])

6. Die Lotterieverträge des Theilnehmers, insbesondere der Looskauf, sind der Regel nach weder absolute, noch relative Handelsgeschäfte, denn der Theilnehmer will der Regel nach die Hoffnung nicht zum Umsatz, sondern für sich selbst erwerben. [30]) Immerhin aber ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass Jemand, der nicht als Kollekteur bestellt ist, Loose, die zum Handelsverkehr bestimmt sind, behufs Weiterveräusserung [31]) erwirbt oder solche Loose à découvert verkauft. Insoweit kann diesen Geschäften der Karakter von Handelsgeschäften nach Art. 271 Z. 1 und 2 nicht versagt werden. Ist der Theilnehmer Kaufmann, so ist der Lotterievertrag praesumtives und in seltenen Fällen [32]) accessorisches Handelsgeschäft.

---

[26]) Goldschmidt, p. 610 Not. 4, Behrend, p. 121 Not. 13, Grünhut, Recht des Kommissionshandels p. 56 Not. 6 u. die dort Citirten.

[27]) Vgl. oben Not. 6.

[28]) R.O.H.G. XXIII p. 214. Endemann, I p. 61 Not. 43 dieses Handbuchs.

[29]) Vgl. auch R.O.H.G. XVII p. 120 a. E. A. M. (vor Erlass des H.G.B.) Holzschuher, p. 773 u. die dort Citirten.

[30]) Hamb. H.G.Erk. 1871 „Der Kauf von 2 Viertel-Lotterieloosen ist kein Handelsgeschäft" (Busch, N. F. II p. 156).

[31]) Gruchot, p. 190, 191: „Der Einsetzer kann das Loos, d. h. den dadurch beurkundeten Gewinn weiter veräussern. . . Der vor der Ziehung erfolgte Weiterverkauf eines Looses stellt sich gleichfalls als Hoffnungskauf dar". Vgl. auch Bornemann, p. 200 u. Fr. Endemann, p. 133 Not. 1.

[32]) Z. B. falls ein Kunsthändler Loose zu einer Verloosung von Kunstwerken kauft.

BUAH

V. Die Pflichten.

§ 296.

A. Des Unternehmers.

1. Der Unternehmer wird durch den Lotterievertrag dem Theilnehmer zur Ueberlassung eines Looses[1]) mit der vereinbarten Nummer, eventuell zur Gewährung des auf jene Nummer in der betreffenden Ziehung gefallenen Gewinns verpflichtet.[2]) Stand die Nummer noch nicht fest, lag also nur ein Lotterievorvertrag vor, so besteht der zu leistende Schadenersatz keines Falls in einem oder gar dem höchsten der planmässigen Gewinne,[3]) auch nicht etwa in einem (nach dem Verhältniss der nicht gelieferten Loose zur gesammten Loosezahl zu berechnenden) Bruchtheil der Gesammtgewinne, wohl aber im Ersatz des gezahlten Einsatzes, der gemachten Auslagen und etwaiger Konventionalstrafen, welche der Theilnehmer einem Dritten zu entrichten hat.[4]) Mitunter ist der Umfang des Schadenersatzes partikularrechtlich auf den doppelten Einsatz bestimmt.[5])

Dem Kollekteur ist der Unternehmer zur Ueberlassung der vereinbarten Loosezahl nur[6]) in denjenigen Fällen unwiderruflich verpflichtet, in denen der

---

[1]) Entwurf des Deutsch. Oblig.R. Art. 864. Bender, p. 68 ff. Vgl. oben p. 54 Not. 14.

[2]) Vgl. oben § 292 bei Not. 3. Das gilt auch für den Fall, dass das Renovationsloos dem Theilnehmer ohne dessen Schuld nicht beschafft werden. Vgl. Sächs. Plan § 5 Abs. 2, sowie Gruchot, p. 198 (O.A.G. Lübeck 24. Jan. 1833).

[3]) l. 29 § 3 D. IX, 2: „ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur". Vgl. die analogen Fälle bei Bender, p. 69 Not. 6, Löhr, N. F. III p. 84, Gruchot, p. 199 ff. u. 201 Not. 1, Hennings in der Hannov. Wochenschrift III, 2 p. 79, sowie oben p. 56.

[4]) Vgl. auch Fr. Endemann, p. 134 Not. 1.

[5]) Vgl. den allgemeinen Grundsatz für alle gewagten Geschäfte in § 545 Preuss. A.L.R. I 11. Vgl. Koch p. 791, aber auch Preuss. Ger.Zeit. Nr. 12. — Nach dem Hamburger Plan vom 9. Septbr. 1881 § 3 ist der Kollekteur, der die Erneuernngsloose zu liefern durch Zufall verhindert ist, zwei für alle Klassen gültige Loose zu liefern oder den vollen Werth derselben zu bezahlen verpflichtet.

[6]) Zu allgemein Fr. Endemann, p 123 bei Not. 6.

BUAH

Kollekteur die Loose „fest“ [7]) oder mittelst Trödelvertrags übernommen hat.[8]) Ist dagegen der Kollekteur Mandatar [9]) oder Kommissionär des Unternehmers, so liegt in der Verweigerung der Aushändigung ein statthafter Widerruf des Auftrags; in diesen Fällen besteht kein Recht auf Ausführung des Auftrags, vielmehr nur ein Anspruch auf Schadloshaltung wegen etwa bereits gehabter Auslagen oder getroffener Vorkehrungen.[10])

Das überlassene Loos muss planmässig beschaffen und der Regel nach vom Unternehmer unterzeichnet sein.[11]) War keine bestimmte Nummer vereinbart, so ist der Unternehmer (aus dem Lotterievorvertrage) zur Ueberlassung gewinnfähiger, noch nicht gezogener[12]) Loose verpflichtet. Zur Untersuchung und Anzeige, ob das vom Unternehmer empfangene Loos etwa in einer der Vorklassen bereits gezogen worden, ist der Theilnehmer **nicht** verpflichtet.[13]) Die Lieferung gezogener anstatt nicht gezogener Loose ist der Regel nach[14]) als Lieferung eines unbestellten aliud anzusehen.[15])

---

[7]) Auch der Kollekteur hat diese Pflicht demjenigen Unterkollekteur gegenüber, der Loose für eigene Rechnung bezogen hat. Vgl. noch R.O.H.G. IX p. 61 u. 63.

[8]) Das O.A.G. Dresden verweigerte dagegen dem Trödler und Kollekteur den Anspruch auf den Gewinnst, der auf ein ihm zugesagtes numerisch bestimmtes, aber nicht geliefertes Loos gefallen war; „die blosse Möglichkeit, dass, wenn er rechtzeitig die betr. Loose übergeben erhalten hätte, das darunter befindliche Gewinnloos noch nicht an einen Spieler abgesetzt gehabt haben u. dadurch zufällig in die Lage gekommen sein könnte, sich selbst als Spieler dieses Looses zu geriren u. durch dessen Besitz zur Erhebung des darauf gefallenen Gewinns sich zu legitimiren, könne ohne Zweifel keinen rechtlichen Grund abgeben, die Nichterlangung dieses Gewinnes als einen durch die Nichterfüllung des auf die blosse Vertreibung der Loose gerichteten Vertrags ihm zugezogenen Vermögensnachtheil anzusehen“ (Z. f. R. u. V. N. F. XXIII p. 288, Erk. v. 27. Febr. 1862). Der Trödler braucht aber gar nicht zu verkaufen, kann vielmehr die Sache sogleich für sich behalten (Windscheid, p. 440 Not. 6); er hat somit nicht eine blosse Möglichkeit, die ihn zufällig in die Lage brächte, selbst zu spielen, sondern vielmehr ein wohlbegründetes Recht, von vornherein die zum Vertrödeln ihm gegebenen Loose als Spieler selbst zu behalten, mithin auch bei Vertragsbruch des Unternehmers ein Recht auf den Gewinn, der auf die ihm widerrechtlich vorenthaltene bestimmte Nummer fiel.

[9]) Z. f. R. u. V. a. a. O. p. 286.

[10]) Ebendas. — Ist der Auftrag vor dem Widerruf ausgeführt, das Loos also instruktionsmässig verkauft, so muss der Unternehmer den Kollekteur seiner Verbindlichkeiten gegen den Spieler entlasten, also auch den auf die verkauften Nummern etwa gefallenen Gewinn zahlen.

[11]) Daneben zuweilen auch noch vom Kollekteur. Bender, p. 70, Fr. Endemann, p. 132 Not. 4 u. 5.

[12]) Bender, p. 68, Gruchot, p. 191, 200, 201, Bornemann, p. 200, Dernburg, p. 408, Hennings a. a. O., Fr. Endemann, p. 133, sowie oben § 292 p. 56 und jetzt noch R.G. VI p. 290 (5. Januar 1882).

[13]) Auch bei dem Handelsdistanzgeschäft nicht. Vgl. Wolff, Arch. p. 140, 141, sowie Bender, p. 68.

[14]) Ueber den Fall, dass die Thatsache, aber nicht der Erfolg der Ziehung beiden Theilen bekannt ist, vgl. oben p. 57 bei Not. 30.

[15]) Vgl. R.O.H.G. XIV p. 371. — Bender a. a. O. u. O.A.G. Darmstadt (Gruchot, p. 200) nehmen an, dass fehlerhaft geliefert sei; es ist aber gar nicht geliefert, da ein gezogenes Loos keine Gewinnsthoffnungsurkunde vorstellt. Vgl. noch Pr. G.Z. Nr. 12.

BUAH

Die Ueberlassung eines Looses mit einer anderen, als der vereinbarten Nummer verpflichtet den Unternehmer zum rechtzeitigen Umtausch, eventuell zum Schadensersatz, insbesondere auch zur Leistung des auf die vereinbarte Nummer fallenden Gewinns.[16]) Diese Pflicht fällt weg, falls der Spieler sich ausdrücklich mit der erhaltenen Nummer einverstanden erklärt oder das unrichtige Loos, trotz Kenntniss der Verwechslung, ohne zu reklamiren, behalten hat. Zur Prüfung der Identität der vereinbarten und empfangenen Nummer ist der Spieler nicht verpflichtet.[17])

2. Der Unternehmer ist der Regel nach[18]) verpflichtet, die Entscheidung des Zufalls mittelst der Ziehung zur planmässigen Zeit und in der planmässigen Weise herbeizuführen.[19]) Die Ziehung muss fehlerfrei erfolgen.[20]) Unterlässt der Unternehmer die Ziehung, oder bleibt ein veräussertes Loos planwidrig von der Ziehung ausgeschlossen,[21]) so kann auf Vornahme resp. Wiederholung der Ziehung und eventuell auf Schadensersatz geklagt werden. Der Schadensersatz besteht auch hier niemals in einem der planmässigen Treffer.[22])

Zur Erstreckung des Ziehungstermins ist der Unternehmer nur[23]) berechtigt bei ausdrücklichem Vorbehalt im Plane selbst[24]) oder im Fall der ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung aller Spieler. Letztere ist ge-

---

[16]) Sei es bei der Renovation der Loose der Klassenlotterie oder in einem anderen Falle. — Nach der Preuss. Ger.Z. Nr. 12 wäre bei Loosen erster Klasse der Unternehmer nur zur Zurückzahlung des Einsatzes gegen Rücknahme des unrichtigen Looses verpflichtet.

[17]) Wolff, Arch. p. 140. Zum Theil anders Preuss. Ger.Z. Nr. 12, wo zwischen schriftlicher und persönlicher Bestellung, auch zwischen Loosen erster Klasse und Renovationsloosen unterschieden wird. A. M. auch Bornemann, p. 208, der nur bei Krankheit oder Abwesenheit dem Spieler die Vergleichungsverbindlichkeit abnehmen will, der schliesslich aber (p. 212) die ganze Frage für nicht zweifellos erklärt. — Der Preuss. Plan v. 24. Novbr. 1880 § 5, bestimmt zwar: „Jeder Spieler hat genau darauf zu achten, dass er für die neue Klasse ein Loos derselben Nummer erhalte, welche sein Loos der Vorklasse hatte“, lässt aber gleichwohl dem Spieler das „Anrecht auf den Gewinn, welcher etwa auf die ursprünglich von ihm gespielte Nummer gefallen ist“; auf den Gewinn, welcher auf die bei der Renovation irrthümlich empfangene Nummer fällt, hat er keinen Anspruch.

[18]) Eine Ausnahme bilden natürlich diejenigen irregulären Lotterieen, deren Treffer sich nach den Ziehungslisten einer anderen Lotterie bestimmen; vgl. oben p. 40 Not. 24, p. 43 bei Not. 21 u. Lange, p. 69 ff. Ist die Ziehung den Spielern überlassen, so muss der Unternehmer ihnen die Gelegenheit hierzu geben.

[19]) Bender, p. 38, Entw. des Deutsch. Oblig.R. Art. 865, Gruchot, p. 198, Stobbe, p. 345, Fr. Endemann, p. 110. Lange, p. 75 ff.

[20]) Bender, p. 42, Fr. Endemann, p. 113.

[21]) Bender, p. 43 Not. 1 a. E., theilt einen solchen Fall mit, der durch Vergleich beendigt wurde.

[22]) Vgl. oben Not. 3 u. 5, Bender a. a. O., Lange, p. 70, 83.

[23]) Das Preuss. Lotterieedikt von 1810 gestattet allerdings in § 11 die Erstreckung des Ziehungstermins der Lotteriedirektion unbeschränkt. Vgl. Bender, p. 39 Not. 2, Bornemann. p. 95 u. Fr. Endemann, p. 116 Not. 3.

[24]) Lange, p. 98. Bender, p. 39, Motive des Bayr. Entwurfs eines B.G.B. p. 234 (bei Gruchot, p. 199 Not. 2).

BUAH

meinrechtlich[25]) nicht schon darin zu finden, dass auf öffentliche Verkündigung der Erstreckung Widerspruch nicht erhoben worden; zur Setzung des Präjudizes der stillschweigenden Zustimmung ist der Unternehmer um so weniger befugt, als bei der Weiterveräusserlichkeit der Loose Ausländer zu den Theilnehmern gehören können, bezüglich deren eine Kenntnissnahme des Aufgebots ganz und gar nicht zu präsumiren ist.[26]) Die dolose oder aus einem Versehen des Unternehmers resp. seiner Organe resultirende Hinausschiebung der Ziehung berechtigt die nicht zustimmenden Einsetzer zum Rücktritt vom Vertrage und zur Forderung von Schadensersatz.[27])

Von der Vornahme der Ziehung wird der Unternehmer nicht[28]) durch die Thatsache befreit, dass er die planmässige Loosezahl bis zur planmässigen Ziehungszeit nicht abzusetzen vermochte; es sei denn, dass durch Vertrag (Plan) oder Partikulargesetz dem Unternehmer ein Rücktrittsrecht gegen Einsatzerstattung ausdrücklich eingeräumt ist.[29]) Die nicht abgesetzten Nummern braucht der Unternehmer von der Ziehung nicht auszuschliessen, da er hierdurch die verkaufte Gewinnchance der Einsetzer ohne Gegenleistung derselben verbessern würde. Es steht ihm vielmehr frei, die Ziehung mit allen planmässigen Nummern vorzunehmen und die auf die nicht abgesetzten Nummern fallenden Gewinne zu behalten. (Sog. Mitspielen des Unternehmers oder Spielen der Loose auf eigene Rechnung.[30])

3. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Gewinne, die auf die gezogenen

---

[25]) Anders das Preuss. L.R. I 11 § 551. Ueber die Mangelhaftigkeit der Preuss. Bestimmung, welche die Art der Bekanntmachung nicht einmal regelt, vgl. Gruchot, p. 198 Not. 1 a. E.

[26]) So Holzschuher, p. 769, Gruchot, p. 198.

[27]) Nach Preuss. A. L.R. § 550 nur zur Zurückforderung des Einsatzes nebst Zinsen bei der Staatsklassenlotterie nicht einmal hierzu. Vgl. oben Not. 23. Für die nicht vom, Staate unternommenen Lotterieen hat das A. L.R. Gültigkeit behalten. — Für den Fall der ganz unverschuldeten Hinausschiebung (z. B. durch Erkrankung oder Tod des bei der Ziehung thätigen Waisenknaben) wird das Rücktrittsrecht dem Spieler zu versagen sein.

[28]) So bestimmt ausdrücklich Art. 865 des Deutsch. Oblig.Entw. „Der Unternehmer ist verpflichtet, die Loosziehung zu der im Plan vorausbestimmten Zeit vorzunehmen, selbst wenn zu dieser Zeit noch nicht alle Loose abgesetzt sind.“ Dagegen gab der erste Entwurf nach Art. 925 in diesem Falle das Rücktrittsrecht (Gruchot, p. 198.) Für das Rücktrittsrecht auch Hagemann, V p. 134, Bender, p. 41 ff., die Erfurter Fakultät 1764 (Schorch Nr. 21 p. 134), Bornemann, p. 195, Dernburg, p. 407, Holzschuher, p. 769, Gengler, Lehrb. p. 745. Vgl. dagegen Stobbe, p. 345, die Motive des bayr. Entw. des B.G.B. p. 234 (bei Gruchot, p. 199 Not. 2), Gareis im R.Lex. p. 679 u. Fr. Endemann, p. 111.

[29]) So im Preuss. A. L.R. I 11 § 550 ff. u. im ersten Deutsch. Oblig.Entw. (oben Not. 28).

[30]) Dass der Unternehmer in Wahrheit kein Spieler, vgl. oben p. 50 bei Not. 32. Gegen die Statthaftigkeit des „Mitspielens“ bei Ausspiellotterieen vgl. die Motive zu § 1481 des Sächs. B.G.B. (bei Gruchot, p. 199 Not. 2) u. bei Bender, p. 33 bei Not. 10; für die Berechtigung das Preuss. A. L.R., der bayr. Entw. Art. 775, der Deutsch. Entw. Art. 865, Dernburg, p. 407, Holzschuher, p. 769, Lange, p. 94 u. 153 ff. Letzterer spricht jedoch die Befugniss der eigenen Theilnahme dem Unternehmer ab, sofern er sich ausbedungen, dass der Gewinner nach der Zahl der nicht angebrachten Loose ihm eine Vergütung leiste.

BUAH

Nummern planmässig gefallen, auszuzahlen resp. zu übereignen. Sind betrüglich oder durch ein dem Unternehmer zuzurechnendes Versehen mehrere Loose mit derselben Nummer ausgegeben, so gebührt jedem derselben der volle Gewinn.[31]) Enthält der Plan keine abweichenden Bestimmungen, so ist der Gewinn sofort[32]) nach der Ziehung und zwar vom Unternehmer **unmittelbar**[33]) zu leisten. Letzteres auch dann, wenn der Gewinner die Gewinnsthoffnung nicht vom Unternehmer selbst, sondern von irgend einem Kollekteur, Subkollekteur oder einem früheren Spieler erworben hat; denn das erworbene Objekt ist immer die im Gewinnstfalle gegen den Unternehmer erwachsende Forderung. Nach vielen Plänen, auch nach dem Preussischen,[34]) haftet indes der Unternehmer nur **subsidiär**, falls der Kollekteur die Gewinnzahlung verweigert.[35]) Hat der Kollekteur Loose nicht rechtzeitig remittirt, sondern selbst gespielt, so gebührt ihm der auf dieselben gefallene Gewinn.[36])

Die Gewinnauslieferungspflicht erlischt nach vielen Plänen der Regel nach[37]) in sehr kurzer Zeit; ob diese Zeit Befristung oder Verjährung,[38]) ist nach dem Plane im einzelnen Fall zu entscheiden.

Sind Loose ausgestellt, so ist der Gewinn der Regel nach nur gegen Rückgabe des Looses vom Unternehmer zu leisten.[39]) Ausnahmen finden nach vielen Plänen statt:

---

[31]) Dalloz, répert. XXX p. 264 Nr. 34, Recueil, 1867 II p. 88 No. 10.

[32]) Ueber und gegen die in den Plänen vielfach ausbedungene Hinausschiebung der Gewinnauszahlung (um Zinsen zu lukriren) vgl. Fr. Endemann, p. 112.

[33]) Struben, IV Nr. 160, Danz, II § 212, Holzschuher, p. 772, Glück, p. 366 ff., Bender, p. 57 ff., Gründler, p. 157, Mittermaier, p. 91 Not. 21, Gengler, Priv.R. p. 434, Gerber, § 193, Wolff, p. 151, Haubold, Not. m, Fr. Endemann, p. 112 u. 128.

[34]) Pr. Pl. v. 24. Novbr. 1880 § 10. A. M. Fr. Endemann a. a. O., der auf Grund der preuss. Geschäftsanweisung für Lotterieeinnehmer v. 1. August 1875 § 32a ein Wahlrecht annimmt, indes nur den Fall berücksichtigt, dass der Kollekteur dem Präsentanten des Looses die planmässige Bescheinigung der abgelehnten Gewinnzahlung ertheilt. Wie aber, wenn er auch diese Bescheinigung verweigert? Alsdann hat er, „wie auch in judicando angenommen worden, kein Klagerecht gegen die Lotteriedirektion, wiewohl diese sein eigentlicher Debitor ist, muss vielmehr prinzipaliter den Einnehmer belangen, und kann nur in subsidium die Direktion angreifen.“ So Bornemann, p. 223. Vgl. auch Förster-Eccius p. 136. — Ein wirkliches Wahlrecht zwischen Kollekteur und Unternehmer konstituirt dagegen der Mecklenb.-Schwerinsche Plan ad 9 für grössere Gewinne.

[35]) Bender, p. 58, Koch, p. 784, Sammlung der Lübeckschen O.A.G. Entsch. in Bremer Sachen V p. 479.

[36]) Vgl. den Fall v. J. 1778 bei Bender, p. 45 Not. 8 a. E.

[37]) Eine Ausnahme findet statt bei Auszahlung als abhanden gekommen bescheinigter Loose; hier muss aber die Anzeige binnen jener Frist eingegangen sein. Vgl. unten bei Not. 40. Dem Kollekteur steht die Einrede der planmässigen Verjährung, falls er das Loos indossirt hatte, nicht zu. Vgl. die oben p. 65 Not. 24 citirten Entscheidungen.

[38]) Vgl. Dernburg, p. 406 Not. 7, Fr. Endemann, p. 119 u. die dort Citirten, sowie Bornemann, p. 226 u. Striethorst, Arch. III p. 243.

[39]) Bender, p. 47, Stobbe, p. 345, Fr. Endemann, p. 113.

BUAH

a. gegenüber dem Verlierer eines Looses, der von dem Verlust dem Unternehmer resp. Kollekteur ungesäumt bescheinigte Anzeige gemacht, falls kein Inhaber des als vermisst angezeigten Looses sich binnen der planmässigen Verfallzeit der Gewinne gemeldet hat;[40])

b. gegenüber demjenigen Spieler, welcher die herausgekommene Nummer in der früheren Klasse gespielt, deren Erneuerung rechtzeitig und rite nachgesucht, das ihm gebührende Loos aber entweder gar nicht[41]) oder anstatt desselben ein Loos mit einer andern Nummer erhalten hat.[42])

Die Uebergabe des Looses an den Kollekteur resp. Unterkollekteur ersetzt der Regel nach die Rückgabe an den Unternehmer **nicht**; vielmehr trägt der Spieler in solchem Falle die Gefahr der Unterschlagung Seitens des Kollekteurs.[43]) Eine Ausnahme findet statt, wenn im Plan dem Gewinner die Wahl freigestellt wäre, das Gewinnloos dem Unternehmer unmittelbar oder durch die Hand des Kollekteurs einzusenden.[44])

Ob der Unternehmer zur Ausantwortung des Gewinns an den Präsentanten des Looses unbedingt verpflichtet oder dessen Legitimation zu prüfen[45]) berechtigt oder gar verbunden[46]) ist, ist im einzelnen Falle nach dem Plan und dem Wortlaut des Looses zu entscheiden.[47]) Die modernen Staatslotteriepläne pflegen

---

[40]) Vgl. Bender, p. 50 ff., Fr. Endemann, p. 118. Es erscheint inkorrekt, dies als ein „besonderes Amortisationsverfahren" zu bezeichnen; das Loos wird gar nicht für kraftlos erklärt. — Ein gerichtliches Amortisationsverfahren ist „durchaus unnöthig und ungenügend, indem die Lotteriedirektion auch auf Grund eines Amortisations-Erkenntnisses vor Ablauf der Verfallzeit keine Zahlung leistet." Bornemann, p. 227. Vgl. noch Koch, p. 784. Holzschuher, p. 774.

[41]) Sächs. Plan § 5 Abs. 2. — Anders nach dem Hamburger Plan; vgl. oben Not. 5.

[42]) Sächs. Pl. § 5. Braunschw. Plan § 6 Abs. 1 a. E. Preuss. Plan § 5. Doch darf der Empfänger des verwechselten Looses diese Verwechselung nicht genehmigt haben. Vgl. oben bei Not. 17.

[43]) Preuss. Plan § 10, Fr. Endemann, p. 112, Holzschuher, p. 772, Bornemann, p. 229, sowie Gründler, p. 156—160, woselbst auch die älteren Vertreter der entgegengesetzten Meinung genannt und widerlegt sind.

[44]) Schmidt, hinterl. Abhdl. bei Holzschuher, p. 772, Gründler, p. 157.

[45]) Preuss. Plan § 3: „Nur der rechtmässige Besitz des Looses sichert den Gewinnanspruch"; aber auch § 10 Abs. 2: „Die Legitimation des Präsentanten unterliegt dabei keiner Prüfung" (ausgenommen 2 Fälle). — Auch der Sächs. Plan § 5 Abs. 2 versagt dem unrechtmässigen Besitzer die Gewinnzahlung. Der Braunschweigsche Plan § 10 gibt dem Spieler oder dem sonstigen rechtmässigen Inhaber den Gewinnanspruch. Dagegen allgemein der Deutsch. Obl.R. Entw. Art. 866: „Der Inhaber eines nicht auf den Namen lautenden Looses ist als solcher berechtigt, den darauf gefallenen Gewinn zu fordern; auf Loose, die auf jeden Inhaber lauten, finden die Vorschriften des Art. 347 Anwendung". Nach Art. 347 hat der Schuldner weder das Recht, noch die Pflicht, vor der Zahlung an den Inhaber dessen Berechtigung zur Innehabung der Urkunde zu prüfen und die Zahlung aus diesem Grunde zu verweigern, es sei denn ein gerichtliches Zahlungsverbot erlassen. Vgl. auch Züricher B.G.B. § 1779 u. dazu Bluntschli, p. 607 ad 2.

[46]) Holzschuher, p. 768: „Wenn nicht der Lotterieplan speziell den Spieler zum Nachweis verpflichtet, dass er rechtmässiger alleiniger Eigenthümer des Looses sei" ...

[47]) Vgl. oben p. 57 bei Not. 36—44 und die dort Citirten.

BUAH

trotz Anerkennung der Inhaberqualität der Loose dem Präsentanten die Auszahlung des Gewinns in 3 Fällen zu verweigern: einerseits wenn das Loos von einem Andern als ihm abhanden gekommen bei dem Unternehmer angemeldet wurde;[48]) andererseits wenn auf Grund eines Prozesses über das Recht am Loose eine gerichtliche Beschlagnahme erwirkt ist;[49]) endlich wenn infolge eines Versehens bei der Renovation das Gewinnloos einem anderen als dem Spieler der Vorklassen übergeben worden.[50])

Von den Gewinnen darf der Unternehmer nach vielen Plänen bedeutende Abzüge machen.[51]) Andererseits ist nach manchen Plänen der Unternehmer den Gewinnern der Vorklassen oder den Nichtgewinnern der letzten Klasse zur einsatzfreien Ueberlassung eines sog. **Freilooses** für die folgende Klasse, resp. für die erste Klasse der folgenden Lotterie, event. zur Erstattung des Werthes verpflichtet.[52])

Der Verpflichtung zur Gewinnzahlung kann der Unternehmer bei nicht auf den Namen lautenden Loosen regelmässig nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche aus der Person des Inhabers entnommen sind oder aus dem Loose selbst, resp. aus einem auf das Loos gesetzten Vermerk erhellen.[53])

4. Bei den Wohlthätigkeitslotterieen ist der Unternehmer verpflichtet, dem Ertrage der Unternehmung die im Plan angegebene Bestimmung zu geben. Die französische Jurisprudenz gewährt wegen anderer Verwendung des Ertrages den Loosinhabern „l'action directe pour abus de mandat" gegen den Unternehmer.[54]) Auch in Deutschland dürfte bei der Wohlthätigkeitslotterie dem Spieler die Klage auf planmässige Verwendung des Lotterieerlöses resp. Einsatzerstattung nicht abzusprechen sein; denn dem Hoffnungskauf ist hier ein ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenes pactum adjectum über die Verwendung des Erlöses zu dem bestimmten Zweck für beigefügt zu erachten.

5. Nach preussischem Landrecht ist der Unternehmer verpflichtet, so lange noch Loose vorhanden sind, bis zum planmässigen Zeitpunkt, wo der

---

[48]) Vgl. oben Not. 40.

[49]) Fr. Endemann, p. 117 ff. — Dass eine Arrestfreiheit der Gewinne den Gläubigern des Gewinners gegenüber (trotz der gegentheiligen Planbestimmungen) seit Erlass der Civilprozessordnung nicht existirt, ebendas. p. 116, 117.

[50]) Vgl. oben Not. 42. Wolff, Arch. p. 143, will indes dem redlichen Besitzer der verwechselten Nummer den Anspruch auf den Gewinn gewähren, den Unternehmer resp. Kollekteur also zur doppelten Auszahlung verpflichten. Falls der Plan dies nicht ausschliesst, ist dies berechtigt.

[51]) Preuss. Plan § 11, Sächs. § 6, Mecklenb. ad 8, Braunschw. § 8, Hamb. § 4. Vgl. Fr. Endemann, p. 78 u. 114.

[52]) Preuss. Plan § 6 (doch müssen die Einsätze für die schon gezogenen Klassen nachbezahlt werden), Hamb. Plan § 5. Vgl. noch Bender, p. 14, 18, 78 a. E. u. 85 Not. 3 und R.O.H.G. IX p. 63.

[53]) Dernburg, p. 407. Ueber die Kompensationseinrede vgl. unten § 297 bei Not. 16 ff.

[54]) Dalloz, rép. XXX p. 264 Nr. 33. Vgl. oben p. 47 bei Not. 12.

BUAH

Absatz geschlossen werden soll, jedem sich meldenden Einsetzer Loose zu überlassen.[55]) Dieser gesetzlichen Bestimmung, die sich übrigens wohl nur auf öffentliche Lotterieen beziehen dürfte, widerspricht das Verbot der Preuss. Geschäfts-Anweisung vom 1. August 1875, Personen, die ein Loos auch nur einmal an andere übertragen haben, kein Loos mehr abzugeben.[56]) Die unbegründete Weigerung des Loosabsatzes macht den Unternehmer schadenersatzpflichtig.[57])

6. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Spieler auf Verlangen den Lotterieplan auszuhändigen[58]) und die Einsicht in die Ziehungsliste zu gewähren.[59])

7. Der Unternehmer wird durch alle von seinen Einnehmern[60]) geschlossenen, an sich rechtsgültigen und planmässigen[61]) Verträge und Handlungen, soweit keine Beschränkung publizirt worden, direkt verpflichtet.[62]) Aus den Verträgen und Handlungen derjenigen Personen, die ein Kollekteur sich eigenmächtig substituirt hat, oder die sich eigenmächtig zu Kollekteuren aufgeworfen haben, haftet der Unternehmer nur insofern, als er durch die Annahme der von ihnen eingesammelten Einsatzgelder oder sonst die Geschäftsthätigkeit jener Personen genehmigt hat.[63])

Der Unternehmer haftet auch für die Versehen und unerlaubten Handlungen seiner Kollekteure innerhalb des ihnen übertragenen Geschäftskreises;[64]) so, wenn der Kollekteur die empfangenen Einsätze oder die erhobenen Gewinne

---

[55]) A. L.R. I, 11 § 552, Bornemann, p. 196, Koch, p. 783.

[56]) Vgl. über dieses Verbot Fr. Endemann, p. 143.

[57]) Ueber den Umfang des Schadenersatzes vgl. oben Not. 3—5.

[58]) Resp. durch den Kollekteur aushändigen zu lassen. Braunschw. Plan § 14, Sächs. Plan § 11, Haubold, Not. g.

[59]) Preuss. Plan § 9, Sächs. Plan § 4, Braunschw. Plan § 5 Abs. 2, Bender, p. 16 u. 102.

[60]) Das gilt nicht nur von den Mandataren, sondern auch von jenen Einnehmern, die Loose als Kommissionäre, durch Trödelvertrag oder Kauf zum Weiterverkauf übernommen haben. Vgl. Holzschuher, p. 770 und die dort Citirten, sowie oben p. 16.

[61]) Alle von den Planbestimmungen abweichenden besonderen Verträge zwischen Spielern u. Kollekteur sind für den Unternehmer unverbindlich, so die Verträge über Indossirung, Besorgung der Renovation, Kreditirung, Kompagniespiel, Aufbewahrung der Loose, Gewinneinziehung. Vgl. Preuss. Plan §§ 3, 5, 10, Sächs. § 5 a. E., Mecklenb. ad 6, Braunschw. § 6 a. E.

[62]) Hagemann, V p. 133, Bender, p. 43, Holzschuher, p. 770, Glück, p. 362, Gründler, p. 160, Mittermaier, p. 91, Gruchot, p. 201, Dernburg, p. 406 Not. 8, Gengler, Priv.R. p. 434, Förster-Eccius, Not. 124 u. 127, Fr. Endemann, p. 126, 127 u. die dort Citirten.

[63]) Glück, XI p. 360 ff., Gruchot, p. 202, Bender, p. 44, Bornemann, p. 228, Preuss. A. L.R. § 559 ff., 564 I, 11. — Hat der Hauptkollekteur vom Unternehmer Substitutionsbefugniss, so haftet der Unternehmer für den Unterkollekteur in gleicher Weise, wie für den Hauptkollekteur. Holzschuher, p. 773.

[64]) Glück, p. 362, Hagemann, 133, Koch, p. 786, Gengler, Lehrb. p. 746, Holzschuher, p. 770, Bender, p. 44 u. die dort Not. 6 citirten Autoren. Vgl. jedoch Erk. des O.A.G. zu München v. 25. Juni 1820: „Die Lotteriedirektion haftet für ihre Kollek-

BUAH

unterschlägt[65]), oder wenn er bei Anfertigung oder Einsendung der Listen eines Versehens sich schuldig gemacht hat.[66])

Die Verbindlichkeit des Unternehmers zur Vertretung seiner Kollekteure wird durch nicht-öffentlichen Widerruf der Bestellung nicht berührt; vielmehr muss derselbe bis zum **öffentlichen** Widerrufe für alle vom Kollekteur inzwischen planmässig geschlossenen Verträge haften.[67])

8. Endlich ist der Unternehmer seinen Kollekteuren gegenüber verpflichtet, die vertragsmässige Provision von den abgesetzten Loosen zu gewähren und der Regel nach auch die gemachten Auslagen zu erstatten.[68])

§ 297.

B. Des Theilnehmers.

1. Der Theilnehmer ist zur Entrichtung des planmässigen Einsatzes verpflichtet.[1]) Die Zahlung hat an den Kollekteur, mit welchem der Vertrag geschlossen worden, eventuell an den Unternehmer zu geschehen. Die Zahlung soll in der Regel **Zug um Zug** gegen Empfang des Looses erfolgen; bis zur erfolgten Zahlung ist der Gegenkontrahent (Unternehmer, Kollekteur) der Regel nach zur Zurückbehaltung der Loose berechtigt.[2])

Eine **Vorausbezahlung** des Einsatzes für spätere Klassen ist nicht ausgeschlossen, begründet aber, von Vollloosen abgesehen,[3]) einen Anspruch auf eventuelle Rückgewähr nur gegen den unmittelbaren Empfänger; ist die Pränumeration also planwidrig an den Kollekteur erfolgt, so ist der Unternehmer nicht haftbar.[4])

Auch die **Kreditirung** des Kaufpreises ist gemeinrechtlich nicht unstatthaft. Sie kann Seitens des Unternehmers oder des Kollekteurs erfolgen; in letzterem Falle geschieht sie auf des Kollekteurs eigene Gefahr, insofern er dem Unternehmer den vollen Einsatz der abgesetzten Loose gewähren muss.[5]) Die Kreditirung wird nicht vermuthet, der Spieler hat sie stets zu beweisen.[6])

---

teurs so weit, als sie innerhalb der Grenzen ihrer Vollmacht handeln, keineswegs aber für blosse Nachlässigkeiten u. Irrungen derselben." (bei Gruchot, p. 201 Not. 3).

[65]) Vorbehaltlich des oben Not. 43 erwähnten Falls. Vgl. Bender p. 44.

[66]) Koch, p. 786. — Ueber den planmässigen Ausschluss der Haftung des Unternehmers für unrichtige Registrirung der besetzten Nummern beim Zahlenlotto vgl. Bender, p. 118 ff. Not. 9, u. Holzschuher a. a. O.

[67]) Bender, p. 44, Bornemann, p. 231.

[68]) Lange, p. 174, 175, Bender, p. 123 ff., Fr. Endemann, p. 124. Ueber die Verpflichtung zur Lieferung der zugesicherten Anzahl Loose behufs Vertriebes vgl. oben Not. 6–10.

[1]) Ueber den Einsatz als Perfektionsmittel des Vertrages vgl. oben p. 53 bei Not. 5.

[2]) Gengler, Lehrb. p. 746. R.O.H.G. 12. Febr. 1873 (IX p. 58, 60, 62). Anders natürlich im Fall des kreditirten Einsatzes. Neubert, p. 50.

[3]) Sächs. Plan § 3, § 7 Abs. 2. Vgl. oben p. 64 Not. 17.

[4]) Fr. Endemann, p. 138. Preuss. Pl. § 3 a. E.

[5]) Wolff, Arch. p. 135, Neubert, p. 50, Bender, p. 81, Bornemann, p. 214, Fr. Endemann, p. 135.

[6]) Wolff, p. 136, Glück, p. 366, Bender, p. 78, Fr. Endemann, p. 136.

BUAH

Die Einräumung des Kredits kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Das Letztere ist insbesondere auch dann anzunehmen, wenn ein Kollekteur ohne Zahlung für die bereits gezogene Klasse zu fordern, dem Theilnehmer die Renovationsloose, ohne den Preis für dieselben ausdrücklich zu verlangen, zusendet,[7]) oder wenn derselbe die an sich renovationsbedürftigen Loose bis zur letzten Ziehung aufzuheben verspricht.[8]) Auch die dem Indossament des Looses beigefügte Klausel „Werth in Rechnung" ist als Krediteröffnung für alle resp. für die im Indossament bezeichneten Klassen der Regel nach zu erachten.[9]) Die Kreditzusage bezieht sich im Zweifel nur auf die einzelne Klasse, deren Ziehung eben bevorsteht.[10]) Eine Erstreckung des Kredits ist anzunehmen, wenn bei Ueberschreitung des der Zeit oder der Summe nach begrenzten Kredits der Kollekteur auf das Prolongationsgesuch des Spielers schweigt.[11])

Die Klage auf den kreditirten Einsatz ist dem Unternehmer resp. Kollekteur gemeinrechtlich nicht zu versagen; die für die entgegengesetzte Meinung von den älteren Rechtslehrern angeführten Stellen[12]) über die Klaglosigkeit der Spielschuld sind für die Lotterie als einen Hoffnungskauf unmassgeblich. Manche Pläne und Partikularverordnungen haben jedoch die Kreditirung[13]) auf einen gewissen Betrag oder durch Festsetzung kurzer Verjährungsfristen beschränkt. Die Preussische Gesetzgebung hat dem Unternehmer und Kollekteur die gerichtliche Klage ganz entzogen.[14])

Die Einsatzforderung ist aber selbst dort, wo ihr die Klagbarkeit ganz oder theilweise entzogen worden, als natürliche Verbindlichkeit wirksam: insbesondere kann sie die Grundlage für ein nachträgliches Erfüllungsversprechen bilden[15]) und gegen den auf ein kreditirtes Loos gefallenen Gewinn kompensirt

---

[7]) Bender, p. 79, Wolff, p. 137, Gengler, Lehrb. p. 746. Vgl. noch Du Chesne, Z. f. R. u. V. XI p. 197 ff. u. R.O.H.G. IX p. 56 ff.

[8]) O.A.G. Dresden (Z. f. R. u. V. N. F. 38 p. 44). Andere Beispiele noch bei Bender u. Wolff.

[9]) Bender, p. 98 ff., Wolff, p. 151, Gengler a. a. O. Not. 43, Mittermaier, p. 92.

[10]) Schwarze, Z. f. R. u. V. III p. 88 (O.A.G. Dresden 1836), Wolff, p. 137 Not. 14 a. E.

[11]) Wolff a. a. O., Bender, p. 80.

[12]) l. ult. Cod. de aleat; Art. 211 der Fussknechtsbestallung v. 1570. So Struve, Berlich, Lauterbach, Stryk; vgl. dagegen Gründler, § 334b, Gruchot, p. 189, 190, Fr. Endemann, p. 137. Art. 775 des bayr. Entw. gewährt dem Unternehmen die Nachforderung des Loospreises.

[13]) Bender, p. 82 ff., Stobbe, p. 344 Not. 13 u. 14, Grefe, p. 398, Freytag, in der Hannov. Jurist. Ztg. III p. 147, Wolff, p. 135 Not. 6, Oesterr. Lotto-Patent v. 1813 § 5: „Kein Einsatz kann auf Kredit angenommen werden".

[14]) Bez. Preussens, dessen Gesetzgebung oft geschwankt, vgl. Koch, p. 785, Ger.Z. Nr. 12, Gruchot, p. 189, Förster-Eccius, p. 135; antiquirt ist Bornemann, p. 213 ff., Letzterer bezieht das Verbot der Einklagung nur auf Privatlotterieen. Das Preuss. L.R. ist übrigens mit seiner Entziehung des Klagrechts nicht so ganz ohne Nachahmung geblieben, wie Fr. Endemann p. 137 bei Not. 1 meint, (vgl. z. B. Anhalt-Köthener Ed. v. 1822 § 2, Bender, p. 83 Not. 7).

[15]) Entsch. des Hannov. Konsistoriums v. 1824, sowie Brauns u. Eickemeyer,

BUAH

werden. Die Kompensationseinrede ist jedoch dem dritten gutgläubigen Präsentanten eines Inhaberlooses gegenüber nur insoweit statthaft, „als die Einsatzreste auf dem Gewinnloose vermerkt stehen und sich auf das Letztere ausschliesslich beziehen".[16]) Hiernach braucht allerdings der Debitor, um gegen jede Geltendmachung der Einsatzforderung geschützt zu sein, das Loos nur einem Dritten zu übertragen;[17]) indes findet dieser Ausschluss der Einrede dem gutgläubigen Dritten gegenüber bei jedem Inhaberpapier statt; auch hat der Gläubiger, der den schriftlichen Kreditirungsvermerk unterlassen hat, diese Konsequenz sich selbst zuzuschreiben.[18])

Verzug des Theilnehmers bezüglich des Einsatzes berechtigt in vielen Fällen[19]) den Unternehmer resp. den Kollekteur zum Rücktritt vom Vertrage resp. zur Renovationsweigerung. Der Rücktritt bezüglich der späteren Klassen hebt das Anrecht auf den kreditirten Einsatz der Vorklassen nicht auf, auch nicht für den Kollekteur. Es gilt dies selbst für den Fall, dass der Unternehmer oder Kollekteur das vom Spieler nicht renovirte Loos als sog. **Kaufloos**[20]) zum vollen Preise anderweitig verkauft; denn wenngleich er hierbei den Einsatz der Vorklassen vom Käufer des Kauflooses ganz oder theilweise mitvergütet erhalten hat, so ist doch das Verhältniss zwischen dem Unternehmer resp. Kollekteur und dem dritten Käufer für den ersten Theilnehmer eine res inter alios gesta, dem Letzteren daher der geschuldete Einsatz der Vorklassen nicht für erlassen zu erachten.[21]) Einer Androhung des Rücktritts bedarf es nur in den Fällen, in denen der Lotterievertrag als Handelsgeschäft sich karakterisirt und nicht als Fixgeschäft abgeschlossen ist.[22])

(Hannov. Jurist. Ztg. III 2 p. 140, IV 2 p. 52 ff., V 2 p. 59 ff.: vgl. noch Vorwerk a. a. O. IV 1 p. 93, 94 u. IV 2 p. 186 ff. Entsagung der Einrede bei der Kreditirung selbst ist unstatthaft.

[16]) Ueber diese Streitfrage vgl. Bender, p. 81 u. 102, Neubert, p. 50, Koch, p. 780 (anders noch in der 1. Ed. p. 652), Wolff, p. 156 Not. 2, Stobbe, p. 344 Not. 14, Förster-Eccius, p. 135, Fr. Endemann, p. 137 Not. 3. — Preuss. Plan § 11 (vgl. aber auch § 558 A. L.R. I, 11 u. § 23 der Preuss. Anweisung), Braunschw. Plan 10 Abs. 3.

[17]) Stobbe a. a. O.

[18]) Fr. Endemann, p. 137, 138.

[19]) Z. B. bezüglich der späteren Klassen nach den Plänen von Braunschweig § 6 Abs. 2 und Hamburg § 3; auch nach den Plänen, die das Erlöschen des Anspruchs nur für den Fall der nicht rechtzeitigen Looserneuerung androhen (z. B. Sächs. § 5 Abs. 1 a. E., Mecklenburg. ad 5 c., Frankfurter StadtLott.), denn unter nicht rechtzeitiger Erneuerung ist auch die nicht rechtzeitige Berichtigung der Renovationsgelder zu verstehen (R.O.H.G. IX p. 56). Vgl. aber auch Grefe p. 399. — Ist der Lotterievertrag Handelsgeschäft, so folgt das Rücktrittsrecht bez. der Klassen, deren Loose noch nicht übergeben worden, aus Art. 354 H.G.B. (R.O.H.G. a. a. O.) — Der bayrische Entwurf Art. 775 gewährt dem Unternehmer generell das Wahlrecht zwischen Rücktritt und Einsatzklage (Gruchot p. 190).

[20]) Oben p. 62.

[21]) Besonders Schwarze III p. 83. Vgl. auch Neubert p. 17, 45 u. 46. Mittermayer II p. 92, Holzschuher p. 772 f., A. M. bezüglich des Kollekteurs Haubold Not. l., Gründler p. 162 u. die dort Citirten. — Vgl. auch R.O.H.G. IX p. 61.

[22]) R.O.H.G. IX p. 60. Ist der Lotterievertrag jedoch nicht Handelsgeschäft, so ist Mahnung nicht erforderlich; vielmehr ist das vertragsmässige Rücktrittsrecht des Unternehmers resp. Kollekteurs begründet, sobald die fällige Leistung nicht gemacht worden. Windscheid § 323 Not. 8.

BUAH

Der Besitz des Looses beweist die Einsatzzahlung an und für sich noch nicht,[23]) da Originalloose oft genug Spiellustigen ohne vorgängige Berichtigung des Einsatzes zugesandt werden.

2. Nach vielen Plänen hat der Theilnehmer neben dem eigentlichen Einsatz noch Zuschläge unter verschiedenen Bezeichnungen (Schreibgeld, Schreibgebühren, Kollekturgebühren, Aufgeld) für das Loos zu entrichten.[24]) Fehlt es an der planmässigen Festsetzung oder vertragsmässigen Verabredung, so ist der Spieler zur Entrichtung solcher Zuschläge nicht für verpflichtet zu erachten. Dagegen hat er dem Kollekteur, falls derselbe von ihm zur Gewinnerhebung beauftragt war, neben Erstattung der Auslagen die übliche Inkassoprovision, bei früherer als der planmässigen Zahlung auch das Interusurium zu gewähren.[25])

3. Zur Entrichtung der Reichsstempelabgabe ist der Theilnehmer bei den Staatslotterien gesetzlich, bei anderen Lotterien nur bei planmässiger oder vertragsmässiger Bestimmung verpflichtet.[26])

4. Der **Gewinner** ist nach vielen Plänen[27]) verpflichtet, an den Unternehmer und an seinen Kollekteur oder Unterkollekteur[28]) erhebliche Provisionen zu zahlen, resp. sich dieselben vom Gewinne abziehen zu lassen. Auch ohne planmässige Bestimmung ist er mitunter nach dem örtlichen **Herkommen** zu Gratifikationen an seinen Kollekteur (sog. **Douceurgelder**) für verpflichtet erachtet worden.[29]) Es dürfte indes ein allgemeines Klagrecht auf Douceurgelder nicht anzuerkennen sein. Andererseits aber muss die Zurückforderung solcher Gratifikationen durch den Geber als ausgeschlossen gelten,[30]) selbst da, wo die Ausbedingung, Abforderung oder Annahme anderer, als der planmässigen Gebühren den Kollekteuren und Subkollekteuren vom Unternehmer verboten ist.[31])

Auf planwidrige Geschenke des Gewinners an den Kollekteur hat der Unternehmer keinerlei Anspruch; ebensowenig der Kollekteur auf Zuwendungen, die der Gewinner aus blosser Liberalität ohne Rechtsgrund seinem Unterkollekteur gemacht hat.[32])

---

[23]) Wolff p. 135 Not. 5 und die dort Citirten; vgl. auch oben § 292.

[24]) Preuss. Pl. § 2, Sächs. § 3, Mecklenb. § 2, Braunschweig. § 4, Hamb. § 2. Vgl. auch Bender p. 123, Fr. Endemann p. 124, Wolff p. 155.

[25]) Wolff, Arch. p. 155, 156.

[26]) Nach § 12 R.Ges. vom 1. Juli 1881 ist der Veranstalter von Lotterien und Ausspielungen verpflichtet, die Stempelabgabe für die gesammte planmässige Anzahl der Loose im voraus zu entrichten; für die Staatslotterie ist durch § 18 diese Bestimmung aufgehoben und die Lotterieverwaltung angewiesen, die Stempelsteuer für die Loose einzuziehen. — Ueber die Stempelsteuer vgl. Fr. Endemann p. 77 Not. 3.

[27]) Preuss. Pl. § 11, Sächs. § 6, Mecklenb. § 8, Braunschweig. § 8, Hamb. § 4. Vgl. auch Bender p. 123, Fr. Endemann p. 78, 113, 114.

[28]) Braunschweig § 8 „einschliesslich des Antheils der etwaigen Subkollekteure".

[29]) Vgl. die Entscheidung bei Bender p. 134 Not. 6, sowie auch Endemann, H.R. p. 594 „gegen die übliche Provision"; Fr. Endemann p. 125 ff.

[30]) Bornemann p. 231, Bender p. 134.

[31]) Wie in Braunschweig und Hannover. Vgl. Steinacker p. 315.

[32]) Struben, rechtliche Bedenken IV Nr. 173, Bender p. 133 Not. 4, aber auch p. 134 Not. 6 Z. 13 u. 14, Holzschuher p. 708, Danz II p. 314, Wolff p. 156.

BUAH

5. Die Sorge für die Renovation kann nicht als Pflicht des Theilnehmers bezeichnet werden;[33]) die Renovation ist die Bedingung, von der der Abschluss des Lotterievertrages für die späteren Klassen abhängt und steht im Belieben des Theilnehmers.

6. Durch Weiterveräusserung übernimmt der Theilnehmer die Haftung für die Echtheit und Gewinnfähigkeit des verkauften Looses; seine Verpflichtungen sind insoweit denen des Unternehmers oder Kollekteurs analog.[34]) Für die Auszahlung des etwa auf das Loos fallenden Gewinnes haftet er an und für sich nicht.

§ 298.

Die Pflichten des Kollekteurs.[1])

I. Dem Unternehmer gegenüber ist der Kollekteur hauptsächlich verpflichtet,

1. sich um den Absatz der nicht fest übernommenen Loose zur Taxe zu bemühen,[2])

2. die hiervon nicht abgesetzten Loose rechtzeitig einzusenden oder deren Preis zu bezahlen,[3])

3. die für Rechnung des Unternehmers empfangenen Einsätze, soweit sie nicht zur instruktionsmässigen Auszahlung gelangen, unter Rechnungslegung einzusenden (sog. Ueberschussgelder),[4])

4. die ihm aufgetragenen Zahlungen zu leisten,

5. für die vertrags- oder instruktionsmässige Thätigkeit der von ihm angenommenen Unterkollekteure und Gehilfen zu haften.[5])

Im einzelnen entscheidet der Anstellungsvertrag resp. die vom Unternehmer dem Kollekteur ertheilte Geschäftsanweisung. Durch dieselben ist den Einnehmern häufig noch eine Reihe weiterer Handlungen und Unterlassungen auf-

---

[33]) A. M. Gengler, Lehrbuch p. 747. Vgl. auch oben p. 64.

[34]) Gruchot p. 191, Fr. Endemann p. 133 Not. 1, vgl. oben p. 56 Not. 29 u. p. 69 Not. 31.

[1]) Die Pflichten der Subkollekteure sind im allgemeinen denen der Hauptkollekteure analog, nur dass an Stelle des Unternehmers ihnen gegenüber der Hauptkollekteur erscheint. Vgl. über sie oben p. 61 a. E., Fr. Endemann p. 131, die dort Citirten, sowie Wolff p. 151, 152.

[2]) Gengler, Lehrbuch p. 749, Fr. Endemann p. 130. Diese Verpflichtung hat der Kollekteur auch bei Uebernahme der Loose mittelst Trödelvertrags. Vgl. Windscheid § 383 Not. 11 u. oben p. 60 Not. 12.

[3]) Bender p. 119, Fr. Endemann p. 123.

[4]) Bender p. 121 ff., Gengler a. a. O., Fr. Endemann p. 124.

[5]) Vgl. unten Not. 10. Es ist wohl nur Inkorrektheit des Ausdrucks, wenn das O.A.G. Jena (Seuffert IV p. 389) behauptet, die dem Plane beigefügte „Nachricht", nach welcher jeder Kollekteur für seine Subkollekteurs und alle diejenigen hafte, denen er Loose zum Debit anvertraut, beziehe sich nicht sowohl auf das Verhältniss des Kollekteurs zur Direktion, als auf das zu den Spielern. Es bezieht sich vielmehr auf das Verhältniss des Kollekteurs sowohl der Direktion, als den Spielern gegenüber.

BUAH

erlegt, meist Kautionsbestellung, besondere Art der Buchführung, Ablieferung resp. Kassirung der Trefferloose, sowie Unterlassung des Indossaments, der Kreditgewährung, der Anreizung zu Lotterieverträgen, der Annahme von Douceurgeldern u. s. w.[6])

II. Dem Spieler gegenüber hat der Kollekteur besonders die Pflicht,

1. echte und gewinnfähige Loose zu übergeben;[7])

2. den Plan, die Geschäftsanweisung und die Gewinnlisten auf Erfordern auszuhändigen, resp. zur Einsicht vorzuzeigen;[8])

3. von dem auf das Loos gefallenen Gewinn (bei Verlust der Berufung auf die planmässige Verjährung) rechtzeitige Mittheilung zu machen;[9])

4. für die vertragsmässige oder der publizirten Instruktion gemässe Thätigkeit ihrer Unterkollekteure und Gehilfen einzustehen.[10]) Auch wenn der Kollekteur nicht Kaufmann ist, gelten diejenigen Personen, die in seinem Geschäftslokale zur Besorgung der im Kollekturbetriebe vorkommenden Angelegenheiten angestellt sind, für ermächtigt, daselbst für den Kollekteur rechtsverbindliche Verträge abzuschliessen, sofern letztere nur nicht ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftskreises liegen.[11])

5. Zur Auszahlung der auf die Loose der Kollekte gefallenen Gewinne ist der Kollekteur an und für sich **nicht** verpflichtet.[12]) Ein „allgemeines Gewohnheitsrecht", das den Spieler berechtigte, sich sowohl an den Unternehmer, als an den Kollekteur zu wenden, lässt sich nicht anerkennen.[13]) Dagegen besteht allerdings die Auszahlungspflicht des Kollekteurs (neben oder gar vor derjenigen des Unternehmers) nach einer grossen Reihe von Plänen.[14]) Sie reicht aber auch in diesen Fällen der Regel nach nur soweit, als der Kollekteur vom Unternehmer resp. der Untereinnehmer vom Hauptkollekteur Gelder zur Auszahlung **empfangen** hat. Insoweit haftet aber allerdings der Kollekteur, sei er Haupt-

---

[6]) Fr. Endemann p. 124—128 u. 134.

[7]) Vgl. oben p. 56 u. p. 70, 71.

[8]) Preuss. Pl. §§ 9 u. 15, Sächs. §§ 4 u. 11, Braunschweig. § 5 Abs. 2 u. § 14.

[9]) Bender p. 103, Wolff p. 154. — Bis zu dieser Auskunft hat der Spieler an dem kreditirten Einsatze ein Retentionsrecht. Thöl, Entscheidungsgründe p. 115.

[10]) Bender p. 129 ff., O.A.G. Celle 14. Nov. 1826. (Hannov. Jurist.Ztg. II, 2 p. 11). Zu weit geht Fr. Endemann p. 131: „Der Hauptkollekteur muss für alle und jede Handlungen seiner Unterkollekteure so einstehen, als ob er sie selbst vorgenommen." Vgl. die von Endemann Not. 5 Citirten, sowie Hagemann V p. 132, Gengler, Lehrbuch p. 749, Mittermaier p. 92, Seuffert, Archiv IV Nr. 245.

[11]) O.A.G. Dresden 6. Juni 1872 (Seuffert, Arch. XXX Nr. 142, Z. f. H.R. XXI p. 552).

[12]) A. M. Holzschuher p. 771, Mittermaier p. 91 und Glück p. 366. Vgl. aber Kuntze Not. zu Holzschuher a. a. O., Lange p. 184 ff., Koch p. 786, Dernburg p. 408, Busch's Arch. XIII p. 77.

[13]) A. M. Wolff p. 151.

[14]) Preussen § 10, Sachsen § 7, Mecklenburg § 9, Braunschweig § 9 (vgl. hierzu Entsch. d. O.A.G. Lübeck in Bremer Sachen V p. 479), Hamburg §§ 4 u. 7 (dort ist sogar nur von der Auszahlung durch den Kollekteur die Rede). Vgl. auch Bender p. 57, Fr. Endemann p. 112 u. oben p. 74.

BUAH

oder Unterkollekteur, auch ex propriis, denn die Verabfolgung und Uebernahme der Gewinnste stellt ein nach Analogie der Verträge zu Gunsten Dritter zu beurtheilendes Rechtsgeschäft dar, dessen Wirksamkeit durch die Unbestimmtheit der Person des Gewinners zur Zeit des Abschlusses nicht ausgeschlossen ist.[15]) Diese persönliche Verbindlichkeit des Kollekteurs zessirt zwar durch den vor Präsentation des Looses bei ihm eingetroffenen Widerruf[16]) des Unternehmers resp. Hauptkollekteurs; sie ist aber nicht davon abhängig, dass der Kollekteur die Mittel des Unternehmers noch in Händen hat. Der Kollekteur bleibt sonach dem rechten Gewinner persönlich verhaftet, mag er auch die empfangenen Gelder irrthümlich an Andere gezahlt oder verloren haben. Selbstverständlich wird durch diese persönliche Haftung des Haupt- resp. Subkollekteurs die Verpflichtung des Unternehmers resp. Hauptkollekteurs, jenen dem Spieler gegenüber zu vertreten, nicht berührt;[17]) der Gewinner hat also, falls die dem Kollekteur verabfolgten Gewinngelder demselben abhanden gekommen sind, die Klage gegen den Kollekteur und eventuell gegen den Unternehmer. Der Haupt- oder Subkollekteur, der die Gewinngelder zur Auszahlung empfangen, kann sich, da er dem Gewinner in Höhe derselben persönlich haftet, der Regel nach[18]) auf die kurzen Verjährungs- oder Präklusivfristen nicht berufen, da dieselben nur zu Gunsten des Unternehmers aufgestellt zu sein pflegen.[19])

Ausnahmsweise kann der Kollekteur auch ohne Empfang der Gewinngelder für die Gewinnauszahlung haften. Eine solche Haftung muss aber entweder ausdrücklich im Plan ausgesprochen oder durch Separatverträge übernommen, oder sie muss durch besondere schuldhafte Handlungen des Kollekteurs verursacht sein.[20])

Die Pflicht zur Zahlung gewisser niedrigster Gewinne ist dem Kollekteur oft durch Separatvertrag mit dem Spieler erlassen (sog. **Spiel gegen Verzichtleistung**).[21])

---

[15]) O.A.G. Dresden 17. Oktbr. 1861 in Z. f. R. u. V. N. F. XXII p. 341. A. M. Schmidt p. 474. Vgl. auch Gengler, P.R. p. 434. — Lange p. 178 u. Bender p. 59 nehmen nur Anweisung, nicht Vertrag zu Gunsten Dritter an. — Zu Gunsten einer persona incerta kann kontrahirt werden, vgl. Sohm, Z. f. H.R. XVII p. 77 u. Stobbe III. p. 118.

[16]) Das O.A.G. Dresden hat die Widerruflichkeit des pactum in favorem des Gewinners ausdrücklich vorbehalten; irrig daher Schmidt a. a. O.

[17]) O.A.G. Dresden a. a. O.

[18]) Ausnahmen bei Wolff p. 152 ff.

[19]) Sammlung der Entsch. d. O.A.G. Lübeck in Bremer Civilrechtssachen V p. 479. Vgl. auch O.A.G. Dresden a. a. O. p. 342 ff., Seuffert XI Nr. 176 (Lübeck 1833 in Frankfurter Sachen) u. oben p. 74 Not. 37.

[20]) Z. B. durch Unterschlagung des zur Gewinneinkassirung empfangenen Looses (oben p. 75 Not. 43) oder durch Ausgabe eines falschen oder nicht in die Spiellisten eingetragenen Looses, auf das ein Gewinn gefallen (Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung II p. 353 bei Mittermaier II p. 91 Not. 21, Lange p. 185). Vgl. auch Preuss. A. L.R. I, 11 §§ 565—567 u. Koch p. 786.

[21]) Bender p. 93, Weiske, Rechtslex. p. 764.

BUAH

Die erfolgte Gewinnauszahlung wird durch den blossen Besitz des Trefferlooses Seitens des Kollekteurs keineswegs erwiesen.[22])

Ist der Kollekteur Kaufmann und liegt ihm die Gewinnauszahlung ob, so ist er zur Zahlung von 6 % Verzugszinsen verpflichtet, gleichviel ob auch auf Seite des Theilnehmers ein Handelsgeschäft vorliegt, und ob auch dieser Kaufmann ist oder nicht.[23])

6. Nach manchen Plänen resp. Verordnungen hat der Kollekteur die Pflicht, für seine Kundleute auch ohne Separatvertrag und ohne Erbieten derselben die Renovation der Loose zu beschaffen.[24])

7. Endlich ist der Kollekteur zur Erfüllung der mit einzelnen Theilnehmern ausdrücklich oder stillschweigend geschlossenen Separatverträge selbst dann verpflichtet, wenn Plan und Instruktion ihm den Abschluss derselben verbieten. Hierzu gehören insbesondere planwidrige Verträge über Renovation, der Indossamentsvertrag, die Uebernahme des Gewinnst-Inkassos, die Kreditgewährung, die Aufbewahrung der Loose, die Versicherung gegen die Nietenziehung u. a. m.[25])

---

[22]) Mittermaier Not. 24, Holzschuher p. 772 ad 6, Wolff p. 157 u. die dort Not. 60 Citirten.

[23]) R.O.H.G. XXIII p. 214.

[24]) Bender p. 84 Not. 2. Oben p. 65.

[25]) Preuss. Pl. §§ 5 u. 10, Sächs. § 5 a. E., Mecklenb. § 6, Braunschweig. § 6 a. E., oben p. 45, 65, 78 u. 84 Not. 20, Bender p. 93 Not. (Looseversicherung) u. p. 89 ff.

BUAH

VI. Die Theilnahme an verbotenen Lotterieen.

§ 299.

1. Der Lotterievertrag ist an sich erlaubt[1]) und klagbar. Es wird dies sogar von einer Reihe derjenigen Schriftsteller anerkannt, welche die Lotterie als Spiel auffassen, die römischen Spielverbote aber entweder überhaupt nicht für rezipirt oder doch bezüglich des den Römern unbekannt gewesenen Lotteriespiels für unanwendbar erklären.[2]) Jedenfalls folgt die Gültigkeit und Klagbarkeit aus dem Karakter des Lotterievertrages als eines Hoffnungskaufes; wird doch sogar behauptet, dass man die Konstruktion des Hoffnungskaufes nur gewählt habe, um den Vertrag als klagbar erscheinen zu lassen.[3])

Die Klagbarkeit ist mithin nicht eine Folge staatlicher Autorisation,[4]) sondern „versteht sich vielmehr umgekehrt von selbst, ausser wo die Gesetzgebung Beschränkungen eingeführt hat.“ **(Stobbe.)**

2. **Reichsgesetzlich** ist, von Lotterieanlehen abgesehen, nur die **Veranstaltung öffentlicher** Lotterieen resp. Ausspielungen ohne obrigkeitliche Erlaubniss mit Strafe bedroht (§ 286 R.Str.G.B.). Das Reichsrecht schweigt sowohl bezüglich der Strafbarkeit der Veranstaltung von Privatlotterieen, als auch betreffs der Strafbarkeit des Kollektirens für und des Einsetzens in nicht autorisirte Lotterieen. „Dieses Schweigen bedeutet aber nicht stillschweigende Anordnung der Straf-

---

[1]) Ueber Beschränkungen in subjektiver Hinsicht (bez. Handlungsunfähiger und in vereinzelten Fällen auch der Kollekteure) vgl. Bender p. 29 Not. 1, Preuss. G.Z. Nr. 12, Steinacker a. a. O.

[2]) So schon Sotus, Azorius, Del Rio, Scaccia, Pufendorf (haec omnia ad abusum pertinent), Lynker, Solf (sämmtlich bei Fr. Endemann p. 42 ff., 53 ff., 59 ff.), sowie neuerdings Letzterer selbst p. 63 ff. Andere eximiren nur die fiskalischen und die staatlich autorisirten Lotterieen vom römischen Spielverbot; vgl. eine Reihe älterer Autoren bei Fr. Endemann p. 54, sowie Böhmer, Rechtsfälle II, 1 p. 39, Overbeck, Meditat. X, 543 p. 366, Arnold, p. 436 und unten Not. 4.

[3]) So Beseler p. 470 Not. 9, Stobbe p. 342.

[4]) Wie u. A. Elvers, Wolff, Hillebrand p. 397, Mittermaier p. 90, Gengler, P.R. p. 438, Gerber § 193 annehmen. Vgl. auch Deutsch. Ges.Entw. über Schuldverhältnisse Art. 864, Züricher B.G.B. § 1775, Schweizer Obl.R. Art. 515 u. 516.

BUAH

losigkeit für die nicht erwähnten Fälle, sondern nur Nichtbehandlung derselben, mithin fortdauernde Geltung etwaiger landesrechtlicher Strafdrohungen." [5])

3. Die landesrechtlichen Strafdrohungen gehen nicht überall gleich weit. Bald bedrohen sie, wie in Württemberg und im Königreich Sachsen, nur das Kollektiren,[6]) bald, wie in Preussen, auch jedes Einsetzen in nicht autorisirte Lotterieen. Der Autorisation bedürfen mitunter sämmtliche [7]) Lotterieen, also auch die Privatlotterieen, mitunter nur die öffentlichen. Zuweilen bezieht sich die Strafdrohung nur auf inländische, meist und vornehmlich aber auch auf ausländische Lotterieen. Als ausländische Lotterieen gelten der Regel nach [8]) in den einzelnen deutschen Ländern auch noch immer die Lotterieen anderer deutscher Bundesstaaten. Auch bezüglich der Strafe und Konfiskation [9]) gehen die Partikularrechte auseinander.

4. Eine ausdrückliche Festsetzung der **Nichtigkeit** des mit Strafe bedrohten Lotterievertrages findet sich nur sehr vereinzelt, wie in Braunschweig.[10]) Ob **ohne** solche ausdrückliche Erklärung Seitens des Gesetzgebers die Nichtigkeit des strafbaren Vertrages angenommen werden dürfe, ist in hohem Grade und nicht nur für den Lotterievertrag allein, sondern auch im allgemeinen kontrovers.

Zu Gunsten der Gültigkeit des nur verpönten Rechtsgeschäfts haben sich **Grotius, Vinnius, Joh. Voet, Hofacker, Glück, Holzschuher, Stobbe** und **Fr. Endemann** erklärt,[11]) für die Nichtigkeit dagegen insbesondere **Weber** und

---

[5]) v. Liszt p. 681, 682. Vgl. auch Fr. Endemann p. 88, 89. R.G. in Strafsachen I p. 219, 274.

[6]) Schmidt p. 475, Stobbe p. 343 Not. 5, Fr. Endemann p. 87 Not. 1. Auch hierbei kann das Verbot wieder verschiedenen Umfang haben; es kann sich nur auf Loosabsatz an Inländer oder auf jeden Loosabsatz im Inland beziehen. Bender p. 117 Not. 8. Vgl. auch noch v. Bar, Das internationale Privatr. p. 248.

[7]) Fr. Endemann p. 85 u. 86 Not. 2 (Bayern).

[8]) Ueber Ausnahmen vgl. Bender, p. 30 Not. 3, Wolff, P.R. p. 361 Not. 114 u. Fr. Endemann p. 88. — Ueber die Frage, inwieweit bei erlaubten ausländischen Lotterieen auf die inländischen Kollekteure die bez. der Landeslotterie diesen gesetzlich auferlegten Pflichten und Beschränkungen Anwendung finden, vgl. Freytag a. a. O. p. 146.

[9]) Bender p. 32, Arnold p. 436, 437 Not. 12, 439 ff. — Vgl. auch die (nicht unbedenkliche) Entsch. des O.A.G. Lübeck v. 28. Dezbr. 1850 (Seuffert, Arch. XI Nr. 155), durch welche die bei einem wegen verbotenen Kollektirens Verurtheilten vorgefundenen Gelder, die an die Theilnehmer auszuzahlen gewesen wären, als turpe lucrum konfiszirt wurden, bei Gruchot p. 195.

[10]) Fr. Endemann p. 87.

[11]) Grotius, de jure belli ac pacis II c. 5 n. 16 u. Inleiding tot de hollandsche Rechtsgeleerdheid, I 2 § 2 a. E. (1767 p. 10). Vinnius, selectarum juris quaestionum libri duo, 1720, I, p. 1—16. Joh. Voet, comment. ad Pand. 1735 I, 3 § 16 p. 14, 15. Hofacker, princip. jur. civ. I § 210 p. 165. Glück XVI § 975 p. 51 (ohne weitere Begründung). Holzschuher p. 327 u. 775. Stobbe p. 343. Fr. Endemann p. 120 ff. — Als Anhänger derselben Ansicht werden auch Pütter, theor. de null. §§ 17, 20 und Meier de null. 1777 genannt. Für das Preussische Lotterierecht bejaht Dernburg p. 408 die Frage und zwar, weil in der preuss. Dekl. v. 1829 nur der Anspruch auf Bezahlung von kreditirten Einsatzgeldern für schlechthin unzulässig erklärt sei. Vgl. jetzt auch 3. Aufl. II Nachträge p. 993.

BUAH

Savigny, sowie **Mühlenbruch**, **Puchta**, **Göschen**, **Vangerow**, **Lange**, **Bender**, **Mittermaier**, **Maurenbrecher**, **Souchey**, **Hillebrand** und **Gengler**.[12])

Die Vertheidiger der Gültigkeit weisen darauf hin, dass die Nachtheile einer Ungültigkeitserklärung oft grösser seien, als die aus der verbotenen Handlung hervorgehenden Uebelstände, berufen sich auf die Unstatthaftigkeit extensiver Auslegung von Strafgesetzen[13]) und verweisen insbesondere auf die zahlreichen Fälle der in den Digesten enthaltenen leges minus quam perfectae.[14]) Die Gegner halten die Frage de lege lata durch das ganz allgemeine Interpretationsgesetz der Kaiser Theodos und Valentinian[15]) für unzweideutig entschieden; seit jenem Gesetze gebe es nur noch insoweit leges minus quam perfectae, als der Gesetzgeber die Gültigkeit des mit Strafe bedrohten Geschäfts ausdrücklich ausgesprochen habe; jedes andere Gesetz sei eine lex perfecta; eine in Vorschlag gebrachte[16]) Scheidung aber nach dem Motiv des Gesetzgebers, ob er rein finanzielle oder andere Zwecke mit seinem Strafverbot verfolge, sei quellenmässig in keiner Weise begründet; die Strafe würde auch sonst nur „ein Mittel werden, sich die zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche Befugniss eigenmächtig beizulegen".

Jenem Kaisergesetz bestreiten aber hinwiederum **Grotius**[17]) und **Voet** die volle Rezeption. **Voet** insbesondere vermeint, er könne es „**communis praxios**

---

[12]) Weber, syst. Entw. der Lehre v. d. natürl. Verbindlichkeit § 74 I p. 297—309, Savigny, System IV p. 203. — Mühlenbruch, doctr. pand. I § 113. Puchta, Pand. § 67 Not. b, Göschen § 18, Vangerow § 21, Lange p. 31, Bender p. 32 Not. 5, Mittermaier p. 90 Not. 5, Maurenbrecher § 378 Not. u., Souchey, Anm. z. Reform. der Stadt Frankfurt p. 46, Hillebrand p. 397, Gengler, Lehrb. p. 742 Not. 37. Vgl. auch Arnold p. 435, 436 Not. 10, Preuss. G.Ztg. Nr. 12. Unbestimmt Gareis p. 679: „Das Verbot beeinträchtigt die privatrechtliche Wirksamkeit der Lotteriegeschäfte mindestens insofern, als eine Zwangsvollstreckung niemals zur Vornahme einer öffentlichrechtlich verbotenen Handlung führen kann." — Nach Förster-Eccius p. 134 Not. 114 sind Klagen auf Einsatzgelder in verbotenen Lotterieen schlechthin ausgeschlossen.

[13]) Voet argumentirt mit l. 41 D. 48, 19; aber Nichtigkeit des Geschäfts ist keine Strafe im eigentlichen Sinne; überdies haben die Kaiser Theodos und Valentinian die Cumulation von Nichtigkeit und Strafe gerade gewollt.

[14]) Besonders auf die L. Cincia u. L. Furia, auf das S. C. Maced. u. Vellej., die Heirath im Trauerjahr, auf das inofficiose Testament u. a. m. — Auch die Definition der leges m. qu. p. in Ulpians Fragmenten wird citirt.

[15]) c. 5 C. I, 14 de leg. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. Vgl. auch c. 6 C. II, 3 u. l. 7 § 16 D. II, 14.

[16]) Holzschuher p. 327 u. 775, Fr. Endemann a. a. O. Vgl. dagegen auch v. Barp p. 246.

[17]) Im j. belli ac pacis nur bezüglich der Nichtigkeit der verbotswidrig geschlossenen Ehe, weil der neuen Verordnung andere Völker nicht zu folgen brauchen; in der Inleiding generell mit den im Text angegebenen drei Ausnahmen.

BUAH

fundamento niti", dass gesetzwidrige Handlungen **nur** dann nichtig seien, wenn das Gesetz es **nominatim** ausgesprochen, oder wenn dasselbe dem Handelnden die Handlungsfähigkeit abgesprochen, oder wenn endlich die Handlung an „manifesta ac permanente **turpitudine**" [18]) leide.

Voet führt indes keine Entscheidungen an, die jene communis praxis beweisen. Wollte man aber auch seiner unbewiesenen Behauptung Glauben schenken, so ist doch andererseits zu konstatiren, dass in diesem Jahrhundert sich die Judikatur für die Nichtigkeit aller verbotenen Geschäfte, insbesondere der Lotterieverträge fast einstimmig ausgesprochen hat; [19]) hierfür hat sich auch am 12. Juli 1881 das Reichsgericht erklärt.[20])

5. Wo, wie in Oesterreich, die Loose verbotener Lotterieen ausdrücklich für res extra commercium erklärt sind,[21]) sind alle Verträge bezüglich dieser Loose schon um der Extrakommerzialqualität willen nichtig.[22])

6. Betrifft das Verbot eine im Ausland **erlaubte ausländische** Lotterieunternehmung, so ist der Lotterievertrag **im Ausland** gültig, mag er selbst im Inlande unter Inländern geschlossen sein; denn es ist anzunehmen, dass die Kontrahenten keinen nichtigen Vertrag schliessen,[23]) vielmehr ihre Vertragsobligation dem Rechte des Erfüllungsortes unterwerfen wollten. Es wird daher vor dem **ausländischen** Richter der Einwand, dass der Vertrag nach dem Gesetze des Vertragsabschlusses oder des Domizils des Einsetzers nichtig sei, nicht zuzulassen sein.[24]) Dagegen darf der **inländische** Richter keine Klage aus einem durch

[18]) Ob das Spiel in verbotenen Lotterieen als turpitudo anzusehen, ist auch bestritten. Dagegen: Das R.G. V p. 127 (bez. fremder Staatslotterie), Souchay p. 47, O.A.G. München 2. April 1849 (in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung XV p. 43). — Dafür O.A.G. Lübeck 1840 (Seuffert II Nr. 162 p. 205): „Wer gar einen ungesetzlichen Vertrag wissentlich schliesst, handelt im Rechtssinn schlecht, turpiter" u. 1850 (oben Not. 9). — Arnold p. 449 will unterscheiden, je nachdem der Gesetzgeber Konfiskation angedroht hat oder nicht.

[19]) Vgl. die Erk. zweier nicht genannten Gerichte bei Overbeck a. a. O., die Leipziger Erk. vom Jahre 1828 bei Bender p. 32 Not. 8, O.H.G. Mannheim 1829 (Hohnhorst, VII p. 53), O.A.G. Lübeck 1840 (Seuffert II Nr. 162) und 1847 (Souchay p. 46). J. Fakultät Marburg 1843 (ebendas.). J. Fakultät Rostock 1846 p. 46. J. Fakultät Wien 1853 (bei Römer I p. 426), O.A.G. Dresden 1858 (Z. f. R. u. V. N. F. XVII p. 474). Braunschweig u. Wolfenbüttel 1860 (Z. f. Rechtspfl. in Braunschweig 1862 VII p. 109). Für die Nichtigkeit des Lotterievertrages auch O.Trib. Berlin 1877 (Seuffert XXXIII Nr. 24) u. O.A.G. München 1849 (Seuffert, Blätter f. Rechtsanwendung XV p. 41). — Entgegengesetzter Ansicht das Stadtamt Frankfurt 1847 (bei Souchay a. a. O.).

[20]) R.G. V Nr. 33 p. 124. Das R.G. basirt seine Entscheidung nicht auf die Konstitution von Theodos u. Valentinian, sondern auf die ältere Bestimmung des Kaisers Antoninus c. 6 C. II, 3 „Pacta, quae contra leges constitutionesque fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est."

[21]) Lotto-Patent v. 1813 u. Hofdekret v. 1826. Vgl. Unger, I p. 366 Not. 16, Kirchstetter p. 147 Not. 9, jetzt auch Schiffner, § 67 bei Not. 5.

[22]) Treitschke p. 23, Glück XVI § 975 p. 44. Oesterr. B.G.B. § 878 ff. Vgl. auch O.H.G. Mannheim 1829 (Hohnhorst VII p. 53).

[23]) O.A.G. Lübeck in Römers Sammlung II p. 158 (1856).

[24]) Preuss. Ger.Ztg. Nr. 9, R.O.H.G. 1. Oktbr. 1874 (XIV p. 221), R.G. V p. 130

BUAH

die lex fori verbotenen Vertrage zulassen, mag auch dieser Vertrag im Ausland zu erfüllen und am Erfüllungsorte resp. am Orte des Vertragsschlusses gültig sein;[25]) denn das Verbotsgesetz des eigenen Staates hat für den inländischen Richter **zwingenden** Karakter.[26]) — Ist der Lotterievertrag am **Erfüllungsorte verboten**, so hat nicht nur der Richter jenes Erfüllungsortes, sondern auch jeder Richter anderer Länder den Vertrag als nichtig zu behandeln.[27])

7. Insoweit ein Anspruch aus einem reprobirten Lotterievertrage durch Klage nicht geltend gemacht werden kann, insoweit muss auch die Geltendmachung mittelst **Einrede** für ausgeschlossen gelten.[28]) Gleichwohl ist der Einwand der **Kompensation** aus einem im Inland verbotenen, im Auslande gültigen Lotterievertrage von **Bender** und jüngst auch vom Reichsgericht für statthaft erklärt worden, weil derselbe materiell nach dem Rechte des Kompensirenden zu beurtheilen sei,[29]) resp. weil die Kompensation gemeinrechtlich ipso jure eintrete.[30])

8. Ist über die dem nichtigen Lotterievertrag entsprungene Forderung ein Anerkenntniss oder Zahlungsversprechen geleistet worden, so unterliegt dasselbe der Anfechtung. Selbst dem auf Grund eines **Wechsels** erhobenen Anspruche gegenüber wird unter den unmittelbaren Kontrahenten der Einwand statthaft sein, dass der Wechsel zur Deckung von Schulden aus unerlaubten Lotterieverträgen gegeben sei.[31])

9. Eine **Zurückforderung** der gezahlten Einsätze oder Gewinne verbotener Lotterieen ist ausgeschlossen, da Niemand seine eigenen Handlungen, um sich einen Vortheil zu verschaffen, als widerrechtlich anfechten kann.[32]) Wo der Staat sich das Konfiskationsrecht vorbehalten hat, steht der Kondiktion schon dieses Recht des Fiskus entgegen.

Das Schweizerische Obligationenrecht schliesst bei nicht autorisirten Lotterieen

---

„wenn auch aus dem Verbot nicht folgt, dass der Spieler einen Anspruch auf den vom Kollekteur erhobenen, auf sein Loos gefallenen Gewinn nicht habe", Römer a. a. O., Fr. Endemann p. 120, 121, v. Bar p. 429.

[25]) Overbeck X p. 365, Arnold p. 437, O.A.G. Dresden 1858 (Z. f. R. u. V. XVII p. 473)., R.G. V p. 129. — Die Gerichte von New-York u. Massachusetts haben die Legalität at the place of sale als maassgebend erachtet. Vgl. Wharton, a treatise on the conflict of laws, 1872 § 487.

[26]) Savigny VIII p. 276, Stobbe 2. E. p. 207 u. 230 Not. 6, Asser-Cohn p. 43, 44. v. Bar p. 449; vgl. hierzu oben Not. 18.

[27]) v. Bar p. 246 ff.

[28]) Rechtssprüche u. Gutachten der Juristen-Fakultät zu Rostock p. 46.

[29]) R.G. V p. 130. Vgl. aber Story § 575 bei v. Bar p. 276 u. oben Not. 28.

[30]) Bender p. 32. Vgl. dagegen Brinz, Bekker, Eisele, Lenel (bei Windscheid § 349 Not. 10).

[31]) R.G. V p. 125 ff., Rostocker Rechtssprüche p. 48. O.H.G. Mannheim bei Hohnhorst VII p. 53. Vgl. auch die Ausführungen von Vorwerk, Eickemeyer u. Brauns über eine ziemlich verwandte Frage in der Jur. Z. f. Hannover a. a. O.

[32]) l. 134 § 1 D. L, 17; l. 3 u. 4 D. XII, 5; l. 25 pr. D. I, 7. Vgl. Lange p. 31. Dagegen hält das O.H.G. Mannheim die Kondiktion aus l. 3 C. de aleat. für statthaft (Hohnhorst a. a. O). Vgl. auch die Argumentation des Kassationshofs Wolfenbüttel 1860 in einem analogen Fall (Z. f. R. in Braunschweig VII p. 110).

BUAH

die Kondiktion freiwillig geleisteter Zahlungen der Regel nach aus.[33]) Dagegen hat die Braunschweigische Gesetzgebung die Zurückforderung des Loospreises ausdrücklich gestattet.[34])

10. Ist nur das **Kollektiren** für fremde Lotterieen, nicht auch das Einsetzen in dieselben verboten, so ist der Lotterievertrag bezüglich eines vom Theilnehmer direkt aus dem Auslande bezogenen Looses vollkommen klagbar.[35]) Auch wenn ein Kollekteur Loose vom Unternehmer bezogen hat, wird der Einsatz vom Unternehmer gegen ihn eingeklagt werden können, solange nicht feststeht, dass er die Loose weiter abgesetzt hat.[36])

Die Praxis geht noch weiter: sie betrachtet alle Verträge, die nur für den Kollekteur Strafbarkeit begründen, Seitens des Theilnehmers für vollständig klagbar, während der Kollekteur weder auf Erfüllung klagen, noch das Gezahlte kondiziren kann.[37]) Es dürfte indes richtiger sein, da die mit Strafe bedrohte Handlung in einem Vertragsschluss besteht, diesen Vertrag selbst als für beide Theile nichtig zu erachten und dem strafbaren Kollekteur die Pflicht des Schadensersatzes aus seiner dolosen oder mindestens kulposen Handlung dem Gegenkontrahenten gegenüber aufzuerlegen.[38])

Ist, wie in einzelnen Fällen, nur das Kollektiren im Inland verboten, so kann der Lotterievertrag bezüglich der an Ausländer abgesetzten Loose auch vor dem inländischen Richter von beiden Kontrahenten geltend gemacht werden.[39])

11. Der **Auftrag**, in eine verbotene Lotterie zu setzen, ist nichtig; es findet weder eine Klage auf Vollziehung des Auftrags, noch auf Entschädigung wegen des nicht vollzogenen Auftrags statt. Dagegen wird der Auftrag, den in einer verbotenen Lotterie gemachten Gewinn zu **erheben**, von der deutschen Praxis, soweit nicht etwa eine Konfiskation des Gewinnes angedroht ist, für erlaubt und klagbar erklärt.[40])

---

[33]) Art. 515 Abs. 2. Nur dann ist sie gestattet, wenn der Empfänger sich einer Unredlichkeit schuldig gemacht, oder wenn die Ziehung vereitelt wurde.

[34]) Fr. Endemann p. 87.

[35]) Schmidt p. 475.

[36]) O.A.G. Dresden 1858 Z. f. R. u. V. XVII p. 473.

[37]) R.G. V p. 127. Vgl. auch das Not. 32 citirte Erk. des Kass.Hofs Wolfenbüttel (auch in Schletters Jahrb. VI p. 24); dasselbe betrifft nicht das Kollektiren für eine fremde Lotterie, sondern eine andere dem Kollekteur untersagte Handlung, nämlich das unaufgeforderte Anbieten von Loosen resp. die Ausgabe von Antheilscheinen auf Lotterieloose.

[38]) So das Kreis-Ger. Braunschweig in dem in voriger Note citirten Fall; der Kassationshof Wolfenbüttel änderte die Entscheidung ab.

[39]) Vgl. die Erk. bei Bender p. 117 Not. 8 a. E.

[40]) Vgl. Landger. Coblenz u. Rhein. App.Ger. 1824 (Archiv f. d. Civ. u. Crim. der Rheinprovinz VII p. 76). O.A.G. München 1849 (Blätter f. Rechtsanwendung XV p. 40). Preuss. O.Trib. 1874 (Busch XXX p. 345). R.O.H.G. v. 1. Oktbr. 1874 XIV p. 222. Vgl. auch Arnold p. 438 u. 442, Bender p. 32 Not. 8 a. E. u. Holzschuher p. 775.

BUAH

VII. Das Ausspielgeschäft.

§ 300.

Das Wort Ausspielgeschäft oder Ausspielvertrag wird zur Bezeichnung zweier ganz verschiedener Rechtsgeschäfte gebraucht.[1])

I. Einerseits nämlich zur Bezeichnung für das Ausspielen einer **gemeinschaftlichen** Sache (sog. **uneigentlicher** Ausspielvertrag). Es ist dies ein zwischen zwei oder mehreren Personen geschlossener Vertrag, dass eine ihnen gemeinschaftliche Sache oder Berechtigung demjenigen von ihnen ausschliesslich zustehen solle, bezüglich dessen in einem bestimmten Verfahren (Nummernziehung, Würfeln, Kegeln, Scheibenschiessen u. a. m.) eine bestimmte Thatsache (die höchste Nummer, der grösste Pasch, der beste Wurf, die meisten Ringe) zur Erscheinung gelangen werde.

Dieser Vertrag ist ein wahrer Spiel-[2]) resp.[3]) Wettvertrag, denn jeder der Kontrahenten verpflichtet sich, falls die entscheidende Thatsache zu seinem Gunsten nicht eintritt, aber auch nur dann, den Einsatz, d. h. seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache dem Gewinner zu überlassen. Der Gewinner leistet nichts; er behält seinen Antheil und erwirbt die Antheile der Andern hinzu.

Für die Rechtsnatur des uneigentlichen Ausspielgeschäfts ist es ganz irrelevant, ob die ausgespielte Sache oneros oder lukrativ durch die Gemeinschaft erworben worden, ob diese Sache bereits längere Zeit gemeinschaftlich war oder erst behufs Ausspielens von der Gemeinschaft angeschafft ist, auch ob die Gemeinschaft diese Sache von einem Dritten oder von einem ihrer Mitglieder erworben hat. Es kann auch der Erwerb durch die Gemeinschaft und der Ausspielbeschluss zeitlich sehr nahe an eineinder rücken, sofern nur die Sache noch

[1]) Vgl. Neubert p. 62 ff., Koch p. 788, Krügelstein p. 4, Gruchot p. 202, 205 ff., Holzschuher p. 776 ff. u. 39, Walter p. 419 a. E., Förster-Eccius p. 136.

[2]) Vgl. Grolmann p. 20 ff., Gerber p. 524 Not. 12, Gengler, Lehrb. p. 751 Not. 54, Neubert, Koch, Krügelstein, Holzschuher p. 39, Weiske, Rechtslex. I p. 473. Anders Walter a. a. O. „eine Summe von“ (eigentlichen) „Ausspielgeschäften, deren Ausgang von einer und derselben Begebenheit abhängig gemacht ist.“

[3]) Vgl. oben § 291 Not. 5.

BUAH

vor dem Ausspielen eine gemeinschaftliche geworden ist. Es ist daher ein sog. uneigentliches Ausspielgeschäft, wenn etwa ein Mitglied einer Kegelgesellschaft einen ihm gehörigen Kunstgegenstand dieser Gesellschaft zum sofortigen Auskegeln schenkt oder verkauft; die Schenkung oder der Kauf ist hier ein selbständiges erstes, der Vertrag über das vorzunehmende Kegelspiel um das gemeinschaftlich gewordene Kunstwerk aber ein selbständiges zweites Geschäft.[4])

Etwas ganz anderes ist

II. das sog. **eigentliche** Ausspielgeschäft.

1. Es ist dies ein Unternehmen, welches gerichtet ist auf den Abschluss einer Anzahl gleichartiger Verträge, durch welche sich der eine Kontrahent, der **Ausspieler**, gegen eine unbedingte **Einsatzleistung** des anderen Kontrahenten, des **Theilnehmers**, zur Ueberlassung eines oder mehrerer individuell bestimmter Sachen **(Gewinne)** unter der Bedingung verpflichtet, dass in einem bestimmten Verfahren eine bestimmte Thatsache zur Erscheinung gelangt.

2. Der Ausspieler ist meist, aber nicht unerlässlich Eigenthümer der Gewinne.[5]) Die Zahl der Theilnehmer ist irrelevant.[6]) Der Einsatz ist essentiell; einsatzlose Ausspielgeschäfte sind in Wahrheit Schenkungen.[7]) Der Gewinn kann in einer oder mehreren individuell bestimmten (beweglichen oder unbeweglichen) Sachen bestehen; auch ist die Ausspielung mehrerer Gewinne mittelst eines Ausspielgeschäfts statthaft.[8])

3. Das Verfahren, durch welches die Entscheidung über die bedingte Verpflichtung des Ausspielers herbeigeführt werden soll, muss nach Art, Ort und Zeit[9]) genau bestimmt sein. In der Regel wird es in einem von allen Theilnehmern unterschriebenen[10]) **Ausspielplan** geregelt.

Nach der Art dieses Verfahrens unterscheidet man die **Ausspiellotterie**, bei welcher eine Nummerziehung entscheidet, von den übrigen Fällen, in denen in einem vereinbarten Spiel der Theilnehmer (Auspaschen, Auskegeln, Wettschiessen, Wettlaufen u. a. m.) die entscheidende Thatsache eintreten soll. An einem geeigneten Namen für diese letztere Klasse fehlt es.[11]) Manche Schrift-

---

[4]) Vgl. Neubert p. 64, Holzschuher p. 776 Note, Koch p. 790.

[5]) A. M. Walter p. 418, Maurenbrecher p. 466. Aber warum sollte eine fremde Sache nicht ausgespielt werden dürfen, während sie doch verkauft werden darf? Uebrigens lässt Walter p. 419 den Ausspieler auch nur für die wirkliche Existenz der auszuspielenden Sache haften.

[6]) Vgl. oben p. 41. Richtig Maurenbrecher: „Vertrag, in welchem (der Ausspieler) mit einem Einzelnen oder mit mehreren Andern übereinkommt."

[7]) Vgl. oben p. 38 Not. 4, sowie Förster-Eccius p. 136, Züricher B.G.B. § 1777 und dazu Bluntschli p. 606. — A. M. Walter, Neubert p. 65, Gengler, Lehrb. p. 750 u. P.R. p. 434.

[8]) Vgl. oben p. 42 Not. 8—12.

[9]) Vgl. Neubert a. a. O., Lange p. 41.

[10]) Lange p. 52.

[11]) Bender, Lotterie p. 26 nennt sie gewöhnliche Ausspielgeschäfte und findet das Unterscheidungsmerkmal in der eigenen Thätigkeit der Theilnehmer. Es giebt aber einerseits Lotterieen, bei denen die Theilnehmer ziehen, andererseits Spiele ohne Thätigkeit der Spieler. Vgl. oben p. 40 u. p. 47 Not. 9.

BUAH

steller haben nur die Ausspiellotterie bei ihrer Definition des Ausspielgeschäfts im Auge.[12])

4. Das eigentliche Ausspielgeschäft ist kein bedingter Kaufvertrag.[13]) Es ist auch kein Spielvertrag[14]) zwischen Ausspieler und Theilnehmer, denn der Letztere ist auch als Gewinner einsatzpflichtig. Es ist auch nicht gerechtfertigt, obgleich es seit **Molina** oft genug in verschiedenen Modifikationen versucht worden,[15]) das eigentliche Ausspielgeschäft in zwei Geschäfte, in ein nicht aleatorisches und in ein aleatorisches, resp. in ein Vorbereitungsgeschäft und ein Hauptgeschäft zu zerlegen. Jenes soll in dem Sachkauf des Ausspielobjekts Seitens der Gemeinschaft der Theilnehmer resp. in der Bildung dieser Gemeinschaft, dieses in einem Spielvertrage der Theilnehmer um das Alleineigenthum resp. um die actio emti[16]) bestehen. Diese Konstruktion ist indes genöthigt, eine Gemeinschaft der Theilnehmer zu fingiren, wo in Wahrheit doch nur Einzelne vorhanden sind. Diese Einzelnen sind oft räumlich zerstreut, kennen sich bisweilen gar nicht und stehen, wie **Lange** treffend bemerkt, in keiner näheren Rechtsbeziehung zu einander, als die Hörer derselben Vorlesung, die Gäste derselben Wirthstafel. Sie kontrahiren wohl über den nämlichen Gegenstand mit demselben Unternehmer, aber sie kontrahiren jeder selbständig und sie kontrahiren nicht mit einander.[17]) Wäre die Gesammtheit Käuferin, so müssten die Gewinner von dieser Gesammtheit der Theilnehmer die Sache zu fordern haben.

Es bedarf aber auch gar nicht jener Zerlegung des einheitlichen Geschäfts, ebensowenig der Aufstellung eines contractus sui generis.[18]) Das eigentliche Ausspielgeschäft entspricht vielmehr durchaus dem Begriff des Hoffnungskaufs, sofern

---

[12]) So Stobbe u. Gareis.

[13]) Wie wohl Mittermaier p. 88 annimmt. Vgl. dagegen oben p. 46 bei Not. 2. Ueber das Sächs. B.G.B. § 1481 Abs. 2 vgl. noch Krügelstein p. 12 Not. 9, Stobbe a. a. O. Not. 21 u. besonders Schmidt p. 475: „Damit, dass in § 1481 das Verhältniss des Ausspielers zu dem Inhaber des Gewinnlooses unter die Grundsätze über den bedingten Kauf gestellt ist, ist nicht gesagt, dass das fragliche Rechtsgeschäft überhaupt unter diesen Gesichtspunkt falle.“

[14]) Schmidt p. 475 „eine Spielgattung“, Walter „reines Glücksspiel“.

[15]) Ausser Molina huldigen dieser Ansicht Lopez, Azorius, Del Rio, Pufendorf, Wildvogel (vgl. Fr. Endemann p. 42 ff., 53 ff.), ferner Grolmann p. 45, Glück p. 370, Mittermaier p. 88, Wolff p. 359, Gengler, Lehrb. p. 751, P.R. p. 434 (vgl. dazu Stobbe p. 345) u. für gewisse Fälle anscheinend selbst Thöl p. 1020.

[16]) Thöl a. a. O.

[17]) Vgl. Lange p. 9 ff., Stobbe, Walter, Koch, Bluntschli, Erl. zur Züricher B.G.B. III p. 606, Fr. Endemann p. 43 u. 95. — Gerber p. 524 lehrt, dass Jeder durch Bezahlung eines Looses in die Gemeinschaft eintritt; dann dürfte weder der mitspielende Ausspieler, noch derjenige, dem der Einsatz kreditirt worden, Aufnahme in die Gemeinschaft finden; auch würde der zuerst Zahlende in eine Gemeinschaft treten, deren Existenz noch ganz zweifelhaft wäre.

[18]) Wie Holzschuher p. 776 Note, Gründler § 331 u. Stobbe p. 345 annehmen. Vgl. dagegen auch Puchta § 258 Note a. E. u. Krügelstein p. 5 Note.

BUAH

man nur diesen letzteren Begriff nicht auf den Verkauf der eigenen Hoffnung einschränkt.[19]) Diese Auffassung ist auch jetzt wohl von der Mehrzahl der Autoren wenigstens für den Fall der **Ausspiellotterie** anerkannt.[20]) Es ist auch nicht abzusehen, inwiefern die Spezieslotterie eine andere juristische Natur haben sollte, als die Geldlotterie.[21]) In beiden Fällen erwirbt der Theilnehmer gegen den Einsatz ein eventuelles Forderungsrecht gegen den Unternehmer, dort auf eine bestimmte Sache, etwa ein Kunstwerk, hier auf eine Geldsumme. Es ist aber nicht nur die Ausspiellotterie, sondern auch jede andere Art von Ausspielgeschäft (Auskegeln u. s. w.) ein Hoffnungskauf, nur dass hier nicht immer lediglich der Zufall, sondern oft neben ihm die Geschicklichkeit der Theilnehmer dazu berufen ist, die entscheidende Thatsache in dem bestimmten Verfahren herbeizuführen. Im übrigen ist aber auch hier unbedingte Einsatzpflicht gegen Erwerb eines bedingten Forderungsrechts gegen den Unternehmer. Dass die Theilnehmer hier selbstthätig werden, ist unerheblich; ihre Thätigkeit ist nicht etwa eine von ihnen übernommene Pflicht, sondern eine Bedingung ihres eventuellen Forderungsrechts. Weder der Ausspieler, noch einer der Theilnehmer hat ein Klagrecht in einem Spielvertrage darauf, dass ein Mittheilnehmer würfle, kegle, schiesse; wer die Thätigkeit nicht rechtzeitig vornimmt, ist nicht vertragsbrüchig, sondern hat nur auf die Möglichkeit verzichtet, Gewinner zu werden.

5. Das Ausspielgeschäft unterliegt im allgemeinen denselben Grundsätzen, wie der Lotterievertrag;[22]) Abweichungen begründen nur die Speziesnatur des Gewinnes und in einzelnen Fällen die Abhängigkeit der Entscheidung von der Thätigkeit resp. Geschicklichkeit der Theilnehmer. Der Hervorhebung bedürfen nur die folgenden Punkte.

6. Wie der Lotterieunternehmer ist auch der Ausspieler, sofern er es sich nicht etwa vorbehalten hat,[22a]) nicht befugt, wegen ungenügender Betheiligung vom

---

[19]) Vgl. oben p. 48 Not. 20.

[20]) Windscheid § 387 Not. 1, Dernburg a. a. O., Lange p. 12 ff., Neubert p. 65, Walter § 371 Not. 2, Maurenbrecher p. 467, Hillebrand p. 337, Beseler § 112 Not. 13, Gruchot p. 202, Krügelstein p. 4 ff. — Koch p. 791 nimmt gleichfalls Hoffnungskauf, daneben aber auch bedingten Sachkauf an. Mit gleichem Recht dürfte man aufstellen, dass der verkaufte Fischzug neben dem unbedingten Verkauf der spes noch einen bedingten Verkauf der in Wirklichkeit gefangenen Fische enthalte. — Manche bezeichnen das Ausspielgeschäft als Species der Lotterie (z. B. Gareis), andere die Lotterie als Species des Ausspielgeschäfts (z. B. Walter u. Wolff). — Der Art. 864 des Entw. eines deutschen Obl.Rechts u. des Schweiz. Obl.R. Art. 515 behandelt beide Geschäfte gleich.

[21]) A. M. Fr. Endemann p. 96: „Auch ist es begreiflich, dass es ein anderes Geschäft ist, wenn ein Kaufmann, um eine Waare abzusetzen, sie durch Loose verkauft, als wenn aus der Summe der Loosgelder Gewinne gebildet werden zum Zweck der Verloosung.“ Man denke aber nur an die Wohlthätigkeitslotterieen und besonders an die kombinirten Lotterieen!

[22]) So bez. des Vertragsabschlusses, der Bedeutung des Planes, der handelsgeschäftlichen Natur des Geschäfts, der Stellung der Kollekteure, der Natur des Looses, der Einsatzpflicht u. a. m. Vgl. auch Mittermaier, Neubert p. 68, Gengler, Lehrb. p. 753 Not. 62 u. oben Not. 20 a. E.

[22a]) Vgl. den Rechtsfall in Busch's Arch. XXIV p. 464 (Erk. des H.A.G. vom 30. Juni 1870).

BUAH

Vertrage zurückzutreten. Andererseits ist auch er aber, sofern er nicht diesem Recht im voraus entsagt hat, zum sog. Mitspielen für befugt zu erachten.[23])

7. Der Ausspieler ist nicht verpflichtet, den auszuspielenden Gegenstand vor Eintritt der planmässigen Bedingung herauszugeben, selbst wenn sämmtliche Theilnehmer ihm denselben einheitlich abfordern sollten. Es ist dieses Weigerungsrecht auch nicht, wie Manche wollen, auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen der Ausspieler ein geldwerthes Interesse an der Vornahme des Verfahrens hat, z. B. wenn der Ausspieler Gastwirth ist und von der Zusammenkunft vieler Personen sich Vortheil versprechen darf.[24]) Der Ausspieler ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen befugt, auch ohne speziell nachweisbares Interesse auf voller Vertragserfüllung zu bestehen und die Gewinnleistung vom wirklichen Eintritt der vereinbarten Bedingung abhängig zu machen.

8. Die Gefahr des Ausspielobjekts bleibt, da der Ausspielvertrag keine Veräusserung der Sache selbst enthält, bei dem Ausspieler bis zur Entscheidung der Bedingung.[25]) Daher kann auch der Ausspieler keinen Ersatz fordern für den zur Erhaltung der Sache bis zur Entscheidung gemachten Aufwand, z. B. für die Kurkosten des auszuspielenden Pferdes, falls dasselbe vor Eintritt der entscheidenden Bedingung erkrankt ist.[26])

9. Der Ausspielvertrag löst sich auf, falls das Ausspielobjekt vor der Entscheidung der Bedingung untergeht. Der Ausspieler ist zur Zurückgabe der Einsätze verpflichtet,[27]) aber auch nur hierzu. Er hat daher auch nicht (falls etwa die Theilnehmer das Auskegeln ohne seine Mitwirkung vornehmen, oder falls der Sieger sich nach der Nummernziehung der Landeslotterie bestimmen soll) demjenigen, für den die Bedingung eingetreten ist, den Werth des untergegangenen Ausspielobjekts zu gewähren. Dies gilt selbst dann, wenn der Unternehmer, wie bei den sog. Silberlotterieen nicht selten, sich planmässig verpflichtet hat, den Gewinn zu einem bestimmten Preise zurückzunehmen.

10. Der Gewinner wird gemeinrechtlich erst mit der Tradition Eigen-

---

[23]) Vgl. oben p. 73 u. Lange p. 46 u. 93, Neubert p. 68, Holzschuher p. 777, Koch p. 790, Mittermaier p. 89, Maurenbrecher p. 467, Wolff p. 360, Walter p. 419, Gengler p. 435, Lehrb. p. 752, Gerber p. 524. Vgl. aber auch die Motive zu § 1481 Sächs. B.G.B. u. die Gegenbemerkung Ungers (bei Gruchot p. 199 Not. 2).

[24]) Vgl. Lange p. 82, auch Walter p. 419.

[25]) Dieser Ansicht sind das Sächs. B.G.B. (vgl. oben Not. 13) u. Lange p. 91 ff., 203 ff., Holzschuher p. 777 (dessen Argumentation allerdings nicht unbedenklich), Hillebrand, Wolff, Gengler, Walter, Stobbe, Fr. Endemann p. 95 ff., ferner auch Weiske, Rechtslex. I p. 473, Elvers, jurist. Zeitung, Winiwarter IV p. 526 (bei Mittermaier p. 8, 9 Not. 15 u. 16). — A. M. dagegen Grolmann p. 51, 70, Neubert p. 65 u. Glück p. 372.

[26]) Gengler, Lehrb. p. 753 Not. 61, Lange a. a. O. — A. M. Grolmann.

[27]) Lange p. 83 ff., 91 ff., Gengler, P.R. p. 435, Lehrb. p. 753, Holzschuher, Mittermaier, Walter a. a. O. — A. M. ist für das gemeine Recht Koch p. 791, demzufolge die zufällige Vereitelung der Ausspielung als Erfüllung gelten soll. Vgl. im allgemeinen auch Windscheid § 264 Not. 5 u. 6 u. § 321 Not. 18.

BUAH

thümer;[28]) nur partikularrechtlich geht das Eigenthum bereits mit der Entscheidung der Bedingung auf ihn über.[29])

11. Der Ausspieler haftet dem Gewinner, wie der Verkäufer einer Sache dem Käufer,[30]) insbesondere für Eviktion und für die gehörige Beschaffenheit des Ausspielobjekts. Die Anfechtung wegen laesio enormis ist indes stets für ausgeschlossen zu erachten, auch wenn kein Handelsgeschäft in Frage ist.[31])

12. Das Ausspielgeschäft ist als Hoffnungskauf an sich erlaubt und gültig; es bestehen indes auch für dies Geschäft, wie für die Lotterie neben der Bestimmung des § 286 Abs. 2 des R.St.G.B. vielfache partikularrechtliche Verbote.[32]) Das verbotene Ausspielgeschäft ist für nichtig zu erachten.

---

[28]) A. M. Gengler p. 435. Vgl. aber Stobbe a. a. O.

[29]) Preuss. A. L.R. I, 11 § 573. Vgl. Stobbe u. Bornemann III p. 233. Auch nach französischem Recht dürfte wohl ein gleiches anzunehmen sein.

[30]) Schmidt p. 475, Lange p. 103 ff., Mittermaier p. 89, Gengler, Lehrb. p. 753, Krügelstein p. 5 Note, Holzschuher p. 777, Koch p. 791. Vgl. bezüglich des Letzteren oben Not. 20.

[31]) Koch u. Holzschuher a. a. O.; a. M. Unterholzer. Ganz unbestimmt Walter p. 419: „Es muss also der Gesammtbetrag der Loose und Einsätze den Werth der Sache nicht allzusehr (!?) übersteigen, widrigenfalls liegt in dem Geschäfte eine Prellerei“ (!). Vgl. auch Windscheid § 396 a. E., Lange p. 96, Fr. Endemann p. 113, 114.

[32]) Vgl. Fr. Endemann p. 80 Not. 4 u. 83 Not. 3, Liszt a. a. O., Windscheid § 387 Not. 7, Koch p. 790, Gengler, Lehrb. p. 752, Priv.R. p. 435 Not. 30, Hillebrand p. 398, Mittermaier p. 88 Not. 4, Wolff p. 360.

BUAH

VIII. Das Heuer- oder Promessengeschäft.[1])

§ 301.

1. Das Heuergeschäft ist derjenige Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent, der **Verheuerer**, gegen eine unbedingte Leistung **(Prämie, Heuergeld)** des anderen Kontrahenten, des **Heuerers**, sich verpflichtet, falls ein bestimmtes Loos in einer bestimmten Ziehung gezogen werden sollte, den auf jenes Loos fallenden Gewinn [2]) dem Heuerer zu gewähren. Die Oesterreichischen Gesetze vom 7. November 1862 § 1 und vom 30. Juni 1878 definiren es als die Veräusserung der Gewinnsthoffnung eines Looses.[3])

2. Das Heuergeschäft ist holländischen Ursprungs und in Deutschland wohl nicht vor dem 18. Jahrhundert bekannt geworden.[4]) Es scheint zunächst bezüglich der Loose von Klassenlotterieen sich entwickelt zu haben; in der Folge wurde es aber in grossem Umfange auf die Loose der kombinirten Lotterieen (Lotterie- oder Prämienanlehen, Anleihelotterieen, Zinslotterieen) [5]) angewandt. In der Gegenwart findet es bezüglich beider Arten von Loosen Anwendung; auch jetzt noch werden Klassenlotterieloose sogar stundenweise während des Ziehungsakts verheuert.[6]) Es ist daher irrig, wenn einzelne Rechtslehrer den

---

[1]) Litteratur: Thöl § 308, W. Endemann p. 595, Brinckmann § 91, Gareis p. 322 ff. u. v. Holtzendorffs Rechtslex. II p. 193, Fr. Endemann p. 146 bis 148, Dernburg II § 155. Aronheim, Natura negotii quod dicunt Heuergeschäft secundum regulas juris communis. Heidelberg 1841. Bender, Verkehr mit Staatspapieren p. 451—474, Lotterie p. 91 u. 92. Souchay, Ueber verschiedene Geschäfte mit Staatspapieren in d. Z. f. Civ.R. u. Prozess III p. 338 ff., Unger, Das Prämiengeschäft des kgl. Seehandl.-Instituts in Berlin 1832 p. 59—62 (mir nicht zugänglich). Unger, Ephr. Sal., Handb. d. Staatslotterie 1841 p. 15—17. Wolff, Das Heuer- oder Promessengeschäft in Frankfurt a. M. in d. Z. f. H.R. XI p. 297—313. Nebenius, Der öffentliche Kredit p. 595, Rau § 503 Not. e. Ad. Wagner in Schönbergs Handb. d. Stat.Oek. II p. 444. Maurenbrecher II p. 12, Gerber § 179 a. E. Kraupa u. Mallner, Die wahren Werthe aller österr. Loose und ihrer Promessen, 1877, p. 8 ff.

[2]) Vgl. die Definitionen von Thöl, Gareis, Aronheim p. 4 u. R. Koch im Rechtslex. II. p. 315. Nach Dernburg u. Kraupa sagt der Verheuerer für den Gewinnstfall das Loos selbst zu. Vgl. dagegen Goldschmidt in Z. f. H.R. III p. 624.

[3]) Ganz ähnlich auch Fr. Endemann p. 146.

[4]) Bender, Lotterie p. 92.

[5]) Die genauere Darstellung derselben ist dem Abschnitt über die Anleihen vorbehalten. Vgl. auch oben p. 44 Not. 24.

[6]) Fr. Endemann p. 94 Not. 1, Bender, Lotterie p. 92 Not. 2.

BUAH

Begriff des Heuergeschäfts auf die Loose von Staatsanleihen oder auf Staatspapiere beschränken.[7]) Das Oesterreichische Gesetz gestattet nur die Verheuerung von Loosen inländischer Anleihen.

3. Einzelne Autoren[8]) erkennen nur diejenigen Geschäfte als Heuergeschäfte an, bei denen der Verheurer das verheuerte Loos zur Zeit des Vertragsschlusses im Eigenthum oder Besitz oder doch zu seiner Verfügung hat. Gemeinrechtlich erscheint diese Begriffsbeschränkung ungerechtfertigt. Auch die Veräusserung der Gewinnchance eines fremden Looses, an dem dem Verheuerer keinerlei Recht zusteht, ist begrifflich, wenngleich aus einer anderen wirthschaftlichen Spekulation hervorgegangen,[9]) ein Heuergeschäft, da nicht das Loos, sondern der Gewinn vom Heuerer versprochen wird.[10]) Manche Partikulargesetze haben indes diese verboten und nur jene tolerirt.[11])

4. Die Heuervertragsfähigkeit unterliegt gemeinrechtlich keiner besonderen Beschränkung; dagegen fordert Oesterreich bezüglich beider Kontrahenten dauernden Wohnsitz im Staatsgebiete[12]) und für den Verheuerer in gewissen Fällen[13]) noch den Besitz einer protokollirten Firma.

5. Das Heuergeschäft wird in der Regel schriftlich geschlossen. Der Schlussbrief wird **Heuerbrief, Promessenschein, Certifikat, Aktie, Promesse, Promessenloos,** auch **Loos** schlechthin genannt. Letztere Bezeichnung wird Seitens unreeller Verheurer nicht selten dazu benutzt, im Heurer einen Irrthum über die Rechtsnatur des Schlussbriefs zu erregen resp. zu erhalten.[14]) Der Heuerbrief wird partikularrechtlich[15]) und auch von vielen Autoren für das gemeine Recht[16]) als obligatorisch gefordert. Ein derartiges allgemeines oder gemeines Gewohnheitsrecht scheint indes nicht erweislich. Dagegen wird vielfach die Ausfertigung eines Heuerbriefs auf Grund der Platzusance als von den Kontrahenten gewollt anzunehmen sein.

Der Heuerbrief hat ausser der Unterschrift des Verheuerers und dem Datum jedenfalls[17]) die genaue Beschreibung der verheuerten Loose (nach Nummer und

---

[7]) Souchay u. Brinkmann.

[8]) Z. B. Maurenbrecher (Versprechen des Inhabers eines Looses), E. S. Unger p. 15, (Schein, durch welchen der Besitzer eines Looses). — Selbst W. Endemann p. 595 hat das Eigenthum des Verheurers am Loos in die Definition des Heuergeschäfts aufgenommen.

[9]) Thöl a. a. O.

[10]) Oben Not. 2.

[11]) So z. B. fordert das Oesterr. Ges. v. 1862 Eigenthum am Loose oder Genehmigung des Eigenthümers. Der Frankfurter Entwurf (Wolff p. 306) fordert Besitz oder Verfügung.

[12]) Vgl. Oesterr. G.B. v. 1862 § 7 a.

[13]) Im Fall des Verkaufs gegen Ratenzahlung. G. v. 30. Juni 1870 § 2 a.

[14]) Vgl. das Erk. d. St.Ger. Frankfurt a. M. v. 27. April 1866 in Löhrs Centr.Org. N. F. III p. 85, sowie Wolff p. 298 ff. Not. 1. Vgl. auch Dernburg p. 406 Not. 2.

[15]) Das Oesterr. Gesetz § 1 d verlangt im Stempelinteresse die Ausfertigung des Promessenscheins auf gestempeltem Blanquett.

[16]) Z. B. Gareis, Bender, Maurenbrecher, E. S. Unger.

[17]) Noch bedeutend mehr fordert das Oesterr. G. v. 30. Juni 1878 § 2 b.

BUAH

Serie), sowie die Angabe der entscheidenden Ziehung zu enthalten, meist auch das Wort fix oder die Erlöschungsklausel. Der Heuerbrief lautet gewöhnlich auf den **Namen** des Heuerers; doch kommen auch **Inhaberheuerbriefe** vor.[18]) Der Vertrag wird mitunter unter Vorbehalt der Nummernaufgabe so geschlossen, dass die Eintragung der verheuerten Nummern im Heuerbrief noch nachträglich, aber vor der Ziehung zu erfolgen hat.[19])

6. Das Heuergeschäft ist kein absolutes Handelsgeschäft, selbst dann nicht, wenn ein Staatsanlehensloos mit der Absicht späteren Einkaufs des Papiers verheuert wird; denn nicht das Papier, sondern die Gewinnchance desselben ist Gegenstand der Veräusserung.

Es ist auch kein Banquiergeschäft, obwohl es oft genug von Banquiers als Verheuerern gewerbsmässig abgeschlossen wird; denn es dient weder der Geld-, noch der Kreditvermittelung.

Dagegen kommt es allerdings als Hülfsgeschäft eines Kaufmanns in dessen Betriebe nicht ganz selten vor; so verheuern oft Banquiers die Chancen der in ihrem Besitz befindlichen Anlehensloose von Ziehung zu Ziehung, um die unbedingte Gegenleistung des Heuerers zu lukriren, indem sie gegen den ungewissen grossen Werth (des eventuellen Gewinns) den gewissen kleinen Werth eintauschen und lieber Wenig sicher haben als Viel in unbestimmter Aussicht (**Thöl**).

Insoweit das Heuergeschäft auch nur auf Seite eines der Kontrahenten Handelsgeschäft ist, bedarf es nach Art. 277 und 317 des Heuerbriefes zur Perfektion des Vertrages **nicht**, es sei denn die Ausfertigung eines solchen als Perfektionsmittel ausdrücklich oder stillschweigend gewollt.

7. Der Heuerer ist

a. zur Zahlung der vertragsmässigen Prämie verpflichtet. In der Regel ist dieselbe vollständig im voraus bei Vertragsschluss zu entrichten. Doch ist namentlich in Oesterreich üblich, dem Heuerer terminliche Theilzahlungen der Prämien (**Raten**) mit der Abrede zu gestatten, dass bei Nichteinhaltung auch nur einer Rate der Anspruch des Heuerers unter Verwirkung des Gezahlten ganz erloschen sein soll (sog. **Ratenloose**). Wegen der vielfachen hierbei hervorgetretenen Ausbeutungen der Heuerer hat das Oesterr. Gesetz vom 30. Juni 1878 § 3 für diese Ratengeschäfte unter Strafandrohung dem Verheuerer besondere Beschränkungen (bezüglich der Veräusserung und Verpfändung) und besondere Pflichten (bezüglich der Buchführung und der Vorweisung auf jedesmaliges Erfordern des Heuerers oder der Behörde) auferlegt.

b. Sehr häufig ist der Heuerer verpflichtet, falls das verheuerte Loos gezogen worden, dem Verheuerer ein noch nicht gezogenes Loos derselben Kategorie zu liefern resp. dessen Werth sich von den ihm zu zahlenden Gewinn in Abzug bringen zu lassen. Diese Verbindlichkeit ist namentlich dann üblich, wenn mehrere Loose gleichzeitig verheuert werden.[20]) An manchen Plätzen gilt diese Verpflichtung als stillschweigend übernommen, selbst wenn ihrer

---

[18]) Vgl. die Formulare 15 u. 16 bei Bender, Verkehr p. 644 u. Wolff p. 299 Note.

[19]) Bender, Verkehr p. 454.

[20]) Gareis a. a. O.

BUAH

weder bei dem mündlichen Vertragsschluss, noch im Heuerbrief Erwähnung geschehen ist.[21])

8. Der Verheuerer ist verpflichtet,

a. im Ziehungsfalle dem Heuerer den **Gewinn** zu gewähren. Dies kann geschehen **direkt** durch Auszahlung des Gewinnes oder **indirekt** durch Auslieferung des Gewinnlooses. Ob das Eine oder das Andere zu geschehen hat, resp. auf wessen Seite ein Wahlrecht bezüglich beider Erfüllungsarten besteht, bestimmt sich nach dem Willen der Kontrahenten, eventuell nach dem Ortsgebrauch. Eventualissime dürfte, da nur die Gewinnchance, nicht das Loos veräussert worden, auch nur die Forderung resp. die Pflicht der Gewinnauszahlung, nicht der Loostradition[22]) anzuerkennen sein.

b. Vor der Ziehung ist der Verheuerer nur in Folge besonderer Abrede verpflichtet, das Loos bei einem Dritten zu deponiren oder gegen Kaution dem Heuerer auszuhändigen.[23])

c. Haftet der Verheuerer für die Solvenz des Unternehmers? Wohl nur, sofern er diese Haftung ausdrücklich übernommen. Auch wenn beide Kontrahenten wissen, dass dem Verheuerer zur Zeit des Vertragsschlusses kein Recht auf das Loos zusteht, dürfte die Haftung des Verheuerers bei Insolvenz des eigentlichen Unternehmers im Zweifel zu verneinen sein; denn auch in diesem Falle ist anzunehmen, dass der Heuerer nur das vom Verheuerer erwerben sollte, was er bei direkter Betheiligung an der Lotterie von dem Lotterieunternehmer erhalten hätte.

9. Man unterscheidet in der Regel[24]) das **reelle** von dem **unreellen** Heuergeschäft, je nachdem dem Verheuerer (in Folge seines Eigenthums am Loose oder eines Erwerbtitels auf das Loos) ein Recht auf den auf das Loos eventuell fallenden Gewinn zur Zeit des Vertragsschlusses zusteht oder nicht. Das unreelle Heuergeschäft ist vielfach verboten und von Manchen als Heuergeschäft überhaupt nicht anerkannt.[25]) Die Bezeichnung „reell" ist übrigens nicht immer zutreffend; denn auch das Looseigenthum des Verheuerers zur Zeit des Vertragsschlusses gewährleistet nicht die Vertragserfüllung, da ja der Verheuerer das Loos nach Vertragsschluss vor der Ziehung weiter verkaufen oder verpfänden kann,[26]) von dem Falle der mehrfachen Verheuerung des nämlichen Looses ganz abgesehen.

10. Das Heuergeschäft ist kein **Spiel**, keine **Wette**,[27]) selbst das unreelle

---

[21]) Wolff p. 302 Not. 2 u. 310, Bender, Verkehr p. 454.

[22]) Vgl. besonders Gareis, auch Wolff p. 302 Not. 2, Bender p. 454, Goldschmidt a. a. O.

[23]) Bender, Verkehr p. 455 u. 461.

[24]) Vgl. Thöl, Bender, Wolff, Aronheim. — Dem Unterschied messen nur wirthschaftliche, nicht juristische Bedeutung bei Dernburg u. Gareis.

[25]) Vgl. oben Not. 8—11.

[26]) Das Oesterr. Gesetz v. 30. Juni 1878 § 3c u. 5 hat gegen diese Gefährdung des Heuerers besondere Strafandrohung wenigstens in gewissen Fällen für nothwendig erachtet.

[27]) A. M. Hillebrand, „Spiel um ein Spiel" (!) u. eine Reihe älterer Gesetze (bei Gengler p. 408).

BUAH
UNIVERSIDAD DE ALCALA DE
BIBLIOTECA

nicht;[28]) denn der Heuerer ist zur Prämienzahlung unbedingt verpflichtet, mag die Nummer gezogen werden oder nicht.[29]) Es ist auch weder ein bedingter Vertrag,[30]) noch ein Innominatvertrag nach der Formel do ut des.[31]) Es ist endlich kein **Miethsvertrag**, obschon der Geschäftsverkehr vielfach vom Miethen der Loose spricht,[32]) und obschon der Name „Heuern" oft als gleichbedeutend mit Miethen begegnet. In Wahrheit bedeutet aber heuern (niederdeutsch hûr, haur) jedes Erwerben und Gewinnen, nicht nur das miethweise, sondern auch das kaufweise;[33]) übrigens präjudizirt der Sprachgebrauch in keiner Weise der juristischen Konstruktion. Von einer Miethe kann aber um so weniger die Rede sein, als der Besitz des Looses vor der Ziehung dem Heuerer nur in Folge spezieller Abrede überlassen wird,[34]) nach der Ziehung aber der Heuerer das Loos, falls überhaupt, nicht zum Gebrauch, sondern zum Eigenthum empfängt.[35])

Das Heuergeschäft ist vielmehr eine emtio spei. Bezüglich des reellen Geschäfts ist dies jetzt fast allgemein anerkannt,[36]) aber auch das unreelle Heuergeschäft ist Hoffnungskauf.[37]) Der Unterschied besteht nur darin, dass bei jenem die eigene spes, die eventuelle Gewinnstforderung des Verheuerers gegen den Unternehmer resp. den Emittenten veräussert, in diesem aber eine eventuelle Gewinnstforderung des Heuerers gegen den Verheuerer begründet wird. In beiden Fällen erwirbt aber doch der Heuerer eine Forderung, die sowohl bezüglich des „ob", als bezüglich des „wieviel" ungewiss ist, ein Erwerb, den man wohl in beiden Fällen als Hoffnung zu bezeichnen hat. Da dieser Erwerb der Hoffnung gegen Aufopferung einer in jedem Falle dem Verheuerer zufliessenden Prämie stattfindet, so darf wohl auch in beiden Fällen von einem Kaufe jener Hoffnung gesprochen werden.

11. Das Heuergeschäft ist als Hoffnungskauf an sich gültig und klagbar.[38])

---

[28]) Nur das unreelle H.Gesch. wollen Brinkmann u. Aronheim als Spiel aufgefasst wissen.

[29]) Vgl. oben § 291 Not. 4—6. — Einen anderen Grund gegen die Annahme eines Wettvertrages (Unmöglichkeit der Aufstellung einer Behauptung bezüglich des Zahlungsausgangs) bei Thöl a. a. O.

[30]) A. M. für das unreelle H.Gesch. Thöl u. Gerber; vgl. aber oben § 291 Not. 3 u. Windscheid § 387 Not. 1.

[31]) Bender, Verkehr p. 462; denn der Verheuerer ist im Nichtziehungsfalle der empfangenen Prämie ungeachtet zur Gegenleistung nicht verbunden.

[32]) Fr. Endemann p. 94 Not. 1, Dernburg a. a. O.

[33]) Gareis, R.Lex. p. 194 u. die dort Citirten.

[34]) Vgl. oben Note.

[35]) Bender p. 461.

[36]) So von Thöl p. 1026 Not. 4, Dernburg, Aronheim, Förster-Eccius, Gerber p. 131 Not. 96, Bender, Gareis, Maurenbrecher, auch wohl Mittermaier, II p. 12 spricht von „Analogie des Hoffnungskaufs". Gengler, p. 408 spricht von emtio nominis incerti.

[37]) Vgl. Bender, Dernburg u. Gareis; dagegen nimmt Brinkmann u. Aronheim in diesem Falle Spiel, Thöl p. 1022 u. 1026 Not. 6 eine unechte oder Spielwette, resp. einen bedingten Vertrag an; letzteres auch Gerber.

[38]) Thöl, Gareis, Bender, Gerber, Wolff, Dernburg, Förster-Eccius.

BUAH

Die Lotterieverbote sollten nur auf das unreelle Anwendung finden; dagegen unterscheidet sich das reelle Heuergeschäft von dem Lotterievertrage sehr erheblich dadurch, dass dort die eigene Hoffnung des Verkäufers, hier eine Hoffnung gegen den Verkäufer käuflich erwerben wird, denn hier steht der Verheuerer in der That seinem Heuerer als Unternehmer einer (irregulären) Lotterie gegenüber.[39]) Gleichwohl meint die Rechtssprechung vielfach, dass jedes Promessengeschäft die Veranstaltung einer neuen selbständigen Lotterie darstelle und somit unter das Strafverbot des § 286 R.Str.G.B. falle.[40]) Manche Staaten haben sich übrigens mit der Anwendbarkeit der allgemeinen Lotterieverbote nicht begnügt, vielmehr noch besondere Strafgesetzgebungen gegen alle Heuergeschäfte oder gegen gewisse Arten desselben[41]) oder endlich wohl auch nur gegen die Heuergeschäfte bezüglich bestimmter Loose[42]) erlassen. Alle verbotswidrig eingegangenen Heuergeschäfte sind für nichtig zu erachten, mag auch die Nichtigkeit nicht besonders vom Gesetzgeber ausgesprochen sein.[43])

12. Werden Loose vor der Ziehung gekauft und unmittelbar nach der Ziehung zu niedrigerem Preis wieder verkauft, so liegt kein Heuergeschäft vor, wenngleich Kauf und Rückkauf zwischen denselben Personen und sogar in Folge eines und desselben Entschlusses abgeschlossen wurden; denn Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist hier nicht die Gewinnsthoffnung, sondern das Loos selbst.

Wohl aber kann unter Umständen der Verkauf auf Wiederkauf nur simulirt sein, um unter dieser Maske die eigentlich beabsichtigte verbotswidrige Veräusserung der blossen, vom Loospapier abgelösten spes zu verbergen. Ob solche Simulation oder ein ernstliches Verkaufs- und Wiederkaufsgeschäft vorliegt, ist Thatfrage. Man wird insbesondere dann diese Simulation anzunehmen berechtigt sein, wenn weder ein Kauf-, noch ein Wiederkaufspreis der nicht tradirten Loose gezahlt werden soll, wenn vielmehr die Kompensation zwischen diesen beiden Preisen von vornherein verabredet, mithin nur die Zahlung der Differenz zwischen beiden ausbedungen ist.[44])

---

[39]) Wolff p. 311, Thöl p. 1028. Vgl. oben p. 43 bei Not. 21.

[40]) Vgl. besonders Oppenhoff Not. 5 zu § 286. Vgl. auch R.G. in Strafsachen I p. 133, 209, II p. 639, III p. 387, IV p. 80, ferner Merkel a. a. O. u. Fr. Endemann p. 147 bei Not. 1. Ein nicht immer zutreffender Unterschied von Heuer- und Lotterievertrag findet sich in Heusers Annalen der Justizpflege 1856 p. 1 (bei Gruchot p. 197 Note). Vgl. auch die Entsch. des R.G. I p. 209 (oben p. 39 Not. 14) u. dazu Fr. Endemann p. 146 Not. 2.

[41]) Vgl. Bender, Lotterie p. 92, Wolff p. 305, Fr. Endemann p. 147, Z. f. H.R. II p. 617, III p. 633 u. die mehrfach citirten Oesterr. Gesetze.

[42]) So die Preuss. Kab.O. v. 27. Juni 1837 betr. das Verbot des Verkehrs mit Promessen zu den Prämienscheinen der Seehandlung oder zu ausländischen mit einer ähnlichen Prämienverloosung verbundenen Staatsanleihen. Diese Kab.O. ist noch in Kraft. Vgl. Entscheid. d. preuss. Ob.Trib. v. 27. März 1856 p. C.R. der Minist. der Fin. u. d. Innern v. 3. Mai 1867.

[43]) Vgl. oben p. 87 ff. A. M. sind Fr. Endemann p. 147 u. für das Preuss. Recht Dernburg p. 406.

[44]) Vgl. K. Sächs. Minist.V. v. 14. Oktbr. 1858 (Z. f. H.R. II p. 617) u. Erk. des Preuss. Ob.Trib. v. 8. Oktbr. 1858 (ebendas. p. 619).

BUAH

13. Es gibt Lotterieen, namentlich Anlehenslotterieen, bei denen je eine Anzahl Loose je eine geschlossene Gruppe **(Serie)** bilden. Die Ziehung erfolgt hier meist in der Weise, dass zunächst eine Anzahl Serien und sodann aus den sämmtlichen zu jenen gezogenen Serien gehörigen Loose die gewinnenden Nummern mittelst einer späteren Ziehung gezogen werden. Die **Serienziehung** entscheidet mithin darüber, ob ein gewisses Loos an der nächstfolgenden **Nummern-** oder **Prämienziehung** theilnehmen soll oder nicht; die nachfolgende Nummernziehung entscheidet über den Gewinn selbst.[45]) Ein in der Serie gezogenes Loos pflegt zwischen Serien- und Nummernziehung einen höheren Preis zu besitzen, als ein nicht gezogenes.

Es hat sich bezüglich solcher Lotterieen als besondere Abart des Heuergeschäfts die **Serienverheuerung** entwickelt. Der Heuerer verspricht auch hier unbedingt das Heuergeld, der Verheuerer dagegen für den Fall, dass in der Serienziehung eine bestimmte Serie gezogen werden sollte, weder ein bestimmtes Loos, noch einen der ausgesetzten Gewinne, sondern vielmehr die Uebergabe **irgend** eines Looses der gezogenen Serie. Im Zweifel gilt er überdies als befugt, anstatt eines Looses der im Heuervertrage genannten Serie ein Loos irgend einer an der nächsten Nummernziehung theilnehmenden Serie zu überliefern.[46]) Unterlässt der Verheuerer die rechtzeitige Lieferung, so haftet er dem Heuerer auf das volle Interesse, welches indes nicht in einem oder gar dem Hauptgewinn der nächsten Nummernziehung besteht.[47])

Bisweilen übernimmt der Verheuerer auch nur die Verpflichtung, falls die bestimmte Serie gezogen werden sollte, irgend ein ganz beliebiges Loos der betreffenden Lotterie dem Heuerer auszuhändigen.[48])

Alle diese Formen des Heuergeschäfts sind Hoffnungskäufe, denn für das Heuergeld wird dem Heuerer als Aequivalent die Aussicht auf einen Gewinn gewährt.[49]) Auch sie sind nur insoweit Lotterieen, als der Verheuerer nicht seine eigene spes veräussert hat.

---

[45]) Wolff p. 310. Bei den Lotterieanleihen ist es allerdings üblich, dass alle zu den gezogenen Serien gehörigen Nummern mindestens einen Minimalgewinn erhalten; insoweit ist es wohl für die Mehrzahl der Fälle richtig, dass, wie die Motive des Frankfurter Entwurfs hervorheben, durch die Prämienziehung nicht die Frage entschieden wird, ob ein Gewinn einem in der Serie herausgekommenen Loose zu Theil wird, sondern nur die Frage nach der Grösse des Gewinnes. Indes gibt es doch Lotterieen, bei denen nur einige der zur Serie gehörige Nummern Treffer erhalten, die übrigen aber ganz leer ausgehen. Vgl. Bender, Verkehr p. 469 Not. 2.

[46]) Wolff p. 302 Not. 2, p. 307 Not. 7 u. p. 311. Vgl. auch Dernburg p. 406.

[47]) Vgl. oben p. 70 Not. 3.

[48]) Wolff p. 302 Not. 2. Vgl. auch Oppenhoff Not. 5 zu § 286: „Jeder Vertrag, durch welchen sich Jemand gegen Entgelt dazu verpflichtet, einem Andern je nach dem Ausfall einer anderweitig stattfindenden Loosziehung das betr. Loos oder den Gewinnbetrag oder auch irgend einen anderen Gegenstand zu gewähren (Promessen).“

[49]) Windscheid § 387 Not. 1.

BUAH

IX. Lotteriegesellschaft und Lotteriebetheiligung.

§ 302.

I. Es können Mehrere an ein und derselben Gewinnsthoffnung betheiligt sein.

1. Es ist dies vielfach und selbst bei den Staatslotterieen planmässig durch Ausgabe von Loosbruchtheilen (halben, viertel Loosen) ermöglicht. Einsatzpflicht und Gewinnforderung reduziren sich hier nach den Bruchtheilen des Looses, bestehen aber zwischen Unternehmer und Theilnehmer unmittelbar. Die Spieler der Loosbruchtheile stehen zu einander in keiner besonderen Beziehung.

2. Nicht selten finden indes freiwillige Vereinigungen mehrerer Personen zum gemeinschaftlichen Lotteriespiel statt **(Lotteriegesellschaften).** Sie bilden sich entweder, um durch gemeinsamen Erwerb **mehrerer** ganzer oder getheilter Loose die Chance, überhaupt herauszukommen, für alle Theilnehmer zu erhöhen,[1]) oder wohl auch um den für den Einzelnen zu hohen Einsatz des **kleinsten** planmässigen Bruchttheils durch vereinte Kräfte aufzubringen, also um planwidrige Weitervertheilung der Loostheile zu bewirken.

3. Die Lotteriegesellschaft ist der Regel nach keine Vereinigung zu Handelsgeschäften im Sinne des Art. 266 des H.G.B. Nur in höchst vereinzelten Ausnahmsfällen, wenn mindestens Einer der Gesellschafter Kaufmann, und der Looserwerb zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig ist, nur dann wird eine handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft anzunehmen sein. Ein solcher Ausnahmsfall läge beispielsweise vor, falls mehrere Loose einer Lotterie, deren Gewinne ganz oder theilweise in Kunstwerken bestehen, von mehreren Kunsthändlern gemeinschaftlich erworben werden in der Absicht, die eventuellen Gewinne weiter zu veräussern.[2])

4. Die Eingehung der Lotteriegesellschaft, auch der nichthandelsrechtlichen, erfolgt gemeinrechtlich formlos. Nach preussischem Landrecht ist dagegen Schriftlichkeit erfordert, so dass der mündlichen Abrede ungeachtet keine Klage auf den Beitrag zur Einlage gewährt wird. Gleichwohl entsteht auch in Preussen

---

[1]) Bender, Lotterie p. 89, 90 Not. 1 u. 113 Not. 1; Busch, Arch. XXVII p. 58 ff.

[2]) Wäre auch unter den Lotteriegesellschaftern nur ein Kunsthändler mit der erwähnten Absicht, so würde doch die Gesellschaft, wenn auch allé anderen Gesellschafter Nichtkaufleute wären, unter den Art. 266 fallen. Vgl. v. Hahn p. 801 Not. 3.

BUAH

trotz fehlender Schriftlichkeit ein Anspruch der Theilnehmer auf eine entsprechende Rate des etwa gemachten Gewinnes, da communio incidens eintritt.[3])

5. Jeder Gesellschafter einer gültigen Lotteriegesellschaft ist zur Zahlung des vertragsmässigen Beitrags zu den Einsätzen an die zur Einziehung der Beiträge bestimmte Person verpflichtet. Letztere kann ein Gesellschafter oder Nichtgesellschafter sein. Diese Beitragsverpflichtung besteht allen Mitgesellschaftern gegenüber, jeder derselben kann darauf klagen. Die blosse Nichtleistung des Beitrags enthält an sich keinen Verzicht auf den Gewinnanspruch; sie hat daher, vorbehaltlich besonderer Abrede,[4]) die Verwirkung des Anspruchs auf die entsprechende Rate des etwa gemachten Gewinns nicht zur Folge.[5])

6. Der mit der Anschaffung des Looses resp. der Erneuerung oder der Gewinnerhebung beauftragte Theilnehmer macht sich durch Negligenz schadensersatzpflichtig; hat er daher die rechtzeitige Renovation unterlassen oder die Nummern verwechselt, so hat er den Gewinn, der auf die von der Gesellschaft gewählte Nummer ohne sein Versehen gefallen wäre, zu ersetzen. Dies gilt selbst dann, wenn er den Einsatz vorzuschiessen übernommen hatte. Dagegen gebührt ihm der Anspruch auf Erstattung der verauslagten Einsätze Seitens der übrigen Gesellschafter, selbst dann, wenn er die Verauslagung ohne speziellen Auftrag vorgenommen hatte.[6])

7. Der Unternehmer resp. Kollecteur ist selbst dann, wenn ihm von der Einrichtung des Gesellschaftsvertrages Nachricht gegeben worden, nicht verpflichtet, von der Vereinigung Notiz zu nehmen.[7]) Er zahlt insbesondere den Gewinn, ohne sich den übrigen Gesellschaftern haftbar zu machen, auch einem Einzelnen derselben aus, sofern nur dieser Eine planmässig zur Erhebung des Gewinnes (durch Besitz des Looses) legitimirt erscheint. Die Gesellschafter haben nur gegen den Erheber des Gewinnes die Klage auf Herausgabe ihrer Gewinnrate. Der Gewinnerheber haftet natürlich nicht für die Solvenz des Unternehmers.

8. Die Lotteriegesellschaft kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, bezüglich bestimmter oder unbestimmt vieler Klassen oder Lotterieen eingegangen werden. Ob das Eine oder Andere gewollt ist, ist Interpretationsfrage.

Ist vereinbart, eine bestimmte Nummer auf unbestimmte Zeit durch mehrere Lotterieen zu spielen, so gilt als stillschweigende Voraussetzung, dass dem Erwerb der betreffenden Nummer in den nächstfolgenden Lotterieen kein Hinderniss entgegentrete.[8])

Ist gemeinschaftliches Spielen eines Lotterielooses ohne Einschränkung auf

---

[3]) Dernburg § 159 Not. 12. Vgl. auch Preuss. Ger.Ztg. Nr. 21 und das Erk. des R.G. v. 19. Oktbr. 1880 (bei Gruchot XXV p. 741). Förster-Eccius II p. 400 Not. 34.

[4]) Vgl. das Erk. des Preuss. Ob.Trib. v. 13. Septbr. 1844 bei Gruchot p. 193.

[5]) Preuss. Ger.Ztg. a. a. O. Dernburg Not. 13.

[6]) Ger.Ztg. Nr. 31 ad 2 u. 3.

[7]) § 5 der Preuss. Instrukt. v. 1. Mai 1841 bei Gruchot p. 192.

[8]) Entsch. des R.G. v. 19. Oktbr. 1880 (bei Gruchot XXV p. 741). Vgl. oben p. 63 Not. 4.

BUAH

eine bestimmte Klasse verabredet, so erstreckt sich die Vereinigung im Zweifel[9]) auf alle Klassen der betreffenden Lotterie; denn, wenngleich die Verträge bezüglich der einzelnen Klassen von einander unabhängig sind, und Niemand verpflichtet ist, ein Loos durch mehrere Klassen hindurch zu spielen, so erwirbt doch jeder Spieler, also auch eine Spielgesellschaft, mit dem Loose irgend einer Vorklasse auch das bedingte Anrecht auf die folgenden Klassen bezüglich derselben Nummer.[10]) Verabreden also Mehrere ein Loos bezüglich einer bestimmten Vorklasse erwerben zu wollen, ohne dass sie eine weitere Einschränkung hinzugefügt haben, so liegt darin auch die Abrede, alle die mit jenem Loos verbundenen Rechte, mithin auch das bedingte Anrecht bezüglich der späteren Klassen zu erwerben. Dieses Recht gilt erst dann für aufgegeben, wenn ihm ausdrücklich entsagt ist. Hat daher auch nur einer der Gesellschafter durch rechtzeitige Renovation jenes bedingte Anrecht auf die Nachklasse zum unbedingten gemacht, so gebührt auch der in der Nachklasse auf jene Nummer entfallene Gewinn der Gesellschaft, nicht dem Einzelnen, der die Renovationskosten verauslagt hat.[11])

Der behufs des Spiels in einer **verbotenen** Lotterie geschlossene Gesellschaftsvertrag ist **nichtig**.[12]) Es findet daher weder eine Klage auf den Einsatzbeitrag,[13]) noch eine Klage auf Schadensersatz wegen nicht angeschaffter resp. erneuerter Loose gegen den mit der Beschaffung betrauten Gesellschafter statt. Die Zurückforderung des gezahlten Beitrags ist unstatthaft.[14]) Hat einer der Gesellschafter den Gewinn erhoben, so haben die höchsten Gerichte die Klage auf Herausgabe der Gewinnraten den übrigen Gesellschaftern gewährt;[15]) sie haben damit zwar der aequitas entsprochen, aber freilich eine a. pro socio zugestanden,

---

[9]) Das O.A.G. Jena (Busch XXVII p. 58 ff.) versagte einer Spielgesellschaft den Anspruch auf den Gewinn, weil das durch einen Einzelnen erfolgte Nachsetzen statutarisch ausgeschlossen, sonach als für den Nachsetzenden selbst als geschehen zu erachten war.

[10]) Vgl. oben p. 64 Not. 9.

[11]) Vgl. die Entsch. des O.A.G. Celle (bei Bopp p. 895), des Preuss. Ob.Trib. v. 1. Oktbr. 1836 u. 10. Juli 1851, sowie des R.G. v. 19. Oktbr. 1880 (bei Gruchot XII p. 192 u. XXV p. 741). Vgl. auch Holzschuher p. 773 Note. Dernburg u. die Preuss. Ger.Ztg. a. a. O.

[12]) l. 57 D. XVII 2 u. l. 70 in fin. D. 46, 1. Zwar spricht Ulpian in ersterem Fragment nur von „der malificii societas coïta“, indes ergibt sich aus den unmittelbar vorangehenden Worten als Gegensatz die „honestae et licitae rei societas coïta“; hiernach ist unter der „maleficii societas coïta“ jede societas zu einer inhonesta oder auch nur illicita res zu verstehen. Vgl. I. A. Seufferts Anmerkungen zu der Entscheidung des O.A.G. München v. 2. April 1849 in den Blättern für Rechtsanwendung XV p. 46.

[13]) Seuffert XIII p. 257 Not. 2.

[14]) l. 3, 8 D. XII, 5. Seuffert a. a. O., aber auch Seuffert IX Nr. 287.

[15]) Vgl. das Erk. des O.A.G. München v. 2. April 1849 in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung XV p. 40–46 (dessen Resultaten und zum Theil auch Ausführungen indes Seuffert motivirt entgegentritt), ferner Erk. v. 18. Mai 1854 in Seufferts Archiv IX Nr. 287, dessen Belegstelle l. 3 D. 47, 22 indes sich nur auf die freiwillige Vertheilung des Vermögens unerlaubter Collegia bezieht. Vgl. auch das Erk. des Preuss. Ob.Trib.

BUAH

wo societas nulla. Denn wenn auch „das Gesetz nur das Spiel bedroht, nicht den Gewinn entzogen hat“, so steht der Anspruch auf den Gewinn zunächst doch nur dem Loosinhaber zu, während die Anderen doch nur auf Grund des Societätsvertrags ein Anrecht auf diesen Gewinn herleiten, d. h. aus einem Societätsvertrage, der vor dem Rechte kein Societätsvertrag ist. Mag der Gewinninhaber auch ex injusta causa besitzen, so steht doch dem Socius, der seine Rate fordert, kein Rechtsgrund zur Seite; er fordert, was das Recht nicht gefordert wissen will, den Gewinn einer ihm verbotenen Lotterie; der Betrag, mit dem der Gewinninhaber sich bereichert, ist kein positiver Schade des Andern, sondern nur ein jenem Anderen entgangener, vom Gesetzgeber reprobirter Gewinn.

9. Der bisher erörterte Lotteriegesellschaftsvertrag ist kein aleatorischer Vertrag, wenngleich die Gesellschaft zum Zwecke des Abschlusses von Hoffnungskäufen errichtet ist.[16]) Die Gesellschafter verkaufen einander keine spes, sondern übereignen sich verhältnissmässige Antheile des Gesellschaftsvortheils, d. h. des eventuellen Forderungsrechts gegen den Unternehmer, und soweit Loosurkunden in Frage kommen, auch das verhältnissmässige Miteigenthumsrecht an diesen Loosen. Der mit der Geschäftsführung beauftragte Socius haftet nur für den Gewinn, soweit er ihn empfangen, er ist kein Unternehmer, kein Kollekteur.

II. Eine Betheiligung mehrerer Personen an der nämlichen Gewinnchance begegnet zuweilen auch ohne vertragsmässige Einigung der Betheiligten untereinander. **(Lotteriebetheiligung.)**[17]) Jeder der Betheiligten erwirbt durch selbständigen Vertrag vom Veranstalter (Betheiliger) eine Quote an einem oder mehreren Loosen. Der Veranstalter ist oft ein Kollekteur der betreffenden Lotterie;[18]) meist spielt er selbst nicht mit. Ueber die Betheiligung empfängt der Betheiligte in der Regel eine Urkunde (Betheiligungs,- Partial-, Kompagnieschein, auch Lotterieaktie genannt). Dieselbe ist oft auf den Inhaber gestellt. Neben dem Kompagniescheine erhält mitunter noch jeder Betheiligte eine bestimmte Anzahl von Unterbetheiligungsscheinen, die ihm die Möglichkeit der weiteren Parzellirung seiner Quote unter andere Personen gewähren. — Das oder die gemeinsam gespielten Loose werden zuweilen im Original bei einem Dritten deponirt; öfter jedoch unterbleibt diese Deposition, mitunter aus dem Grunde, weil der Aussteller der Kompagniescheine diese Loose selbst gar nicht besitzt.

Die Betheiligten haben weder dem Unternehmer, noch einander gegenüber

---

v. 19. Novbr. 1847 (Entsch. XV p. 497), v. 27. Juni 1872 in Striethorsts Arch. 85 p. 293 ff. u. v. 20. Februar 1877 (Seufferts Arch. XXXIII Nr. 24). Vgl. auch Holzschuher p. 327 u. 775, Dernburg p. 418, Preuss. Ger.Ztg. Nr. 12. — A. M. ausser Seuffert auch die beiden ersten Instanzen in dem oben citirten bayrischen Fall, sowie die franz. Jurisprudenz (vgl. Clunet, Journal de dr. intern. II). Vgl. auch A.G. Celle v. 12. Oktbr. 1869 (Seuffert XXIV p. 48 ff.).

[16]) Vgl. Stengels Beiträge XVI p. 188, Preuss. Ger.Ztg. a. a. O.

[17]) Vgl. zum Folgenden Kuntze p. 494 u. Bender p. 89 u. 90, die sich des vieldeutigen Ausdrucks Kompagniespiel oder Lotterie-Kompagnie bedienen.

[18]) Oft ist gerade dieser die Veranstaltung jeder Art von Gesellschaftsspiel untersagt.

BUAH

Rechte und Pflichten; sie kennen sich oft gar nicht. Sie stehen nur in Rechtsbeziehung zum Veranstalter. Ihm schulden sie die Einsatzbeiträge; von ihm haben sie die Gewinnquote zu fordern. Das Eigenthum der Loose bleibt der Regel nach bei dem Veranstalter, es müsste denn, was selten der Fall ist, ausdrücklich das Miteigenthum den Betheiligten übertragen worden sein. Soweit diese Miteigenthumsübertragung stattgefunden, ist die Veranstaltung ein überall statthafter und gültiger Vertrag über Loosurkunden, anderen Falls ist die Veranstaltung aber nur eine Verschleierung des vielfach verbotenen Verkaufs blosser Gewinnsthoffnungen, mit anderen Worten eine quotenweise Verheuerung.[19])

[19]) Vgl. Z. f. H.R. II p. 617, Entsch. d. R.G. v. 5. Januar 1880 bei Fr. Endemann p. 147 Not. 11 und überhaupt p. 103 Not. 40.

Nachträge:

1. Zur Geschichte der Lotterieen (p. 37) vgl. jetzt noch Krey, Die Leipziger Stadt-Lotterie. Leipzig 1882, besonders p. 18 ff.

2. Zu p. 53 Nr. 6. G. L. Böhmer (auserlesene Rechtsfälle, 1800 II 1. Abthlg., decisio 100 p. 39 ff.) erklärt die Bestellung eines Billets für ein unverbindliches pactum praeparatorium; der Lottohandel selbst werde erst durch Ablieferung und Annahme der Billets und Zahlung perfekt und sei nach der Analogie eines contractus do ut des zu beurtheilen.

3. Zu p. 57 Z. 2 v. o. u. p. 105 ff. Das Reichsgericht hat sich (in einer preussischen Sache) für die Anfechtbarkeit eines Spielgemeinschafts-Vertrages erklärt, bei dessen Abschluss die bereits erfolgte Ziehung des Looses beiden Theilen unbekannt gewesen (Urt. v. 5. Januar 1882, VI p. 290 ff.).

BUAH

Abschnitt 5.

Bearbeitung und Verarbeitung.

(Von Herrn Professor Dr. Endemann zu Bonn.)

I. Begriff der Bearbeitung und Verarbeitung. Natur des Uebernahmevertrags.

§ 303.

I. **Bearbeitung oder Verarbeitung** ist die Veränderung der Gestalt, welche an körperlichen Sachen absichtlich, wegen des Gebrauchs oder Verbrauchs derselben, vorgenommen wird.[1]) Darin liegt inbegriffen, dass die Veränderung namentlich den Zweck haben kann, den Umsatz oder Absatz der Sachen zu fördern.

Von Bearbeitung ist zu reden, wenn durch die Arbeitsthätigkeit, welche auf sie verwendet wird, die Sachen zwar innerlich oder äusserlich modifizirt, verbessert oder umgearbeitet, aber nicht zu anderen gemacht werden; von Verarbeitung dagegen, wenn aus der Arbeitsfähigkeit Produkte hervorgehen, die als andere, neue Sachen erscheinen. Selbstverständlich gibt es der Fälle genug, in denen zwischen Bearbeitung und Verarbeitung schwer zu unterscheiden ist. So kann leicht bezweifelt werden, ob die Hervorbringung von Halbfabrikaten das Eine oder das Andere ist. Indessen kommt darauf insofern wenig an, als unzweifelhaft die hier zu berührenden Rechtsgrundsätze ebenmässig für die Bearbeitung und die Verarbeitung gelten.[2])

Die **Bearbeitung oder Verarbeitung ist hier nur als Handelsgeschäft zu betrachten.** Inwieweit dies der Fall, ergibt sich aus früheren Ausführungen.[3])

---

[1]) Vgl. v. Hahn zu § 272 § 3 z. A.

[2]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 11; Goldschmidt, H.B. § 52 Not. 5, 10 ff.; v. Hahn zu Art. 272 Not. 6.

[3]) S. Bd. 1 § 15 I. — Ueber die fremden Rechte, bez. Cod. de comm. Art. 632, welche die „Manufaktur" oder auch die „Fabrikation" als Handelsgeschäfte regeln, s. Goldschmidt § 52 Nr. 1 u. Behrend, Zusatz zu § 27.

BUAH

Darnach scheidet, was den Gegenstand betrifft, die Bearbeitung unbeweglicher Sachen aus.[4]) Es handelt sich nur um die Bearbeitung beweglicher Sachen.[5]) Der Begriff bezieht sich ferner nicht auf diejenige Arbeitsunternehmung, die als Ausfluss künstlerischer oder literarischer Thätigkeit zu betrachten ist.[6]) Der Grund ist der, dass, um den Begriff des Handelsgeschäfts zu gewinnen, Gewerbemässigkeit des Betriebs erheischt wird.[7]) Doch hindert der kunstmässige Karakter keineswegs absolut, von einer Bearbeitung oder Verarbeitung im Sinne des H.G.Buchs zu reden. Die Gewerbemässigkeit des Betriebs schliesst nicht immer aus, dass die gewerbliche Thätigkeit nach der herrschenden Ansicht zugleich eine künstlerische sein mag. Sobald erstere da ist, steht nichts im Wege, die Rechtsregeln der Bearbeitung oder Verarbeitung in Anwendung zu bringen. So ist gewiss keine Ursache, die Uebernahme photographischer oder plastischer Vervielfältigung, die nicht selten als Kunstleistung dargestellt wird, die Anfertigung von Stuccaturarbeiten, von Dekorationen u. dgl., die an das Kunstmässige heranreichen, von dem Begriff auszuschliessen. Die Grenzen zwischen Kunst, Kunstgewerbe und gewöhnlichem Gewerbe erweisen sich eben keineswegs immer vollständig scharf.

Andererseits wird vorausgesetzt, dass die Gewerbemässigkeit[8]) über den Umfang blos handwerksmässigen Betriebs hinausgeht.[9])

Handelsgeschäft ist nur die Uebernahme der Bearbeitung von Seiten des Bearbeiters.[10]) Die Bestellung oder Uebertragung kann höchstens auf Grund des Art. 273 als Handelsgeschäft erscheinen.[11])

Ueberhaupt muss festgehalten werden, dass nur diejenige Bearbeitung oder Verarbeitung hieher gehört, welche im Interesse und nach dem Willen des Bestellers vor sich geht; nicht also diejenige, welche der Bearbeiter vornimmt, um die bearbeiteten Sachen zum eigenen Gebrauch oder zur Veräusserung zu benutzen. Was der Besteller mit denselben anzufangen beabsichtigt, ob er sie selber gebrauchen oder verbrauchen will, oder ob er sie weiter zu veräussern gedenkt, ist für den Begriff gleichgültig.[12]) Es versteht sich ferner von selbst, dass hier nur die Uebernahme der Bearbeitung gegen Entgelt, mit Ausschluss also der aus Liberalität oder Gefälligkeit erfolgenden, in Betracht kommt.[13])

---

[4]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 15 u. § 17 Not. 24; über die Bearbeitung beweglicher Sachen, behufs Verwendung in Immobilien das. Not. 12 ff. und § 17 Not. 36 ff.

[5]) Art. 272 Nr. 1. — Beispiele s. bei Behrend § 27 Not. 3; R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 81 (Bergwerksprodukte); Bd. 13 Nr. 53 (Getreide) u. a.

[6]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 6; v. Hahn zu Art. 272 Not. 5; Keyssner zu Art. 272 Nr. 2.

[7]) Art. 272 Nr. 1.

[8]) S. über diesen Begriff Bd. 1 § 15 Not. 2—4.

[9]) Vgl. Bd. 1 § 15 I E.

[10]) Diese freilich unter Berücksichtigung des Art. 277. Vgl. Bd. 1 § 13 Not. 9 ff.

[11]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 7.

[12]) Goldschmidt § 52 Not. 4. Bedenken, welche den Begriff des Handelsgeschäfts stören, traten nur ein wegen Verwendung in Immobilien; s. oben Not. 4.

[13]) Vgl. Bd. 1 § 15 I D und Goldschmidt § 52 Not. 3.

BUAH

Endlich wird im Ganzen bei dem Begriff des Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäfts unterstellt, dass der Besteller das Material liefert oder in seinem Namen oder wenigstens auf seine Rechnung von einem Andern, der auch der Uebernehmer sein kann, anschaffen lässt. Indessen erweist sich auch dieses Kriterium nicht überall so scharf, als es auf den ersten Blick scheint.

II. Die Uebernahme einer Bearbeitung oder Verarbeitung bedeutet für den Uebernehmer die Verbindlichkeit, den betreffenden Sachen die vertragsmässige Gestaltung zu geben und sie gehörig bearbeitet oder verarbeitet auszuliefern, für den Besteller die Vergütung der Arbeitsleistung zu entrichten. Der Vertrag, der diese Leistung und Gegenleistung begründet, erscheint hiernach, da er entgeltliche Arbeitsleistung zum Gegenstand hat, als **Arbeitsgeschäft.**[14]) Nach den traditionellen Definitionen wird in der Theorie und Praxis dieser Vertrag, da der Arbeitsunternehmer den Erfolg der Arbeitsleistung zu prästiren, die Bearbeitung oder Verarbeitung als sein Werk fertig zu stellen hat, regelmässig als locatio conduitio operis[15]) oder **Werkverdingung**[16]) bezeichnet. Natürlich ist das Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäft nur eine Unterart des Gesammtbegriffs des Arbeitsgeschäfts, der locatio conductio operis oder Werkverdingung.[17])

Mit der letzteren Bezeichnung ist der **Gegensatz gegen die Dienstmiethe,** locatio conduitio operarum, bezeichnet.[18]) Der Unternehmer der Bearbeitung oder Verarbeitung stellt nicht dem Besteller seine Arbeitskraft zur Verfügung, tritt nicht zu diesem in Dienstverhältniss, sondern führt sie als seine selbständige Arbeitsunternehmung aus. Allein auch dieser Gegensatz verliert im praktischen Leben oft an seiner Schärfe. Wenn auch soviel sicher ist, dass bei der durch eigene Leute, Gehülfen, Bedienstete oder Arbeiter auszuführenden Bearbeitung die Erlangung und Uebernahme ihrer Arbeitsleistung nur als Dienstmiethe, locatio conductio operarum, betrachtet werden, hier dagegen nur von derjenigen Bearbeitung oder Verarbeitung die Rede sein kann, welche ein selbständiger, dem Geschäft des Bestellers nicht untergeordneter Geschäftsmann übernimmt, so lässt sich doch nicht verkennen, dass dieses Verhältniss durch

---

[14]) S. über die Nothwendigkeit, nach dem heutigen Begriff der Arbeit (vgl. oben Bd. 2 § 235) diese Rubrik „Arbeitsgeschäfte" aufzustellen, gegenüber der übrigen Unzulänglichkeit des röm. Rechts nach den Verhältnissen der Gegenwart Endemann, H.R. § 151 Not. 1; § 152 Not. 4; vgl. auch Förster, Preuss. Pr.R. Bd. 2 § 138 z. A.

[15]) Sintenis, Civ.R. § 118 Not. 135; Windscheid § 399 Not. 7. — Ueber die Begriffsbestimmung nach Preuss. Recht s. Förster, Preuss Priv.R. Bd. 2 § 138 III. Zweifel, ob z. B. Färben im Sinne des Preuss. Rechts Werkverdingung sei; R.O.H.G. Bd. 12 Nr. 67.

[16]) Goldschmidt § 52, Not. 14, der als Grund der Bezeichnung locatio conductio operis anführt, dass das Geschäft im H.G.B. nicht weiter geregelt ist; v. Hahn zu Art. 272 § 3; Anschütz-Völderndorff, Komm. Bd. 3 S. 31.

[17]) Zur — kaum nöthigen Abwehr — des Gesichtspunktes eines pactum de contrahendo s. R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 51.

[18]) Vgl. über diesen wichtigsten Unterschied oben Bd. 2 § 236 I. — Ueber einem Zweifelsfall nach Preuss. Recht s. R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 108.

BUAH

manche Umstände an dem Karakter selbständiger Arbeitsunternehmung Einbusse erleiden kann.[19]) Möglicherweise unterwirft sich der Bearbeiter oder Verarbeiter so sehr den Angaben und Weisungen des Bestellers, dass er eigentlich nur die mechanische Ausführung leistet. Er macht sich vielleicht sogar in noch höherem Maasse darin abhängig, als der im Dienste des Bestellers stehende eigene Arbeiter. Oder er übernimmt ständig, vielleicht sogar ausschliesslich, für ein bestimmtes Geschäft die Verfertigung gewisser Arbeiten; wie z. B. als Kleiderverfertiger, der zu diesem Behufe ein so grosses Geschäft haben kann, dass sein Betrieb nicht blos handwerksmässig, sondern fabrikmässig zu nennen ist, für ein gewisses Kleiderverkaufsmagazin die Herstellung von Röcken, ein Mühlenbesitzer das Vermahlen der Frucht für eine gewisse Brodfabrik u. s. w. Man kann alsdann sagen, dass sich der Verfertiger, obwohl Inhaber eines eigenen Geschäfts, zu einem anderen Geschäft in dasselbe Verhältniss stellt, wie der Frachtführer oder Spediteur, der sich von einem anderen Geschäft zu ständigem Verhältniss engagiren lässt.[20])

Um die **Grenze gegen Kauf- oder Lieferungsgeschäft**[21]) zu finden, muss namentlich das Verhältniss der beiden Elemente, Stoff und Arbeitsleistung, auf welchen der Begriff der Bearbeitung oder Verarbeitung beruht, in Erwägung gezogen werden. Nur von diesem Verhältniss ist hier unter dem Begriff der „Verarbeitung oder Bearbeitung" zu reden. Die Untersuchung, ob der Vertrag über die Lieferung durch Arbeit erst herzustellender vertretbarer Sachen, als Kaufgeschäft, über die Lieferung einer herzustellenden individuellen Sache, eines Kessels, eines Mühlwerks u. dgl. als Werkverdingung erscheint, gehört nicht hieher.[21a]) Im Allgemeinen gilt, gewiss mit Recht, als ausgemacht, dass eine Bearbeitung oder Verarbeitung als Werkverdingung nur dann vorliegt, wenn der Uebernehmer derselben nicht zugleich seinerseits den Stoff hergibt. Ist letzteres der Fall, sei es, dass ihm der zu bearbeitende Stoff bereits gehört, sei es, dass er denselben erst zum Zwecke der Arbeitsausführung produzirt oder auf seine Rechnung anschafft, so handelt es sich nicht blos um Bearbeitung oder Verarbeitung, sondern lediglich um ein Geschäft, durch welches die demnächst fertig gestellten Sachen gegen Zahlung des festgesetzten Preises erworben werden, mithin um ein Kauf-[22]) oder Lieferungsgeschäft, auf welches ohne Weiteres die Regeln des Kaufgeschäfts nach Handels- oder sonstigem bürgerlichen Recht Anwendung leiden.[23]) Die **Bearbeitung oder Verarbeitung** im Sinne der Werkverdingung **setzt also voraus, dass der Stoff von dem Besteller herrührt** und

---

[19]) S. Endemann § 151 Not. 13; vgl. auch Weiske, Rechtslexik. Bd. 7 S. 814ff.

[20]) S. über dies Verhältniss, welches offenbar der Dienstmiethe, die ja den Arbeiter auch nicht geradezu unfrei erscheinen lässt, nahe steht, Bd. 2 S. 378.

[21]) S. über diese Grenzziehung nach Preuss. Recht R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 30.

[21a]) S. darüber die Entsch. d. R.G. nach Preuss. R., auch Z. f. H.R. Bd. 26 S. 527, 528.

[22]) Windscheid § 401 Not. 13. Goldschmidt, H.R. § 52, III.

[23]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 8; Endemann, H.R. § 152 Not. 3; Behrend § 27 Not. 6. — Ueber die Bedeutung des Unterschieds, ob Kauf- oder Werkverdingung für die Stempelung des Vertrags, s. R.G. Bd. 4 Nr. 68.

BUAH

zum Zweck der Bearbeitung überantwortet wird. Dies ist zunächst der Fall, wenn der Besteller den Stoff, über den er zu verfügen hat, dem Uebernehmer zu solchem Zweck zuliefert oder durch Mittelspersonen zuliefern lässt. Aber das Verhältniss bleibt dasselbe, wenn nach dem Vertrage der Uebernehmer den Stoff im Namen des Bestellers, also als dessen Repräsentant, oder zwar in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Bestellers, also als dessen Kommissionär zu beschaffen hat.[24]) Es kommt hiernach darauf an, dass der Stoff in diesem Sinne dem Besteller gehört.

So einfach an sich dieses Merkmal erscheint, ergeben sich doch leicht Fälle, in denen dasselbe an Deutlichkeit einbüsst.[25]) Es kann sein, dass der Stoff Eigenthum des Uebernehmers ist, aber durch den Bearbeitungsvertrag an den Besteller veräussert,[26]) also auf dessen Gefahr gestellt, und nach dieser Veräusserung dem Uebernehmer zur Bearbeitung überlassen wird. Alsdann ist ein vorgängiges Kaufgeschäft zwischen dem Uebernehmer als Verkäufer und dem Besteller als Käufer, daran anschliessend aber ein echtes Bearbeitungsgeschäft vorhanden.[27])

Umgekehrt ist es denkbar, dass der Besteller den ihm gehörigen Stoff, der bearbeitet werden soll, an den Uebernehmer der Bearbeitung verkauft oder sonst zu Eigenthum und Gefahr überträgt und dann die aus der Bearbeitung hervorgehenden Gegenstände kauft. Alsdann liegen zwei thatsächlich in Zusammenhang stehende Kaufgeschäfte, auf der Seite des Bestellers eine Veräusserung und eine Anschaffung und auf der Seite des Uebernehmers eine Anschaffung und eine Veräusserung, aber keine Werkverdingung vor. So verhält es sich namentlich, wenn der Stoff von dem Besteller als vertretbar, d. h. dergestalt geliefert wird, dass der Unternehmer nicht den gelieferten Stoff in seiner Identität, sondern ebensogut eine andere Quantität gleicher Art zum Gegenstand seiner Bearbeitung zu machen hat.[28])

Lässt sich schon hiernach nur auf sorgfältige konkrete Prüfung, wie es mit der Lieferung des Stoffes gemeint ist, verweisen, zumal bei der Formlosigkeit der betreffenden Verträge selbst stillschweigend in der einen oder der anderen Weise darüber Vereinbarung getroffen werden kann, so ist auch die weiter gehende Frage nicht abzulehnen, ob überhaupt die Lieferung des Stoffes durch oder für den Besteller stets entscheidend sei. Dass der Begriff des Bearbeitungsgeschäfts nicht darum gestört wird, weil der Uebernehmer zu der Bearbeitung Zuthaten, nebensächliche Bestandtheile u. dgl., die er beschafft, hinzufügt, ist anerkannt.[29]) Aber auch, wenn es sich um Lieferung des gesammten

---

[24]) Vgl. Bd. 1 § 15 Not. 8 ff.; v. Hahn a. a. O. § 3.

[25]) Endemann, H.R. § 152 Not. 6. Vgl. R.O.H.G. Bd. 2 S. 287 ff.; Bd. 6 S. 32.

[26]) Behrend § 27 Not. 5.

[27]) v. Hahn a. a. O. S. 31 a. E.; Behrend Not. 7.

[28]) v. Hahn a. a. O. Not. 9. S. auch L. 31 loc. cond. 19, 2; L. 34 pr. de aur. leg. 34, 2; Windscheid § 401 Not. 11.

[29]) v. Hahn a. a. O. S. 32 Abs. 2; Behrend § 26 Not. 20. Vgl. oben Bd. 1 S. 14 Not. 61 ff.

BUAH

Materials oder eines wesentlichen Theils desselben handelt, erscheint es keineswegs unter allen Umständen ausgemacht, dass nothwendig nicht ein Bearbeitungs-, sondern ein Kauf- oder Lieferungsgeschäft anzunehmen sei.[30]) Unabweisbar macht sich in manchen Fällen die Betrachtung geltend, ob nicht die Leistung der Bearbeitung oder Verarbeitung so sehr als der Hauptgegenstand des Vertrags und der von dem Besteller zu gewährenden Vergütung erscheint, dass die ganze Lieferung des Stoffes nur Nebensache, nur als Mittel der Ausführung der Arbeit zu betrachten ist.[31]) Wo dem so ist, wird, trotzdem in dem Geschäft zugleich eine Veräusserung des Materials von Seiten des Arbeitsunternehmers vorliegt, eben weil die Lieferung des Materials sich als das Untergeordnete darstellt, der Begriff des Arbeitsgeschäfts oder der Werkverdingung nicht zu verleugnen sein.[32])

Anders dagegen, wo die Hergabe des Stoffs als das Wesentliche erscheint, zu der die Bearbeitung oder Verarbeitung gleichsam als etwas blos Accessorisches hinzukommt, oder mindestens gleichbedeutend neben der Arbeitsleistung steht. Alsdann ist es, wenn nicht der Besteller den Stoff hergibt, das Nächstliegende, in dem Geschäft eine Veräusserung des Uebernehmers und eine Anschaffung des Bestellers zu sehen. Ob die eine oder die andere Auffassung am Platze ist, kann nur sorgfältige konkrete Prüfung entscheiden.[33]) Ebenso kann umgekehrt, obwohl die Erzielung der Bearbeitung oder Verarbeitung als das Wesentliche anzusehen ist, selbst wenn der Besteller den Stoff liefert, nicht Werkverdingung, sondern ein Kaufgeschäft anzunehmen sein, sofern die Ablieferung und der Erwerb der fertig gestellten Sachen als der Hauptgegenstand des Vertrags erkannt werden muss.[34]) Im Ganzen wird freilich, wenn man den Gegensatz von Herstellung von Arbeitsprodukten, bei der die Arbeitsleistung die Hauptsache, die Hergabe des Stoffes nur das Untergeordnete ist, und von Bearbeitung, bei der der zu bearbeitende Stoff als das Wesentliche erscheint und nur durch die hinzukommende Bearbeitung in eine andere Gestalt gebracht werden soll, aufstellt, anzunehmen sein, dass der Begriff der Bearbeitung oder Verarbeitung gewöhnlich den letzteren Sinn hat, dass also auch nach der Meinung des Handelsgesetzbuchs Bearbeitung oder Verarbeitung als blosse Umgestaltung der alten Sachen von der Herstellung ganz neuer Sachen aus irgend einem Stoff begrifflich verschieden ist. Ob dann letztere als Werkverdingung oder als Lieferungsgeschäft zu betrachten sei, ist eine weitere Frage.

---

[30]) Windscheid § 401 Not. 13.

[31]) Vgl. auch oben Bd. 1 § 27 Not. 44.

[32]) Ueber die Auffassung des röm. Rechts s. Windscheid § 401 Nr. 3. Dabei ist zu beachten, dass das röm. Recht die Arbeit in ihrer heutigen Bedeutung (s. Bd. 1 § 235) nicht kennt, mithin viel mehr, als heute zugestanden werden darf, geneigt ist dem Element des Materials den Vorzug vor dem der Arbeitsleistung einzuräumen und folglich den Gesichtspunkt des Kaufs hervorzukehren. Vgl. Endemann, H.R. § 150 Not. 8. — Vgl. auch die Entsch. d. R.G. in der Z. f. H.R. Bd. 26 S. 527 unten 1 b.

[33]) Vgl. auch Bd. 1 § 14 Not. 26.

[34]) So das von Keyssner zu Art. 338 Nr. 3 mitgetheilte Erk. d. R.O.H.G. vom 7. Novbr. 1871 u. R.G. G. Bd. 1 Nr. 29.

BUAH

Hier handelt es sich vorwiegend um die Bearbeitung und Verarbeitung, welche Umgestaltung, nicht Neuproduktion bezweckt.

III. Für diejenige Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung, welche Handelsgeschäft ist, **gelten die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, eventuell die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht.**[35]) Da das Handelsgesetzbuch darüber Spezialbestimmungen nicht enthält, handelt es sich in den ersteren Beziehungen nur um die Anwendung der dort ertheilten allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte. Soweit die Handelsgeschäftseigenschaft fehlt, ist überall blos das sonstige bürgerliche Recht maassgebend.

Wenn auch in dem einen oder in dem anderen Fall, wo besondere Vorschriften über die Bearbeitung oder Verarbeitung, oder über das ganze Werkverdingungsgeschäft nicht vorhanden sind, von einer direkten Anwendung der für andere Rechtsgeschäfte nach dem Handelsgesetzbuch bestehenden Rechtsregeln nicht die Rede sein kann, so bringt es doch die Natur der Sache mit sich, dass manche der letzteren analog auch hier anzuwenden sind. Namentlich lässt sich bei der nahen Verwandtschaft mit dem Kauf- oder Lieferungsgeschäft, die trotz der begrifflichen Trennung sich geltend macht, gar nicht vermeiden, eine Reihe von darauf bezüglichen Sätzen auch bei dem Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäft in entsprechende Anwendung zu bringen.[36])

Davon abgesehen, und, wenn auch Handelsgebräuche fehlen, kann nur auf das sonstige bürgerliche Recht, also auf das Partikularrecht, verwiesen werden. Indessen enthalten keineswegs alle Partikularrechte nähere positive Bestimmungen über die Werkverdingung, oder noch spezieller über Bearbeitung und Verarbeitung. Bemerkenswerth ist namentlich, dass das Preussische Landrecht ausführlicher die Werkverdingung regelt.[37])

---

[35]) H.G.B. Art. 1.

[36]) Dies wird in eingehender Ausführung anerkannt in einer Entsch. des R.O.H.G. Bd. 14 Nr. 19. Vgl. auch die dortigen Citate älterer Entscheidungen.

[37]) Allg. Preuss. L.R. I 11 § 928 ff. Ueber die Definition der Werkverdingung s. oben Not. 15. — Gerade um das Preuss. Recht drehen sich die meisten Entscheidungen des R.O.H.G. u. R.G. über Werkverdingung.

BUAH

II. Der Abschluss des Vertrags.

§ 304.

Der Vertrag wird zwischen dem Besteller und dem Uebernehmer der Arbeit **durch Willenseinigung über die Art und den Umfang der Bearbeitung oder Verarbeitung und die dafür zu leistende Vergütung perfekt.** Als Handelsgeschäft nach Art. 317, ohne dass es weiterer Förmlichkeiten, namentlich schriftlicher Abfassung, bedarf. Inwieweit der Vertragsschluss sonst, wo das Geschäft nicht Handelsgeschäft ist, solche erheischt, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Die Bestimmung der Arbeit kann nach Umfang, Ort, Zeit, Qualität und andere Modifikationen sehr verschieden sein. Ebenso hat in der Festsetzung des Preises oder der Vergütung desselben der freie Wille vollen Spielraum. Nicht immer braucht die Vereinbarung eine ausdrückliche, ebensowenig die Festsetzung des Umfangs und Preises eine absolut bestimmte zu sein. Vielmehr genügt auch relative Bestimmtheit. Ueberhaupt verhält es sich in allen diesen Punkten nicht anders als bei dem Kaufvertrag.[1]) Oft kann die Fixirung der Arbeitsleistung und vollends des Lohnes stillschweigend so geschehen, dass auf die usuell bestehenden Sätze zu rekuriren ist.

Darnach ergibt sich auch für die **Auslegung des Vertrags**, z. B. in Betreff der Zeit der Erfüllung, der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der letztern überall die Analogie des Kaufvertrags.[2]) Besonders zu beachten ist einmal in manchen Fällen, ob die Arbeit ihrer Beschaffenheit nach so sehr als eine speziell persönliche Leistung gemeint ist, dass sie nur von dem Uebernehmer selbst, oder wenigstens nur in dessen eigenem Geschäftsbetrieb ausgeführt werden soll, oder ob sie so gemeint ist, dass sich dieser nicht nur seiner eigenen, sondern auch fremder Leute zur Ausführung bedienen, vielleicht sogar die ganze Ausführung, auf sein oder des Bestellers Risiko, weiter vergeben darf. Darüber lässt sich nur im konkreten Fall entscheiden.[3]) Die Möglichkeit, dass die Arbeitsleistung

---

[1]) Vgl. oben Gareis Bd. 2 § 262 V.

[2]) Vgl. über dies Alles Endemann § 151 I und Weiskes Rechtslexikon Bd. 7 S. 809 ff.

[3]) Endemann § 151 Not. 21; vgl. auch Windscheid § 401 Not. 3a.

BUAH

einen vertretbaren Karakter in dem berührten Sinn hat, lässt sich nicht bezweifeln.[4])

Ein anderer für die Beurtheilung des Verhältnisses wichtiger Punkt ist ferner, **ob der Uebernehmer der Bearbeitung die Ausführung** innerhalb der vertragsmässigen Festsetzung über die Beschaffenheit der von ihm bearbeitet abzuliefernden Sachen **völlig selbständig zu bewirken hat,** oder ob er auch noch während der Ausführung von Ordres oder Anweisungen des Bestellers abhängig sein soll. Es ist bereits bemerkt worden, dass dies sogar in solchem Maasse der Fall sein kann, dass der Begriff der selbständigen Arbeitsunternehmung unsicher wird.[5])

Ist der Vertrag einmal perfekt geworden, so existirt ein Recht einseitigen Widerrufs, wegen veränderter Verhältnisse, wenn es nicht übereinkunftsmässig vorbehalten ist, weder für den Besteller, noch für den Uebernehmer der Bearbeitung. Inwiefern Unmöglichkeit der Ausführung oder Unbrauchbarkeit der Bearbeitung die Befugniss, von dem Vertrage zurückzutreten, begründet, ist unten im Zusammenhang mit den Folgen der Nichterfüllung des Vertrags zu berücksichtigen.[6])

Durch den Tod des Bestellers wird im Zweifel das Vertragsverhältniss nicht gelöst, vielmehr dauert dasselbe für die Rechtsnachfolger mit dem Uebernehmer, wenn nichts anderes ausgemacht ist, fort. Das würde selbst dann [7]) anzunehmen sein, wenn man die Bestellung nur als „Auftrag" betrachten wollte; geschweige denn, wenn sie Arbeitsgeschäft oder Werkverdingung in dem oben dargestellten Sinn ist. Nicht minder geht bei dem Tod des Uebernehmers das Vertragsverhältniss auf dessen Rechtsnachfolger über; es sei denn, dass die Ausführung der Bearbeitung als eine höchst persönliche Aufgabe erscheint.

---

[4]) Das führt auch die oben § 303 Not. 34 erwähnte Entscheidung des R.O.H.G. aus. — Ueber die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Ausführung s. § 306 Not. 6 ff.

[5]) S. oben § 303 Not. 18 ff.

[6]) S. unten § 306 V.

[7]) Nach dem Prinzip des H.G.B. Art. 297.

BUAH

III. Die Wirkungen des Vertrags.

§ 305.

A. Lieferung des Stoffs und Erhaltung desselben.

I. Nach dem strengeren Begriff der Bearbeitung oder Verarbeitung hat der Besteller den Stoff zu liefern.[1]) Dies geschieht entweder so, dass ihn der Besteller übergibt, oder so, dass ihn der Uebernehmer für Rechnung des ersteren anschafft. In beiden Richtungen liegt dem Besteller volle Sorgfalt ob. In dem einen Fall hat er für die Zulieferung des dem Vertrage entsprechenden, zu der Bearbeitung geeigneten Stoffes zu sorgen; in dem anderen kommt es nach dem Vertrag möglicherweise darauf an, dass er dem Uebernehmer die Mittel der Anschaffung stellt, oder ihn deshalb deckt u. dgl. Liefert er selbst, so steht er für die gehörige Beschaffenheit ein, haftet also dem Uebernehmer für allen Schaden, wenn diesem durch fehlerhafte Beschaffenheit die Bearbeitung vereitelt oder erschwert, oder wenn ihm gar positiver Schaden zugefügt wird.[2])

Zur Erfüllung der Schuldigkeit des Bestellers gehört namentlich auch die Rechtzeitigkeit der Zulieferung des Materials. Bei Verzug, der dem Uebernehmer den Beginn der Bearbeitung unmöglich macht, wird es sich nicht blos um Schadensersatz, sondern auch darum handeln, ob das rechtswidrige Verhalten des Bestellers nicht einen Grund abgibt, die Ausführung und Bearbeitung abzulehnen. Gewiss kann nicht unter allen Umständen dem Uebernehmer zugemuthet werden, trotz der Verspätung sich doch noch der Bearbeitung zu unterziehen.

Nicht minder ist es Pflicht des Bestellers, den Bearbeiter mit den nöthigen Anweisungen über die Art der Ausführung vollständig und rechtzeitig zu versehen. Auch in dieser Richtung erscheint er für jedes Verschulden haftbar.[3]) Hat der Uebernehmer auf eigene Rechnung den Stoff zu beschaffen, so ist die gehörige Erfüllung dieser Verpflichtung Voraussetzung oder integrirender Bestandtheil seiner Verbindlichkeit, demnächst die Arbeitsprodukte in gehöriger Beschaffenheit zu liefern.

---

[1]) S. oben § 303 bei Not. 23.

[2]) L. 13 § 5; L. 33 loc. 19, 2.

[3]) Sintenis, Civ.R. § 118 Not. 157; Endemann, H.R. § 151 III a. E.

BUAH

II. Die Hauptverbindlichkeit des Uebernehmers, die Bearbeitung auszuführen, bringt es mit sich, dass zunächst auch von einer Verpflichtung des Uebernehmers in Bezug auf die **Aufbewahrung und Erhaltung** des Stoffs, welcher den Gegenstand der Bearbeitung oder Verarbeitung bildet, zu reden ist. Dabei muss unterschieden werden.

A. **Liefert der Besteller den Stoff** und zwar:

1. **dergestalt, dass der Stoff nicht dem Uebernehmer zu Eigenthum** übergeben, sondern nur zu dem Zweck der Bearbeitung anvertraut wird, so hat der letztere, wenn nicht der Vertrag anders bestimmt, ihn mit voller Sorgfalt zu verwahren. Was dazu gehört, ist, wie in anderen Fällen der Aufbewahrungspflicht, konkrete Frage. Namentlich kann auf das hingewiesen werden, was über die Aufbewahrung der Waare von Seiten des Verkäufers zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrags zu sagen ist.[4]) Diese Sorge für die Erhaltung des Gegenstandes der Bearbeitung folgt von selbst aus dem Wesen des Geschäfts,[5]) auch wenn nicht gerade die Verwahrung ausdrücklich als eine besondere Arbeitsleistung um besonderen Lohn[6]) in Erscheinung tritt. Darnach ergibt sich die Haftbarkeit des Uebernehmers für Diebstahl[7]) oder andere Ereignisse, die bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt abzuwenden waren, geschweige denn für solche Beschädigungen und Verluste, welche direkt durch sein oder seiner Leute schuldhaftes Verhalten verursacht worden sind.

Für unverschuldete Ereignisse, welche die Beschädigung oder den Untergang des ihm nicht gehörigen Materials herbeiführen, steht der Uebernehmer, sofern er nicht besondere Garantie auf sich genommen hat, nicht ein.

2. Ist aber **der Stoff dem Uebernehmer so geliefert worden, dass er durch Veräusserung von Seiten des Bestellers Eigenthümer desselben geworden ist**, wie namentlich da der Fall, wo dem Uebernehmer vertretbarer Stoff so überliefert wurde, dass er denselben anderweit verwenden und dafür eine andere Menge gleichen Stoffs in Arbeit nehmen mag,[8]) so lässt sich nicht sowohl von einer Aufbewahrungspflicht, als vielmehr nur davon reden, dass der Uebernehmer im eigenen Interesse zu verwahren hat. Geht der so gelieferte Stoff bei ihm unter, sei es durch sein Verschulden, sei es durch Zufall, so geht er ihm unter. Er hat für Ersatz zu sorgen. Vermag er solchen nicht anzuschaffen, so ist er nicht im Stande, der Verbindlichkeit der Arbeitsleistung und Ablieferung zu genügen; und dabei kommt dann nicht nur in Frage, ob der Unter-

---

[4]) Thöl, H.R. § 77 Not. 7; Endemann, H.R. § 111 II. Auch hier kann also die Frage entstehen, ob Aufnahme einer Versicherung zu dem Begriff sorgfältiger custodia gehört. — Ueber den Fall, wo eine Gesellschaft zur Bearbeitung der Sachen der Gesellschafter Versicherung für ihr Material aufnimmt, s. R.O.H.G. Bd. 24 Nr. 84.

[5]) Endemann, H.R. § 151 Not. 16.

[6]) Wie nach L. 40, 41, 60 § 9 loc. 19, 2.

[7]) L. 60 § 2 eod. 19, 2.

[8]) S. oben § 303 Not. 28.

BUAH

gang des Stoffs ein verschuldeter war, sondern auch möglicherweise, ob in der Beschaffung des Ersatzes die nöthige Sorgfalt angewendet worden ist.[9])

B. **Hat der Uebernehmer den Stoff zu liefern,** was geschehen kann, ohne dass dadurch der Begriff des Bearbeitungs- oder Verarbeitungsgeschäfts unmöglich gemacht wird,[10]) mag er den Stoff schon bereit haben, oder erst anschaffen, so versteht sich von selbst, dass in diesem Falle der Uebernehmer die Gefahr trägt, mithin für Ersatz zu sorgen hat, wenn das Material zu Grunde geht oder untauglich wird.[11])

§ 306.

B. Ausführung der Bearbeitung und Ablieferung.

Der Uebernehmer hat die Bearbeitung oder Verarbeitung mit voller Sorgfalt auszuführen, wie vereinbart worden ist.[1]) Jedes Verschulden macht ihn haftbar; mindestens für Schadloshaltung, vielleicht aber auch insofern, als das Ergebniss seiner Arbeitsleistung, weil ein dem Vertrage nicht entsprechendes, nicht als Erfüllung angenommen zu werden braucht.

I. **Vertragsmässige Ausführung** heisst:

A. Er hat vor Allem **den Sachen durch seine Thätigkeit diejenige Qualität beizulegen,** welche durch die Bearbeitung oder Verarbeitung erzielt werden soll. Dafür ist die ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft maassgebend;[2]) vielleicht auch successive Anweisung des Bestellers, sofern nach der Uebereinkunft, worüber nur nach dem konkreten Vertrag und den konkreten Verhältnissen zu urtheilen ist, eine solche Einwirkung des Bestellers auf die Ausführung und eine Verbindlichkeit des Uebernehmers, derartiger Anweisung Folge zu leisten, begründet erscheint.[3])

An sich genügt der Uebernehmer gewiss seiner Schuldigkeit, wenn er genau den Anweisungen oder der Vertragsfestsetzung folgt. Indessen muss doch hier wie bei anderen Arbeitsgeschäften[4]) anerkannt werden, dass es Fälle gibt, wo nach dem Begriffe des anzuwendenden Fleisses, der sich insbesondere aus den dem Unternehmer ertheilten Anweisungen oder den ihm bekannten Intentionen des Arbeitgebers zunächst bestimmt, eine Abweichung von den ertheilten Anweisungen nicht nur gerechtfertigt, sondern unter Umständen sogar geboten sein kann. Sieht der Arbeitsunternehmer ein, dass buchstäbliche Folgeleistung offen-

---

[9]) Ueber den Einfluss des unverschuldeten Untergangs und der unverschuldeten Unmöglichkeit, Ersatz zu beschaffen, auf die Verpflichtung der Ausführung s. unten § 306 Not. 32 ff.

[10]) S. § oben S. 115.

[11]) Endemann § 151 Not. 17.

[1]) L. 25 § 3 h. t. 19, 2.

[2]) L. 25 § 3 h. t. 19, 2.

[3]) Dass das, sogar in einer die Selbständigkeit der Bearbeitung intensiv beschränkenden Weise vorkommen kann, s. oben § 303 Not. 19 ff.

[4]) Z. B. bei dem Frachtgeschäft.

BUAH

bar zum Schaden des Arbeitsgebers gereichen würde, so kann es wohl als seine Sorgfaltspflicht erscheinen, dass er darauf aufmerksam macht und wo möglich andere Anweisung einholt, oder auch dass er, wenn solches nicht thunlich, auf eigenes Risiko anders verfährt. Was, soweit keine besonderen Stipulationen oder zu befolgende Anweisungen vorliegen, zur vollen Sorgfalt der Ausführung gehört, kann nur je nach dem Karakter der Bearbeitung, sachverständiges Ermessen, nöthigenfalls unter Beihülfe von Experten gefunden werden.[5])

B. **Die Ausführung muss eine quantitativ vollständige** sein. Ob nach dem Vertrag eine theilweise Ausführung gar nicht als Erfüllung desselben, oder ob sie immerhin als theilweise Erfüllung gelten darf,[6]) die folgeweise den Anspruch auf Zahlung eines entsprechenden Theils des Preises rechtfertigt,[7]) ist die gleiche Frage, wie bei theilweiser Erfüllung eines Kauf- oder Lieferungsgeschäfts.[8]) Auch hier kann nur die erkennbare Vertragsabsicht, ob die Gesammtleistung theilbar oder untheilbar gemeint ist, entscheiden.

C. Ferner ist je nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung **Rechtzeitigkeit erforderlich.** Dabei kann nichts im Wege stehen, die Grundsätze über fixe Zeitbestimmung, die bei dem Kaufgeschäft bestehen, auch hier analog anzuwenden. Wenn auch das sonstige bürgerliche Recht davon nichts erwähnt,[9]) erscheint es doch vollkommen zulässig, durch feste Zeitbestimmung die Rechtzeitigkeit der Erfüllung so sehr zu einem wesentlichen Moment der übernommenen Verbindlichkeit zu machen, dass füglich auf die Thatsache der Nichterfüllung zum fixen Termin hin, ohne dass es der Untersuchung, ob Verzug vorliegt, weiter bedarf dieselben Folgen eintreten wie bei dem fixen Kaufgeschäft, mithin keineswegs nachträgliche Erfüllung angenommen zu werden braucht. Dafür spricht schon, dass in der Uebernahme der Bearbeitung stets auch die Verbindlichkeit der Lieferung der bearbeiteten Sachen, analog der Lieferung gekaufter oder aus Lieferungsgeschäft zu liefernder Waaren mitenthalten ist.

Die Analogie der Erfüllung des Kaufgeschäfts erscheint selbstredend auch wirksam, wo mangels fixer Zeitbestimmung bei Nichterfüllung gefragt werden muss, ob Verzug des Uebernehmers vorliegt; es sei denn dass das Partikularrecht besondere Bestimmungen enthält.[10])

Ueber Sicherung der rechtzeitigen Fertigstellung oder Ablieferung durch Konventionalstrafe,[11]) durch Pfandbestellung u. s. w. ist nichts besonderes zu sagen.

D. Eine nur nach Maassgabe des einzelnen Falls zu beantwortende Frage ist; **ob der Uebernehmer die Arbeit der Umgestaltung nur persönlich vor-**

---

[5]) Endemann, H.R. § 151 Not. 11.
[6]) R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 116.
[7]) Beispiele s. L. 30 § 3, L. 36, 51 § 1 h. t. 19, 2.
[8]) Vgl. Endemann, H.R. § 106 Not. 12.
[9]) Vgl. L. 137 § 3 de V.O. 45, 1.
[10]) S. über Rücktritt wegen Verzugs nach Preuss. Recht R.O.H.G. Bd. 14 Nr. 120.
[11]) L. 72 § 1; L. 113 pr. de V.O. 45, 1; Sintenis a. a. O. Not. 150.

BUAH

nehmen, oder sich dazu der Beihilfe Anderer bedienen oder gar die Bearbeitung an Andere vergeben darf, ohne dass darunter die Vertragsmässigkeit der Erfüllung leidet.[12]) Da die künstlerische Bearbeitung, der regelmässig ein höchst persönlicher Karakter beizumessen ist,[13]) hier nicht in Betracht kommt,[14]) ist im Ganzen bei dem Geschäft der Bearbeitung oder Verarbeitung, zumal wo es gewerbmässig über den Umfang des Handwerks hinaus betrieben wird, ein solcher streng persönlicher Karakter nicht vorauszusetzen. Ausführung durch Gehülfen und Arbeiter, die der Uebernehmer zu diesem Zwecke hält oder engagirt, erscheint also an sich zulässig und gewöhnlich.[15]) Doch bleibt immer die Möglichkeit bestehen, dass nach dem Vertrag Ausführung durch die bestimmte Person erfolgen soll. Andererseits wird auch da, wo nicht Arbeitsleistung lediglich des Uebernehmers selbst gemeint ist, keineswegs stets angenommen werden dürfen, dass der Uebernehmer ohne im Vertrag oder nachher ertheilte Zustimmung des Bestellers berechtigt sei, die Bearbeitung ganz oder theilweise an einen Anderen zu vergeben.[16]) Regelmässig will der Besteller die Bearbeitung im Geschäfte des Uebernehmers und nur in diesem.

Für die Leute, deren sich der Uebernehmer bei seiner Ausführung bedienen kann oder bedienen muss, hat er ebenso wie für die Beschaffung der dazu erforderlichen sachlichen Mittel und Zuthaten zu sorgen.[17]) Mögen seine eigenen Gehülfen oder Angestellten hierbei thätig, oder mögen fremde Arbeitskräfte zu diesem Behufe herbeigezogen werden, so steht der Uebernehmer für deren Thätigkeit insofern ein, als er den Erfolg der als sein Unternehmen erscheinenden Bearbeitung oder Verarbeitung zu prästiren hat.[18]) Folgeweise haftet er auch für allen Schaden, den sie an den zu bearbeitenden Sachen des Bestellers anrichten;[19]) nicht etwa blos für Verschulden in der Auswahl der von ihm benutzten Kräfte.[20]) Das ergibt sich mit Nothwendigkeit aus dem Wesen der Arbeitsunternehmung[21]) und ist daher hier nicht minder anzuerkennen, wie bei dem Frachtgeschäft.[22])

Eine ganz andere Frage, als die der Haft des Arbeitsunternehmers gegenüber dem Besteller, ist die, ob und in welcher Weise der erstere für den Schaden haftet, welcher in Ausführung der Arbeit durch seine Leute Dritten

---

[12]) Windscheid § 401 Not. 3a.

[13]) R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 9.

[14]) S. oben § 303 Not. 6.

[15]) Auch nach Preuss. Recht; über das Verhältniss der Plangebung und obersten Leitung zur Arbeitsausführung im Begriff der Werkverdingung R.O.H.G. Bd. 11 S. 158.

[16]) Sintenis a. a. O. Not. 151, 152.

[17]) Weiske, Rechtslex. Bd. 7 S. 813. S. auch oben § 303 Not. 29.

[18]) L. 25 § 7 h. t. 19, 2; Sintenis § 118 Not. 153.

[19]) R.O.H.G. Bd. 1 Nr. 73; Bd. 4 Nr. 50; Bd. 13 Nr. 25.

[20]) S. über das röm. Recht und die daran sich knüpfenden Kontroversen Windscheid § 401 Not., § 6; dann Ubbelohde, Zeitschr. f. H.R. Bd. 5 S. 199; Goldschmidt das. Bd. 16 S. 287 ff.

[21]) Endemann, H.R. § 151 Not. 22.

[22]) H.G.B. Art. 400.

BUAH

verursacht wird. Sie kann wie bei einer jeden Unternehmung oder Werkverdingung so auch insonderheit bei der Bearbeitung oder Verarbeitung entstehen. Das Handelsrecht enthält darüber keine eigenthümlichen Vorschriften und das sonstige bürgerliche Recht lautet verschieden oder wird verschieden aufgefasst.[23]) Nach der Ansicht, die vielfach in der Praxis vertreten wird, haftet der Unternehmer für die beschädigenden Handlungen seiner Leute Dritten nur, insofern er deshalb eine Garantie übernommen hat oder durch Ertheilung seiner Anweisungen, aus deren Befolgung die Beschädigung hervorgegangen ist, als deren indirekter Urheber erscheint. Indessen entspricht es sicher dem Wesen der Arbeitsunternehmung besser, denselben nicht nur für den Schaden haften zu lassen, der aus seiner eigenen, persönlichen Thätigkeit entspringt, sondern auch für den Schaden, den seine Leute Dritten verursachen; vorausgesetzt, dass solche Handlungen der Leute, Gehülfen, Arbeiter u. s. w. die Ursache der Beschädigung bilden, von denen man sagen muss, dass sie immerhin von ihnen in dieser ihrer Eigenschaft und innerhalb der ihnen behufs der Ausführung der Arbeit übertragenen Thätigkeit vollzogen worden sind. Von Haft des Unternehmers für Handlungen, die ganz ausserhalb dieses Gebietes liegen, wie für selbständige Delikte oder Rechtswidrigkeiten, die mit der den ausführenden Organen zugewiesenen Aufgabe in keinem Zusammenhang stehen, kann natürlich nicht die Rede sein. Wie weit hiernach Haftbarkeit zu unterstellen ist, bedarf sorgfältiger Prüfung.

In wiefern endlich der Unternehmer der Bearbeitung für Beschädigung der Personen der Arbeiter bei Ausübung ihrer Arbeitsthätigkeit nach dem Gesetz vom 7. Juni 1871, das eine gewisse Haftbarkeit der Fabrikunternehmer begründet, einsteht, ist an anderer Stelle darzustellen.[24])

II. An die Verbindlichkeit der Ausführung der Bearbeitung schliesst sich für den Uebernehmer **die Verbindlichkeit an, die fertiggestellten Sachen** an den Besteller oder dessen Beauftragten **abzuliefern.** Einer Ablieferung oder Auslieferung bedarf es selbst da, wo nach dem Vertrag der Besteller die fertigen Sachen abzuholen hat. Sie ist, insofern der Bearbeiter sie durch die Bearbeitung in seinem Gewahrsam hat, stets Bestandtheil seiner Vertragsverbindlichkeit. In welcher Weise, ob insbesondere der Uebernehmer zu bringen oder der Besteller zu holen hat, lässt sich nur im einzelnen Fall beurtheilen. In Bezug auf die Uebergabe und Ablieferung aber müssen der Natur der Sache nach, wenn auch noch so sehr Bearbeitungs- und Kauf- oder Lieferungsgeschäft unterschieden werden mögen, die Regeln zu entsprechender Anwendung gelangen, welche in Betreff der Erfüllung des Kaufgeschäfts bestehen.[25]) Dass, wenigstens in der Regel, die bearbeiteten Sachen Eigenthum des Bestellers sind,

---

[23]) Ueber die höchst mangelhaften Sätze des röm. Rechts, deren Beschaffenheit sich wieder daraus erklärt, dass der Begriff der Unternehmung durch seine Arbeit verkümmert ist, s. Wäntig, Haftung für fremde unerlaubte Handlungen § 33 ff.

[24]) S. unter Abschnitt 10 dieses Buchs. — Ueber die Stellung des Unternehmers nach der Gewerbeordnung und daraus entspringende Verpflichtungen s. Bd. 1 §§ 38, 39.

[25]) Vgl. daher Gareis oben in Bd. 2 § 272.

BUAH

dass es sich also nicht um eine Veräusserung des Bestellers handelt, schliesst nicht aus, dass im Uebrigen die Art der Ablieferung dieselbe ist. Daher erscheint es namentlich unvermeidlich, die auf das Distanzgeschäft bezüglichen Vorschriften analog anzuwenden,[26]) wo die Bearbeitung und Verarbeitung, wie sehr oft der Fall, die Verbindlichkeit zu einer Lieferung der fertig gestellten Sachen mit anschliessendem Transport in sich begreift.

III. Aus dem bisher Bemerkten erhellt bereits, dass **der Unternehmer** der Bearbeitung oder Verarbeitung, indem er für deren Erfolg, Fertigstellung und Lieferung einzustehen hat, hierbei **für jedes Verschulden in der Ausführung haftet**; und zwar nicht blos für das ihm selbst, sondern auch für das seinen zur Ausführung benutzten Leuten zur Last fallende.[27]) Andererseits ist aber auch der Unternehmer gehalten, Handlungen zu unterlassen, welche die Ausführung der Bearbeitung oder die Ablieferung stören. Verschulden oder sonst rechtswidriges Verhalten in dieser Beziehung berechtigt den Uebernehmer nicht nur Schadloshaltung zu fordern, sondern muss ihm auch Grund geben können, vorbehältlich der Entschädigung für die gemachten Aufwendungen an Stoff, Geld und Arbeit, von dem Vertrag abzugehen.[28]) Unmöglich lässt sich in solchem Fall immer verlangen, dass der Uebernehmer dennoch den Vertrag erfülle.

IV. Was die **Gefahr unverschuldeter Ereignisse** anbelangt, ist zu unterscheiden zwischen derjenigen, welche die den Gegenstand der Bearbeitung bildenden Sachen, derjenigen, welche die Ausführung der übernommenen Arbeitsleistung und derjenigen, welche die fertig gestellten Sachen trifft.[28a])

A. Die erstere trägt, abgesehen von besonderer Vertragsbestimmung, nach der gewöhnlichen Regel der Eigenthümer. Es kommt daher gerade in dieser Beziehung auf das oben[29]) berührte Verhältniss an, ob der Stoff der Bearbeitung dem Besteller gehört und von diesem nur zum Zweck der Bearbeitung anvertraut wird,[30]) oder ob derselbe von Haus aus oder durch Uebergabe von Seiten des Bestellers sich im Eigenthum des Unternehmers befindet.[31])

B. **Wird die Ausführung der Bearbeitung unverschuldet dem Unternehmer derselben unmöglich**, wohin namentlich auch der Fall gehört, wo der Stoff zu Grunde geht und Ersatz desselben, weil er nicht stattfinden kann, oder nicht stattzufinden braucht, nicht eintritt, so trägt im Zweifel der Arbeitsunternehmer die Folgen. Er steht eben für den Erfolg ein.[32]) Das heisst: die unverschuldete Unmöglichkeit befreit ihn von der Verbindlichkeit der Erfüllung, nimmt ihm aber auch, sofern nicht eine andere Uebereinkunft getroffen ist, den Anspruch

---

[26]) Vgl. H.G.B. Art. 344 ff. und unten § 307.
[27]) S. oben Not. 20.
[28]) Endemann a. a. O. Not. 23.
[28a]) Endemann, H.R. § 151 Not. 36; s. auch Weiske, Rechtslex. Bd. 7 S. 819.
[29]) S. § 303 Not. 23 ff.
[30]) Ueber die Bewahrungspflicht s. oben § 305 II.
[31]) Windscheid § 401 Art. 12; Förster § 138 Not. 76.
[32]) Endemann a. a. O. Not. 32.

BUAH

auf Vergütung.[33]) Ist die Arbeitsleistung theilbar gemeint,[34]) so trifft das Schicksal vielleicht nur einen Theil derselben. Andernfalls hat der Unternehmer auch bei theilweiser Ausführung keinen Anspruch auf Vergütung, da erst die ungetheilte Leistung, die er zu bewirken hat, Erfüllung ist. Eben so wenig kommt ihm Vergütung oder Schadloshaltung zu, wenn sonst durch Zufall die Ausführung oder Vollendung vereitelt wird, nachdem er bereits Vorbereitungs- oder Ausführungshandlungen getroffen und zu diesem Zweck Aufwendungen gemacht hat. Da er als Unternehmer die Gefahr des Erfolgs übernimmt, lässt sich ein Anspruch in dieser Richtung keineswegs allgemeinhin[35]) zugestehen, sondern nur auf Grund einer darauf abzielenden Vertragsberedung anerkennen.

Die Gefahr unverschuldeter Zufälle, die ihm die Bearbeitung unbrauchbar, oder die Annahme unmöglich machen, trägt im Zweifel der Besteller.[36]) Selbst wenn er in Folge davon auf die Bearbeitung verzichtet, muss er dem Unternehmer, der zu deren Ausführung bereit ist, den Vertrag seinerseits vollständig erfüllen, also den bedungenen Lohn zahlen. Und wo nach dem Vertrag die Bearbeitung theilbar und deren Sistirung nach theilweise erfolgter Ausführung zulässig erscheint, hat er, wenn ihm wegen unverschuldeten Zufalls die Erfüllung des Vertrags unannehmbar wird, nicht minder als im Falle des Widerrufs[37]) den auf den vollendeten Theil fallenden Lohn zu entrichten und überhaupt den Uebernehmer schadlos zu halten.[38])

C. **Wenn die fertiggestellten, aber noch nicht an den Besteller abgelieferten Sachen durch Zufall ganz oder theilweise zu Grunde gehen oder beschädigt werden,** wobei immer vorausgesetzt wird, dass sie in vertragsmässiger Beschaffenheit hergestellt waren,[39]) so bleibt zwar soviel ausgemacht, dass die Sachen dem Eigenthümer verloren gehen oder beschädigt werden. Aber damit ist noch keineswegs auch entschieden, was die Tragung der Gefahr für das bestehende Obligationsverhältniss bedeutet. In dieser Hinsicht ist in Erwägung zu ziehen, dass die Ueberlieferung ein integrirender Bestandtheil der Vertragsverbindlichkeit des Bearbeiters ist.[40]) Wenn also Zufall die fertigen Gegenstände vernichtet oder durch Beschädigung in einen dem Vertrage nicht entsprechenden Zustand versetzt, so ist der Unternehmer in der Lage, den Vertrag durch rechte Lieferung nicht erfüllen zu können; mithin in gleicher Lage, wie wenn ihm Zufall die Ausführung der Bearbeitung unmöglich macht oder stört. Höchstens kann also nach den oben dargestellten Grundsätzen[41]) gesagt werden, dass er von der Verbindlichkeit den Vertrag zu erfüllen frei wird, soweit Un-

---

[33]) Windscheid § 401 Not. 6; Endemann § 151 Not. 30.
[34]) S. oben S. 122 Not. 6 ff.
[35]) Sintenis Not. 163.
[36]) Endemann § 151 Not. 33.
[37]) Endemann a. a. O. Not. 34, 35.
[38]) Endemann a. a. O. Not. 31.
[39]) Windscheid § 401 Not. 9.
[40]) S. oben S. 125 bei Not. 25.
[41]) S. oben Not. 33.

BUAH

möglichkeit an der weiteren Erfüllung vorliegt, andererseits aber auch den Anspruch auf Vergütung verliert. Die allgemeine Behauptung, dass die Uebernahme durch zufälliges Zugrundegehen oder Beschädigtwerden der fertigen Produkte von der Ablieferung entbinden und gleichwohl befugt sei, den Lohn zu fordern, erscheint nicht gerechtfertigt.[42]) Sie ist es nur dann, wenn nach dem Vertrage die ganze Verbindlichkeit des Unternehmens lediglich in der Fertigstellung bestände. Alsdann hätte der Uebernehmer mit der Fertigstellung bereits den Vertrag erfüllt und die abzunehmenden Erzeugnisse der Bearbeitung ständen insofern auf Gefahr des Bestellers, als er trotz deren Untergangs den Lohn zu zahlen haben würde. So kann, muss aber nicht es sich verhalten. Endlich verdient bemerkt zu werden, dass da, wo an sich der Bearbeiter die Gefahr der fertigen Sachen trägt, eine Aenderung eintritt, wenn der Besteller durch ausdrückliche Verweigerung oder thatsächliche Unterlassung in Verzug der Abnahme geräth. Alsdann gelten füglich dieselben Regeln wie bei Verzug der Abnahme aus dem Kaufgeschäft.[43])

D. Umgekehrt **trägt der Besteller das Risiko unverschuldeter Zufälle, die ihm die Bearbeitung und Ablieferung der bearbeiteten Sachen unbrauchbar oder die Annahme unmöglich machen.** Der Uebernehmer verliert dadurch nicht das Recht, durch vertragsmässige Bearbeitung und Ablieferung die Gegenleistung des Lohnes herbeizuführen.[44]) Der Besteller ist keineswegs auf Grund solcher Ereignisse, die ihn treffen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt, den Vertrag zu widerrufen. Umgekehrt aber versteht sich von selbst, dass da, wo ein solcher Widerruf nach der Uebereinkunft oder nach Partikularrecht[45]) statthaft erscheint, stets dem Uebernehmer der Bearbeitung, wenn er diese bereits theilweise ausgeführt hat, der Anspruch auf theilweisen Lohn oder auf Schadloshaltung für die aufgewendete Arbeit und deren Zubehör erhalten bleibt.[46])

V. **Nichterfüllung des Vertrags durch den Uebernehmer,** welche dieser zu vertreten hat, ist nicht blos das gänzliche Unterlassen der Arbeitsausführung oder der Ablieferung der bearbeiteten Gegenstände, sondern auch die nicht vertragsmässige Bearbeitung oder Ablieferung. Ob freilich jede Abweichung von dem Vertrage schlechthin als Nichterfüllung behandelt werden mag, fragt sich. Zwar wird auch hier beachtet werden müssen, dass es im Zweifel der Handelsverkehr mit Abweichungen von der vertragsmässigen Beschaffenheit streng nimmt.[47]) Aber immerhin ist zuzugestehen, dass nicht überall jede Abweichung als eine wesentliche, vermöge deren die mangelhafte Erfüllung der Nichterfüllung gleichsteht, erscheinen mag. Was wesentliche Vertragswidrigkeit ist, kann nur nach Maassgabe des einzelnen Falles erkannt werden.

Dass insonderheit auch die Rechtzeitigkeit der Erfüllung durch Bestimmung

---

[42]) S. darüber Windscheid a. a. O. Not. 8 und die dort cit. Schriftsteller.

[43]) S. oben Bd. 2 § 271.

[44]) Windscheid a. a. O. Not. 9; Endemann a. a. O. Not. 33.

[45]) S. unten Not. 55.

[46]) Windscheid a. a. O. Not. 10; Endemann a. a. O. Not. 35.

[47]) Endemann § 151 Not. 14 a. E.

BUAH

eines fixen Termins sich zu einer wesentlichen Voraussetzung der Erfüllung machen lässt, ist bereits erwähnt worden.[48]) Nicht minder ist bereits angedeutet worden, dass theilweise Erfüllung vielleicht gar keine ist.[49])

Wo der Uebernehmer in der einen oder der anderen Weise nicht erfüllt hat, kann der Besteller auf Erfüllung klagen. Auf diese geht denn auch die Verurtheilung. Bei der Zwangsvollstreckung, die auf Grund eines verurtheilenden Erkenntnisses oder eines sonstigen vollstreckbaren Titels[50]) erfolgt, wird dann auch die Unterscheidung wirksam,[51]) ob die übernommene Bearbeitung eine Handlung ist, die nur der Uebernehmer vornehmen, oder eine solche, die auf Kosten des nichterfüllenden Unternehmers durch einen Anderen vorgenommen werden kann.[52]) Eventuell tritt die Forderung des Interesses der Nichterfüllung an die Stelle der Erfüllung.

Ausserdem kommt aber bei Nichterfüllung noch die Rückerstattung des dem Uebernehmer gelieferten Materials und, sofern sich in dieser Hinsicht ein von dem Uebernehmer zu vertretendes Verschulden ergibt, vielleicht Entschädigung wegen des zerstörten oder beschädigten Materials in Betracht.[53]) Eine Unterfrage bildet dabei, in wiefern der Besteller genöthigt ist, beschädigtes oder theilweise zerstörtes Material überhaupt unter Entschädigung zurückzunehmen, oder verlangen kann, dass der Unternehmer das noch vorhandene behält und seinem Werth nach das ganze ersetzt.

Ob der Besteller wegen Nichterfüllung, namentlich auch bei nicht vertragsmässiger, mangelhafter Erfüllung von dem Vertrage zurücktreten und etwa den Uebernehmer zwingen kann, die ungenügend bearbeiteten Sachen gegen Werthersatz zu behalten,[54]) bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach gemeinem Recht ist keineswegs ein solches Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung begründet, wohl aber nach Partikularrecht. Insbesondere gewährt das Preussische Landrecht bei der Werkverdingung in eigenthümlicher Weise bei nicht rechtzeitiger oder mangelhafter Erfüllung eine Befugniss, von dem Vertrage abzugehen, oder Schadenersatz zu fordern.[55]) Doch ist schon darauf hingewiesen worden,[56]) dass da, wo der Vertrag von dem Unternehmer der Bearbeitung nicht, namentlich nicht rechtzeitig erfüllt wird, nichts näher liegt, als auf das Handelsgeschäft der Bearbeitung analog die Regeln über eine Nichterfüllung des Kaufgeschäfts nach dem Handelsgesetzbuch anzuwenden; zumal, wenn das Bearbeitungsgeschäft als Fixgeschäft erscheint.

---

[48]) S. oben S. 122 Not. 9 ff.

[49]) S. oben S. 122 Not. 6 ff.

[50]) Vgl. Civ.Pr.O. § 702, davon Nr. 5 (vollstreckbare Urkunden) aber nach der dort erforderten Beschaffenheit des Gegenstandes hier nicht in Betracht kommt.

[51]) S. oben S. 122 D.

[52]) Civ.Pr.O. §§ 773, 774; vgl. Endemann, Der deutsche Civilproz. Bd. 3 S. 302.

[53]) Vgl. z. B. L. 9 § 5 h. t. 19, 2.

[54]) R.O.H.G. Bd. 12 Nr. 67.

[55]) Förster § 138 Not. 81 ff. u. S. 101 ff., darüber z. B. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 51; Bd. 16 Nr. 98; Bd. 18 Nr. 20; Bd. 21 Nr. 1.

[56]) S. oben Not. 9 ff.

BUAH

§ 307.

C. Abnahme. Empfangnahme. Geltendmachung von Mängeln. Zahlung des Lohns.

I. Die bearbeiteten oder verarbeiteten Sachen **hat der Besteller** dem Bearbeiter, der zur Ablieferung bereit ist, **abzunehmen**. Das ist sein Recht, zugleich aber auch, wenn die Bearbeitung und Lieferung des Unternehmers dem Vertrage entspricht, insofern Pflicht des Bestellers, als er sie dann als Erfüllung gelten lassen muss und durch Verweigerung oder Verzögerung in Verzug der Abnahme verfällt. Auch in dieser Beziehung macht sich die Analogie des Kaufgeschäfts geltend. Sowohl der Begriff der Abnahme[1]) als auch die Voraussetzungen und Folgen des Verzugs derselben[2]) müssen hier im Wesentlichen dieselben sein wie dort. Der ferneren Aufbewahrungspflicht kann sich der Bearbeiter durch Hinterlegung erledigen. Dass er, wenn er sie dennoch fortübt, nur noch für grobes Verschulden haftet, darf als selbstverständlich angesehen werden.[3]) Das Selbsthilfeverkaufsrecht, das auf Grund des Handelsgesetzbuchs[4]) dem Verkäufer zusteht, wird sich allerdings nicht ohne Weiteres hieher erstrecken lassen, da es eine Spezialbestimmung ist, die nur für den Fall des Verzugs des Käufers gegeben ist. Aber dem Bearbeiter steht wegen Nichtabnahme des Bestellers und wegen den Forderungen aus der Bearbeitung ein kaufmännisches Retentionsrecht zu, dessen Voraussetzungen, sofern nicht durch die Ausübung gegen besondere, von dem Bearbeiter angenommene Ordres verstossen wird, jedenfalls vollständig gegeben sind,[5]) und folglich wenigstens diejenige Verkaufsbefugniss, welche dem Retentionsberechtigten zukommt.[6]) Die bearbeiteten Sachen, die nicht abgenommen werden, schlechthin preiszugeben, würde den heutigen Begriffen von Treu und Glauben des Verkehrs hier nicht minder widersprechen, wie bei Verzug der Abnahme in dem Kaufgeschäft.[7])

Durch die Abnahme geht der Besitz und, wenn der Bearbeiter Eigenthümer war, das Eigenthum der aus der Bearbeitung oder Verarbeitung hervorgegangenen Sachen auf den Besteller über.

II. Wie bei der Erfüllung des Kauf- oder Lieferungsgeschäftes kommt es aber, damit der völlige Abschluss der Erfüllung herbeigeführt erscheint, nicht blos auf die Abnahme, sondern auch auf **die billigende Empfangnahme** von Seiten des Bestellers an. Diesem muss immer noch, soweit nicht unmittelbar bei der Abnahme ihm selber oder einem ihn in dieser Hinsicht vertretenden Bevollmächtigten die Prüfung möglich ist, Prüfung nach erlangter Möglichkeit

---

[1]) Gareis in Bd. 2 § 271 S. 649 ff.

[2]) Gareis in Bd. 2 S. 275, S. 723 ff.; Endemann, H.R. § 114, I B.

[3]) Endemann a. a. O. Not. 17.

[4]) Nemlich des Art. 343, Gareis a. a. O. S. 725.

[5]) Vgl. oben Bd. 2 § 182.

[6]) Vgl. oben Bd. 2 § 183 II.

[7]) Endemann, H.R. § 114 Not. 21.

BUAH

derselben offen gelassen bleiben,[8]) es sei denn, dass darauf übereinkunftsmässig verzichtet worden. Sie erstreckt sich auf die Untersuchung, ob die Produkte der Bearbeitung dem Vertrage entsprechen, oder nicht. Namentlich muss eine Prüfung in diesem Sinne vorbehalten erscheinen, wo ein Distanzgeschäft vorliegt und folgeweise die Beschaffenheit erst nach ausgeführtem Transport beurtheilt werden kann. Dies gilt nicht blos, wenn der Unternehmer Eigenthümer der bearbeiteten Sachen ist, also durch die Ablieferung veräussert, oder wenn sonst das Geschäft als Kauf erscheint,[9]) sondern auch wenn die bearbeiteten Sachen schon vor der Ablieferung dem Besteller eigenthümlich gehörten. Denn immer handelt es sich auch in dem letzteren Fall noch um Prüfung des Resultates der Arbeitsleistung.

Mithin gelten durchaus die Regeln über die Empfangnahme der Kauflieferung.[9a]) Der Zustand der Sachen kann förmlich konstatirt werden. Erweist sich die Empfangbarkeit, so müssen sie als Erfüllung des Geschäftes behalten werden. Ergibt sich, dass sie dem Vertrage nicht entsprechen,[10]) so kann Beanstandung erfolgen, d. h. erklärt werden, dass die Lieferung des Bearbeiters nicht als Erfüllung des Vertrags betrachtet werde, und es treten, wenn die Erklärung gerechtfertigt ist, die Folgen der Nichterfüllung[11]) ein. Ohne Zweifel muss auch hier die Prüfung und Beanstandung ungesäumt erfolgen und in der Unterlassung billigender Empfang gefunden werden. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Billigung drückt der Besteller aus, dass er die erfolgte Lieferung der bearbeiteten Sachen als Erfüllung der Verbindlichkeit des Bearbeiters definitiv gelten lasse.[12]) Ebendeshalb liegt in der Empfangnahme zugleich Verzicht auf die Rüge von Mängeln, die wahrgenommen worden sind oder bei ordentlicher Prüfung wahrgenommen werden konnten. Mit der billigenden Uebernahme steht dann auch fest, dass der Besteller die Gegenleistung der Zahlung zu gewähren hat, sofern sie nicht schon vorher erfolgt ist.[13])

III. Indessen schliesst auch hier die stattgehabte Empfangnahme nicht aus, dass **noch wegen solcher Mängel Ansprüche erhoben werden, die nicht durch die Empfangnahme gedeckt sind;** also insbesondere wegen derjenigen, die

---

[8]) Weiske, Rechtslex. Bd. 7 S. 820; Endemann § 151 Not. 25; § 152 Not. 12.

[9]) Vgl. Windscheid § 401 Not. 14.

[9a]) Sie sind auf die Werkverdingung Art. 347 analog anwendbar nach der Entsch. des R.O.H.G. Bd. 1 S. 148; Bd. 11 u. 66; Bd. 14 S. 43; Bd. 21 S. 36; ebenso vom R.G. s. Z. f. H.R. Bd. 26 S. 574, 575 anerkannt.

[10]) Was das heissen will, s. oben § 306 I.

[11]) S. oben § 306 V. Nach Preuss. Recht Wahl des Bestellers zwischen Annahme und Weigerung nebst Rücktritt vom Vertrag, oder Schadloshaltung wegen der Mängel, s. R.O.H.G. Bd. 18 Nr. 20 und oben § 306 Not. 55. Der Schadensersatz kann über den Werth des gelieferten Werks hinausgehen; s. die Entsch. des R.G. in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 967.

[12]) Als ganze, oder, wenn er Theillieferung annehmen will, oder nach dem Vertrag anzunehmen schuldig ist, s. oben § 306, I B., als theilweise. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 16 Nr. 81.

[13]) Ueber die Beanstandung (Stellung zur Disposition) s. oben Gareis in Bd. 2 § 274.

BUAH

bei ordentlicher Prüfung nicht wahrnehmbar waren oder erst später entstanden sind.[14]) Dass keineswegs überall desshalb der Besteller von dem Vertrage zurücktreten kann, als ob er nicht geschlossen wäre, folgt aus früher Bemerktem.[15]) Er kann daher auch nicht etwa unbedingt die ganze Gegenleistung verweigern.[16]) Vielmehr steht ihm nur die Klage auf Minderung, beziehungsweise entsprechende Rückerstattung des Preises, oder auf Redhibition zu.[17])

IV. In Bezug auf die Verpflichtung, den Lohn zu entrichten, sind die verschiedensten Modifikationen denkbar. Bald ist er im Ganzen, bald stückweise bedungen, bald für die ganze Lieferung ungetheilt, bald für theilweise Fertigstellung und Lieferung, wenn solche dem Uebernehmer gestattet ist,[18]) in Raten zu entrichten.[19]) Als Regel ist anzunehmen, dass in dem bedungenen Lohn die Vergütung für die gesammte Arbeitsleistung einschliesslich aller Aufwendungen, die der Arbeitunternehmer behufs der Ausführung zu machen hat, enthalten ist. Besonderer Ersatz von Aufwendungen und Unkosten kann in der Regel nur in Folge besonderer Uebereinkunft verlangt werden.[20]) Doch lässt sich nicht verkennen, dass es, was den Ersatz von Aufwendungen für Erhaltung und Aufbewahrung der anvertrauten Sachen, sowie von Kosten, die sonst durch die besondere Beschaffenheit der letzteren veranlasst werden, oder den Ersatz von Beschädigungen, die dem Uebernehmer erwachsen sind,[21]) betrifft, immer erst sorgfältiger konkreter Prüfung nach dem Vertrage bedarf, um entscheiden zu können, ob dieselben im Lohne mit inbegriffen sind oder Anspruch auf besondere Vergütung haben.[22]) Namentlich ist dabei zu berücksichtigen, wem das Eigenthum an den zur Bearbeitung bestimmten Sachen zusteht. Eine Verbindlichkeit dem Uebernehmer Vorschuss zu gewähren existirt für den Besteller nur kraft besonderer Vertragsfestsetzung.

---

[14]) R.O.H.G. Bd. 18 S. 83.

[15]) S. oben § 306 Not. 55.

[16]) R.O.H.G. Bd. 4 S. 405; s. auch die Entsch. des R.G. in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 967.

[17]) Wie bei Kauf; s. oben Bd. 2 § 273; und über die Verjährung R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 30.

[18]) S. oben § 306 Not. 6 ff.

[19]) Dass Ersteres das Regelmässige sei, Letzteres die Ausnahme, lässt sich durch die Berufung auf L. 30 § 3; L. 51 § 1 h. t. 19, 2 gewiss nicht beweisen. Vgl. Sintenis a. a. O. Not. 159; Endemann § 151 Not. 27.

[20]) Weiskes Rechtslex. Bd. 7 S. 821; Endemann § 151 Not. 26.

[21]) An seinen Sachen und Werkzeugen, L. 2 § 1 de leg. Rhod. Sintenis § 118 Not. 165.

[22]) Weiskes Rechtslex. Bd. 7 S. 819; Endemann § 151 Not. 38.

BUAH

Abschnitt 6.

Mäkler- und Kommissionsgeschäfte.

(Von Herrn Professor Dr. Grünhut in Wien.

I. Mäklergeschäfte.[1])

§ 308.

A. Begriff und Stellung der Mäkler, insbesondere der Handelsmäkler.

Die Handelsgeschäfte können vor den Parteien direkt unter einander ohne Vermittler abgeschlossen werden; doch ist ein solcher unmittelbarer Abschluss nicht selten schwierig; nicht immer wird es gelingen, einen entsprechenden Gegenkontrahenten in dem Augenblicke zu finden, als sich das Bedürfniss nach einem solchen fühlbar macht. Die einen beabsichtigten Geschäftsabschluss anbahnende Vermittlungsthätigkeit stellt sich daher als ein nothwendiges Hilfselement des Handelsverkehrs heraus. Wer sich mit dieser Vermittlungsthätigkeit gewerbsmässig befasst, heisst **Mäkler.** Seine Thätigkeit beim Geschäftsabschluss ist eine rein thatsächliche, er weist dem Auftraggeber die Gelegenheit zum gewünschten Geschäftsabschluss nach, sucht die Parteien auf, regt nicht selten die Lust zum Geschäftsabschluss erst selbst an, überbringt als Bote die Willenserklärungen der Parteien und macht überhaupt alle Vorbereitungen rücksichtlich des abzuschliessenden Vertrags.

Der Mäkler schliesst als solcher nicht selbst ab, weder in eigenem Namen, noch im Namen seines Auftraggebers; er unterscheidet sich dadurch von dem

[1]) Literatur: Laband in der Zeitschr. f. Deutsches Recht Bd. XX S. 1 ff. Grünhut in der Zeitschr. f. d. Privr. und öffentliche Recht Bd. II. S. 547 ff.; Struck, Die Effektenbörse, Anhang S. 186 ff.; Kuhn, Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. Bd. VI 221 ff.; Koch, Central-Org. Bd. III. 33. und Busch, Arch. Bd. XII 134; Brinkmann § 121; Gad § 20; Goldschmidt I. § 55; Endemann §§ 164, 165; v. Hahn zu Art. 66—84 H.G.B.; Anschütz & Völderndorff, ebendas.; Keyssner, ebendas.; Gareis § 22; Dernburg, Preuss. Privr. II § 190.

BUAH

Kommissionär und dem Agenten. Der Agent kann zuweilen in Wahrheit blos Mäkler sein; seine rechtliche Stellung ist durch das Handelsgesetzbuch nicht näher festgestellt worden;[2]) auch in der Praxis des Handelsverkehrs ist die Bedeutung des Ausdrucks „Agent" sehr schwankend und durchaus nicht einem und demselben festen Begriff entsprechend. Die Funktionen des Agenten sind in der That sehr mannigfacher Natur und es lässt sich gar nicht allgemein definiren, was Jemand thun muss, um als Agent zu erscheinen. Man kann als Agent im Namen des Geschäftsherrn oder im eigenen Namen mit Dritten kontrahiren;[3]) man kann als Agent wahrer Kommissionär oder eigentlicher Mäkler oder Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehülfe sein. Der Ausdruck „Agent" wird demnach im Verkehrsleben auf gänzlich verschiedene Verhältnisse angewendet und ist als solcher zu unbestimmt, um juristisch verwendbar zu sein. Hier ist nur von jenen Agenten die Rede, welche weder wirkliche Kommissionäre, noch eigentliche Mäkler, noch Handlungsbevollmächtigte, noch Handlungsgehülfen sind, sondern welche als selbständige Kaufleute ihren Beruf darin finden, fremde Handelsgeschäfte in fremdem Namen abzuschliessen. Ein solcher Agent unterscheidet sich von dem Mäkler dadurch, dass er für den Auftraggeber nicht blos den Geschäftsabschluss vorzubereiten, sondern dass er das Selbstkontrahiren desselben zu ersetzen, dass er selbst abzuschliessen hat, während der Mäkler gleichsam nur als Werkzeug für andere Personen dient, die dazu gelangen wollen, selbst mit einander Handelsgeschäfte abzuschliessen. Hat der Mäkler die Parteien zu einander in Beziehungen gesetzt und einander gegenübergestellt, hat er die Uebereinstimmung ihres Willens herbeigeführt und konstatirt, hat er also bewirkt, dass die Parteien mit einander kontrahiren, so ist seine eigentliche Berufsthätigkeit zu Ende.

Die ökonomischen Vortheile, welche die Mäkelei dem Handelsverkehre verschafft, bestehen hauptsächlich in der Schnelligkeit, Sicherheit und Geheimhaltung der Geschäftsabschlüsse.[4]) Da sich der Mäkler damit befasst, dem Verkäufer den gesuchten Käufer und umgekehrt nahe zu bringen, so muss er bestrebt sein, die gegenseitigen Bedürfnisse der Kaufleute, Nachfrage und Angebot, kennen zu lernen; er ist daher regelmässig im Stande, auf der Stelle dem einen den gewünschten Verkauf, dem anderen den gewünschten Kauf zu erleichtern. Selbst wenn der eine Kontrahent in Ungewissheit rücksichtlich der Kreditwürdigkeit des anderen schwebt, braucht er den Geschäftsabschluss nicht lange zu verzögern; er ist nicht genöthigt, selbst langwierige Erkundigungen über den anderen Kontrahenten einzuholen, da er ja die Vertrauenswürdigkeit des ihm bekannten Vermittlers, wenn dieser die Haftung übernimmt, genau zu bestimmen, jedenfalls aber die von diesem wegen seiner Lokalkenntniss leicht zu ertheilenden Aus-

---

[2]) Vgl. bes. Goldschmidt § 55 S. 634 ff., Note 20, 21; v. Hahn, Komm. I S. 229, 230.

[3]) R.O.H.G. XIV. No. 134 S. 427.

[4]) Bei den amtlichen Mäklern wird der Vortheil der Sicherheit wegen des Garantieverbotes nur unvollkommen, der der Geheimhaltung wegen des Verbotes anonymer Geschäftsabschlüsse — anders in Oesterreich — gar nicht erreicht.

BUAH

künfte über die Kreditwürdigkeit des anderen Kontrahenten mit Sicherheit zu verwerthen vermag. Wird ein Vermittler verwendet, so können die Parteien ihr Inkognito bewahren; sie selbst bleiben einander unbekannt; ihre Handelsoperationen können daher geheim gehalten werden; der Erfolg desselben ist durch ein vorzeitiges Bekanntwerden nicht gefährdet. Mit Hilfe der Vermittler ist es möglich, an den Centren des Handelsverkehrs den Markt- oder Börsenpreis (Kurs) der markt- oder börsengängigen Gegenstände zu fixiren, denselben von trügerischen Beigaben zu reinigen, ihn auf eine möglichst wahre Basis zu stellen und auf diese Weise dem Publikum eine Richtschnur zu geben, an die es sich bei seinen Geschäftsabschlüssen zu halten vermag. Bedenkt man endlich, dass sich der Vermittler naturgemäss in seinem Fach besondere Sachkenntniss erwirbt, dass er z. B. die Echtheit der Wechselunterschriften, die Qualität der Schiffe u. s. w. sofort zu beurtheilen, daher dem Auftraggeber guten Rath zu ertheilen im Stande ist, so ergibt sich, dass der Nutzen, den die berufsmässige Vermittlung dem Handelsverkehr leistet, sehr gross, der Mangel derselben sehr empfindlich ist. Es kann daher nicht als auffallend erscheinen, dass schon im Alterthum berufsmässige Mittelspersonen im Handel vorkommen; sie fanden sich auch in den griechischen Städten mit regerem Handelsverkehr [5]) und hiessen bei den Römern insbesondere proxenetae. [6])

Das Geschäft des Vermittlers genoss aber von Altersher wenig Achtung; meist verlegten sich solche Leute darauf, die in ihrem eigentlichen Gewerbe Schiffbruch gelitten hatten. [7])

Die zahlreichen unreinen Elemente, die sich zu diesem Erwerbszweige drängten, erlaubten sich Betrügereien aller Art. Sollten die Bedürfnisse des Handeltreibenden Befriedigung finden, so musste die Geschäftsvermittlung eine gänzlich veränderte Gestalt erlangen; dies geschah im Mittelalter. Maassgebend war für die Entwicklung der Zustand des damaligen Beweisverfahrens, der zur Folge hatte, dass die Verträge vor Gericht oder vor mit publica fides ausgestatteten Urkundspersonen abgeschlossen zu werden pflegten. Nur eine beschränkte Anzahl von Personen, bei denen bestimmte intelektuelle und moralische Voraussetzungen erfüllt waren, wurden zu den ein besonderes Vertrauen der Kontrahenten erfordernden Funktionen der Vermittler amtlich bestellt und zwar meist durch die kaufmännischen Kollegien selbst in Ausübung ihrer Autonomie,

---

[5]) Unter dem Namen *προπώλης* oder *ἑρμηνεύς*.

[6]) So hiessen diejenigen, die bei dem Abschluss der Verlöbnisse zugezogen wurden (l. ult. D. de oponsal.), später alle Vermittler; andere Bezeichnungen sind: pararius, conciliator, interpres, mediator; ihre Thätigkeit war übrigens nicht auf den Handelsverkehr beschränkt. Tit. Dig. de proxeneticis 50. 14, Cod. 5. 1. Varro erwähnt proxenetae, welche in Sicilien für römische Kaufleute Getreide einkauften. Bei den Aegyptern bildeten die Mäkler eine eigene Kaste. Heeren, Ideen II 619.

[7]) Vgl. Horaz, Satyr. II sat. III. Es hiess von ihnen: proxenetae abundant mendaciis (Straccha de proxenet.); communiter vero ex decoctoribus, fallitis et foro cedentibus hoc hominum genus pullulat (Marquard I. cap. 8 No. 61); sordidum vileque genus hominum (Pruckmann consilia 50 No. 245). „Ein verdorbener Kaufmann ist ein guter Mäkler.“

BUAH

so dass auf diesem autoritativen Wege den Handeltreibenden jene Männer bezeichnet wurden, denen sie unbedenklich ihr Vertrauen schenken konnten. Diese Männer wurden dann als besondere Vertrauenspersonen mit publica fides bekleidet und rücksichtlich der von ihnen vermittelten Geschäfte gleichsam als kaufmännische Notare angesehen. [8])

Das Handelgesetzbuch hat das Institut der amtlich bestellten Mäkler beibehalten und bezeichnet dieselben schlechtweg als **Handelsmäkler** (Sensale),[9]) so dass in dieser Bezeichnung das Moment der amtlichen Bestellung schon mitinbegriffen ist, der Ausdruck: amtlich bestellter Handelsmäkler resp. Sensal daher vom Standpunkt des Handelsgesetzbuchs aus als ein Pleonasmus erscheint. Das Handelsgesetzbuch wahrt den Handelsmäklern ausschliesslich gewisse Vorrechte, die sich aus ihrer offiziellen Stellung ergeben, lässt aber im Uebrigen die freie Konkurrenz bei der Geschäftsvermittlung zu, so dass Jedermann die Wahl freisteht, ob er sich eines Handelsmäklers, also eines amtlich bestellten oder eines Privathandelsmäklers [10]) bedienen will. Das Handelsgesetzbuch macht nur für die Partikulargesetzgebung den Vorbehalt, den Handelsmäklern ein Monopol für die Geschäftsvermittlung zuzuerkennen (Art. 84). Ein solches Monopol wurde in Deutschland nirgends eingeführt, in Preussen (unter Zustimmung sämmtlicher Handelsvorstände mit Ausnahme der Kölner Handelskammer, die sich aber für gänzliche Aufhebung des Instituts der amtlichen Makler aussprach), in Würtemberg, Bayern und in Hamburg das bestehende Monopol sogar beseitigt. Dagegen wurde durch das **österreichische** Börsegesetz vom 1. April 1875, Reichsgesetzblatt Nr. 67, für den **Börseverkehr** ein Monopol der Vermittlung zu Gunsten der Handelsmäkler geschaffen. Die Erfahrung lehrt allerdings, dass der Gesetzgeber etwas verboten hat, was zu verhindern nicht in seiner Macht steht. Die Privatmäkler sind von den österreichischen Börsen keineswegs verdrängt; sie gehen vielmehr als Kommissionäre mit den Handelsmäklern Hand in Hand.[11])

Im Handelsverkehr Deutschlands und Oesterreichs treten demnach zwei Klassen von Mäklern auf, eine Klasse, die zur Geschäftsvermittlung amtlich be-

---

[8]) Vgl. bes. Goldschmidt in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXVIII S. 115 ff., Laband l. c. S. 20 ff. Verpflichtete Mäkler (sensali) mit Taxen werden in den Statuten von Florenz (1299) erwähnt; Martens, Ursprung des Wechsels S. 55 Not. k; in seiner vollen Reife erscheint das Institut in einem kaufmännischen Gilde statut von Florenz (1327). Mit besonders typischer Deutlichkeit tritt der amtliche Karakter der Mäkelei in Frankreich auf. Vgl. Grünhut l. c. S. 550 ff.; daselbst auch über Holland; dazu vgl. Riessers Anzeige der Schrift: De Amsterdamsche Makelardij von Theod. Stuart in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXVI S. 346 ff. Zur Geschichte des Instituts vor dem H.G.B. vgl. auch Struck l. c. S. 193, 199 ff.

[9]) Ob von Censualis, einer zur Abfassung und Aufbewahrung von Urkunden bestimmten Personen? Vgl. Laband l. c. S. 19. Dagegen Goldschmidt l. c. S. 118 ff.

[10]) Zu dieser Bezeichnung vgl. Goldschmidt, Gutachten über den Entw. d. H.G.B. S. 44: früher war der Ausdruck: Pfuschmäkler, Winkelmäkler (auch Bönhase) üblich.

[11]) Gegen das Monopol s. Grünhut l. c. S. 553 ff.; für das deutsche Reich erscheint in Folge der R.Gew.O. § 1, 5, 6 die Statuirung eines ausschliesslichen Rechts der Handelsmäkler auf Vermittlung als unzulässig. Hahn, Komm. zu Art. 84 § 5.

BUAH

stellt ist, die der Handelsmäkler oder Sensale — sie haben in Oesterreich auf den Börsen ein Monopol für die Geschäftsvermittlung — die andere Klasse, die ohne amtlich bestellt zu sein Handelsgeschäfte vermittelt, die der Privathandelsmäkler; nur die letzteren sind Kaufleute (Art. 272, 4), nicht die ersteren als solche, denn die in ihrem Amtskreise gelegenen Geschäfte sind keine Handelsgeschäfte, wenngleich die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse zu den Handelssachen (Art. 1) gehören.[12]) Die Handelsmäkler werden nur dann zu Kaufleuten, wenn sie unter Uebertretung des Verbotes des Art. 69 Handelsgeschäfte gewerbsmässig betreiben.

Die Beibehaltung des amtlichen Charakters des Handelsmäklers lässt sich mit den Bedürfnissen des modernen Handelsverkehrs nicht mehr in Einklang bringen.[13]) Aus der amtlichen Eigenschaft des Vermittlers zieht der Kaufmann heutzutage keinen Vortheil mehr; auf das Zeugniss desselben kommt es nicht mehr an. Für den Kaufmann ist der Handelsmäkler wesentlich Unterhändler, nicht mehr Urkundsperson. Der das ganze Institut beherrschende Grundgedanke, dass nämlich der Handelsmäkler eine unparteiische Stellung zwischen den Kontrahenten einnehmen soll, geräth mit der der Mäkelei, wenn sie lebensfähig sein soll, innewohnenden Tendenz in das Kommissionsgeschäft überzugehen in Konflikt. Entweder der amtliche Mäkler beobachtet streng die gesetzlichen Verbote, die seine Unparteilichkeit wahren sollen; dann muss er vor dem Kommissionär das Feld räumen; oder — er setzt sich über die Verbote einfach hinweg. Mäkelei und Kommission sind wirthschaftlich innig mit einander verwandt und laufen faktisch bei der Ausübung in einen Brennpunkt zusammen. Die amtliche Mäkelei, die ihrem Grundgedanken entsprechend in die engsten Grenzen der Vermittlung eingeschlossen bleiben muss, hat ihre Rolle ausgespielt. Für das zwitterhafte Institut einer Zwischenperson, deren Karakter ein amtlicher ist und die zugleich doch immer bestrebt ist, die Stellung eines Kaufmanns einzunehmen, ist im modernen Handelsverkehr kein Raum. Der amtliche Mäkler stellt sich, da ihm die nothwendige freie Bewegung fehlt, in der heutigen Praxis als unbrauchbar dar; bei Beibehaltung des amtlichen Karakters lässt sich aber die nothwendige freie Bewegung nicht einräumen. Es bleibt daher kein anderes Mittel, um den Schwierigkeiten und Unregelmässigkeiten zu entgehen, als das amtliche Mäklerinstitut gänzlich zu beseitigen.[14])

---

[12]) v. Hahn, Vorbemerkung zu Tit. VII § 3; Goldschmidt § 55 Note 6.

[13]) Die Handelskammern von Düsseldorf, Stettin, Köln, Posen, Magdeburg, Danzig, Breslau und Königsberg — ebenso Rotterdam — sprachen sich für die Aufhebung des Instituts der amtlichen Mäkler aus. Vgl. Koch in Busch Arch. XII S. 134, Verh. des VII. deutschen Juristentags Bd. II S. 70 ff.; Struck S. 220.

[14]) Dies ist auch im Wesentlichen in Bremen durch Ges. v. 1867 und in Hamburg durch Ges. v. 20. Dez. 1871 geschehen. Vgl. auch das belgische Ges. v. 30. Dez. 1867 und das französische Ges. v. 18. Juli 1866 bei Grünhut l. c. S. 557 ff.: so ferner das ungarische H.G.B. § 534—548; für die Aufhebung der VII. deutsche Juristentag S. 81, 234. Endemann § 164 IV; Puchelt, Komm. zu Art. 66; Struck l. c. 222—224; Riesser l. c. S. 350.

BUAH

Der in dem Handelsgesetzbuch beibehaltene **amtliche** Karakter der Handelsmäkler bildet den Ausgangspunkt für die gesetzlichen Detailbestimmungen. Was zunächst die **Anstellung** der Handelsmäkler betrifft, so überlässt das Handelsgesetzbuch die nähere Normirung den Landesgesetzen (Art. 84); die Einführungsgesetze räumen demgemäss verschiedenen Behörden das Ernennungs- resp. Bestätigungsrecht ein, so dem Staatsoberhaupte, der Staatsregierung, der Bezirksregierung, dem Gemeinderath, der kaufmännischen Korporation oder der Handelskammer, der Börseleitung.[15]) Die Anstellung erfolgt entweder im Allgemeinen für alle Arten von Mäklergeschäften oder für einzelne Arten derselben (Art. 68). Die Mäklergeschäfte bestehen aber hauptsächlich in der Vermittlung von Käufen und Verkäufen über Waaren, Schiffe, Wechsel, inländische und ausländische Staatspapiere, Aktien und andere Handelspapiere, ingleichen von Verträgen über Versicherungen, Bodmerei, Befrachtung und Miethe von Schiffen, sowie über Land- und Wassertransport und andere den Handel betreffende Gegenstände (Art. 67). Eine der vor Antritt der Funktionen von dem Handelsmäkler zu erfüllenden Förmlichkeiten wird durch das Handelsgesetzbuch selbst (Art. 66) vorgeschrieben, nämlich die Leistung des Amtseides. Zu den Konsequenzen der amtlichen Stellung der Handelsmäkler gehört es, dass sie wegen der von ihnen in ihrem Berufe begangenen Pflichtverletzungen zu bestrafen sind. Auch in dieser Beziehung überlässt Art. 84 den Landesgesetzen die näheren Bestimmungen; diese drohen bald Geldbussen, bald zeitliche oder gänzliche Dienstentsetzung an.[16])

B. Rechte und Pflichten der Handelsmäkler.

§ 309.

1. Die Rechte der Handelsmäkler.

Die Rechte der Handelsmäkler sind theils solche, die ihnen als mit einem **öffentlichen Amte** betrauten, theils solche, die ihnen als mit einem **Gewerbskarakter** bekleideten Personen zustehen. Die Befugnisse, die ihnen in ersterer Eigenschaft eingeräumt sind, enthalten zuweilen eine **sachliche** und stets eine **örtliche**[1]) Beschränkung. Als Amtspersonen können die Handelsmäkler eben nur innerhalb jenes materiellen und lokalen Bereiches, für den sie angestellt sind, fungiren. Sind keine besonderen Schranken bei der Anstellung gezogen (Art. 68), so erstreckt sich ihre Befugniss zur Vermittlung auf den ganzen, weiten Kreis der in Art. 67 beispielsweise aufgezählten Geschäfte. Gemäss Art. 70 kann den Schiffsmäklern insbesondere auch noch gestattet werden, den

---

[15]) Salpius, Die Ergänzungen des H.G.B. Ueber Oesterreich vgl. Grünhut S. 559 ff.; daselbst S. 561—565 auch über die fremden Rechte.

[16]) Ueber Oesterreich vgl. Grünhut l. c. S. 560 u. Note 21.

[1]) Das österreichische Ges. (Art. 84 IV, Art. 68 al. 3) bestimmt, dass Handelsmäkler, die ihr Amt an einer Börse auszuüben berufen sind, dasselbe auch ausserhalb der Börse im Börseorte ausüben können.

BUAH

Schiffern im Einziehen und Vorschiessen der Frachten und Unkosten als Abrechner oder in anderer ortsüblicher Weise Hilfsdienste zu leisten. Art. 70 enthält insofern eine Ausnahme gegenüber den Verboten des Art. 69. Der Schiffsmäkler macht sich daher durch den Abschluss der in Art. 70 bezeichneten Geschäfte nicht strafbar; er handelt aber, soweit er Abrechner u. s. w. ist, nicht in seinem Berufskreise als Handelsmäkler, so dass für diesen Geschäftsbetrieb die Bestimmungen über Handelsmäkler überhaupt nicht zur Anwendung kommen.[2]) Jeder Handelsmäkler kann von dem Auftraggeber eine besondere Vollmacht zur Entgegennahme von Zahlungen und anderen im Vertrage bedungenen Leistungen erhalten; im Zweifel liegt jedoch in der übertragenen Geschäftsvermittlung keine solche Bevollmächtigung (Art. 67 al. 2). Das Handelsgesetzbuch (Art. 84) gestattet übrigens der Landesgesetzgebung den Kreis der Amtsverrichtungen und Befugnisse (Art. 67, 70) zu erweitern oder einzuschränken; demgemäss gewähren manche Einführungsgesetze den Handelsmäklern noch das Recht der Abhaltung öffentlicher Versteigerungen[3]) jener Waaren, Schiffe oder Handelspapiere, welche den Gegenstand ihrer Vermittlungsgeschäfte bilden.

Die Handelsmäkler sind befugt, in den Fällen der Art. 311, 343, 348, 354, 365, 366, 387 des H.G.B. den nicht öffentlichen Verkauf mit Rechtswirkung vorzunehmen.

Das **österreichische** Börsegesetz vom 1. April 1875 Reichsgesetzblatt Nr. 67 (§ 7, 12) gewährt den an einer Börse angestellten Handelsmäklern das **ausschliessliche** Recht zur Vermittelung von Börsegeschäften an der betreffenden Börse. Den Handelsmäklern ist ausserdem überall, wo eine amtliche Ermittelung der Börsen- oder Marktpreise (Kurse) überhaupt stattfindet, eine hervorragende Rolle bei diesem Akte zugetheilt;[4]) der preussische Entwurf enthielt in Art. 68 eine darauf bezügliche Bestimmung, die in das Handelsgesetzbuch nicht aufgenommen wurde[5]); das **österreichische** Börsegesetz bestimmt allgemein (§ 8), dass der Preis (Kurs) der an der Börse umgesetzten Verkehrsgegenstände an jedem Börsetage nach Schluss der Börse von Mitgliedern der Börseleitung unter Aufsicht des Börsekommissars auf Grund **der während der Dauer einer Börse von den Handelsmäklern vermittelten** Operationen und **der ihnen in Ausübung ihres Amtes bekannt gewordenen Daten** amtlich festzu-

---

[2]) Preuss. Mot. 38.

[3]) Das österreichische Ges. Art. 70 al. 1 bestimmt, dass die politische Landesbehörde dort, wo sich das Bedürfniss äussert, diese Befugniss den Handelsmäklern ertheilen kann.

[4]) Feststellung der Börsepreise und Kurse durch die Handelsmäkler unter Vorsitz des auf ein Jahr aus ihrer Mitte gewählten Aeltesten (Art. 8 Börseordnung für Köln), unter Vorsitz des von dem Vorsteheramt der Kaufmannschaft ernannten Börsekommissarius (§§ 7—9 Börseordnung f. Königsberg v. 1865, Memel v. 1865 §§ 7—10, Danzig § 9, Berlin v. 1866 §§ 13—18, Berliner Mäklerordnung v. 20. April 1866 § 7. Ueber Frankreich, Italien, Spanien und Portugal vgl. Grünhut l. c. S. 566 Note 22.

[5]) Protokolle S. 109 ff.

BUAH

stellen und dass das Resultat ohne Verzug durch die Börseleitung in dem amtlichen Kursblatte (Preisliste) zu veröffentlichen sei.

Zu den wichtigsten Befugnissen der Handelsmäkler gehörte es nach dem Handelsgesetzbuch, dass ihrem ordnungsmässig (Art. 71, 72) geführten Tagebuche (Journal), sowie ihren Schlussnoten kraft des Gesetzes in der Regel eine volle Beweiskraft sowohl für den Abschluss des Geschäfts als auch für dessen Inhalt zukam (Art. 77). Dieses Privilegium wurde als eine Konsequenz der öffentlichen Stellung des Handelsmäklers angesehen, der ja auch nicht wie der Kaufmann mit seinen Büchern für sich zu seinen Gunsten Beweis machen will, sondern in neutraler Stellung zwischen beiden Parteien stehend zum Vortheil beider seine Aufschreibungen zu machen verpflichtet ist. Allein dieser Grundgedanke wurde von dem Gesetzgeber nicht mit strenger Folgerichtigkeit durchgeführt; er hielt sich doch vor Augen, dass der Handelsmäkler als Vermittler mit Gewerbskarakter nicht dieselbe Garantie biete, wie der öffentliche Beamte, und fürchtete, ihm eine zu grosse Macht einzuräumen;[6]) er stellte daher das Maass der Beweiskraft nach demselben Prinzip, wie in Art. 34 des H.G.B. für die Handelsbücher des Kaufmanns, in das arbitrium judicis (Art. 77 al. 2); demgemäss hat der Richter nach seinem durch die Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu entscheiden, ob ausnahmsweise dem Inhalte des Tagebuches und der Schlussnoten trotz ordnungsmässiger Führung ein geringeres Gewicht beizulegen, ob insbesondere die Weigerung einer Partei, die Schlussnote anzunehmen oder zu unterzeichnen, für Beurtheilung der Sache von Erheblichkeit sei — in dieser Weigerung kann, wenn sie auch keinen Einfluss auf die Perfektion des vermittelten Geschäfts hat, doch ein bedeutungsvolles Moment gegen die Willensübereinstimmung der Parteien gelegen sein[7]) — ob endlich die eidliche Bestärkung durch den Mäkler[8]) oder andere Beweise zu fordern seien. Bei dieser eidlichen Bekräftigung handelt es sich, da der Handelsmäkler schon als solcher beeidigt ist und er sein Tagebuch mit Rücksicht auf diesen Eid führt, um Ablegung eines Zeugeneides. Wie der Handelsmäkler ursprünglich als ein unparteiischer Zeuge aufgefasst wird, so konnte er in Folge richterlicher Aufforderung gemäss Art. 77 al. 2 in den von ihm vermittelten Geschäften als Zeuge aufzutreten verpflichtet sein. Gegen den durch das ordnungsmässig geführte Tagebuch und die Schlussnoten gelieferten Beweis war jeder Gegenbeweis zugelassen. Fehlte es von vornherein an der Ordnungsmässigkeit der Führung des Tagebuchs, so konnte dieses als Beweismittel nur ausnahmsweise insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der bei der Führung vorgefallenen Unregelmässigkeiten sowie nach Lage der Sache von

---

[6]) Protokolle S. 133—142, 956. Nach dem Entw. des franz. Cod. de comm. Art. 109 sollte die Eintragung des Mäklers stets vollen Beweis machen; dagegen machte sich eine beinahe einstimmige Opposition des Handelsstandes geltend. Bédarride II Nr. 402, 403.

[7]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 57 S. 172 ff.

[8]) Nach § 1366 Th. II Tit. 8 Allg. Preuss. Ldr. war die eidliche Bekräftigung der Eintragung durch den Mäkler für die Herstellung eines vollen Beweises immer erforderlich.

BUAH

dem Richter als geeignet zur Beweiserbringung erkannt wurde (Art. 78). Der Umstand, dass das Geschäft sich in dem zur Unterstützung des Gedächtnisses des Handelsmäklers nothwendigen, daher in Art. 71 nebenher zur Pflicht gemachten **Handbuche** [9]) gar nicht oder anders als in dem ordnungsgemäss geführten Tagebuche eingetragen fand, konnte in der Regel um so weniger in Betracht kommen, als ja überhaupt nur eine Pflicht des Handelsmäklers zur Vorlegung des Tagebuchs, nicht des Handbuchs vor dem Richter anerkannt ist (Art. 79).

Diese Beweisregeln des Handelsgesetzbuchs (Art. 77—78) sind nunmehr für das **Deutsche Reich** durch das Einführungsgesetz zur R.Civ.Proz.O. § 13 Ziff. 2 ausdrücklich aufgehoben worden; auch für das ordnungsgemäss geführte Tagebuch und die Schlussnoten des Handelsmäklers gilt daher in vollem Umfange der in § 259 der R.Civ.Proz.O. ausgesprochene Grundsatz der freien Beweiswürdigung.[10]) In **Oesterreich** aber sind Art. 77 und 78 des H.G.B. auch nach dem Gesetz vom 4. April 1875 in ungeschmälerter Geltung; es behalten daher die vorangehenden Bemerkungen ihre volle Anwendbarkeit. Selbst für das Deutsche Reich sind sie nicht ganz unanwendbar; es muss vielmehr in dieser Beziehung auf die in den Motiven zur Civ.Proz.O. S. 475 gemachte Bemerkung hingewiesen werden „dass mit der Verwerfung einer **gesetzlichen** Beweisregel die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert wird, indem die gesetzlichen Beweisregeln den Karakter goldener Erfahrungssätze annehmen.“ [11]) Es ist daher Recht und Pflicht des Richters, den inneren Werth der beseitigten gesetzlichen Beweisregeln rücksichtlich des Tagebuchs und der Schlussnoten der Handelsmäkler zu prüfen und jene Beweisregel, die er materiell für gerechtfertigt und im einzelnen Fall für zutreffend hält, zur Anwendung zu bringen. So wird z. B. der deutsche Richter, im Falle dass ihm der oben erwähnte Widerspruch zwischen Handbuch und Tagebuch bekannt gegeben wird, nunmehr in vollkommen freier Prüfung des Beweiswerthes des Tagebuchs zu erwägen haben, ob nicht der Eintragung im Handbuch, da sie im Augenblicke des Geschäftsabschlusses durch den Mäkler persönlich — vielleicht unter Kontrole des anderen Mäklers — erfolgt ist, resp. ob nicht dem Umstande, dass eine Eintragung im Handbuche nicht stattgefunden hat, eine erhöhte Bedeutung als der Eintragung im Tagebuche zukommt, besonders wenn das Handbuch des anderen Mäklers, mit dem das Geschäft abgeschlossen wurde, die gleiche Eintragung enthält, resp. rücksichtlich der Nichteintragung übereinstimmt. Nach dem Handelsgesetzbuche war dem Richter in solchem Falle nur die Macht gegeben, dem Tagebuche ein geringeres Gewicht beizulegen (Art. 77 al. 2), nicht aber dem Handbuche für den Abschluss des Geschäftes und dessen Inhalt Beweiskraft beizumessen.

---

[9]) Anders nach holländ., franz. u. ital. H.R. wo das Handbuch grössere Bedeutung hat. Vgl. Grünhut l. c. S. 568 Note 27.

[10]) So schon nach preuss. Entw. Art. 77 Mot. S. 43.

[11]) Vgl. auch Glaser, Zur Kritik des Zeugenbeweises im Strafprozess im Gerichtssaal Bd. XXIII. (Sep. Abdr. S. 9 ff.)

BUAH

Selbst wo, wie in Oesterreich, die gesetzlichen Beweisregeln des Art. 77—78 des H.G.B. noch in Geltung sind, versteht es sich nach dem Grundgedanken derselben von selbst, dass die privilegirte Beweiskraft des Tagebuchs und der Schlussnoten nur rücksichtlich jener Geschäfte in Anspruch genommen werden kann, welche der Handelsmäkler als solcher, also in strikter Einhaltung des ihm bei seiner Anstellung eingeräumten oder gesetzlich zustehenden lokalen und sachlichen Wirkungskreises vermittelt; soweit er darüber hinausgeht, streift er seinen offiziellen Karakter ab, bietet er daher nicht mehr jene Garantien, die allein das Beweisprivilegium überhaupt rechtfertigen können. Wenn daher der Handelsmäkler Geschäfte an einer unerlaubten, sog. Winkelbörse vermittelt, wenn er gegen die vom Gesetze (Art. 69 p. 6 des H.G.B., österreich. Gesetz Art. 69 p. 6 u. 7) aufgestellten Verbote Aufträge ausführt oder sich für die Erfüllung der vermittelten Geschäfte verbindlich macht (Art. 69 p. 1), wenn der Waarensensal,[12]) d. h. der zur Vermittelung des Verkehrs in Waaren und für das Versicherungs-, Fracht- und Speditionsgeschäft bestellte Handelsmäkler in den Wirkungskreis des „Effektensensals" eingreift, also Geschäfte in Effekten, Wechseln, Münzen und Edelmetallen vermittelt, wenn der Handelsmäkler seine Amtsfunktionen der Natur der Sache und den Bestimmungen des Gesetzes (Art. 69 p. 4) zuwider nicht persönlich ausübt, so fehlt seinen Aufzeichnungen rücksichtlich der ausserhalb seines Amtskreises verbotswidrig entfalteten Thätigkeit jede Beweiskraft; das Gleiche gilt in Beziehung auf die von dem Handelsmäkler in eigenem Namen oder für eigene Rechnung verbotswidrig (Art. 69 p. 1) ageschlossenen Geschäfte, da er insoweit mit seinen Aufzeichnungen gar nicht als Mäkler, also auch nicht als Handelsmäkler in Betracht kommen kann.[13]) Der Umstand aber, dass der Handelsmäkler in anderen Fällen der Geschäftsvermittelung oder bei dem in Frage stehenden Geschäfte in anderer Weise, z. B. durch verbotswidrige Association (Art. 69 p. 3) oder durch ein verbotswidriges Abhängigkeitsverhältniss zu einem — sonst bei dem betreffenden Geschäfte ganz unbetheiligten — Prinzipal (Art. 69 p. 2) oder durch Indiskretionen (Art. 69 p. 5) oder durch ungenügende Deckung (österreich. Gesetz Art. 69 a) seine Amtspflicht verletzt hat, steht an und für sich der vollen Beweiskraft seines Tagebuchs und seiner Schlussnoten nicht im Wege, kann aber für den Richter gemäss Art. 77 Abs. 2 bestimmend sein, diesen Aufzeichnungen nach Erwägung aller Umstände geringere Glaubwürdigkeit beizumessen.

Als Vermittler mit Gewerbskarakter haben die Handelsmäkler auf Grund des Mäklervertrags auch ohne besondere Verabredung ein Recht auf die Mäklergebühr (Sensarie, Courtage); sie ist in Ermangelung besonderer Vereinbarung, örtlicher Verordnungen oder eines Ortsgebrauchs von jeder Partei, die seine Dienste wirklich in Anspruch nahm, zur Hälfte zu entrichten (Art. 83).[14]) Im Zweifel ist eben von der Annahme auszugehen, dass nicht blos die eine Partei,

[12]) Wiener Börsestatut § 42; Prager Börsestatut § 40.
[13]) R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 66 S. 263; v. Hahn, Komm. zu Art. 77 § 8.
[14]) Ebenso Wiener Börsestatut § 48; Prag. § 46.

BUAH

oder die eine mehr als die andere, sondern dass immer beide Parteien in gleichem Maasse an dem Zustandekommen des von dem Mäkler vermittelten Geschäfts interessirt sind und dass daher beide stillschweigend die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns auf sich genommen haben.

Der Mäklerlohn ist, wenn nichts Anderes vereinbart worden ist, oder sich aus lokalen Normen (örtlichen Verordnungen, Ortsgebrauch) ergibt, nicht früher verdient, als bis das Geschäft geschlossen, wenn es ein bedingtes war, unbedingt geworden und bis der Verpflichtung wegen Zustellung der Schlussnoten Genüge geschehen ist (Art. 82). Der Handelsmäkler hat erst dann seine Pflicht als solcher erfüllt, hat daher auch erst jetzt Anspruch auf den Mäklerlohn. Auf die **Erfüllung** des vermittelten Geschäfts kommt es dagegen nicht an; diese geht lediglich auf Gefahr der Parteien, nicht auf Gefahr des Mäklers. Kommt aber das Geschäft aus was immer für einem Grunde nicht zu Stande, oder ist die Suspensivbedingung noch nicht erfüllt, resp. ist noch ungewiss, ob die Resolutivbedingung nicht eintreten werde, so hat der Mäkler kein Recht auf die Courtage, wenn er auch eine noch so grosse Mühewaltung zur Herbeiführung des Abschlusses entfaltet hat; denn die Courtage wird nicht für die einzelnen Arbeitsleistungen pro rata geschuldet, sondern nur als Ganzes für den Abschluss; der Mäkler trägt insoweit die Gefahr für das Zustandekommen des Vertrags.[15]) Treten beide Kontrahenten mutuo dissensu von dem abgeschlossenen Geschäfte zurück, so muss der Mäklerlohn dessenungeachtet entrichtet werden. Nach einer billigenswerthen, dem Missbrauch der Parteien vorbeugenden Bestimmung des **österreichischen** Gesetzes (Art. 82 al. 3) kann der Mäkler die Gebühr auch dann ansprechen, wenn er die Parteien einander bekannt gegeben hat, das Geschäft aber hierauf noch am nemlichen Tage von den Parteien unmittelbar gegeschlossen worden ist. Das Handelsgesetzbuch hat für diesen Fall keine Bestimmung; doch liegt es im Geiste des Treu und Glauben stets schützenden Gesetzes, dass überhaupt, wenn der Abschluss des vom Mäkler hinreichend vorbereiteten Geschäfts von den Auftraggebern selber mit **arglistiger** Umgehung des Mäklers bewirkt wird, die Mäklergebühr entrichtet werden muss.[16])

Die Höhe der Mäklergebühr wird durch örtliche Verordnungen geregelt; in Ermangelung derselben entscheidet der Ortsgebrauch (Art. 82 al. 3). Das Gesetz will den verschiedenen Bedürfnissen in den verschiedenen Handelsplätzen gerecht werden, überlässt daher die Regelung der Frage, wie der Mäklerlohn berechnet werden soll, in erster Linie den lokalen Normen. Nach **österreichischem** Gesetz (Art. 82 al. 4) wird der Betrag der Mäklergebühr von der politischen Landesbehörde bestimmt und zwar für Börsen nach Vernehmung des Börsekommissars und der Börseleitung, sonst der Handels- und Gewerbekammer, in beiden Fällen auch eventuell des Gremiums der Handelsmäkler.[17]) Dem

---

[15]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 66 S. 198 ff.

[16]) R.O.H.G. XI Nr. 66 S. 199; Endemann § 165 C.; Dernburg § 190 u. Note 16; Gareis § 22.

[17]) Statthaltereiverord. f. Wiener Börse (Effektensensale) v. 8. Dez. 1875: in der Regel 1 per mille des Kurswerthes von beiden Parteien zusammen, jedoch nicht unter

BUAH

Auftraggeber steht es frei, über die Höhe der Mäklergebühr eine beliebige Vereinbarung mit dem Handelsmäkler zu treffen, es wäre denn dass örtliche Normen entgegenstehen. Unzulässig wäre es aber, wenn der Handelsmäkler sich einem Auftraggeber gegenüber weigerte, seine amtlichen Vermittelungsdienste gegen blosse Leistung der an dem betreffenden Platze gehörig festgesetzten Mäklergebühr zu gewähren, sondern eine höhere Gebühr beanspruchte.[18]) Als öffentlicher Beamter ist er, wenn die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, nicht berechtigt, denjenigen, die seine Dienste für einen in seinen Amtskreis fallenden Akt in Anspruch nehmen, seine Mitwirkung nach Belieben zu versagen. Wäre es ihm aber gestattet, für seine Intervention als Handelsmäkler eine beliebig höhere Gebühr als die gehörig festgesetzte zu fordern, so hätte er es in seiner Hand, einen Auftraggeber willkürlich zurückzuweisen. Geht daher der Auftraggeber auf die von dem Handelsmäkler gewünschte Erhöhung der Mäklergebühr nicht ein und weigert sich dieser nun, das betreffende Geschäft zu vermitteln, so wäre er einerseits wegen dieser Pflichtverletzung strafbar, andererseits wegen des dem zürückgewiesenen Auftraggeber durch den Aufschub der beabsichtigten Operation zugefügten Schadens nach Art. 81 ersatzpflichtig.

§ 310.

2. Die Pflichten der Handelsmäkler.

Der Handelsmäkler haftet für jeden durch die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers, deren Anwendung er zu beweisen hat, zugefügten Schaden, seinem Auftraggeber auf Grund des Mäklervertrags, jedem anderen, mit dem er verhandelt, kraft des Gesetzes (Art. 81). Das **österreichische** Gesetz (Art 69 al. 1) bestimmt die Richtungen der von den Handelsmäklern zu prästirenden Sorgfalt näher; es schreibt ihnen vor, die anvertrauten Geschäfte mit Fleiss, Vorsicht, Genauigkeit, Treue und Redlichkeit und mit Vermeidung alles desjenigen, was das Vertrauen in ihre Unparteilichkeit und in die Glaubwürdigkeit der von ihnen ausgehenden Urkunden schwächen könnte, zu besorgen.

Um die der amtlichen Eigenschaft entsprechende unparteiische Stellung, welche der Gesetzgeber den Funktionen der Handelsmäkler aufgeprägt hat, unverfälscht zu erhalten, sind besondere Amtspflichten derselben anerkannt; die wichtigsten sind folgende:

1. Sie sollen Handelsgeschäfte für eigene Rechnung weder unmittelbar, — auch nicht als socii ihrer Auftraggeber — noch mittelbar — durch andere —, auch nicht als Kommissionäre (also nicht in eigenem Namen für fremde Rech-

---

½ per mille des Nominalbetrages, bei anonymen Zeit- und Prämiengeschäften, die später als in einem Monat fällig sind, der 1½fache Betrag der einfachen Gebühr. Verord. f. Wiener Waarensensale v. 17. Januar 1877: 1%—½% vom Gesammtwerthe des Börseschlusses. Ueber die Gremien der Handelsmäkler s. Grünhut l. c. S. 580 u. Note 52.

[18]) Ueber Verbote dieser Art s. Laband l. c. Note 79.

BUAH

nung) machen (Art. 69 p. 1).[1]) Ohne dieses Verbot kämen die Handelsmäkler häufig in die Versuchung, aus ihrer Unparteilichkeit herauszutreten, ihre Kenntniss von beabsichtigten Handelsoperationen zu eigenem Nutzen und zum Schaden ihrer Auftraggeber zu missbrauchen und aufgetragene Handelsgeschäfte, die sie für gut und gewinnbringend halten, für eigene Rechnung abzuschliessen; der Kaufmann könnte sich ihrer daher nicht mit vertrauensvoller Sicherheit bedienen, sondern müsste ihre Konkurrenz befürchten. Den Handelsmäklern ist es aber durch diese gesetzliche Bestimmung nicht verwehrt, sich an einer solchen gesellschaftlichen Unternehmung zu betheiligen, deren Organisation es mit sich bringt, dass die Geschäfte auch nicht mittelbar für sie abgeschlossen werden; sie können daher Aktionäre bei einer Handelsunternehmung sein, ebenso wie es ihnen gestattet ist, zu den anderen, gewöhnlichen Formen der Kapitalsanlage zu greifen. Uebrigens ist die Frage, ob das Verbot übertreten sei, mit Rücksicht auf das Bestreben des Gesetzgebers, einerseits die Unparteilichkeit des Handelsmäklers zu wahren und dessen Konkurrenz auszuschliessen, andererseits ihn auch nicht den mit Handelsunternehmungen verbundenen Chancen des Verlustes auszusetzen, in jedem einzelnen Falle nach Erwägung aller Umstände zu entscheiden.

Damit die Handelsmäkler absolute Neutralität zwischen den Parteien, die sie verwenden, zu bewahren vermögen und die Garantien, die der Gesetzgeber durch das Institut der amtlichen Mäkler dem Verkehr bieten will, nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass sie, wie die Parteien selbst, an den eventuellen Verlusten eines Handelsgeschäfts zu partizipiren in die Lage kommen, ist es nothwendig, dass sie in gar keiner Art, weder direkt noch indirekt, mit der Operation, in welche sich die Parteien einlassen, verknüpft seien; daher ist es ihnen auch verboten, für die Erfüllung der Geschäfte, die sie vermitteln, sich verbindlich zu machen oder Bürgschaft zu leisten (Art. 69 p. 1).[2]) Dieses Verbot, für die Erfüllung einzustehen, verhindert aber den Handelsmäkler nicht, den Auftraggeber bei der Erfüllung zu vertreten; das Gesetz stellt zwar eine Präsumtion gegen die Existenz einer solchen Vertretungsbefugniss bei der Erfüllung auf (Art. 67 al. 2); allein es kann dem Handelsmäkler eine Vollmacht zur Entgegennahme der Zahlung oder einer anderen Vertragsleistung besonders eingeräumt werden; das Verbot des Art. 69 p. 1 steht nicht im Wege;[3]) denn dieses will nur verhüten, dass der Handelsmäkler persönlich in den von ihm vermittelten Geschäften als Schuldner, oder dadurch, dass er als Kommissionär handelt, als Gläubiger erscheine. Das österreichische Gesetz

---

[1]) Vgl. über dieses Verbot nach anderen Rechten Grünhut l. c. S. 570 Note 32 u. 33; s. noch Struck l. c. Note 412, 424, 425.

[2]) Preuss. Mot. S. 28, Prot. S. 118. Er haftet daher auch nicht unbedingt für die Echtheit des durch seine Vermittlung angekauften Wechsels, wie Art. 81 preuss. Entw. bestimmt hatte (Prot. S. 145 ff.), sondern nur, wie sonst, für Verschulden nach Art. 81 des H.G.B.

[3]) Anders Dietzel, Arch. f. W.- u. H.R. VII S. 298; dagegen v. Hahn zu Art. 67.

BUAH

(Art. 67 al. 3) bestimmt sogar,[4]) dass der Handelsmäkler auch ohne besondere Vollmacht berechtigt ist, das Entgelt für Verkehrsgegenstände zu übernehmen, welche den Gegenstand seiner Vermittelung gebildet haben, wenn diese von ihm ausgefolgt werden, präsumirt also insoweit die Existenz einer Vollmacht.

Die Uebertretung der in Art. 69 p. 1 aufgestellten Verbote hat nach der ausdrücklichen, den allgemeinen Grundsatz des Art. 276 in einem speziellen Falle zur Anwendung bringenden Bestimmung des Gesetzes (Art. 69 p. 1) nicht die Ungültigkeit der betreffenden Geschäfte zur Folge;[5]) der Handelsmäkler setzt sich nur disziplinarischer Bestrafung aus, kann daher eventuell selbst aus solchen verbotswidrigen Geschäften klagen und erlangt durch den gewerbemässigen Betrieb derselben die rechtliche Stellung eines Kaufmanns mit allen Rechten und Pflichten eines solchen, so dass er auch als Kommissionär nach Art. 360 und 378 in Betracht kommen kann. Das **österreichische** Gesetz (Art. 84 c) bestimmt, dass, wenn der Handelsmäkler ein Handelsgeschäft für eigene Rechnung macht oder an dem Nutzen eines von ihm vermittelten Geschäfts auf irgend eine Weise theilnimmt, auf die Entsetzung vom Amte erkannt werden kann; in den anderen Fällen der Pflichtverletzung nach Art. 69 p. 1 können daher nur — wie überhaupt bei jeder Verletzung der Amtspflicht — **Ordnungs**strafen (Verweis, Geldbussen von 10—100 Gulden) oder von **Disziplinar**strafen nur Geldbussen von 100—1000 Gulden und Suspension vom Amte auf bestimmte Zeit verhängt werden.

2. Die Handelsmäkler dürfen zu keinem Kaufmann in dem Verhältnisse eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen (Art. 69 p. 2). Das Verbot muss dem Geiste des Gesetzes gemäss von jedem ständigen Verhältniss gelten, welches die Unterordnung des Handelsmäklers gegenüber einer Handelsgesellschaft, sei es mit oder ohne Betheiligung an dem wirthschaftlichen Erfolg der Unternehmung, zur Folge hat. Daher muss auch nach dem Handelsgesetzbuch angenommen werden, dass, wie das **österreichische** Gesetz (Art. 69 p. 2) ausdrücklich hervorhebt, der Handelsmäkler auch nicht Mitglied des Vorstandes, Verwaltungsrathes oder Aufsichtsrathes einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien sein darf. Die Uebertretung dieses Verbotes ebenso wie des (unter 3) folgenden zieht lediglich disziplinarische Bestrafung nach sich.

3. Den Handelsmäklern ist es verboten, sich mit einander zu gemeinschaftlichem Betrieb der Mäklergeschäfte oder eines Theiles derselben zu assoziiren (Art. 69 p. 3); es sollen dadurch die Nachtheile verhütet werden, welche aus der Konzentration der Vermittelungsgeschäfte in einer Gesellschaft und in Folge der auf diese Weise beseitigten Konkurrenz unter den einzelnen amt-

[4]) Im Einklang mit § 209 revid. österr. Entw., gegen den die Nürnb. Konf. sich desshalb aussprach, weil es nicht üblich sei, einen Mäkler durch Uebergabe von Waaren etc. zum Geldempfang zu bevollmächtigen. Prot. 151.

[5]) So auch nach früherem Recht; anders die Bremische Waarenmäklerord. v. 1826, welche das verbotswidrige Geschäft für nichtig erklärt. Busch, Arch. VIII 287; Behrend, Lehrb. S. 153 Note 10.

BUAH

lichen Mäklern hervorgehen könnten. Dagegen ist es ihnen gestattet, sich unter Zustimmung der Auftraggeber zur Vermittelung **einzelner** Geschäfte zu verbinden.[6])

4. Den Handelsmäklern liegt die Pflicht der **persönlichen** Thätigkeit ob (Art. 69 p. 4);[7]) sie müssen die ihnen übertragenen amtlichen Funktionen der Natur der Sache nach selbst ausüben; ein Hülfspersonal zur Bewältigung des kommerziellen und blos mechanischen Theils ihrer Berufsthätigkeit (der Buch-, Kassaführung, Zustellung der Schlussnoten, Korrespondenz u. s. w.) anzustellen ist ihnen selbstverständlich nicht verboten; nur zu den eigentlichen, auf die Vermittelung des abzuschliessenden Geschäfts sich direkt beziehenden Mäklerverrichtungen — insbesondere zur Entgegennahme der Aufträge und zur Ueberbringung des Konsenses der einen Partei an die andere, d. h. zur „Abschliessung der Geschäfte" (Art. 69 p. 4) — dürfen sie sich eines Gehülfen — Unterhändlers — nicht bedienen (Art. 69 p. 6). Das österreichische Gesetz (Art. 69 p. 4) gestattet ihnen nunmehr aber auch, unter ihrer direkten Verantwortlichkeit Gehülfen zu verwenden, welche befugt sind, für ihre Rechnung Aufträge entgegenzunehmen und ihnen zu übermitteln.[8]) Würde der Handelsmäkler ein ihm aufgetragenes Geschäft ganz und gar durch seinen Gehülfen vermitteln lassen, so wäre zwar das betreffende Geschäft rechtsbeständig, aber nicht durch einen Handelsmäkler vermittelt, daher auch in Oesterreich in diesem Falle Art. 77 über die Beweiskraft der Eintragungen im Tagebuch und der Schlusszettel nicht zur Anwendung käme.

5. Den Handelsmäklern war von jeher die Pflicht zur Verschwiegenheit auferlegt:[9]) „Alles hören, nichts sagen." In dem Geheimniss liegt ja die Bedingung des Erfolgs der meisten Handelsoperationen; das Handelsgesetzbuch bestimmt daher, dass die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse geheim gehalten werden sollen, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäftes geboten ist (Art. 69 p. 5); handelt der Mäkler

---

[6]) Grünhut l. c. S. 575 Note 35.

[7]) Das österreich. Ges. Art. 69 p. 8 bestimmt ausserdem, dass sie an den Börsen während der ganzen Börsezeit gegenwärtig sein oder für Vertretung durch einen Amtskollegen sorgen müssen; diese Vertretung ist dem Börsekommissär anzuzeigen, dessen Bewilligung erforderlich ist, wenn es sich um eine mehr als achttägige Stellvertretung handelt.

[8]) Wiener Börsestatut § 47: Die Börsekammer bestimmt, welche Anzahl von Gehülfen ein Sensal höchstens aufnehmen darf; diese Maximalzahl gilt für alle Sensale gleichmässig. Für die Gehülfen gelten die Bestimmungen des Art. 69 p. 1, 2, 5, 6, 7. Kein Gehülfe darf als solcher fungiren, bevor die Börsekammer seine Aufnahme genehmigt hat; diese Genehmigung ist jederzeit widerruflich. Die Namen der Gehülfen, sowie die der Senale, bei denen sie angestellt sind, werden, durch Anschlag an der Börse kundgemacht. Ebenso Prager, Börsest. § 45. Ueber die Zulässigkeit der Annahme von Gehülfen nach älterer preuss. (v. 1765), Hamburger u. Bremer Mäklerordnung s. Struck S. 194; über fremde Rechte, namentlich die commis-principaux und remisiers in Frankreich s. Grünhut l. c. S. 575 Note 37.

[9]) Grünhut l. c. S. 572 Note 34.

BUAH

diesem Gebot zuwider, so kann eine Schadenersatzpflicht desselben nach Art. 81 begründet sein.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit erstreckt sich aber in keinem Fall auf die Nennung des Namens der einen Partei gegenüber der anderen, so wichtig auch diese Geheimhaltung für die eine oder andere Partei im einzelnen Fall sein mag. Der Handelsmäkler ist vielmehr verpflichtet die Namen der Parteien einander bei dem Abschluss bekannt zu machen,[10]) also z. B. den Käufer zu nennen, an den er den aufgetragenen Verkauf, den Verkäufer zu nennen, von dem er den aufgetragenen Einkauf vermittelt hat; diese Verpflichtung ergibt sich daraus, dass der Handelsmäkler nur den Konsens der einen Partei an die andere vermittelt, nicht selbst den Konsens ertheilt, dass aber zum Vertragskonsens auch Konsens über das Vertragssubjekt gehört,[11]) ferner aus Art. 72, 73, welche die Eintragung der Namen der Kontrahenten im Tagebuch und in der ohne Verzug zuzustellenden Schlussnote[12]) vorschreiben und enthält endlich nur eine Konsequenz des in Art. 69 p. 7 aufgestellten Verbots, das aufgetragene Geschäft für eigene Rechnung oder als Kommissionär abzuschliessen oder sich für die Erfüllung verbindlich zu machen. Dürfte der Handelsmäkler die Namen der Parteien verschweigen, so wäre das Bestreben des Gesetzgebers, den Handelsmäkler strenge auf die blosse Vermittelung einzuschränken, illusorisch gemacht.

Der Verkehr scheint nun allerdings auf den Vortheil, der in der Geheimhaltung der Namen der Parteien gelegen ist, trotz des Gesetzes durchaus nicht verzichten zu können.[13]) Das Geheimniss lässt sich zwar ohne Anerkennung einer persönlichen Verpflichtung des Handelsmäklers, wenigstens was die Zahlungsfähigkeit des ungenannten Dritten betrifft, nicht wahren; sonst wäre es ihm ja möglich gemacht, ohne selbst einer Haftung ausgesetzt zu sein, hinterher eine zahlungsunfähige Person als Auftraggeber zu nennen; allein diese zur Wahrung des Geheimnisses unerlässliche Haftung des Handelsmäklers bestände schon nach Art. 81 zu Recht; denn der Handelsmäkler, der den dritten Kontrahenten nicht nennen würde, wäre nach Art. 81 haftbar, wenn er mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers einen zur Zeit des Geschäftsabschlusses nicht mehr kreditwürdigen Dritten als Gegenkontrahenten zugelassen hätte. Das österreichische Gesetz, das gleich dem Handelsgesetzbuch die Haftung des

---

[10]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 28 S. 106 ff.; Endemann § 165 Note 11.

[11]) Sohm in Zeitschr. f. H.R. XVII S. 50.

[12]) In der Konferenz wurde anerkannt, dass der verabredungsgemäss vorerst zu verschweigende Name nicht in den Schlusszettel aufzunehmen sei. Prot. 130.

[13]) Die Handelsmäkler haben sich auch in der That unter dem Drange der Verkehrsbedürfnisse und um die Konkurrenz mit den nicht amtlichen Mäkler und Kommissionären bestehen zu können, genöthigt gesehen, sich über die gesetzlichen Schranken hinwegzusetzen; sie schliessen als Selbstkontrahenten ab, verbürgen sich für die Erfüllung u. s. w. Vgl. über die Verhältnisse an der Berliner Börse Struck S. 216, 221, 222 (nach welchem die Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft seit Anfang der sechziger Jahre unablässig darauf gedrungen haben, den Handelsmäklern die — faktisch geübte — Selbstübernahme und Verbürgung auch gesetzlich zu gestatten; über Frankreich und Italien s. Grünhut l. c. S. 571 Note 33.

BUAH

Handelsmäklers für die Erfüllung verbietet, steht in der That auf diesem Standpunkte; es berechtigt (Art. 69a) den Handelsmäkler zur Verschweigung des Namens des Auftraggebers, also zu **anonymen** Geschäftsabschlüssen, aber nur unter der Voraussetzung, dass er sich vorläufig vor der Ausführung des Auftrags von dem Auftraggeber **angemessene Deckung** zustellen liess oder mit voller Beruhigung erwarten kann. Die Nothwendigkeit einer vorhergehenden Deckung fällt also weg, wenn volle Kreditwürdigkeit des Auftraggebers und demnach bonitas nominis vorhanden ist; ein Achtung gebietender kaufmännischer Name schützt den Handelsmäkler vor jeder Verantwortlichkeit. Lässt sich derselbe trotz der Vorschrift des Gesetzes keine Deckung geben, so haftet er der anderen Partei nicht unmittelbar für die Erfüllung — da diess durch Art. 69 p. 1 verboten ist — sondern nur in Anwendung des in Art. 81 aufgestellten Grundsatzes auf den speziellen Fall für den Schaden, der der anderen Partei daraus erwächst, dass das Geschäft durch sein Verschulden nicht mit einer Person abgeschlossen wurde, welche volle Beruhigung zu gewähren geeignet war. Diese Haftung kommt allerdings der Sache nach in der Regel auf eine in die Form einer Schadenersatzklage gekleidete Haftung für die Erfüllung hinaus. Neben dieser civilrechtlichen Haftung hat die Uebertretung des Verbotes des Art. 69a die Folge, dass auf Entsetzung vom Amte erkannt werden kann (Art. 84c, II. e).

Das gesetzliche Gebot, sich in der Regel Deckung geben zu lassen, ist eine Folge des gesetzlichen Verbotes, eine Garantie für die Erfüllung des Geschäftes zu übernehmen. Weil der Handelsmäkler selbst dann nicht für die Erfüllung haften soll, wenn er auch den Namen des Auftraggebers nicht genannt hat, so muss er sich vor der Ausführung des Auftrags zu einem anonymen Geschäftsabschluss in der Regel mit der Deckung versehen lassen. Offenbar denkt das Gesetz nicht daran, dass als Deckung in jedem Falle nur gerade der Schuldgegenstand von dem Auftraggeber zugestellt werden muss, also z. B. jene Papiere, deren Verkauf er durch den Handelsmäkler betreiben will oder von Seite des kaufenden Auftraggebers gerade eine den Kaufpreis darstellende Geldsumme; es können vielmehr was immer für Werthsachen als Deckung dienen, aus deren Erlös, sei es die zur Lieferung nothwendigen Waaren (Papiere u. s. w.), sei es die zur Zahlung nothwendigen Summen verschafft werden können. Die den Handelsmäkler zugestellte Deckung kann nicht als ein **Pfand** angesehen werden, das zur Sicherung einer Forderung des Handelsmäklers gegen seinen Auftraggeber zu dienen bestimmt ist; denn der Handelsmäkler kommt als solcher auch bei anonymen Geschäftsabschlüssen überhaupt nicht in die Lage, in einem diese Pfandbestellung nöthig machenden Sinne Gläubiger seines Auftraggebers zu werden; er erwirbt nur, wie immer, eine Forderung auf den Mäklerlohn und eventuell einen Regressanspruch im Falle seiner Schadenersatzpflicht wegen nicht angemessener Deckung (Art. 69a); es ist ihm ja strenge untersagt, sich für die Erfüllung des vermittelten Geschäftes verbindlich zu machen. Nur dann aber, wenn der Handelsmäkler bei anonymen Geschäftsabschlüssen zunächst selbst erfüllen, also durch diese Erfüllung Gläubiger seines Auftraggebers werden dürfte, könnte in der Pfandeigenschaft der Deckung eine wünschenswerthe und

BUAH

genügende Garantie für den Handelsmäkler gefunden werden. Da sich aber der Handelsmäkler auch bei anonymen Geschäftsabschlüssen nicht selbst verbindlich machen darf, so fehlt es hier in der Regel ebenso wie bei nicht anonymen Geschäftsabschlüssen an einer die Sicherung durch ein Pfand nothwendig machenden Forderung; in dem einzigen Falle aber, wo eine solche Forderung von Bedeutung entsteht, nemlich wenn der Handelsmäkler bei anonymen Geschäftsabschlüssen wegen nicht angemessener Deckung haftet (Art. 69a, al. 2) und also einen Regressanspruch gegen seinen Auftraggeber erwirbt, ist wieder der Voraussetzung gemäss gar kein Pfand oder doch kein genügend werthvolles Pfand bestellt. Die Deckung des Art. 69a kann daher nicht als ein den Mäkler bestelltes Pfand, sondern muss als **antizipirte Erfüllung** der von dem anonymen Auftraggeber gegenüber dem dritten Kontrahenten einzugehenden Schuld aufgefasst werden, also entweder als anticipirte Lieferung der Waaren (Papiere u. s. w.) oder als anticipirte Zahlung des Preises u. s. w., resp. wenn, wie in der Regel, die gegebene Deckung mit dem Erfüllungsgegenstande nicht übereinstimmt, als anticipirte Leistung des Aequivalentes des Schuldgegenstandes. Im letzteren Falle liegt in der Thatsache der Zustellung dieser Deckung ein dem Handelsmäkler neben dem Hauptauftrag z. B. einen Kauf zu vermitteln stillschweigend ertheilter Nebenauftrag, der Nebenauftrag, sich für den Fall, dass der anonyme Auftraggeber selbst zur Verfallzeit den eigentlichen Schuldgegenstand nicht leisten sollte, aus der Deckung als dem Aequivalent des Schuldgegenstandes jene Mittel zu verschaffen, die für die Ausführung des Hauptauftrages durchaus nothwendig sind, ein Nebenauftrag, der nach allgemeinen Grundsätzen nicht mehr widerrufen werden kann, sobald der Hauptauftrag vollzogen ist, also nicht mehr res integra vorliegt. In der Deckung wird daher der Schuldgegenstand oder sein Aequivalent von den anonym bleiben wollenden Auftraggeber dem Handelsmäkler zugestellt und dann von diesem — im Einklang mit Art. 67 al. 3 — der anderen Partei übergeben; der Handelsmäkler kann und soll im Sinne des Gesetzes auch bei anonymen Geschäftsabschlüssen keine andere Rolle als die eines beauftragten Vermittlers spielen.

6. Der Handelsmäkler ist in Folge seiner amtlichen, ihm zur Förderung des Handelsverkehrs eingeräumten Stellung verpflichtet, bei Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen seine Dienste als Vermittler zu gewähren. Diese Verpflichtung muss um so mehr dort anerkannt werden, wo ihnen, wie den an den Börsen in Oesterreich angestellten Handelsmäklern, ein Monopol der Vermittelung zusteht, wo also die freie Konkurrenz anderer Vermitteler ausgeschlossen ist. Eine ungerechtfertigte Weigerung macht den Handelsmäkler nach Art. 81 schadenersatzpflichtig; ein Schaden kann in solchem Falle um so leichter vorhanden sein, als es sich gewöhnlich um Operationen handelt, die einen Aufschub nicht vertragen. In gewissen Fällen **dürfen** aber die Handelsmäkler ihre amtlichen Vermittlerdienste nicht gewähren; nach dem Handelsgesetzbuch (Art. 69 p. 6) ist es ihnen verboten von Abwesenden Aufträge zu übernehmen; die Parteien müssen, wenn auch nicht nothwendig in **eigener** Person, so doch durch

BUAH

Bevollmächtigte[14]) in dem lokalen Amtsbereiche des Handelsmäklers gegenwärtig, also in der Lage sein, daselbst auf dem Platze ihre Aufträge dem Handelsmäkler selbst persönlich von Mund zu Mund — also nicht durch einen Unterhändler (Art. 69 p. 6 letzter Satz) — zu ertheilen. Eine Auftragsertheilung per nuntium oder per epistolam ist unzulässig; der von der ortsanwesenden sei es auch nicht einheimischen Partei oder deren Bevollmächtigten persönlich übernommene Auftrag darf aber auch stillschweigend ertheilt sein (arg. a contr. aus Art. 69 p. 6 Satz 1). Noch strenger behandelt das Handelsgesetzbuch die Annahme der Konsenserklärung; der Handelsmäkler darf zu keinem Geschäft die Einwilligung der Parteien oder deren Bevollmächtigten anders annehmen, als durch **ausdrückliche** und persönliche Erklärung (Art. 69 p. 6 Satz 1); er haftet nach Art. 81, ohne dass es eines weiteren Verschuldens bedarf, wenn er sich mit einer anderen Art der Konsenserklärung begnügt hat und sich hinterher herausstellt, dass ein Konsens nicht ertheilt war.[15]) Anders und den Verkehrsbedürfnissen mehr entsprechend[16]) verhält es sich in dieser Beziehung nach dem neuen **österreichischen** Mäklergesetz; dasselbe verbietet nur die Uebernahme brieflicher oder telegraphischer Aufträge von einer ausserhalb des Amtsortes des Handelsmäklers befindlichen Partei; ist aber die Partei innerhalb des Ortes, für den der Handelsmäkler bestellt ist, in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten anwesend, so darf auch der durch Boten, Briefe, Telegramme oder sonstige Korrespondenzmittel ertheilte Auftrag übernommen werden. Was die Annahme der Konsenserklärung betrifft, so hat das österreichische Gesetz die betreffende Bestimmung des Art. 69 p. 6 des H.G.B. ganz fallen gelassen; der Handelsmäkler darf zwar dessenungeachtet die Einwilligung der Partei oder deren Bevollmächtigten, selbst wenn sie ortsanwesend sind, nicht durch einen Gehülfen (Art. 69 p. 4), sondern muss sie immer persönlich — also nicht durch Brief, Telegramm u. s. w. — annehmen, wohl aber darf er sich auch mit einer stillschweigenden Erklärung begnügen. Hat er schuldbarer Weise eine stillschweigende Erklärung irrthümlich als Konsens ausgelegt, so haftet er nach Art. 81 für das negative Vertragsinteresse. Das **österreichische** Gesetz bestimmt ausserdem ausdrücklich (Art. 69 p. 6), dass die Handelsmäkler nicht für Personen Aufträge übernehmen dürfen, welche ihnen nicht persönlich bekannt sind, ohne sich vorher die Ueberzeugung ihrer Identität verschafft zu haben; diese Pflicht versteht sich nach dem Handelsgesetzbuche von selbst; denn der Mäkler könnte ohne vorhergehende Feststellung der Identität der Partei die Vorschriften des Art. 69 p. 6 nicht beobachten;[17]) ausserdem verbietet das

---

[14]) R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 97 S. 396.

[15]) R.O.H.G. IV Nr. 86 S. 415.

[16]) Vgl. bes. Struck S. 219, 220, der die vergeblichen von den Vorständen der Kaufmannschaften von Stettin, Danzig, Memel, Königsberg und Berlin im Jahre 1866 in grösserem oder geringerem Umfange befürworteten, in der Kommission des Abgeordnetenhauses gebilligten Versuche, Aufhebung des Art. 69 p. 6 für Preussen zu erzielen, eingehend schildert.

[17]) Endemann § 165.

BUAH

österreichische Gesetz für Personen von bekannter Zahlungsunfähigkeit oder von deren Unfähigkeit, bindende Verpflichtungen einzugehen, die Handelsmäkler Kenntniss haben, Aufträge zu übernehmen (Art. 69 p. 6), oder Geschäfte zu vermitteln, rücksichtlich deren der gegründete Verdacht vorliegt, dass die Partei sie nur zum Scheine oder zur Benachtheiligung dritter Personen schliessen wolle, endlich solche Geschäfte, welche an der Börse in solchen Staatspapieren, Aktien oder anderen Handelspapieren geschlossen werden sollen, die im amtlichen Kursblatte der Börse nicht notirt sind (Art. 69 p. 7).[18]) Werden diese Verbote — abgesehen von der Identitätsfeststellung — übertreten, so **kann** auf die Entsetzung vom Amte erkannt werden (Art. 84 c, II f.). Ein besonderes civilrechtliches Präjudiz ist für diese Fälle im Gesetze nicht aufgestellt; es bleibt daher bei der allgemeinen Haftung des Handelsmäklers nach Art. 81, die dann begründet ist, wenn er durch Nichtbeobachtung der schuldigen Sorgfalt eine Partei geschädigt hat. Der Handelsmäkler haftet daher z. B. nicht, wenn er die Insolvenz des Auftraggebers gekannt und der anderen Partei angezeigt hat;[19]) er setzt sich nur nach **österreichischem** Recht der Disziplinarstrafe aus.

7. Zu den wichtigsten Konsequenzen der amtlichen Stellung des Handelsmäklers gehört die Verpflichtung a) zur Führung eines Hand- und **Tagebuchs**[20]) (Art. 71 — im **österreichischen** Gesetz auch als „Journal" bezeichnet —), b) zur Ausstellung beglaubigter **Auszüge** aus dem Tagebuch (Art. 74), c) zur Zustellung von **Schlussnoten** (Art. 73) und d) zur Aufbewahrung der **Probe** (Art. 80).

a) Für die äussere und innere Form des **Tagebuchs** — nicht des Handbuchs — sind genaue, der Bedeutung desselben entsprechende, die Wahrheit der Eintragungen sichernde Bestimmungen gegeben. Um Einschiebung, Unterdrückung oder Austausch von Blättern zu verhüten, muss dasselbe vor dem Gebrauche Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen bezeichnet und der vorgesetzten Behörde zur Beglaubigung der Zahl der Blätter vorgelegt werden (Art. 71 al. 2).[21]) In das Tagebuch sind alle abgeschlossenen Geschäfte täglich — doch nicht nothwendig von dem Handelsmäkler persönlich — einzutragen und das Eingetragene von ihm persönlich täglich zu unterzeichnen (Art. 71 al. 1). Das Tagebuch stellt sich als ein detaillirtes Register von Beurkundungen der durch die Handelsmäkler vermittelten Geschäfte dar; denn die Eintragungen in dasselbe müssen die Namen der Kontrahenten, die Zeit des Geschäfts-

---

[18]) Ueber fremde Rechte Grünhut l. c. S. 577 Note 39—41.

[19]) Dernburg § 190; anders Anschütz u. Völderndorff, Komm. zu Art. 81; dagegen v. Hahn zu Art. 81 § 3.

[20]) Ueber fremde Rechte s. Grünhut l. c. Note 42 S. 577.

[21]) Das österreich. Ges. bestimmt näher, dass das Tagebuch von der beglaubigenden Behörde, d. i. dem Börsekommissär, resp. in Ansehung der nicht für Börsen bestimmten Mäkler der Gewerbsbehörde mit dem Namen des betreffenden Mäklers, der Zahl der Blätter und dem Tage der Beglaubigung zu versehen und mit einer Schnur zu durchziehen ist, deren Enden ämtlich zu siegeln sind (Art. 71 al. 2). Ist das Tagebuch vollgeschrieben, so hat es der Mäkler behufs Erlangung eines neuen dem Börsekommissär, resp. der Gewerbsbehörde vorzulegen, welche es nach erfolgter Vidirung zurückzustellen haben (Art. 71 al. 3).

BUAH

abschlusses, die Bezeichnung des Gegenstandes und die Bedingungen des Geschäfts, den Preis und die Zeit der Lieferung, insbesondere bei Verkäufen von Waaren die Gattung und Menge derselben enthalten (Art. 72 al. 1). Das österreichische Gesetz schreibt ausserdem vor, dass an Börseorten auch anzugeben ist, ob das Geschäft in oder ausserhalb der Börse abgeschlossen wurde (Art. 72 Al. 1 letzter Satz), es gestattet ferner auf Verlangen der Parteien, bei mutuo dissensu aufgehobenen Geschäften auch den liberatorischen Vertrag einzutragen (Art. 72 al. 2).[22]) Die Eintragungen müssen nach dem Handelsgesetzbuch (Art. 72 al. 2) in deutscher Sprache oder sofern die Geschäftssprache des Ortes eine andere ist, in dieser, und in den Schriftzeichen einer lebenden Sprache (Art. 72 al. 3, Art. 32 al. 1) — also nicht der jüdischen — geschehen, nach **österreichischem** Gesetz (Art. 72 al. 3) in einer bei den Gerichten des Ortes zulässigen Sprache; sie müssen in der gehörigen Zeitfolge nach Ordnung des Datums und um zu verhüten, dass hinterher Geschäfte eingetragen werden, die nicht oder doch erst später abgeschlossen worden sind, ohne leere Zwischenräume — nach **österreichischem** Gesetz auch noch mit besonderer fortlaufender Zahlenbezeichnung — erfolgen. Der ursprüngliche Inhalt einer Eintragung darf nicht durch Durchstreichen oder auf andere Weise unleserlich gemacht, es darf nichts radirt, noch dürfen solche Veränderungen vorgenommen werden, bei deren Beschaffenheit es ungewiss ist, ob sie bei der ursprünglichen Eintragung oder erst später gemacht worden sind (Art. 72 al. 3, Art. 32 des H.G.B.).[23]) Das **österreichische** Gesetz (Art. 84 c II. d) bestimmt ausserdem, dass, wenn der Handelsmäkler in seinen Geschäften wisssentlich einen falschen Umstand angibt, bestätigt oder in sein Buch einträgt oder dieses verfälscht, auf die Entsetzung vom Amte erkannt werden kann.

Das Tagebuch muss im Falle der Beendigung des Amtes bei der Behörde (meist dem Amtsgericht) niedergelegt werden (Art. 75).[24]) Beiden Parteien

---

[22]) Auch in der Nürnb. Konf. wurde hervorgehoben, dass keine Verpflichtung zur Eintragung jener Uebereinkunft der Parteien besteht, durch welche der abgeschlossene Vertrag wieder aufgehoben oder als erloschen anerkannt worden ist. Prot. 151.

[23]) Wiener Börsest. § 45, wonach Einschaltungen oder Korrekturen im Tagebuch der Bewilligung des Börsekommissars bedürfen und derart vorzunehmen sind, dass die durchstrichene Post leserlich bleibt, dass der berichtigte Inhalt des Geschäfts unter einer neueren Positionszahl angeführt wird mit der vom Börsekommissar zu unterzeichnenden Bemerkung, dass er seine Einwilligung zur betreffenden Einschaltung oder Aenderung gegeben und dass bei der gelöschten und berichtigten Post eine gegenseitige Beziehung anzusetzen ist. Radirungen sind unbedingt verboten. Ebenso Prager Börsest. § 43.

[24]) Vgl. nach Wiener Börsest. § 45 al. 2: Die Tagebücher und zwar auch die ausser Gebrauch gesetzten sind im Börsegebäude unter Verschluss von den Sensalen zu verwahren. § 46: Der Börsekommissär übernimmt die Tagebücher beurlaubter, suspendirter, entlassener oder verstorbener Sensale, nachdem sie vom Sensal selbst oder dessen Personalinstanz unter Siegel gelegt worden sind und bewahrt sie auf. Wird die Einsicht in solche Tagebücher oder auch in jene von Sensalen erfordert, welche aus was immer für einem Grunde an ihren Amtsverrichtungen verhindert sind, oder wird von Parteien ein Auszug aus denselben verlangt, so ist der Börsekommissär von Amtswegen befugt, die Bücher zu öffnen und die Auszüge zu machen. Die Eröffnung versiegelter Tagebücher geschieht in Gegenwart von zwei Börserathen; das entsiegelte Tagebuch wird nach gewonnener Einsicht sogleich wieder versiegelt unter Beifügung des amtlichen Siegels,

BUAH

steht nach dem österreichischen Gesetz (Art. 76 al. 3) — jedoch nur rücksichtlich des sie betreffenden Geschäftes und unbeschadet der in Art. 69a gegebenen Vorschrift über anonyme Geschäftsabschlüsse — ein festes Recht auf Einsichtnahme zu; dritten Personen darf mit gleichen Beschränkungen nur in Folge amtlicher Aufträge oder mit Zustimmung der Parteien die Einsicht des Tagebuchs gestattet werden (Art. 76 al. 4). Der Richter kann im Laufe eines Rechtsstreites, **selbst ohne Antrag** einer Partei die Vorlegung des Tagebuchs verordnen, um dasselbe einzusehen und mit der Schlussnote, den Auszügen und anderen Beweismitteln zu vergleichen (Art. 79). Die Vorschrift des Art. 39 des H.G.B. gilt für die Edition des Tagebuches in **Oesterreich** (Art. 79 al. 2), ist aber für **Deutschland** durch § 399 C.P.O. ersetzt und daher durch das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 13 Punkt 2 aufgehoben worden.

b) Der Handelsmäkler ist verpflichtet, beiden Parteien zu jeder Zeit auf Verlangen Auszüge aus dem Tagebuche auszustellen, die er vermöge seines Amtskarakters zu beglaubigen hat und die Alles enthalten müssen, was in Ansehung des die Parteien angehenden Geschäftes eingetragen ist (Art. 74).[25]) Auch **dritten** Personen dürfen nach österreichischem Gesetz (Art. 76 al. 4) solche beglaubigte Auszüge ertheilt werden, doch nur mit Zustimmung der Parteien oder in Folge amtlichen Auftrags. Die Vorschrift des **österreichischen** Gesetzes Art. 69a über anonyme Geschäftsabschlüsse muss auch bei dieser Gelegenheit selbstverständlich von dem Handelsmäkler beachtet werden.

c) Der Handelsmäkler ist verpflichtet (Art. 73) ohne Verzug, also mit Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Mäklers, nach Abschluss des Geschäfts jeder Partei eine von **ihm** unterzeichnete, nach **österreichischem** Gesetz auch mit der Zahl, mit welcher das Geschäft in sein Tagebuch **eingetragen** ist, — diese Eintragung muss also vorausgehen[26]) — versehene **Schlussnote** zuzustellen, deren Inhalt mit der Eintragung im Tagebuch nach Art. 72, die nach dem Handelsgesetzbuch vorausgehen oder nachfolgen kann, übereinzustimmen hat. Bei betagten Geschäften, deren Erfüllung also vertragsmässig nicht sofort zu geschehen hat, muss ausserdem eine Unterzeichnung der Schlussnoten von Seite der **Parteien** erfolgen und jeder Partei das von der anderen unterschriebene Exemplar übersendet werden. Verweigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlussnote, so muss der Handelsmäkler davon der anderen Partei ohne Verzug Anzeige machen. Das Gesetz wollte dadurch jeder Irrung, jedem Missverständniss über das abgeschlossene Geschäft vorbeugen; in der Ertheilung der Unterschrift liegt eine Anerkennung von Seite der Partei, die Schlussnote

---

sowie der Siegel und der Unterschriften der beiden Börseräthe. Ebenso Prager Börsestatut § 44. Auch in der Nürnb. Konf. wurde hervorgehoben, dass der Behörde das Recht zusteht, auch bei einer zeitweiligen Entfernung des Mäklers aus seinem Amte (Suspension) die Ablieferung der Bücher zu verlangen. Prot. 132.

[25]) In der Nürnb. Konf. wurde anerkannt, dass die Behörde, bei der die Bücher nach Art. 75 deponirt sind, zur Ausstellung solcher Auszüge verpflichtet ist. Prot. S. 132.

[26]) Ebenso preuss. Entw. Art. 73. In der Konferenz wollte man diese Frage nicht entscheiden. Prot. S. 130, 968.

BUAH

behält aber selbstverständlich ihre amtliche Eigenschaft, auch wenn die Unterschrift verweigert wird. Das **österreichische** Gesetz (Art. 73 al. 2) bestimmt ausserdem, dass bei anonymen Geschäftsabschlüssen die Aufnahme der Namen der Parteien in die Schlussnote nicht nothwendig ist, und dass bei anonymen Zeitgeschäften der Handelsmäkler die von den **Parteien** unterfertigten Schlussnoten aufzubewahren und jeder Partei, welcher der Name der anderen Partei unbekannt bleiben soll, blos von ihm unterzeichnete Schlussnoten zuzustellen hat (Art. 73 al. 5).

Die Perfektion oder Geltung eines von einem Handelsmäkler vermittelten Geschäftes ist, abgesehen von besonderer Vereinbarung der Parteien, weder von der Eintragung in das Tagebuch, noch von der Zustellung der Schlussnote abhängig;[27]) Eintragung und Schlussnote sollen das abgeschlossene Geschäft beweisen, nach dem Gesetze aber (Art. 76) keineswegs Erfordernisse der Perfektion oder Geltung des Geschäftes sein. Das Geschäft ist, da der Handelsmäkler nur Vermitteler, nicht Bevollmächtigter ist, in demselben Augenblicke perfekt, in welchem die Perfektion eingetreten wäre, falls die Parteien ohne Zuziehung eines Handelsmäklers mit einander verhandelt, den Antrag gestellt und die Annahme des Antrags erklärt hätten (Art. 318 ff. des H.G.B.)[28]) Ist nach diesen Grundsätzen der Vertrag perfekt geworden, so kommt es weiter nicht darauf an, ob die Eintragung in das Tagebuch geschehen, die Schlussnoten zugestellt und von den Parteien unterzeichnet sind; es darf kein Theil von dem abgeschlossenen, gültigen Vertrage einseitig zurücktreten.

d) Beim Verkauf nach Probe hat der Handelsmäkler die Pflicht (Art. 80) von jeder durch seine Vermittelung nach Probe verkauften Waare die Probe, nachdem er dieselbe behufs der Wiedererkennung gezeichnet hat, so lange aufzubewahren, bis die Waare ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit angenommen oder das Geschäft in anderer Weise, also z. B. ohne Vollzug der Lieferung erledigt ist. Die Pflicht zur Aufbewahrung der Probe entfällt, wenn beide Parteien dieselbe erlassen haben oder wenn der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare davon entbindet. Durch diese Berücksichtigung der Usance wird dem Handelsmäkler, der ja nicht wie der Kommissionär Magazine zu halten pflegt, manche Belästigung erspart. Ist durch Verschulden des Mäklers die Probe ganz oder zu einem solchen Theil abhanden gekommen, resp. unbrauchbar geworden, dass eine Prüfung der Probemässigkeit der Waare dadurch unmöglich gemacht wird, so haftet er nach Art. 81.

---

[27]) Anders österreich. Hofkammerdekret v. 4. Januar 1815 (Fischer-Ellinger, H.R. § 168), rev. österr. Entw. § 205, dagegen preuss. Entw. Art. 76 Mot. S. 41. Prot. S. 133, 969.

[28]) R.O.H.G. VII Nr. 28 S. 106.

BUAH

§ 311.

3. Die Rechte und Pflichten des Privathandelsmäklers.[1])

Der Privathandelsmäkler ist Kaufmann (Art. 272 Z. 4, Art. 4); übernimmt er einen Vermittelungsauftrag, so erzeugt der Mäklervertrag Rechte und Pflichten desselben nur gegen den Auftraggeber.[2]) Die in dem Amtskarakter des Handelsmäklers begründete unparteiische Stellung zwischen den Kontrahenten kommt ihm nicht zu; er ist daher nicht verpflichtet, die beiderseitigen Interessen, sondern nur die seines Auftraggebers und zwar gemäss Art. 282 des H.G.B. mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen, er haftet daher z. B. wenn er seinem Auftraggeber einen zahlungsunfähigen Kontrahenten schuldbarer Weise vorgeschlagen hat.[3])

In wie weit die Sorge für den Beweis des vermittelten Geschäftes, namentlich dadurch, dass von dem Privathandelsmäkler ausgestellte Schlusszettel über den Inhalt des Geschäftes von den Parteien unterzeichnet werden, einen Bestandtheil der durch Art. 282 gebotenen Sorgfalt ausmacht, ist in Ermangelung besonderer Vereinbarung als quaestio facti mit Rücksicht auf den Geschäftsgebrauch zu beurtheilen; ebenso verhält es sich mit der Sorge für die Aufbewahrung der Probe beim Verkauf nach Probe und mit der Pflicht zur Verschwiegenheit. Eine allgemeine, kraft Rechtsnothwendigkeit eintretende Pflicht zur Führung eines Hand- und Tagebuchs, zur Zustellung von Schlussnoten, zur Aufbewahrung der Probe und zur unbedingten Verschwiegenheit, wie sie für den Handelsmäkler anerkannt ist, kann für den Privatmäkler, dem es ja an dem amtlichen Karakter fehlt, nicht angenommen werden; er ist nur als Kaufmann, wie jeder andere Vollkaufmann, nach Art. 28 des H.G.B. zur Buchführung unbedingt verpflichtet.

Dass die Perfektion eines von einem Privathandelsmäkler vermittelten Geschäftes in Ermangelung einer entgegengesetzten Vereinbarung weder von der Eintragung in ein Buch, noch von der Aushändigung einer Schlussnote abhängig ist, versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst. Ebenso bringt es die Natur der Vermittelung mit sich, dass der Privathandelsmäkler als solcher im Zweifel weder bevollmächtigt ist, die Erfüllung anzunehmen, noch eine blos ihm mitgetheilte Erklärung einer Partei so zu behandeln, als ob sie dadurch schon an die andere Partei gelangt wäre.

Dass die übrigen besonderen, oben unter 1—3 auseinandergesetzten Amtspflichten des Handelsmäklers für den Privathandelsmäkler nicht bestehen, ergibt sich daraus, dass jene Amtspflichten nur die Basis für die besonderen Rechte der Handelsmäkler abgeben; dem Privathandelsmäkler ist es daher nicht verboten, Handelsgeschäfte für eigene Rechnung zu machen oder sich für die Erfüllung der von ihnen vermittelten Geschäfte verbindlich zu machen; sie dürfen

---

[1]) Vgl. bes. Goldschmidt, Gutachten über den Entw. des H.G.B. S. 44 ff; v. Hahn, Zus. 2 zum 7. Titel 1. Buch.

[2]) Endemann § 165 Note 9.

[3]) Endemann § 165 Note 7.

BUAH

auch zu einem Kaufmann in dem Verhältniss eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen stehen und sind dann nur dem Verbote der Art. 56 und 59 des H.G.B. unterworfen; sie dürfen sich mit einander zu gemeinschaftlichem Betrieb der Mäklergeschäfte assoziiren; die Pflicht zur persönlichen Thätigkeit liegt ihnen in keinem weiteren Umfange als dem Kommissionär ob; sie dürfen, wie dieser, unter Umständen eine Substitution vornehmen; auch steht es ihnen frei, einen ihnen gemachten Antrag zu einem Mäklervertrag anzunehmen oder zurückzuweisen; doch gilt das blose Schweigen unter den Voraussetzungen des Art. 323 als Annahme.

Der Privathandelsmäkler hat als Kaufmann auch ohne besondere Verabredung gegenüber seinem Auftraggeber ein Recht auf Vergütung (Courtage) für die in seinem Gewerbebetrieb besorgten Geschäfte und geleisteten Dienste (Art. 290 des H.G.B.) und zwar im Zweifel nach den an dem betreffenden Orte für Privathandelsmäkler gewöhnlichen Sätzen. Auch für den Privathandelsmäkler gilt der in der Natur seines Gewerbebetriebes begründete Grundsatz, dass er das Recht auf den Mäklerlohn in Zweifel erst dann erworben hat, wenn er seine Pflicht als Mäkler erfüllt, also das Geschäft zum Abschluss gebracht hat. Hat er bereits erhebliche Mühe für das Zustandekommen des Geschäftes unter den Kontrahenten aufgewendet und wird dann das Geschäft mit Umgehung des Mäklers — sei es auch ohne mala fides — von dem Auftraggeber selbst mit dem anderen Kontrahenten abgeschlossen, so kann er gemäss Art. 290 von dem Auftraggeber eine angemessene Entschädigung verlangen. Der Privathandelsmäkler kann, wenn er die entgegengesetzten, einander entsprechenden Aufträge (z. B. zum Kauf, resp. Verkauf) zweier verschiedener Auftraggeber zur Vermittelung eines Handelsgeschäftes übernommen und das Geschäft ohne die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bei dem Interessenkonflikte zu verletzen zwischen den Parteien vermittelt hat, von beiden Theilen als seinen Auftraggebern den Mäklerlohn beanspruchen.[4])

[4]) R.O.H.G. VII Nr. 23 S. 90; IX Nr. 74 S. 240.

BUAH

II. Kommissionsgeschäft.[1])

§ 312.

A. Geschichtliche Entwickelung und ökonomische Vortheile des Kommissionsgeschäfts.[2])

Heutzutage ungewöhnlich verbreitet, die Ausdehnung und Blüthe des Handelsverkehrs mächtig beeinflussend, ja zu einem wahrhaft nothwendigen Hülfsmittel des modernen Handelsverkehrs entwickelt, war das Kommissionsgeschäft als solches den Völkern des Alterthums unbekannt. Bei den Römern fand der Handelsverkehr in der Verwendung der Hauskinder und Sklaven als Institoren [3]) die volle Befriedigung seines Bedürfnisses nach Führung und Beschleunigung der Geschäfte. Neben diesen natürlichen und unentgeltlichen Agenten konnte die Verwendung von anderen ausserhalb der Familie stehenden Personen als Gehülfen des Handelsgewerbes nur hie und da vorkommen, jedenfalls nicht häufig genug, um das Bedürfniss nach berufsmässigen Kommissionären entstehen zu lassen. Wenn aber auch die Römer den Kommissionshandel als solchen, in der Art, wie er im modernen Handelsverkehre geübt wird, nicht gekannt haben, so finden sich dessen ungeachtet die juristischen Umrisse des heutigen Kommissionsgeschäftes schon im römischen Rechte vorgezeichnet. Der moderne Kommissionär ist dem römischen Mandatar in dem juristischen Typus sehr nahe verwandt.

Auch im Mittelalter lassen sich nur Keime des Kommissionshandels erkennen. Lange Zeit scheint die **Accomenda**, **Accomandita** oder **Commenda** (eine Art der Sozietätsbetheiligung), ferner die wesentlich gleichartige **Implicita** den Zweck des Kommissionsgeschäfts erfüllt zu haben.[4])

---

[1]) Literatur: Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels (Wien 1879); s. daselbst die ausführliche Literaturangabe des In- und Auslandes S. 30—35. Dazu kommt jetzt insbesondere v. Hahn, Komm. (2. Auflage) zu Art. 360—379.

[2]) Grünhut S. 1—30; s. jetzt auch Lepa in Zeitschr. f. H.R. XXVI S. 438—482.

[3]) Praepositi loco l. 11 § 6, D. de inst. act. 14. 3.

[4]) Vgl. Goldschmidt, de societate en commandite S. 4; Renaud, Kommanditgesellschaften S. 1 ff.; Lastig in Zeitschr. f. H.R. XXIV S. 400, 403; Lepa l. c. S. 448 ff.

BUAH

Als sich mit dem Aufschwunge des Handelsverkehrs die Spekulationen des Kaufmannes immer mehr in fremde Länder erstreckten, so errichtete er, um sich eine längere schadenbringende Abwesenheit von dem Sitze seiner Hauptniederlassung zu ersparen, auf wichtigen Handelsplätzen in der Ferne Niederlassungen und liess die Geschäfte daselbst durch Institoren, Faktoren betreiben. Diese Institution hatte aber neben unbestreitbaren Vortheilen manche Uebelstände und Gefahren im Gefolge. Der Prinzipal musste einerseits dem Faktor grosses Vertrauen gewähren; denn der letztere hatte das wirthschaftliche Schicksal des ersteren in seiner Hand und konnte durch missbrauchliches Gebahren die Stellung und das Vermögen desselben gefährden; andererseits musste dem Faktor, da er dauernd angestellt war, der vereinbarte Lohn entrichtet werden, wie immer der Erfolg und die Bedeutung der für das Haus abgeschlossenen Geschäfte beschaffen gewesen sein mochte, selbst dann, wenn das Resultat dieser Geschäfte hinter den aufgewendeten Kosten zurückgeblieben war. Verdoppelte Erwägungen der Sparsamkeit und Vorsicht mussten darauf führen, ein Mittel zu finden, das geeignet war, einerseits die mit der Institution der Faktoren verknüpften Vortheile zu erhalten, andererseits die von derselben untrennbaren Gefahren und Nachtheile vermeiden zu lassen, und dieses Mittel bot sich darin, dass der Kaufmann seine Geschäfte an entfernten Orten, statt durch einen Institor, Faktor, durch einen daselbst angesessenen, der dortigen Verhältnisse kundigen Korrespondenten besorgen liess, welcher, für jede Geschäftsoperation besonders bestellt, **in eigenem Namen**, kontrahirte, den speziell ihm ertheilten Instruktionen zu gehorchen verpflichtet war und, da er von verschiedenen Kaufleuten solche Aufträge entgegennahm, sich mit einer mässigen, im Verhältniss zu den ausgeführten Geschäften bemessenen Vergütung (Provision) begnügen konnte. So kam das selbständige Kommissionsgeschäft in Aufnahme.

Wann der Kommissionshandel eigentlich entstanden und wie er allmälig ausgebildet worden sei, lässt sich nicht mit Genauigkeit angeben; sehr wahrscheinlich ist es, dass seine grössere Entwickelung mit der Einführung und Ausbreitung der Briefpost im 16. Jahrhunderte in nahem Zusammenhange steht, wenigstens durch die letztere wesentlich unterstützt und gefördert worden ist.

Mit der Erweiterung des Handelsverkehrs und dem Aufblühen des Kommissionshandels vermehrten sich die Gelegenheiten zu Waarensendungen; die Empfangnahme und Weiterversendung fremder Ladungen, wurde zu einem besonderen Gewerbebetriebe, der **Spedition**, welche in Folge der grossen Vortheile, die es für den Handelsverkehr haben musste, wenn sich überall, auch an unbekannten Orten Personen öffentlich dazu erboten, die Empfangnahme, Versendung und Weiterschaffung der in der Ferne gekauften oder zu verkaufenden Waaren gegen Provision zu besorgen und den Transport derselben zu vermitteln, als ein besonderer Zweig der Kommission, bald in lebendige Wirksamkeit treten und schnelles Wachsthum erlangen musste. Der Einfluss, welchen

Ueber das verwandte insbesondere aus der tabula amalphitana bekannte Vertragsverhältniss der Colonna oder Columna Labanû in Zeitschr. f. H.R. VII S. 296, 305 ff.; Renaud l. c. S. 16 ff.

BUAH

das Speditionsgewerbe auf den Aufschwung des inneren Handelsverkehrs und den allgemeinen Wohlstand äusserte, veranlasste Staaten und Städte, dasselbe durch verschiedene Einrichtungen (Packhöfe, Kauf-, Waag- und Lagerhäuser, beeidigte Güterbestätter u. s. w.) zu begünstigen, in Schutz zu nehmen und es vielfach obrigkeitlich zu reglementiren, zugleich aber auch durch Zölle und andere auf den durchgehenden Handel gelegte Lasten (Umgeld, Wege- und Brückengelder, Accise u. s. w.) zu einer ergiebigen Finanzquelle zu gestalten. Nun machte sich allenthalben das Bestreben geltend, durch gewisse, von einzelnen Städten auf Grund kaiserlicher und landesherrlicher Privilegien erworbene Gerechtsame (so des Stapelrechts, Stationsrechts, Strassenzwangsrechts, Stadteinlagerrechts), den durchgehenden Handel an sich zu ziehen, ihn in seinem Gange aufzuhalten und die Nothwendigkeit der Vermittlung durch Spediteure künstlich zu erzwingen. In Folge dieser Einrichtungen und Privilegien bedurfte der Kaufmann, der seine Waaren selbst nicht mehr begleitete, nothwendig der Mitwirkung fremder Personen als **Spediteure**, gewöhnlich eines Bürgers des bevorrechteten Ortes selbst, der die von dem Absendungs- oder dem nächsten Speditionsorte her bezahlten Zölle, die sonstigen Kosten nebst Fracht, sowie die an dem Orte selbst erforderlichen Kosten vorzuschiessen und den Weitertransport der Waare zu besorgen hatte. Wo es fremden Kaufleuten unmöglich gemacht war, selbst oder durch Faktoren ihre Waare ausserhalb der Messzeit zu verkaufen, wo ferner das Stapelrecht in der härtesten Gestalt des Stadteinlagerrechts (jus emporii) bestand, mussten sich die Kaufleute, wenn sie einen Vorrath von Waaren zu versilbern wünschten, eines an dem Orte befindlichen, zur betreffenden Innung gehörigen Kaufmannes als Verkäufers bedienen; es war ihnen daher wie die Verwendung von Spediteuren, so auch die Bestellung gewisser Bürger des bevorrechteten Orts als **Verkaufskommissionäre** künstlich auferlegt.

Von entscheidendem Einfluss auf die Entwickelung des Kommissionsgeschäftes waren die mannigfachen ökonomischen Vortheile, welche der Abschluss von Handelsgeschäften durch Vermittlung eines Kommissionärs darbietet, Vortheile, die sich insgesammt als Folgen des Umstandes ergeben, dass der Kommissionär **in eigenem Namen** und nicht als Stellvertreter handelt, also eines Umstandes, der an und für sich anscheinend geringfügig, in Wahrheit aber wichtig genug ist, um dem Kommissionsgeschäfte seine bedeutungsvolle Rolle im Handelsverkehre zu sichern und den grössten Theil jener Uebelstände und Unzukömmlichkeiten vermeiden zu lassen, welche mit der Vermittlung durch Stellvertreter, (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Bevollmächtigte zu einzelnen Handelsgeschäften, Agenten) untrennbar verknüpft sind.

Bei dem Abschlusse durch Stellvertreter bleibt der Prinzipal, resp. Vollmachtgeber nicht unbekannt und vermag daher nicht inkognito zu operiren, denn der Stellvertreter handelt im Namen des Prinzipals resp. Vollmachtgebers, er muss daher den letzteren ausdrücklich oder stillschweigend bekannt geben. Der Prinzipal resp. Vollmachtgeber hat aber in der Regel ein grosses Interesse daran, dass über seinen geschäftlichen Beziehungen und Operationen ein, wenn

BUAH

möglich, undurchdringlicher Schleier gebreitet bleibe. Beim Abschluss durch Kommissionäre kommt nun dem Kommittenten dieser Vortheil des **Geheimnisses** zu Gute; denn der Kommissionär handelt in **eigenem Namen**; er ist nicht gezwungen, den Auftraggeber zu nennen, für dessen Rechnung er handelt; die von dem Kommittenten beabsichtigte Spekulation braucht daher nicht vorzeitig bekannt zu werden.[5])

Bei dem Abschlusse durch Stellvertreter ist der Vollmachtgeber allein und nicht der Stellvertreter verpflichtet; der Dritte, mit dem der Stellvertreter kontrahiren will, und der oft in gänzlicher Unkenntniss rücksichtlich der Kreditwürdigkeit des Vollmachtgebers und der Existenz der Vollmacht schwebt, ist, um mit Sicherheit abschliessen zu können, genöthigt, einerseits über die wirthschaftliche Stellung, die Zahlungsfähigkeit und Ehrenhaftigkeit des häufig an einem entfernten Orte wohnenden und ihm unbekannten Vollmachtgebers Informationen einzuholen, andererseits sich zugleich darüber Gewissheit zu verschaffen, dass die Vollmacht für jedes abzuschliessende Handelsgeschäft auch wirklich vorhanden sei, dass also der Stellvertreter, welcher ja nur den Vollmachtgeber und nicht sich selbst verpflichten will, auch wirklich die Befugniss habe, den Vollmachtgeber zu verpflichten.[6]) In diesen durch die Vorsicht gebotenen Erwägungen liegt aber eine Quelle der Langsamkeit und Verzögerung für die Geschäftsabschlüsse des Handelsverkehrs; sie müssen nothwendig hemmend, daher in den meisten Fällen schädlich wirken, da ja im Handelsverkehr der Erfolg oft von der schnellen Benützung des richtigen Augenblickes abhängt und die günstige Gelegenheit für die beabsichtigte Handelsoperation leicht vorübergeht, so dass diese dann gänzlich fallen gelassen werden muss. Bei dem Abschlusse mit einem Kommissionär fehlt es für den Dritten, da der Kommissionär in eigenem Namen handelt, an jedem Grund, sich nach dem kaufmännischen Rufe und der Zahlungsfähigkeit des Kommittenten zu erkundigen oder sich von der Existenz der Vollmacht zu vergewissern, denn der dritte Kontrahent verpflichtet durch den Geschäftsabschluss mit dem Kommissionär nur diesen und nicht den Vollmachtgeber. Da nun der Kommissionär an dem Orte abzuschliessen pflegt, wo er etablirt, also auch genügend bekannt ist, so wird seine Zahlungsfähigkeit, die ja als die einzige Garantie des dritten Kontrahenten erscheint, leicht gewürdigt und daher das Geschäft ebenso rasch abgeschlossen werden können, als es proponirt worden ist. Wie daher der dritte Kontrahent einerseits schneller und sicherer mit einem Kommissionär als mit einem Stellvertreter zu kontrahiren vermag, so ist der Kommissionär andererseits in der Lage, im Interesse des Kommittenten den für den Geschäftsabschluss günstigsten Augenblick wahrzunehmen und in demselben sofort zu handeln.

Damit hängt noch ein anderer, aus der Verwendung von Kommissionären

---

[5]) Den gleichen Vortheil des Geheimnisses gewährt auch der Abschluss durch Mäkler bei sog. anonymen Geschäftsschlüssen; s. oben S. 147 ff.

[6]) Das Kontrahiren mit einem Prokuristen, der ja eine gesetzlich fest umschriebene Vollmacht hat (Art. 42 H.G.B.), gewährt in diesem letzteren Punkte dem dritten Kontrahenten ebenfalls volle Sicherheit.

BUAH

hervorgehender Vortheil zusammen, der das Kommissionsgeschäft insbesondere geeignet macht, den Verkehr in weite Entfernung hin ausserordentlich zu erleichtern. Der Kommissionär kann einem an und für sich kreditwürdigen Kommittenten, der aber im Verkehrskreise des Kommissionärs unbekannt, daher kreditlos ist, dessen an und für sich vorhandene Kreditkraft demgemäss insoweit unbenützt und brach liegen müsste, jenen Kredit indirekt verschaffen, welchen er, der Kommissionär, selbst an dem Orte des Geschäftsabschlusses geniesst, und so für den betreffenden Kommittenten Geschäftsabschlüsse wesentlich erleichtern, unter Umständen überhaupt erst ermöglichen; denn da der Kommissionär in eigenem Namen handelt, und daher nicht den Kommittenten, sondern nur sich selbst gegenüber dem dritten Kontrahenten verpflichtet, so braucht sich dieser nur um die Kreditwürdigkeit des Kommissionärs, als die einzige und ihm genügende Garantie, und nicht um die Kreditwürdigkeit des Kommittenten zu kümmern. Bei dem Abschlusse durch einen Kommissionär ist daher der Kommittent in der Lage, sich den Kredit des Kommmissionärs zu Nutzen zu machen, und so Handelsspekulationen an einem entfernten Orte zu unternehmen, an dem er selbst vielleicht ganz unbekannt ist, wo er also auch keinen Kredit geniesst und wo es daher für einen Stellvertreter schwierig, ja unmöglich wäre, für den Kommittenten abzuschliessen.

Wie seine Kreditkraft, so kann der Kommissionär dadurch, dass er in eigenem Namen abschliesst, dem Kommittenten auch seine Kapitalskraft zur Verfügung stellen, denn der Kommissionär verpflichtet den dritten Kontrahenten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschliesst, nur sich selbst und nicht dem Kommittenten gegenüber, er kann daher, wenn ihm Waaren zum Verkaufe übersendet werden, dem Kommittenten ungefährdet Vorschüsse auf das Kommissionsgut ertheilen, da er rücksichtlich des Kaufpreises gegenüber dem dritten Käufer allein als der Forderungsberechtigte erscheint. So kann der von dem Kommittenten anticipando erlangte Werth des Kommissionsgutes die Kapitalcirkulation nähren, bevor noch das Kommissionsgut selbst einem dritten Kontrahenten verkauft, ja während dasselbe noch im Rollen ist.

Durch die Verwendung eines Kommissionärs vermag sich der Kommittent auch jene Vortheile und Bonifikationen zu verschaffen, welche der Kommissionär am Orte des Geschäftsabschlusses seinen Geschäftsverbindungen und seiner speziellen Kenntniss der Lokalverhältnisse zu verdanken hat.

Nicht selten sieht sich der Vollmachtgeber in die Nothwendigkeit versetzt, die Ausführung des auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Geschäftes, sei es im Wege der Klage oder Einrede, verlangen zu müssen. Der Kommissionär bedarf nun, da er im eigenen Namen gehandelt hat, nicht erst einer besonderen Vollmacht, um aktiv oder passiv vor Gericht auftreten zu können; er kann die Erfüllung des für Rechnung des Kommittenten, aber in eigenem Namen abgeschlossenen Geschäftes aus seinem eigenen Rechte verfolgen.

Der Bevollmächtigte ist in der Lage, die Vollmacht missbrauchen und durch auftragswidrige, mehrfache Ausführung eines im Rahmen der Vollmacht

BUAH

gelegenen Geschäftes den Vollmachtgeber mehrfach obligiren zu können. Anders verhält sich dies bei dem Kommissionär, denn dieser handelt im eigenen Namen und macht niemals den Kommittenten, sondern nur sich selbst, daher durch mehrfaches Kontrahiren nur sich ganz allein zum mehrfachen Schuldner.

Die mit der Verwendung von Kommissionären verknüpften Vortheile: Wahrung des Geheimnisses, Schnelligkeit und Sicherheit des Geschäftsabschlusses, Nutzbarmachung des Kredits und des Kapitals des Kommissionärs zu Gunsten des Kommittenten, erleichterte Rechtsverfolgung, Schutz vor Missbrauch der Vollmacht, machen das Kommissionsgeschäft dazu geeignet, die Bewegung des Handelsverkehrs ausserordentlich zu steigern, so dass es kaum als eine Uebertreibung erscheint, wenn man den Kommissionär den unentbehrlichen Vermittler, das Kommissionsgeschäft die Seele des modernen Handels genannt hat.[7])

B. Das Kommissionsgeschäft im Allgemeinen.

§ 313.

1. Begriff, rechtliche Natur und Gegenstand des Kommissionsvertrags.[1])

Unterscheidung von Propregeschäften.

Der Kommissionsvertrag besteht darin, dass der eine Kontrahent (der Kommittent), den Auftrag[2]) ertheilt, der andere (der Kommissionär) den Auftrag übernimmt für Rechnung des ersteren, aber im eigenen Namen (unter eigener Firma) Handelsgeschäfte abzuschliessen. Wer gewerbemässig solche Aufträge übernimmt und

---

[7]) Jaques Savary, Le parfait négociant, II. ed. (Paris 1679), II. Theil, III. Buch, I. Kap., p. 209: „Il n'y a rien qui maintienne tant le commerce que les Commissionaires ou Correspondants."

[1]) Grünhut S. 40—61, 67—72, 99—103.

[2]) Dass die Aufträge keine Platzaufträge seien, dass Ortsverschiedenheit vorhanden sei in dem Sinne, dass die Ausführung im Auftrage eines an einem anderen Orte befindlichen Auftraggebers erfolgen müsse, wurde in der älteren Literatur häufig wohl mit Rücksicht auf die Bedeutung der distantia loci gegenüber dem kanonistischen Wucherverbote (Endemann, Krit. Viertelj. XXII S. 93) als Erforderniss aufgestellt, so von Breuls § 1, Poehls § 110, Bender I, § 91, S. 206, D. H. Musaeus, Grundsätze des H.R. (Hamburg 1785) § 58, Mittermaier, Deutsch. Priv.R., 2. Aufl., S. 787 (ohne Ortsverschiedenheit sei es blos Mandat S. 789), ebenso 3. Aufl. S. 852, 854; dagegen Faber S. 10, 11, Püttmann 166. Der Kommissionshandel hat allerdings seine Ausbildung in erster Linie durch den Verkehr zwischen Kaufleuten gefunden, welche an verschiedenen Orten wohnten und er hat als wesentliches Mittel zur Beförderung dieses Verkehres gedient. In der That wird man sich in den meisten Fällen eines Kommissionärs nur dann bedienen, wenn man das Geschäft an einem andern Orte abschliessen will, als wo man selbst wohnt; allein die Vortheile, welche aus der Verwendung von Kommissionären hervorgehen, sind so beschaffen, dass der Kaufmann geneigt sein kann, sich dieselben auch an seinem Wohnorte zu sichern. Die rechtliche Natur des Geschäftes wird durch den Mangel der distantia loci nicht verändert.

BUAH

daher im eigenen Namen (unter eigener Firma) für fremde Rechnung Handelsgeschäfte abschliesst, ist Kommissionär. Art. 360 al. 1 des H.G.B.[3])

Der Kommissionsvertrag setzt voraus, dass der Beauftragte das ihm aufgetragene Handelsgeschäft in eigenem Namen (unter eigener Firma) abschliessen soll;[4]) der Kommissionär hat den Kommittenten nicht in rechtliche Beziehungen zur Aussenwelt zu bringen, er ist nicht Stellvertreter, er handelt zwar ökonomisch für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen (unter eigener Firma).

Die Rechtssätze über das Kommissionsgeschäft (Art. 360 u. s. w.) kommen nur dann zur Anwendung, wenn entweder ein Kommissionär von Beruf, also ein Kaufmann, der eben nur Kommissionär ist, oder wenn ein sonstiger Kaufmann, der nicht Kommissionär von Beruf ist, im Betriebe seines auf andere Handelsgeschäfte gerichteten Handelsgewerbes den Auftrag übernommen hat, für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen ein Handelsgeschäft abzuschliessen.

Darin, dass das Handelsgesetzbuch einen Gewerbebetrieb des Beauftragten voraussetzt, sei es als Kommissionär von Beruf, sei es als sonstiger Kaufmann, ist das Moment der Entgeltlichkeit stillschweigend enthalten (arg. Art. 290). Der Beauftragte wird sich durch die Aussicht auf eine Provision oder irgend ein sonstiges offen oder versteckt vorliegendes Entgelt zur Uebernahme des Auftrages bestimmt fühlen, die Entgeltlichkeit — nicht die Provision — ist ein essentiale,[5]) nicht blos ein naturale negotii. Die Uebernahme des Kommissionsauftrages ist für den Kommissionär ein relatives Handelsgeschäft (Art. 273 des H.G.B.), welchem daher die Gewinnabsicht insofern wesentlich ist, als diese nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen sein darf.

Ist Unentgeltlichkeit ausdrücklich bedungen, so liegt kein Kommissionsvertrag, sondern blos unter Umständen ein handelsrechtlicher, wenn auch unentgeltlicher Auftrag vor, dessen Ertheilung aber für den Kommittenten, wenn er als Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes gehandelt hat, nach Art. 273—274 des H.G.B. Handelsgeschäft sein kann. Unentgeltlichkeit ist jedoch ohne besondere darauf gerichtete Vereinbarung nicht anzunehmen, es gilt in dieser Beziehung die entgegengesetzte Regel, wie beim civilrechtlichen Mandate.

Die Handelsgeschäfte, welche in Kommission ausgeführt werden sollen, können sehr verschiedenartig sein und daher dem Gewerbebetriebe des Kommissionärs eine sehr mannigfache Gestaltung geben.[6]) Wie immer aber diese

---

[3]) Ebenso § 368 al. 1, ungar. H.G.B.

[4]) In der älteren Literatur ist dieses Erforderniss nicht aufgestellt; vgl. Püttmann l. c. p. 163; Breuls nennt den Kommissionshandel überhaupt mercatura procuratoria; für gewöhnlich, aber nicht für nothwendig erklärt es Faber p. 20; Brinkmann 391; für nothwendig Treitschke § 1. Ueber fremde Rechte s. Grünhut S. 42 Note 5.

[5]) Dagegen v. Hahn zu Art. 360 Note 6 u. 7; Dreyer in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts (Jahrg. 1881) S. 477.

[6]) Vgl. z. B. R.O.H.G. Bd. 15, N. 118, S. 424. Auch das Geben eines Kommissionsauftrages kann Objekt einer Kommission sein. Dernburg, Preuss. Priv.R. II § 185. v. Hahn Art. 360 § 12 R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 28 S. 119 ff.: XXII Nr. 19 S. 77 ff. (Exportkommissionär).

BUAH

Geschäfte beschaffen sein mögen, die Natur des Kommissionsvertrages, als eines nicht nach aussen wirkenden Auftragsverhältnisses, bleibt stets dieselbe. Unter den den Kommissionären aufgetragenen Handelsgeschäften sind am wichtigsten der Einkauf und Verkauf,[7]) die Wechselziehung — der Auftrag ist darauf gerichtet, dass der Kommissionär für den Kommittenten Wechsel nehme oder gebe, trassire, acceptire, indossire u. s. w., also Wechselgeschäfte abschliesse und Wechselerklärungen ausstelle, es ist dies ein Theil des Banquiersgewerbes — die Transportbesorgung (Spedition) und der Abschluss von Versicherungsverträgen.

Der Kommissionsvertrag ist seinem innersten, juristischen Kerne nach eine Art der Vertragsgattung **Mandat.**[8]) Da aber der Kommissionär nicht, wie ein sonstiger Mandatar, im Namen und mit dem Kapital und Kredit des Kommittenten, sondern in eigenem Namen, mit eigenem Kapital und Kredit handelt, also auch dem abgeschlossenen Geschäfte gegenüber ein ganz anderes rechtliches Interesse hat, als ein sonstiger Mandatar, so ist es natürlich, dass der Kommissionsvertrag in mancher Beziehung einen gegenüber einem sonstigen Mandate erheblich modifizirten Karakter gewinnen musste. Trotz dieser Verschiedenheiten ist es aber nicht gerechtfertigt, im Kommissionsvertrage eine nur in sich selbst ruhende und juristisch selbständig zu beurtheilende Vertragsart des Handelsrechtes zu sehen, welche einer ganz besonderen juristischen Behandlung und besonderer Rechtsregeln bedürftig wäre. Auch das deutsche Handelsgesetzbuch hat den Kommissionsvertrag nicht als ein durchaus abgeschlossenes Ganzes zu regeln, von seiner natürlichen Basis, dem Gattungsinstitute **Mandat,** loszulösen,[9]) wohl aber in seinen Normen durch passende Berücksichtigung der Verkehrsbedürfnisse die Interessen des Handelsverkehrs und die Anforderungen der Praxis zu befriedigen gesucht und sich damit begnügt, was das innere Verhältniss des Kommittenten und Kommissionärs zu einander betrifft, einige der hauptsächlichsten Konsequenzen aus der Mandatsnatur des Kommissionsvertrages der grösseren Anschaulichkeit halber speziell hervorzuheben (Art. 361 des H.G.B. u. s. w.). Wenn daher, wie in allen anderen Gesetzgebungen, so auch nach dem Handelsgesetzbuch, der Grundkarakter des Mandates als des Gattungsinstituts den Kommissionsvertrag als die Art nach wie vor beherrscht, so versteht es sich

---

[7]) Die Geschäfte der Einkaufs- und Verkaufskommissionäre (der sog. kaufmännischen Kommissionäre im engern Sinne) wurden von jeher vorzugsweise als Kommissionsgeschäfte bezeichnet. Vgl. Treitschke § 1; Ellinger § 198; Gerber § 199; von Maurenbrecher § 404 Anm. 2; Sonnleithner, österr. H.R. § 306—313 wird der Begriff des Kommissionshandels sogar ausschliesslich auf Ein- und Verkaufsaufträge, (ebenso schweiz. Entw. v. 1876 Art. 373), von Riccius exercit. XI, Sect. 2 § 1 sogar nur auf den Verkaufsauftrag eingeschränkt. Für überseeische Verkaufskommissionen insbesondere ist der Ausdruck Consignation, jedoch nicht ausschliesslich, gebräuchlich. R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 28 S. 121.

[8]) Dagegen Endemann, Krit. Viertelj. l. c. S. 92, 94, der ihn für ein modernes Arbeitsgeschäft erklärt; ebenso Gareis H.R. S. 323. Die Streitfrage ist praktisch unwesentlich.

[9]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 73 S. 264, Bd. XVI Nr. 83 S. 335, Nr. 94 S. 379.

BUAH

doch von selbst, dass die Unterwerfung des Kommissionsvertrags unter die Grundsätze des Mandates, als des umfassenden im bürgerlichen Rechte ausgebildeten Gattungsinstitutes nicht ohne weiteres, sondern überall nur mit der gehörigen Vorsicht vorzunehmen[10]) und nur insoweit überhaupt zulässig ist, als dabei die im Handelsgesetzbuch mit Rücksicht auf die Handelsinteressen in bewusster Weise durchgeführte und in den einzelnen Rechtssätzen des Handelsgesetzbuchs ausgeprägte Spaltung beider Institute, des Mandatsvertrages und des Kommissionsvertrages, nirgends ausser Acht gelassen wird.

Soll der Auftrag Kommission sein, so muss sich das aufgetragene Geschäft vom Standpunkt des **Kommittenten** aus als Handelsgeschäft darstellen, demgemäss so beschaffen sein, dass es, falls es vom Kommittenten selbst abgeschlossen worden wäre, für diesen als absolutes oder relatives Handelsgeschäft erscheinen würde.[11]) Dass das Handelsgesetzbuch lediglich auf die Person des Auftraggebers gesehen haben will, wenn es sich darum handelt zu beurtheilen, ob ein Handelsgeschäft aufgetragen sei oder nicht, ergibt sich aus dem dritten Absatz des Art. 360. Ist nämlich von dem Auftraggeber in den Fällen des Art. 360 Abs. I. ausdrücklich bestimmt, dass das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so ist dies keine kaufmännische Kommission, sondern ein gewöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäfte. Bei dieser Form des Abschlusses kann aber die kaufmännische Qualität des Kommissionärs ganz und gar nicht in Betracht kommen, denn das im Namen des Kommittenten abgeschlossene Geschäft erzeugt Rechte und Verbindlichkeiten nur für den Kommittenten und den dritten Kontrahenten, nicht aber für den als Stellvertreter handelnden Kommissionär; wenn der Gesetzgeber dessenungeachtet sagt, es liege in diesem Falle ein gewöhnlicher Auftrag zu einem **Handelsgeschäfte** vor, so geht er von der Annahme aus, dass das Geschäft, auch dann, wenn es nicht von einem kaufmännischen Kommissionär im eigenen Namen abgeschlossen werde, für den Kommittenten schon an und für sich ein Handelsgeschäft sei; denn dass der Gesetzgeber nicht den Fall im Auge haben konnte, dass das Geschäft **lediglich für den dritten Kontrahenten** ein Handelsgeschäft sei, geht schon daraus hervor, dass man ja im voraus überhaupt nicht wissen kann, ob das Geschäft für den dritten Kontrahenten ein Handelsgeschäft sein werde, oder nicht, dass aber dessen ungeachtet für alle Fälle des ersten Absatzes des Art. 360, in welchen der Auftraggeber ausdrücklich erklärt, dass das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden solle, in Abs. 3 Art. 360 ganz allgemein bestimmt ist, dass ein Auftrag zu einem **Handelsgeschäfte** vorliege.

Nicht genügend wäre es daher, wenn das aufgetragene Geschäft lediglich vom Standpunkte des Kommissionärs oder lediglich vom Standpunkte des dritten

---

[10]) Goldschmidt, H.B. § 37 S. 372.

[11]) Goldschmidt, H.B. § 54 S. 610 ff.; Dernburg § 185 Note 2; R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 62 S. 188; dagegen bes. v. Hahn zu Art. 360 § 10 u. Note 22, der es für genügend hält, wenn das aufgetragene Geschäft auf Seite des Kommissionärs Handelsgeschäft ist.

BUAH

Kontrahenten, folgerichtig auch nicht, wenn es sogar sowohl vom Standpunkte des Kommissionärs, als auch von dem des dritten Kontrahenten, als Handelsgeschäft angesehen werden könnte. Weder die kaufmännische Qualität des mit dem Geschäfte Beauftragten noch die des dritten Kontrahenten, mit dem das Geschäft abgeschlossen wird, ist für sich allein im Stande, den an und für sich vorhandenen und von dem Auftraggeber gewollten juristischen Karakter des Auftrages und des aufgetragenen Geschäftes zu verändern und insbesondere zu bewirken, dass einem Auftrag, welcher vom Auftraggeber als civilrechtlicher Auftrag gewollt und ertheilt ist, einem Geschäfte, welches von ihm als Nichthandelsgeschäft gewollt und aufgetragen ist, hinterher der Stempel der handelsgeschäftlichen Natur aufgeprägt werde. Geht man von der Auffassung aus, dass es genügend sei, wenn das aufgetragene Geschäft lediglich vom Standpunkte des Kommissionärs sich als Handelsgeschäft qualifiziren lasse, so kommt man folgerichtig zu dem Schlusse, dass jeder Auftrag an einen Kommissionär, sobald er überhaupt auf ein Geschäft gerichtet ist, das seiner Natur nach möglicherweise zu einem Handelsgewerbe gehören kann, Kommission sei, denn da der Kommissionär Kaufmann ist, so erscheint jedes derartige Geschäft, das ihm aufgetragen wurde, für ihn als präsumtives Handelsgeschäft. Nimmt man aber an, dass es genügend sei, wenn das aufgetragene Geschäft lediglich vom Standpunkte des dritten Kontrahenten aus sich als Handelsgeschäft qualifiziren lasse, so kommt man zu dem Schlusse, dass auch dann, wenn ein Geschäft als Nichthandelsgeschäft vom Auftraggeber gewollt und aufgetragen ist, es zunächst ungewiss bleibe, ob ein Auftrag, ein Handelsgeschäft abzuschliessen, vorliege oder nicht, und dass es von dem Belieben des Beauftragten abhänge, durch die Art der Ausführung über die juristische Natur des Auftrages und des aufgetragenen Geschäftes zu entscheiden. Gibt daher z. B. der landwirthschaftliche Produzent einem Kommissionär den Auftrag, seine Ernte zu verkaufen, so liegt, da der Verkauf der Ernte für den Landwirth kein Handelsgeschäft ist, eine Kommission im Sinne des Handelsgesetzbuchs nicht vor; der Kommissionär hat daher in diesem Falle weder das Pfandrecht des Art. 374, noch darf er als Selbstkäufer nach Art. 376 eintreten.

Wer einem eigentlichen, d. h. berufsmässigen Kommissionär[12]) den Auftrag ertheilt, ein Handelsgeschäft für seine, des Auftraggebers, Rechnung abzuschliessen, ist berechtigt, von der Erwartung auszugehen, dass der Kommissionär in eigenem Namen abschliessen werde. Nach der Sitte des eigentlichen kaufmännischen Lebens ist in einem solchen Falle regelmässig anzunehmen, dass der Auftraggeber nicht selbst aktiv und passiv Subjekt der für seine Rechnung durch den Kommissionär anzuknüpfenden, rechtlichen Beziehungen werden wolle.

---

[12]) R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 81 S. 295: „Der Umstand, dass sich Jemand als Kommissionär bezeichnet, genügt für sich allein nicht, um ihn als einen berufsmässigen Kommissionär im Sinne des H.G.B. behandeln zu können. Der Ausdruck „Kommissionär“ wird in kleineren Verkehrsverhältnissen häufig auch für solche Personen gebraucht, welche blos Verträge zu vermitteln und für andere abzuschliessen pflegen.“ v. Hahn zu Art. 360 § 13.

BUAH

Mannigfache Umstände können aber den Auftraggeber dazu bestimmen, offen zu operiren und zu wünschen, dass das aufgetragene Geschäft in seinem Namen abgeschlossen werde, so wenn die vorzunehmende Handelsoperation geeignet erscheint, durch ihre Wichtigkeit seiner Firma einen besonderen Glanz zu geben und ihren Kredit erheblich zu steigern, oder wenn er unter seinem eigenen Namen weit bessere Bedingungen, z. B. Nachlässe, Kreditgewährung u. s. w. zu erlangen hofft, als unter dem Namen des Kommissionärs.

Sollte der Auftraggeber ausnahmsweise den Willen haben, dass das von ihm aufgetragene Geschäft in seinem Namen abgeschlossen werde, so müsste er dies ausdrücklich oder zwar stillschweigend, aber zweifellos verlangen. In einem solchen Falle liegt kein Kommissionsvertrag, sondern ein handelsrechtliches Mandat vor,[13]) es kommen also nicht die Rechtsgrundsätze des Kommissionsgeschäftes, sondern die des handelsrechtlichen Mandates zur Anwendung, dem Kommissionär steht in solchem Falle insbesondere das Pfandrecht des Art. 374 des H.G.B. nicht zu.

Diese Bestimmung (Art. 360, Abs. 3), beruht darauf, dass die Ausführung eines einem berufsmässigen Kommissionär ertheilten Auftrages nach den gewöhnlichen Regeln des Geschäftsverkehrs nicht anders zu erfolgen pflegt, als dass der Beauftragte das aufgetragene Geschäft in eigenem Namen abschliesst.

Wird ein eigentlicher, berufsmässiger Kommissionär mit einem Geschäfte beauftragt, von dem er nach den Umständen des Falles annehmen durfte, dass es für den Auftraggeber ein Handelsgeschäft sei, so hat er im Zweifel das Recht und auch die Pflicht, sich in seiner Eigenschaft als Kommissionär beauftragt zu halten, also bei Ausführung des Auftrages im eigenen Namen zu handeln; auch ist bis zum Beweise des Gegentheiles anzunehmen, dass er in einem solchen Falle als Kommissionär, also in eigenem Namen gehandelt und die Rechtswirkungen des Geschäftes zunächst in seiner eigenen Person erzeugt habe. Beliebte es dem Kommissionär im Namen des Kommittenten abzuschliessen, ohne dass eine solche Art des Abschlusses von dem Kommittenten vorgeschrieben oder doch gestattet worden, so wäre der letzere in Folge der auftragswidrigen Stellvertretung berechtigt, das in seinem Namen abgeschlossene Geschäft zurückzuweisen, und den Ersatz des durch das auftragswidrige Handeln des Kommissionär (excessus mandati) eingetretenen Schadens zu fordern. Keineswegs kann der Kommissionär für berechtigt gehalten werden, sich beliebig durch die blosse Nennung des Kommittenten aus einem Beauftragten ohne Stellvertretungsbefugniss in einen Beauftragten mit Stellvertretungsbefugniss zu verwandeln. Obwohl er im Namen des Kommittenten abgeschlossen hat, bleibt er Kommissionär und ist

---

[13]) „Gewöhnlicher Auftrag" (Art. 360 Abs. 3) ist der Gegensatz der „kaufmännischen Kommission", denn der Kommissionär hat einen qualifizirten Auftrag, dessen karakteristisches Merkmal es ist, dass der Beauftragte im eigenen Namen zu handeln hat. Fehlt es an diesem Criterium, so bleibt ein gewöhnliches, und da es sich um einen Auftrag zu einem Handelsgeschäfte für den Auftraggeber handelt, ein handelsrechtliches Mandat zurück. Laband in Zeitschr. f. H.R. X Bd. S. 212 ff., R.O.H.G. Bd. II Nr. 89 S. 402.

BUAH

als solcher rechtlich zu beurtheilen. Da er aber im Namen des Kommittenten gehandelt hat, ohne von diesem dazu ermächtigt zu sein, so steht er demjenigen gleich, der sich als Bevollmächtigter gerirt, ohne Vollmacht zu haben (Art. 298 Abs. 2, Art. 55 des H.G.B.)[14]) Nur dann, wenn der Kommissionär in Uebereinstimmung mit dem ihm ausdrücklich oder zwar stillschweigend, aber zweifellos ertheilten Auftrag im Namen des Auftraggebers handelt, verpflichtet und berechtigt er dem dritten Kontrahenten gegenüber den Auftraggeber und nicht sich selbst (Art. 360 Abs. 3). Das Wort „ausdrücklich" in Art. 360 Abs. 3 des H.G.B.[15]) ist nicht wörtlich zunehmen; das Gesetz will blos, dass im Zweifel ein Kommissionsvertrag anzunehmen sei, dass also das aufgetragene Geschäft von dem Kommissionär in eigenem Namen abgeschlossen werden müsse und dass nur ganz ausnahmsweise, weil gegen die Gewohnheit des Handelsverkehrs verstossend, daher nur wenn es in unzweifelhafter Weise von dem Kommittenten bestimmt ist, der Abschluss im Namen des Kommittenten erfolgen dürfe. Nimmt man das Wort „ausdrücklich" wörtlich, so wäre ein Auftraggeber, der stillschweigend bestimmt hat, dass der Kommissionär das Geschäft in seinem (des Mandanten) Namen abschliesse, auch dann, wenn der Kommissionär der stillschweigend getroffenen Bestimmung des Mandanten entsprechend als Stellvertreter gehandelt hätte, dem dritten Kontrahenten gegenüber direkt nicht verpflichtet, mag dieser auch in bona fide sein, denn die von dem Mandanten nicht ausdrücklich ertheilte Gestattung, in seinem Namen abzuschliessen, käme dem dritten Kontrahenten gegenüber nicht in Betracht, sie würde nur in dem inneren Verhältniss zwischen Kommittenten und Kommissionär wirken, so dass sich der letztere gegenüber dem ersteren durch den Abschluss in dessen Namen nicht verantwortlich machen würde, nach aussen aber wäre und bliebe trotz dieser (stillschweigenden Gestattung der Auftrag Kommission und müsste durch Abschluss in eigenem Namen ausgeführt werden, eine solche Auslegung würde in das Gesetz einen unerträglichen, das Prinzip von Treu und Glauben verletzenden Formalismus hineintragen.[16])

Die Ungenauigkeit des kaufmännischen Sprachgebrauchs, gemäss welchem jede Bestellung als Auftrag bezeichnet zu werden pflegt, lässt es im Verkehrsleben oft nicht präzise hervortreten, ob ein wirklicher Kommissionsvertrag, oder ein anderer nur in das Gewand der Kommission eingekleideter Vertrag vorhanden sei; es entstehen häufig Zweifel und Streitigkeiten und wird oft zu einer schwierigen Interpretationsfrage, was für ein Geschäft von den Parteien eigentlich beabsichtigt worden sei.[17]) Nicht selten wird in die Form

---

[14]) Der Kommittent hatte möglicherweise ein grosses Interesse daran, dass der Kommissionär das Geschäft in seinem eigenen Namen und nicht in dem des Kommittenten abschliesse; er wollte vielleicht gegen keinen andern, als gegen den Kommissionär obligatorische Verpflichtungen aus einem solchen Geschäfte haben, weil er den Kommissionär schon mit Deckung versehen hatte u. s. w.

[15]) Ebenso § 368 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[16]) Zustimmend Dreyer in Beitr. f. d. R. III Folge. 5. Jahrg. S. 478; vgl. v. Hahn zu Art. 360 § 19.

[17]) Vgl. Gelpcke in s. Zeitschr. f. H.R. II. Hft. S. 92; Hiersemenzel § 4 S. 15, 21, 37, 38; Gad S. 263; Stern in Siebenhaars Arch. VII S. 30; Friedrich

BUAH

eines Auftrages der Antrag zum Abschluss eines eigentlichen Propregeschäftes gehüllt; es geschieht dies in der Regel desshalb, weil der Antragsteller, der anscheinende Kommittent, wohl weiss, dass der Adressat, dem er eigentlich offerirt, als Käufer oder Verkäufer für eigene Rechnung in das angebotene Geschäft einzutreten, doch nicht eher geneigt sein werde, das Geschäft abzuschliessen, als bis er selbst einen dritten Kontrahenten gefunden haben werde, der wieder von ihm kaufen oder an ihn verkaufen wolle. Besonders schwierig ist die Unterscheidung,[18]) wenn die Kontrahenten selbst an der rechtlichen Qualifikation des abgeschlossenen Geschäftes zunächst gar kein Interesse haben und sich dieselbe daher auch nicht zum Bewusstsein bringen. Dies pflegt regelmässig dann zu geschehen, wenn es beiden Theilen nur auf den Umsatz ankommt, in welchem Falle der eine Kontrahent den Namen des Dritten, mit dem kontrahirt worden, nicht erfährt, und um den er sich zunächst auch gar nicht kümmert. In Folge der Verwirrung, welche der kurze und desshalb oft unklare Sprachgebrauch der Kaufleute, ihre Sitte mit den Ausdrücken öfter lax als genau zu verfahren, im Verkehrsleben veranlasst, ist weder der Gebrauch des Ausdruckes „Kommission" noch die Ausbedingung einer „Provision" an und für sich geeignet, ein sicheres Kriterium für die Annahme eines Kommissonsvertrages und gegen die Annahme eines Propregeschäftes abzugeben.[19])

Es ist Sache der richterlichen Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles zu eruiren, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt der abgeschlossene Vertrag zu stellen und ob die Rechtsgrundsätze über das Kommissionsgeschäft zur Anwendung zu bringen seien oder nicht.

§ 314.

2. Abschluss des Kommissionsvertrags; Perfektions- und Erfüllungsort; Pflicht zur Aufbewahrung und Sorge bei Kommissionsofferten.[1])

Die dem berufsmässigen Kommissionär oder sonstigen Kaufmanne ertheilte Kommission enthält jedenfalls die Offerte zum Abschluss eines relativen Handelsgeschäftes auf Seiten des Kommissionärs, resp. sonstigen Kaufmannes (Art. 273 al. 1 des H.G.B.); es haben daher die allgemeinen Grundsätze über Offerten zu Handelsgeschäften zur Anwendung zu kommen[2]) und zwar in der Regel die über Offerten unter Abwesenden (Art. 319—322 des H.G.B.), da ja der

---

Meier in Busch' Arch. 30 Bd. S. 51 ff.; s. auch v. Canstein in der Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht der Gegenwart, III S. 679. Der durch Agenten grösserer Handelsfirmen an den Seeplätzen (Hâvre, Antwerpen etc.) nach dem Binnenlande vermittelte Import soll sich vorzugsweise in Kaufverträgen, welche in die Form von Einkaufskommissionen eingekleidet sind, bewegen.

[18]) Beispiele R.O.H.G. VI Nr. 38 S. 182, VII Nr. 45 S. 179, XII Nr. 40 S. 121, XVIII Nr. 52 S. 195, XIX Nr. 21 S. 66.

[19]) v. Hahn, Komm. zu Art. 360 § 9. R.O.H.G. III Nr. 7 S. 44, XVIII Nr. 52 S. 195, XIX Nr. 16 S. 72, XX Nr. 79 S. 310.

[1]) Grünhut S. 73—99.

[2]) v. Hahn zu Art. 360 § 7.

BUAH

Kommissionsvertrag, zu dessen Hauptzwecken es gehört, Handelsunternehmungen in der Ferne zu erleichtern und dem Kommittenten ein Mittel zu geben, auch an solchen Orten zu operiren, an welchen er persönlich nicht anwesend ist, wenn auch nicht nothwendig, doch in den meisten Fällen nur unter Abwesenden geschlossen wird. — Aus der Natur des Auftrages ergibt sich aber, dass der Kommittent durch seine Offerte an die Wartezeit (Erklärungszeit) des Art. 319 des H.G.B. nicht gebunden sein kann, denn der Mandant ist berechtigt, rebus integris sogar den **angenommenen** Auftrag beliebig zu widerrufen (Art. 377 des H.G.B.) umsomehr den bei dem Adressaten blos angekommenen, aber noch nicht angenommenen **Antrag** zu einem Auftrag.

Doch ist dabei zu beachten, dass „der Antragende, welcher seinen Antrag unter Umständen zurücknimmt, unter welchen ohne die Zurücknahme ein Vertrag zwischen ihm und Demjenigen, welchem er anbot, begründet gewesen wäre, diesem allen Schaden ersetzen muss, den dieser in Folge der Voraussetzung litt, dass jener bei seinem Antrage geblieben sei. Denn zu dieser Voraussetzung hat er nach Treu und Glauben ein Recht.“[3]) —

Der Antrag des Kommittenten besteht, wenn dieser nicht ausdrücklich oder stillschweigend eine bestimmte Zeit festgesetzt hat, wie ein sonstiger Antrag zu einem Handelsgeschäfte mit verpflichtender Wirkung nur während der Wartezeit (Erklärungszeit);[4]) der Kommittent bleibt nicht über diese Zeit hinaus gebunden, insbesondere nicht etwa so lange, als er seinen Auftrag nicht widerrufen hat. Wenn also A dem Kommissionär B den Auftrag ertheilt, für ihn eine bestimmte Waare einzukaufen, und B sich erst nach Ablauf einer längeren als der gesetzlichen Wartezeit entschliesst, diese Auftragsofferte anzunehmen, dann die Waare einkauft und dem A übersendet, so braucht sie dieser nicht anzunehmen.[5]) Hat der Kommissionär, resp. der sonstige Kaufmann sofort mit der Ausführung des Auftrages begonnen, so ist der Kommittent, abgesehen von dem Falle, dass er dies ausdrücklich oder stillschweigend gestattet und auf eine Antwort in Worten unzweifelhaft Verzicht geleistet hat, nicht gebunden, wenn der Kommissionär, resp. der sonstige Kaufmann die Anzeige, dass er die Auf-

---

[3]) Thöl H.R. § 237; Jhering in s. Jahrb. IV S. 24, 86 ff.; Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen S. 32 ff.; Sohm in Zeitschr. f. H.R. 17. Bd. S. 34, 35; Windscheid, Pand. § 307 Note 5; Arndts, Pand. § 231 Anm. 2 e.

[4]) Anders Siegel l. c. S. 39 ff., 55 ff.; dagegen Unger in Zeitschr. f. d. Priv. u. öffentl. Recht d. Gegenw. I S. 365.

[5]) Nach der entgegengesetzten Ansicht müsste er die Waare annehmen, obgleich er sie vielleicht nicht mehr erwartet und auch nicht mehr brauchen kann. Es widerspricht der Natur der Handelsgeschäfte so lange in suspenso zu bleiben; das Schweigen des Kommissionärs über die Wartezeit hinaus muss als Ablehnung gelten, wenn nicht die Offerte nach den Umständen den Karakter einer längeren Dauer schon in sich trägt. Nach der entgegengesetzten Ansicht könnte sich A, wenn nicht etwa die Sachlage so beschaffen ist, dass B aus den Umständen wissen musste, dass die Waare von A nur zu einem gewissen, zur Zeit der Uebersendung nicht mehr erreichbaren Zwecke verwendet werden könne, nur dadurch schützen, dass er eine Zeitfrist für die Annahme des Antrages fixirt oder denselben widerruft.

BUAH

tragsofferte angenommen, überhaupt nicht oder doch nicht rechtzeitig abgesendet, wenn daher seine Annahmeerklärung bei dem Kommittenten überhaupt nicht oder verspätet eingetroffen ist. Wie bei sonstigen Aufträgen das blosse Schweigen des Adressaten innerhalb der Wartezeit als Ablehnung gilt, so ist auch hier das blosse Schweigen des berufsmässigen Kommissionärs oder sonstigen Kaufmanns, abgesehen von den Voraussetzungen des Art. 323, nicht als Annahme des Antrages anzusehen; ebensowenig gilt der Antrag dann als angenommen, wenn die von dem Adressaten erklärte Annahme bei dem Kommittenten **verspätet** eingetroffen ist. Allerdings darf man im Zweifel von der Voraussetzung ausgehen, dass der Kommittent, der den Kommissionär beauftragt, für seine Rechnung irgend ein bestimmtes Handelsgeschäft abzuschliessen, diesen Abschluss auch ernstlich wolle, dass also der Kommissionär in der Regel sicher sein dürfe, dem Willen des Kommittenten zu entsprechen, nicht nur, wenn er überhaupt handle, sondern wenn er **sofort** handle, umsomehr dann, wenn jeder, auch der geringste Verzug den Erfolg der aufgetragenen Handelsoperation zu gefährden geeignet wäre. Auch ist es zweifellos, dass der Kommissionär, resp. der sonstige Kaufmann, **der den Kommissionsauftrag einmal übernommen hat,** sich verantwortlich macht, wenn er nicht handelt, sobald er zu handeln vermag. Allein dessenungeachtet ist er im Zweifel nicht als berechtigt anzusehen, ohne Ertheilung einer Antwort mit der Ausführung des Auftrages ohne Weiteres zu beginnen; er handelt auf seine Gefahr, wenn er nicht zuvor bejahend antwortet und abwartet, bis er die Ueberzeugung gewonnen hat, dass seine Annahme des Antrags rechtzeitig bei dem offerirenden Kommittenten angekommen, oder dass, wenn sie erst nach Ablauf der Wartezeit, also verspätet eingetroffen, der Kommittent doch nicht zurückgetreten sei. So wenig das Gesetz zwischen Offerten zu einem Kommissionsvertrage und einem anderen Handelsgeschäfte unterscheidet, so wenig stellt es Offerten, bei welchen der Offerent eine Annahme in Worten erwarten darf, und andere Offerten als zwei gesonderte Kategorien hin. Es ist vielmehr allgemeine Regel, dass der Offerent eine bejahende Antwort in Worten erwarten darf, dass die Ertheilung einer solchen Antwort in Worten zur Perfektion des Vertrages ausnahmsweise nur dann nicht nothwendig ist, wenn der Offerent darauf in zweifelloser Weise Verzicht geleistet hat.[6]) Dadurch wird freilich der Vortheil des Kommissionshandels, insofern durch denselben der Kommittent in die Lage gesetzt werden soll, an entfernten Orten mit ebenso grosser Schnelligkeit zu operiren, als wenn er persönlich anwesend wäre, ziemlich beeinträchtigt, wenn auch nicht ganz illusorisch gemacht. Während der Korrespondenz zwischen dem offerirenden Kommittenten und dem Adressaten verfliesst oft kostbare Zeit; es kann leicht geschehen, dass die Kommission selbst unterdessen gegenstandslos, das aufgetragene Geschäft unausführbar geworden. Auch ist der Kommittent infolge dessen nicht im Stande, seine Aufträge im günstigsten, d. h. in dem der Ausführung selbst zunächst gelegenen Zeitpunkte zu ertheilen; denn er muss dieselben vorsichtiger

[6]) R.O.H.G. XIV Nr. 97 S. 301, XVIII Nr. 70 S. 246.

BUAH

Weise so lange im voraus geben, dass der beauftragte Kommissionär resp. Kaufmann, der auf seine Gefahr zu handeln keine Lust hat, noch in der Lage sei, sich vor der Ausführung des Auftrages die Ueberzeugung zu verschaffen, dass der Kommissionsvertrag auch wirklich perfekt geworden sei. Trotz dieser mit dem Interesse des Handelsverkehres schwer verträglichen und die Verwendung von Kommissionären hemmenden Konsequenzen muss nach dem Handelsgesetzbuch anerkannt werden, dass, wenn der Kommittent nicht ein anderes ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hat, der berufsmässige Kommissionär resp. der sonstige Kaufmann ebenso, wie jeder andere Adressat rücksichtlich einer zu einem Handelsgeschäfte gemachten Offerte, die Annahme der offerirten Kommission dem Kommittenten gegenüber ausdrücklich (in Worten) zu erklären habe, dass er auf seine Gefahr handle, wenn er den Auftrag durch blosses Stillschweigen annehme und sofort mit der Ausführung beginne.[7])

Weder der berufsmässige Kommissionär, noch weniger ein sonstiger Kaufmann ist verpflichtet, einen ihm gemachten Antrag zu einem Kommissionsvertrag anzunehmen, vielmehr kann der eine wie der andere die angetragene Kommission nach freier Wahl annehmen oder zurückweisen, selbst im Falle der Dringlichkeit und auch dann, wenn die Zurückweisung des Auftrages dem Kommittenten Schaden bringen würde.

Nur die Annahme des Auftrages verpflichtet den berufsmässigen Kommissionär resp. sonstigen Kaufmann zur Ausführung desselben; als Annahme ist aber kraft Rechtsnothwendigkeit auch das blosse Schweigen des Kommissionärs resp. sonstigen Kaufmanns auf einen ihnen gestellten Antrag zu einem Kommissionsvertrag unter den Voraussetzungen des Art. 323 des H.G.B. anzusehen. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind vorhanden, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Kommissionär resp. dem sonstigen Kaufmann eine Geschäftsverbindung besteht, oder der Letztere sich gegen den Ersteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat (Art. 323 des H.G.B.). In diesen Fällen muss nicht die Annahme des Auftrags, sondern die Zurückweisung desselben von

---

[7]) Weiter geht Thöl § 239; er fügt hinzu: Die entgegengesetzte Theorie „schädigt den Offerenten, dem eben nicht prompt geantwortet wird, aufs äusserste und gibt ihn der Spekulation des schweigenden und nur handelnden Oblaten preis, der dann später Ja oder Nein sagen kann, wie es ihm hinterher konvenirt. Der scheinbar so dienstfertige Mandatar z. B. kann hinterher sagen: er habe für eigene Rechnung gekauft, es sei ihm nicht eingefallen, bei der vorauszusehenden Konjunktur für fremde Rechnung zu kaufen; gegen diese Behauptung gibt es oft keinen Beweis. Wenn er aber bei schlechter Konjunktur den Abschluss des Mandats-Vertrages behauptet, so muss nach jener Ansicht der Mandant das gelten lassen und kann sich nicht darauf berufen, dass er, weil ohne Antwort gelassen, einem Anderen den Auftrag ertheilt habe". S. auch Stobbe, Deutsches Priv.R. III § 171 S. 105. Anderer Ansicht v. Hahn, Komm. zu Art. 360 § 7; Sohm l. c. Bd. 17, S. 105—107; Anschütz, Komm. III S. 223 VII; Keyssner, Komm. S. 319. Die von Thöl gegen die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten praktischen Bedenken verlieren übrigens an Gewicht, wenn man sich die Bestimmungen des Art. 323 H.G.B. und den Umstand vor Augen hält, dass der Kommissionär jedenfalls zur Anzeige nach Art. 361 H.G.B. verpflichtet ist.

BUAH

Seite des Kommissionärs resp. sonstigen Kaufmanns ohne Zögern bekannt gegeben werden, widrigenfalls die Nichtzurückweisung als Annahme gilt.

Aber auch abgesehen von den Voraussetzungen des Art. 323 wird es unter Umständen, insbesondere wenn es sich um einen in den berufsmässigen Gewerbebetrieb dieses Kommissionärs einschlägigen Auftrag handelt, und der Kommittent sofortige Ausführung verlangt oder gestattet, daher auf eine Antwort in Worten verzichtet hat, als Annahme auszulegen sein, wenn der **berufsmässige Kommissionär** es unterlassen hat, von der Weigerung einen solchen Kommissionsauftrag zu übernehmen ohne Zögern Nachricht zu geben. Würde man dem Kommissionär gestatten, durch blosses Schweigen auf einen solchen Auftrag seine Verweigerung der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes auszudrücken, so wäre der Kommittent der Gefahr ausgesetzt, erst nach längerer Zeit, ohne nach der Regel des Geschäftsverkehrs noch darauf gefasst sein zu müssen, zu erfahren, dass sein Auftrag nicht übernommen worden sei und dadurch oft vielleicht nicht mehr in der Lage, den einen Kommissionär, der die Uebernahme des Auftrages abgelehnt hat, durch einen andern, der zur Uebernahme bereit wäre, zu ersetzen, so dass die beabsichtigte Handelsoperation vielleicht überhaupt unterbleiben müsste.

Die Unterlassung der Antwort von Seite des berufsmässigen Kommissionärs würde als Verletzung der im Handelsverkehre zumal nothwendigen Beobachtung von Treu und Glauben erscheinen, und zwar nicht blos wenn dem Schweigen des Kommissionärs offenbar die Absicht einer arglistigen Täuschung oder die Absicht unterläge, den andern Theil zu einer ihm möglicherweise nachtheiligen, dem Schweigenden aber vortheilhaften Unthätigkeit zu verleiten,[8]) sondern auch ausserdem, wenn eine rasche Antwort geeignet gewesen wäre, den aus der Ablehnung für den Kommittenten möglicher Weise hervorgehenden Schaden zu vermindern, ja demselben zuweilen ganz zuvorzukommen. Während demnach unter den Voraussetzungen des Art. 323 des H.G.B. jeder Kaufmann, so ist auch, abgesehen von diesen Voraussetzungen, unter Umständen wenigstens der berufsmässige Kommissionär zu einer raschen Antwort gedrängt, wenn er einen ihm gestellten Antrag zn einem Kommissionsvertrag ablehnen will.

Selbst im Falle sofortiger Zurückweisung des Auftrages hat unter den Voraussetzungen des Art. 323 jeder Kommissionär resp. sonstige Kaufmann die Pflicht, die etwa eingesendeten (konsignirten) Objekte einstweilen, d. h. innerhalb einer mit Rücksicht auf die konkreten Umstände zu bemessenden Frist auf Kosten des Auftraggebers vor jedem Schaden zu bewahren und alle jene Maassregeln zu ergreifen, welche zu diesem Zwecke im einzelnen Falle je nach den Umständen und dem Handelsgebrauche sich als nothwendig herausstellen, er hat z. B. die eingesendete Tratte zur Zahlung zu präsentiren und Mangels Zahlung Protest erheben zu lassen, rücksichtlich der übersendeten Waaren eventuell den Frachtlohn zu bezahlen, um einem Schaden bringenden Verkaufe durch den Frachtführer nach Art. 407 des H.G.B. vorzubeugen u. s. w.; er hat

---

[8]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 34 S. 96; vgl. l. 22 § 11 D. 17, 1.

BUAH

nur die Pflicht, diese Vorsichtsmaassregeln insoweit zu ergreifen, als es ohne seinen eigenen Nachtheil geschehen kann, und nur insoweit, als er für diese Kosten gedeckt ist.

Der Kommissionär resp. Kaufmann braucht daher nie mit mehr in Vorschuss zu gehen, als wofür er gedeckt ist, als er namentlich durch den Werth der Waare ersetzt zu erhalten sicher sein kann. Diese Pflicht zur Sorge für die übersendeten Gegenstände besteht für den berufsmässigen Kommissionär unter Umständen unabhängig von den Voraussetzungen des Art. 323, sie geht mit der Pflicht zur Antwort ganz parallel und beruht auf denselben Gründen; denn der Kommittent, der sich an einen berufsmässigen Kommissionär mit einem in den Gewerbebetrieb desselben einschlägigen Auftrag wendet, darf wohl erwarten, dass dieser seinen Auftrag nicht zurückweisen werde; wenn er ihm nun darauf vertrauend die Waare oder einen andern Gegenstand, z. B. Wechsel oder dergl. eingesendet hat, so würde es den im Geschäftsleben zu nehmenden Rücksichten und der bona fides widersprechen, wenn der Kommissionär die Waare der Verschlechterung oder dem Untergange, den Wechsel der Präjudizirung u. s. w. aussetzte. Uebrigens liegt die Anerkennung dieser Pflicht zur Sorgfalt für die übersendeten Gegenstände im Interesse des Kommissionärs selbst, denn gar mancher Kommittent würde es überhaupt nicht wagen, mit einem Kommissionär in Beziehung zu treten, wenn er befürchten müsste, dass seine Waare u. s. w. im Falle der Ablehnung der Kommission von Seite des Kommissionärs preisgegeben sein werde. Es ist daher nur gerechtfertigt, wenn jedem Kaufmanne unter den Voraussetzungen des Art. 323, dem berufsmässigen Kommissionär aber auch sonst unter Umständen, die Pflicht auferlegt erscheint, über die Erhaltung der übersendeten Waaren und anderen Gegenstände zu wachen und sie interimistisch zu schützen, bis der Kommittent selbst dafür zu sorgen in der Lage ist. Unterlässt es der, obwohl gehörig benachrichtigte Kommittent, jene Dispositionen zu treffen, welche durch die ihm bekannt gegebene Zurückweisung des Auftrages nothwendig gemacht worden sind, so kann der Kommissionär von dem Rechte des Art. 366 al. II des H.G.B. Gebrauch machen. Hat der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann die übersendeten Waaren und anderen Gegenstände auf sein Lager genommen, so hat er das Recht auf Abnahme resp. Zurücknahme von Seiten des Kommittenten Klage zu führen; er ist keineswegs darauf beschränkt, lediglich die anderen Mittel, welche ihm durch das Gesetz zur Sicherung vor den durch den Verzug des Kommittenten in Abnahme oder Zurücknahme drohenden Nachtheilen gewährt sind (nämlich Disposition oder Verkauf) geltend zu machen. Der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann darf die Uebernahme der Verpflichtung zur Abnahme von Seiten des Kommittenten als eine ihm stillschweigend offerirte Gegenleistung für den Fall betrachten, dass er trotz der Ablehnung des Auftrages die Waare hinnahm und sich selbst, zunächst nur im Interesse des Absenders, der Sorge um die einstweilige Aufbewahrung unterzog. Daneben hat er auch die Befugniss zur Deposition und zum Verkauf der übersendeten Waaren, aber die in Art. 323 Abs. 2 statuirte Pflicht zur einstweiligen Sorge setzt voraus, dass der Kommittent ver-

BUAH

pflichtet sei, den Kommissionär von dieser Sorge demnächst zu befreien, also die Waare wieder abzunehmen.[9])

Der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann handelt in allen diesen provisorischen Verfügungen als Kommissionär und kann als solcher seine Rechte ausüben, insbesondere auch wegen der Aufopferungen, die er aus eigenen Mitteln zur Erhaltung und Sicherung der Waare gemacht hat. Seine Berechtigung als Kommissionär ist nicht durch das Zustandekommen der Kommission bedingt, sondern nur dadurch, dass zwischen ihm und dem Kommittenten aus einer Kommissionsvertragsofferte überhaupt ein Rechtsverhältniss zur Existenz gelangt ist; ein solches liegt auch dann vor, wenn der Kommissionär den Auftrag nicht acceptirt und dessenungeachtet sich des Gutes, welches ihm vom Kommittenten in Erwartung der Annahme und zur Ausführung des Auftrages gleichzeitig mit diesem übersendet worden ist, anzunehmen verpflichtet war. Der Kommissionär resp. Kaufmann ist insoweit, als es zur Ausführung der ihm auferlegten Verpflichtungen nothwendig ist, zwar verpflichtet, die Waaren entgegenzunehmen, nicht aber die Waaren in sein Lager aufzunehmen, die Waare bei sich in Depot zu behalten und dafür die Verantwortung zu tragen; er kann auch, bevor noch der Eigenthümer der Waaren anderweitige Vorkehrungen treffen kann, bei dem Handelsgerichte die Niederlegung der betreffenden Objekte in einem öffentlichen Lagerhause, oder bei einem Dritten beantragen.

Wenn der Kommissionär resp. sonstige Kaufmann die Initiative zur Eingehung eines Kommissionsvertrages ergreift und dem gewollten Kommittenten seine Dienste in Beziehung auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft anbietet, so finden die Bestimmungen des Art. 323 des H.G.B. keine Anwendung,[10]) denn dieser Artikel bezieht sich nur auf jenen Fall, in welchem die Vertragsproposition von Seiten des **Auftraggebers** ausgegangen ist, nicht auf den gerade umgekehrten Fall, in welchem derjenige, der beauftragt sein will, das Anerbieten gemacht hat; das blosse Schweigen des gewollten Kommittenten auf die Offerte des Kommissionärs gilt daher, auch im Falle bestehender Geschäftsverbindung mit dem Kommissionär an und für sich nicht als Annahme, ausgenommen, wenn besondere Umstände eine stillschweigende Annahmeerklärung involviren, wenn namentlich sonst in dem Schweigen ein Verstoss gegen Treue und Glauben der Geschäftsverbindung gelegen wäre. Es verhält sich hier demnach umgekehrt, wie bei dem Schweigen des Kommissionärs auf die Offerte des Kommittenten. Diese verschiedene Behandlung ist auch durch die Natur der Sache gerechtfertigt; denn wenn der Kommittent dem Kommissionär einen Auftrag ertheilt, so darf man nach der Regel des Geschäftsverkehres von der Annahme ausgehen, dass der erstere einen festen Entschluss gefasst habe, das aufgetragene Handelsgeschäft für seine Rechnung auch wirklich eingehen zu lassen, umsomehr, als der Nichtabschluss desselben sogar in den meisten Fällen wahrscheinlich geeignet sein dürfte, die von ihm bereits getroffenen Dispositionen zu stören

---

[9]) R.O.H.G. VII 356.

[10]) Anders nach ungar. H.G.B. § 320, wenn der Kommittent ein Kaufmann ist.

BUAH

und ihm Schaden zu verursachen. Es ist daher ein Gebot von Treu und Glauben, dass sich der Kommissionär rasch erkläre, wenn er den Auftrag nicht annehmen will, dass sonst sein Schweigen als Annahme gelte. Dagegen darf der Kommissionär auf die Annahme seiner Offerte von Seiten des gewollten Kommittenten nicht eher mit Sicherheit rechnen, als bis er von der ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Zustimmung desselben Kenntniss erhalten hat, er handelt daher auf seine Gefahr, wenn er schon früher mit der Ausführung der von ihm ausgegangenen Kommissionsofferte begonnen hat. Der Kommissionär verräth durch seine Offerte zunächst nichts anderes als seinen Wunsch, durch den Geschäftsabschluss für Rechnung des Kommittenten eine Provision zu verdienen; es ist durch Treu und Glauben nicht geboten, dass sich der Kommittent sofort erkläre, wenn er den Antrag ablehnen will; denn das Schweigen des Kommittenten wird in der Regel nur bewirken, dass der Kommissionär die Provision nicht verdient, selten dass er etwas aus seinem Vermögen verliert.

Als Ort des Abschlusses des Kommissionsvertrages gilt der Ort der **Absendung** (Art. 321 des H.G.B.), nicht der Ort des Eintreffens der Annahmeerklärung resp. wenn das blosse Stillschweigen als Annahme gilt, der Ort, von dem anzunehmen ist, dass der Kommissionär daselbst durch sein blosses Stillschweigen acceptirt habe. Dieser Ort ist in der Regel auch der Erfüllungsort (Art. 324 al. 2 des H.G.B.). Regelmässig ist demnach der Ort, in welchem der Kommissionär seine Handelsniederlassung hat, als der Perfektions- und Erfüllungsort des Kommissionsvertrages anzusehen, so dass im Zweifel anzunehmen ist, dass das Recht resp. die Handelsgebräuche dieses Ortes bei der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse aus demselben nach der Absicht des Kontrahenten entscheidend sein sollen (Art. 370 des H.G.B.) es wäre denn, dass die Parteien etwas Anderes, sei es auch nur stillschweigend, vereinbart haben.[11])

Was die vom Kommissionär infolge des Auftrages für Rechnung des Kommittenten mit dritten Personen abgeschlossenen Handelsgeschäfte betrifft, so haben diese Geschäfte ihren eigenen, selbständig zu ermittelnden Perfektions- und Erfüllungsort, der möglicherweise von dem Perfektions- und Erfüllungsort des Kommissionsvertrages, von dem Sitze des Kommissionärs überhaupt verschieden ist; im Verhältniss zu dem Kommittenten kommt es allerdings darauf an, ob der Kommissionär dem Auftrage entsprochen hat, wenn er an dem für das abgeschlossene Geschäft maassgebenden Orte kontrahirt hat, denn nur unter dieser Voraussetzung darf man billigerweise annehmen, dass sich der Kommittent dem Rechte resp. den Handelsgebräuchen des Ortes des Geschäftes (Art. 369 des H.G.B.) unterwerfen wollte.

---

[11]) R.O.H.G. VII Nr. 1 S. 1; Sohm in Zeitschr. f. H.R. XVII S. 106; Hoffmann in Gruchots Beiträgen XI S. 74; v. Hahn zu Art. 360 § 14.

BUAH

3. Wirkungen des Kommissionsvertrages.

a. Verhältniss des Kommissionärs zum Kommittenten.

aa. Pflichten des Kommissionärs.

§ 315.

α. Die Pflicht zur Ausführung des Auftrags; die vertrags- und auftragswidrige Ausführung.[1])

Der Kommissionär hat den bestimmten Auftrag erhalten und angenommen, für Rechnung des Kommittenten ein Handelsgeschäft abzuschliessen, er ist verpflichtet, diesen Auftrag gehörig auszuführen, daher alles dasjenige zu thun oder zu unterlassen, was er, wenn er für eigene Rechnung gehandelt, durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet, gethan oder unterlassen hätte. Der Kommissionär ist verpflichtet Rechenschaft zu geben und dem Kommittenten dasjenige zu leisten, was dieser aus dem Geschäft zu fordern hat. Die Pflichten des Kommissionärs spalten sich daher nach drei Hauptrichtungen:

a) In die Pflicht zur gehörigen Ausführung des Auftrages, resp. zur Vergütung des Schadens, welcher dem Kommittenten durch die Nichtausführung oder die nicht gehörige Ausführung zugefügt worden ist;

b) in die Pflicht zur Rechenschaftsablegung über das für Rechnung des Kommittenten ausgeführte Geschäft.

c) In die Pflicht zur Herausgabe dessen, was er auf Grund des Auftrages für Rechnung des Kommittenten empfangen hat.

Für die Erfüllung dieser Pflichten haften mehrere Kommissionäre, welche der Kommittent mit der gemeinschaftlichen Ausführung derselben Kommission beauftragt hat, im Zweifel solidarisch (Art. 280 des H.G.B.); es steht ihnen die Einrede der Theilung und Vorausklage nicht zu (Art. 281 des H.G.B.).

Wie beim Auftrag überhaupt, so ist auch bei der Kommission als allgemeiner Grundsatz anzuerkennen, dass der Beauftragte den Auftrag nicht nach **seiner Ansicht**, sondern nur nach der **Absicht des Auftraggebers** auszuführen habe. Der Kommissionär muss sich demgemäss mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bestreben, diese maassgebende Absicht des Kommittenten zu erfassen und sich zum Verständniss zu bringen, er muss als sorgfältiger Kaufmann auch die üblichen technischen Ausdrücke, welche der Kommittent in seinem Auftrag gebraucht, kennen. Stellt sich daher der Auftrag als unklar und zweideutig (mandatum dubium) heraus und erscheint demgemäss die Absicht des Kommittenten als zweifelhaft, so ist es die Pflicht des Kommissionärs, bevor er den Auftrag ausführt, die nothwendige Aufklärung von Seite des Kommittenten einzuholen und deren Eintreffen abzuwarten. Der Kommissionär ist in diesem Falle nicht berechtigt, auf die Gefahr hin zu irren, dennoch zu handeln und den Willen des Kommittenten selbst zu deuten, denn eben dadurch, dass er den Kommittenten um nähere Aufklärung rücksichtlich dieses Willens ersucht,

[1]) Grünhut l. c. S. 104—208.

BUAH

hat er ja zugegeben, dass er diesen Willen nicht verstanden habe, dass ihm die Absicht des Kommittenten nicht klar geworden sei.

Ist der Auftrag nur **zum Theil** unklar und zweideutig, so hat der Kommissionär das Recht und die Pflicht, den unzweideutigen und klaren Theil des übernommenen Auftrages ohne Zögern auszuführen, vorausgesetzt, dass auch eine theilweise Ausführung des Auftrages als dem Willen des Kommittenten entsprechend und daher überhaupt als zulässig erscheinen würde.

Hat der Kommissionär dem Kommittenten mitgetheilt, wie er den ihm zweifelhaft erscheinenden Auftrag auffasse, und dass er die Absicht habe, den Auftrag dieser seiner Auffassung gemäss auszuführen, so ist er verpflichtet, die Erklärung des Kommittenten während einer den Umständen angemessenen Frist abzuwarten. Schweigt der Kommittent, so wird das blosse Schweigen in der Regel als eine Genehmigung dieser Auffassung des Kommissionärs zu gelten haben, denn es handelt sich hier nicht um eine von dem Kommissionär vorgeschlagene Modifikation der ursprünglichen Kommission, also um einen Antrag des Kommissionärs zu einer neuen Kommission, welcher durch das blose Schweigen des Kommittenten allerdings noch nicht als angenommen erscheinen würde, sondern es steht hier nur eine nachträgliche Interpretation der festgehaltenen, ursprünglichen Kommission in Frage, rücksichtlich deren eine sofortige Erklärung des Kommittenten unter den gegebenen Umständen in der Regel als durch die bona fides geboten erscheint.

Für die Ermittelung und Feststellung der Absicht des Kommittenten sind zunächst die Erklärungen des Letzteren, die von ihm ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten **Instruktionen** maassgebend.[2]) Die Pflicht des Kommissionärs, sich bei der Ausführung des Auftrages an die Instruktionen des Kommittenten zu halten, ist eine mehr oder weniger strenge, je nachdem die Absicht des Kommittenten erhellt, seine Instruktionen einen **imperativen (limitativen, obligatorischen)** Karakter zu geben oder nicht; im ersteren Falle kann man von einer **imperativen (limitativen, obligatorischen, gemessenen)** Kommission sprechen, im letztern Falle von einer **fakultativen** Kommission im **weiteren** Sinne. Die fakultative Kommission im weiteren Sinne ist aber entweder **demonstrative (enuntiative)** Kommission, wenn die Instruktionen, wie in der Regel, keinen imperativen Karakter haben, oder sie ist **fakultative (illimitirte)** Kommission im **engeren** Sinne, wenn von Seite des Kommittenten Instruktionen überhaupt nicht ertheilt sind.

---

[2]) Aufgabe der Wissenschaft kann und muss es sein auch in der folgenden Materie, in der das Gesetz zwar schweigen muss, die Wissenschaft sich aber nicht einfach zurückziehen und damit begnügen darf, bloss die Pflicht des Kommissionärs zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als den allgemeinen Ausgangspunkt der Beurtheilung hinzustellen, die Anleitung für die Lösung konkreter Fälle zu geben, Regeln aufzustellen, deren Anwendung allerdings der individuellen Beurtheilung einen weiten Spielraum lassen muss, die aber doch nicht ausser Acht gelassen werden können, ohne dass die Rechtspflege Schaden nimmt. Glaser im Gerichtssaal Bd. 33 S. 9—10; anders Löwenfeld in Zeitschr. f. H.R. Bd. 26 S. 342.

BUAH

Sind die Instruktionen des Kommittenten nach der erkennbaren Absicht des Letzteren **imperativ** gewollt, so ist der Kommissionär verpflichtet, dieselben bei der Ausführung des Auftrages genau zu beobachten. Die Schritte des Kommissionärs sind insoweit gezählt, die Art der Ausführung der Kommission ist streng vorgeschrieben, die vom Kommittenten gesetzten Grenzen sind genau einzuhalten, selbst dann, wenn nach Ansicht des Kommissionärs das Interesse des Kommittenten dabei Schaden litte und eine Abweichung von den imperativen Instruktionen sich für den Kommittenten als besonders vortheilhaft empfehlen würde. „Parir Ordre und thu' Unrecht." „Qui passe commission, perd." Die in dieser Strenge scheinbar gelegene Härte schwindet, wenn man bedenkt, dass die Voraussetzung dieser Strenge erst dann gegeben ist, wenn die Instruktionen auch wirklich als imperative gewollt sind. **Ob dies aber der Fall sei, hat der Kommissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im konkreten Falle zu prüfen; er macht sich daher verantwortlich, wenn er in einem gegebenen Fall die Instruktionen als imperativ gewollt buchstäblich befolgt, obwohl er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte erkennen müssen, dass die anscheinend imperativen Instruktionen nach der Absicht des Kommittenten für den gegebenen Fall nur demonstrative Bedeutung haben sollten,** weil z. B. plötzlich andere Umstände eingetreten sind, der Kommissionär aber als sorgfältiger Kaufmann einsehen musste, dass die Instruktionen sich nur auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge beziehen sollten, oder wenn es offenbar ist, dass der Kommittent bei Ertheilung der Kommission nicht gehörig unterrichtet, von ganz anderen Voraussetzungen ausgegangen war u. s. w.

Sind aber die Instruktionen **unzweifelhaft** imperativ gewollt, so ist der Kommissionär für jede, auch die geringste, sei es auch in bester Absicht vorgenommene Abweichung verantwortlich.[3]) Dies entspricht dem Verkehrsbedürfnisse, denn der Kommittent pflegt die eigentliche Spekulationsabsicht, von der er bei der Ertheilung der Kommission geleitet war, geheim zu halten, dem Kommissionär kann nicht zugemuthet werden, in diese geheime Absicht des Kommittenten einzudringen, er ist vielmehr verpflichtet, dieses Geheimniss zu respektiren. Aber auch dann, wenn ihm diese eigentliche Spekulationsabsicht bekannt geworden ist, so ist der Kommissionär wohl verpflichtet, gemäss der ihm bekannten Spekulationsabsicht des Kommittenten den Auftrag auszuführen, nicht aber dieselbe seiner Prüfung zu unterwerfen, je nach seiner Ansicht von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Kalküls des Kommittenten zu handeln und gleichsam in höherer Instanz zu beurtheilen, welche Maassregel dem Interesse des Kommittenten am besten entsprechen würden.

Der durch die imperativ gewollten Instruktionen des Kommittenten beschränkte Kommissionär, welcher sich bei der Ausführung des Auftrages nicht

---

[3]) Die meisten Schriftsteller gestatten unter Umständen Abweichung von den imperativen Instruktionen, doch beruht dies in der Regel darauf, dass im Hintergrunde immer die Vorstellung vorwaltet, dass die sog. imperativen Instruktionen doch nur eigentlich demonstrative Bedeutung haben sollten.

BUAH

ausschliesslich durch die Instruktionen leiten lässt, der etwas hinzuzufügen oder wegzulassen oder zu verändern sich gestattet, handelt auf seine Gefahr; es fehlt an der Identität des ausgeführten mit dem aufgetragenen Geschäfte. Der Kommittent ist nicht verpflichtet, das Geschäft anzuerkennen und ist berechtigt, falls eine instruktionsmässige Ausführung möglich gewesen wäre, Schadenersatz zu verlangen.

Sind die vom Kommittenten ertheilten Instruktionen nach der erkennbaren Absicht desselben nicht imperativ, sondern **demonstrativ** gewollt, so ist es dem Kommissionär unter gewissen Voraussetzungen gestattet, dann aber auch zur Pflicht gemacht, von den ertheilten Instruktionen abzuweichen. Die demonstrative Kommission kann juristisch so aufgefasst werden, als ob ein Auftrag mit einer bedingten alternativen Verpflichtung des Kommissionärs vorläge, nämlich der Auftrag, das aufgetragene Geschäft entweder so auszuführen, wie es in den demonstrativen Instruktionen vorgezeichnet erscheint, oder, wenn eine Abweichung von den Instruktionen durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erscheint und andere Instruktionen von Seiten des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten, so wie es das durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitete Ermessen des Kommissionärs mit sich bringen werde. Der Auftrag ist demnach nicht alternativ rücksichtlich des aufgetragenen Geschäftes selbst, was dann der Fall wäre, wenn der Kommittent zwei oder mehrere Geschäfte bezeichnete, von welchen nur entweder das eine oder das andere ausgeführt werden soll, sondern alternativ nur rücksichtlich des Modus der Ausführung; soweit der Auftrag alternativ ist, hat er auch fakultative Bedeutung. Der Auftrag ist aber auch zugleich jedenfalls insoweit imperativ, als der Kommissionär nur das aufgetragene Geschäft auszuführen berechtigt ist und kein anderes. Der Kommissionär ist unter den erwähnten beiden Voraussetzungen berechtigt und verpflichtet, von den demonstrativen Instruktionen schon dann abzuweichen, wenn er dadurch für den Kommittenten bessere Bedingungen zu erzielen hoffen kann.

Der Kommittent ist wegen einer unter diesen beiden Voraussetzungen erfolgten Abweichung von den Instruktionen nicht berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen. Tritt in diesem Falle der aus der Abweichung von der Instruktion erwartete Vortheil hinterher nicht ein, so haftet der Kommissionär überhaupt nicht, wenn er im Uebrigen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehandelt hat; hat er sich an die demonstrativ gegebene Instruktion getreu gehalten, so haftet er dessenungeachtet, wenn bewiesen wird, dass er durch eine Abweichung von derselben, welche im gegebenen Falle durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten gewesen wäre, bessere Bedingungen hätte erzielen können. In der unter den oben erwähnten beiden Voraussetzungen erfolgten Abweichung von der demonstrativen Instruktion ist nicht ein excessus mandati, eine unbeauftragte Geschäftsführung des Kommissionärs gelegen; wäre letzteres der Fall, so könnte nur von einem **Rechte** des Kommissionärs zur Abweichung, nicht von einer **Pflicht** zur Abweichung die Rede sein; vielmehr handelt der Kommissionär,

BUAH

welcher unter den erwähnten Voraussetzungen von der demonstrativen Instruktion abweicht, nicht als negotiorum gestor, sondern als Mandatar.

Wie bei allen alternativen Obligationen ist auch hier zunächst unbekannt, was der Kommissionär zu leisten hat; erst hinterher wird bestimmt, welcher Modus der Ausführung als der Leistungsgegenstand anzusehen sei. Es liegt eine Obligation vor mit verschiedenen Ausführungsarten und desshalb mit Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes. Sämmtliche Ausführungsarten sind in obligatione, die eine in den demonstrativen Instruktionen vorgezeichnete unbedingt, die andere bedingt, aber nur eine ist in solutione. Erst wenn sämmtliche Ausführungsarten als alternativ geschuldete Leistungsgegenstände unmöglich geworden sind, wird der Kommissionär wegen Unmöglichkeit der Ausführung von seiner Verpflichtung befreit.[4]) Der Kommittent muss das gegen den Inhalt der Instruktion abgeschlossene Geschäft als für sich geschlossen gelten lassen, wenn der instruktionswidrig handelnde Kommissionär beweist, dass die Instruktionen nach der erkennbaren Absicht des Kommittenten, welche er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes sich klar zu machen gesucht hat, einen blos demonstrativen Karakter haben sollten, dass er als sorgfältiger Kaufmann annehmen durfte, dass die Abweichung von den Instruktionen, die Wahl der anderen Alternative, des anderen Ausführungsmodus, der wahren Absicht des Kommittenten entsprechen werde, und dass andere Instruktionen von Seite des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten.

Der in den demonstrativen Instruktionen angegebene Modus der Ausführung bleibt immer der Prinzipalmodus, der andere dem Kommissionär alternativ gestattete Weg soll nur eventuell und subsidiär zur Anwendung kommen, nur dann, wenn neue Instruktionen nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten und die Wahl eines anderen Modus der Ausführung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vortheile des Kommittenten geboten erscheint. Liegt also ein Auftrag mit Instruktionen des Kommittenten vor, und findet der Kommissionär bei einer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgenommenen Untersuchung, dass eine Abweichung von den Instruktionen im Sinne des Kommittenten gelegen wäre, z. B. eine genaue, der Instruktion gemässe Ausführung für den Kommittenten offenbar Schaden nach sich ziehen würde, dass die Instruktion also insoweit blos einen demonstrativen und keinen 'imperativen Karakter haben soll, so hat der Kommissionär den Kommittenten unverzüglich von der Sachlage zu informiren, damit dieser im Stande sei, den Auftrag zu modifiziren und andere Verfügungen zu treffen, ausserdem aber im Falle der Dringlichkeit, wenn dem Kommissionär bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ein Aufschub in der Ausführung des Auftrages nicht gestattet erscheint, ist er berechtigt und verpflichtet von den Instruktionen abzuweichen und nach seinem Ermessen zu handeln. Eine buchstäbliche Ausführung des Auftrages verstiesse gegen den Geist desselben und gegen die wahre Absicht des Kommittenten, wäre überhaupt ein

---

[4]) Regelsberger in Jahrb. f. Dogm. XVI 159.

BUAH

Missbrauch von Treu und Glauben und enthielte daher eine Pflichtverletzung; denn der Kommissionär darf und muss, wenn nicht unzweifelhaft feststeht, dass der Kommittent die Instruktionen im imperativen Sinne verstanden und daher buchstäbliche Ausführung gemäss den Instruktionen gewollt habe, von der Annahme ausgehen, dass der Auftrag stets durch das erkennbare Interesse des Kommittenten begrenzt sei. Wenn also z. B. der Kommissionär mit Rücksicht auf ein ihm bekannt gewordenes, dem Kommittenten aber bei Ertheilung der Instruktionen offenbar unbekannt gebliebenes Ereigniss als sorgfältiger Kaufmann denken muss, dass der Kommittent in Kenntniss dieses Ereignisses den Auftrag überhaupt nicht ertheilt, oder dessen Ausführung aufgeschoben hätte, oder wenn der Kommissionär gar weiss, dass der Kommittent auf eine offenbar falsche Grundvoraussetzung hin die Spekulation unternommen hatte, so ist er, wenn nicht mehr rechtzeitig andere Instruktionen von Seite des Kommittenten eingeholt werden könnten, trotz der vorliegenden Instruktionen, in Wahrheit aber dem eigentlichen Willen des Kommittenten entsprechend berechtigt und verpflichtet, das aufgetragene Geschäft nicht oder nicht sofort auszuführen; er rechtfertigt das vom Kommittenten in ihn gesetzte Vertrauen eben dadurch, dass er bei Wegfall der Umstände, auf welche der Auftrag berechnet war, mit der Einsicht eines sorgfältigen Kaufmannes selbständig handelt. Er ist in solchen Fällen nur für den Schaden verantwortlich, welchen er dabei für den Kommittenten durch die Nichtbeachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes herbeigeführt hat. — Wenn z. B. der Kommittent den Kommissionär mit dem Ankauf verschiedener Waaren beauftragt, und dem Kommissionär bekannt ist, dass der Kommittent diese Waaren lediglich bei einem bevorstehenden öffentlichen Feste oder bei einer erst abzuschliessenden Lieferung für einen in Krieg befindlichen Staat zu verwerthen hoffen kann und auch nur mit Rücksicht darauf bestellt hat, der Kommissionär aber aus zuverlässiger Quelle erfährt, dass diese Festlichkeit nicht stattfinden werde, dass der Friede geschlossen worden sei, so würde die dessenungeachtet erfolgende Ausführung des Auftrages dem wahren Willen des Kommittenten widersprechen; der Kommissionär müsste hier den Kommittenten von der veränderten Sachlage verständigen und neue Instruktionen einholen.

Die **illimitirte** oder **fakultative** Kommission im **engeren** Sinne zeichnet sich dadurch aus, dass der Kommittent sich bei derselben überhaupt enthält in Beziehung auf das aufgetragene Geschäft irgend einen bestimmten Modus der Ausführung, sei es auch nur durch eine demonstrative Instruktion, vorzuzeichnen, vielmehr es dem Kommissionär überlässt, bei der Wahl dieses Modus nach seinem freien Ermessen (uti voluerit) vorzugehen, je nach der günstigen Gelegenheit auf Grund der augenblicklichen Eindrücke seine Entschlüsse zu fassen, die Mittel für die Ausführung des aufgetragenen Geschäftes nach seinem Belieben zu wählen, überhaupt im Interesse und zum Vortheil des Kommittenten nach seinen besten Kräften zu handeln. So ausgedehnt nämlich auch die durch eine solche Kommission dem Kommissionär gelassene Freiheit der Bewegung sein mag, so ist der Kommissionär doch nicht als berechtigt anzusehen, etwa blossen Eingebungen der persönlichen Laune ganz unbeschränkt und zum Nach-

BUAH

theile des Kommittenten zu folgen, da doch vernünftiger Weise von keinem Kommittenten angenommen werden kann, er habe dem Kommissionär das Recht geben wollen, seine Interessen zu schädigen anstatt zu schützen. Daraus ergibt sich aber, dass die auch rein fakultative, illimitirte Kommission stets ihre natürlichen Grenzen in der durch die Kommission begründeten Pflicht des Kommissionärs finden muss, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vortheile des Kommittenten zu handeln und dessen Interessen zu wahren. So lange sich der Kommissionär bei der Ausführung der fakultativen Kommission innerhalb dieser Grenzen bewegt, so lange er nur dasjenige thut, resp. unterlässt, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen zu thun resp. zu unterlassen pflegt, so kann, wie immer der von ihm gewählte Modus der Ausführung, wie immer auch der Schlusserfolg der Operation für den Kommittenten beschaffen sein mag, von einer Verletzung des Auftrages nicht die Rede sein. Der Kommissionär ist daher in Beziehung auf seine Verantwortlichkeit gedeckt, und es kann ihm, wenn er sich bei seinen Schritten von der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes lenken liess, nicht zur Last gelegt, daher auch nicht zur Grundlage eines Schadenersatzanspruches gemacht werden, wenn er sich geirrt, wenn er kraft der ihm eingeräumten diskretionären Gewalt im guten Glauben einen ihm vortheilhaft scheinenden Modus der Ausführung der Kommission gewählt hat, bei welchem aber die von dem Kommittenten unternommene Handelsspekulation gescheitert ist, während er einen anderen ihm nachtheilig scheinenden Modus hintanzusetzen für gut gefunden hat, bei dessen Wahl die nun gescheiterte Operation ein für den Kommittenten vortheilhaftes Resultat gehabt hätte; denn der Kommissionär hat das aufgetragene Geschäft ausgeführt und kein anderes; es ist so anzusehen, als ob der Kommissionär den Auftrag erhalten hätte, dasjenige zu thun resp. zu unterlassen, was er gethan resp. unterlassen hat, und es gerade so zu thun resp. zu unterlassen, wie er es gethan resp. unterlassen hat. Wollte es der Kommittent anders, so war es seine Sache, dies durch die Ertheilung von Instruktionen zu bestimmen, er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er nunmehr nicht zufrieden ist. Anders aber, wenn der Kommissionär über die auch bei der fakultativen Kommission selbstverständlich gezogenen Grenzen hinausgeht und durch die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes das Interesse des Kommittenten schädigt; es liegt dann eine Verletzung des sei es auch rein fakultativen Auftrages vor, welchen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im guten Glauben auszuführen eine dem Kommissionär durch das Gesetz auferlegte Pflicht ist. Der Komittent ist zwar nicht berechtigt, das von dem Kommissionär geschlossene Geschäft zurückzuweisen, der Kommissionär ist aber verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, welchen er für den Kommittenten durch die Nichtbeobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes herbeigeführt hat. Die Verantwortlichkeit des Kommissionärs ist daher z. B. begründet, wenn er mit notorisch zahlungsunfähigen Personen kontrahirt hat oder ganz unnöthigerweise auf dem Kommittenten offenbar nachtheilige Bedingungen eingegangen ist. So erscheinen die Gefahren, welche aus der fakultativen Gestaltung der Kommission für den

BUAH

Kommittenten hervorgehen können, wesentlich verringert. Ist auch dem Kommissionär unter den verschiedenen möglichen Arten der Ausführung des Auftrages die freie Wahl gelassen, so ist der Kommittent doch nicht verpflichtet, alles, was der Kommissionär zu thun und zu unterlassen für gut befunden, unbesehen für sich gelten zu lassen. Der Kommittent ist vielmehr nur an dasjenige ohne Weiteres gebunden, was der Kommissionär mit Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gethan resp. unterlassen hat, ganz unabhängig davon, ob der Kommissionär mit oder ohne Erfolg gehandelt hat. Hat aber der Kommissionär etwas gethan resp. unterlassen, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen nicht zu thun resp. zu unterlassen pflegt, so ist der Kommittent berechtigt, den Ersatz des ihm zugefügten Schadens zu beanspruchen, er ist nur nicht berechtigt, das für ihn geschlossene Geschäft zurückzuweisen.

Die Kommission kann niemals blos fakultativ oder blos demonstrativ sein, sie muss immer wenigstens insoweit imperativ sein, als es die Bestimmtheit des Gegenstandes erfordert, sie könnte allerdings blos imperativ sein, allein sie erscheint selten praktisch rein in dieser Form. Bei den plötzlichen und häufigen Schwankungen des Handelsverkehrs wäre die Gefahr begründet, dass die blos imperative Kommission sich nicht selten gegen das Interesse des Kommittenten kehren würde, insbesondere bei dem Handel in der Ferne ist ein sehr fühlbarer Uebelstand der imperativen Kommission darin gelegen, dass der Kommissionär nicht einmal das Recht hat, solche Hindernisse des Geschäftsabschlusses, welche von dem Kommittenten nicht vorausgesehen worden waren, auf eigene Hand zu beseitigen, so dass der Abschluss des von dem Kommittenten gewünschten Geschäftes oft erschwert, häufig ganz unmöglich gemacht wird. Der Handelsverkehr zieht daher die fakultative Gestaltung der Kommission vor. Zuweilen beschränkt sich der Kommittent darauf, den Inhalt des Auftrages nur in den für die Bestimmtheit nothwendigen Umrissen zu präzisiren und dem Kommissionär im Uebrigen die bestmögliche Ausführung desselben vorzuschreiben. Allein wenn eine solche, blos fakultative Gestaltung der Kommission zu weit geht, so wird dadurch dem freien Ermessen des Kommissionärs ein allzu grosser Spielraum eingeräumt, das Interesse des Kommittenten wird dann zu sehr der, wenn auch durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bestimmten Ansicht des Kommissionärs überantwortet, und der Erfolg einer vom Kommittenten unternommenen, dem Kommissionär vielleicht unbekannt gebliebenen Spekulation nicht selten gefährdet. A beauftragt z. B. den Kommissionär B für seine Rechnung 10 Ballen Baumwolle zu kaufen, bestimmt aber weder die Qualität, noch das Gewicht des einzelnen Ballens, noch den Preis, noch den Zeitpunkt des Einkaufs, noch die Art und Zeit der Versendung; der Kommittent hat ohne Zweifel die Absicht, irgend eine Handelsoperation durchzuführen, und zu diesem Zwecke die bestellte Waare zu verwenden; soll aber diese Spekulation gelingen, so muss die Waare eine bestimmte Qualität haben, zu einer bestimmten Zeit eintreffen u. s. w.; es geht daher nicht wohl an, dass der Kommittent in allen diesen Punkten den Kommissionär nach freiem Ermessen schalten lasse. In der Regel erfolgt daher eine passende Kombination der drei Formen der Kom-

BUAH

mission. Der Kommittent gestaltet den Auftrag nur in einigen Punkten imperativ, in anderen blos demonstrativ und in anderen rein fakultativ. A beauftragt z. B. den Kommissionär B ohne Limitirung des Preises für seine Rechnung eine gewisse Anzahl Ballen einer genau angegebenen Sorte amerikanischer Baumwolle einzukaufen und dieselbe, wenn thunlich, mittelst des Dampfschiffes X zu überschicken. Diese Kommission ist rücksichtlich der Qualität imperativ, rücksichtlich des Preises fakultativ und rücksichtlich der Art der Versendung demonstrativ.

Im Einzelnen ist in Beziehung auf die Pflicht zur Ausführung der Kommission Folgendes zu bemerken:

1. **Mittel der Ausführung.** Jede Kommission gibt dem Kommissionär stets an und für sich jene Befugnisse, welche bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes als nothwendig erscheinen, um das aufgetragene Geschäft ausführen zu können; denn es ist anzunehmen, dass der Kommittent, der die Ausführung des in seinem Interesse ertheilten Auftrages will, auch die Mittel zur Ausführung wolle. Kann der Auftrag auf verschiedenartigem Wege ausgeführt werden, stehen also dem Kommissionär zur Erreichung desselben Zieles verschiedene Mittel zu Gebote, so kommt es zunächst darauf an, ob der Kommittent in Beziehung auf die Mittel der Ausführung Instruktionen ertheilt hat oder nicht. Im letzteren Falle, wo die Kommission rücksichtlich der Mittel der Ausführung fakultativ gestaltet ist, steht es dem Kommissionär frei, nach seinem Ermessen die Mittel der Ausführung zu wählen. Dieses Ermessen hat seine natürliche Grenze in der Pflicht des Kommissionärs, den Vortheil des Kommittenten mit der Sorgfalt eines durch verständige Vorsicht geleiteten ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Der Kommissionär, welcher seinen Entschluss momentan auf Grund der derzeitigen Eindrücke zu fassen gezwungen ist, kann möglicher Weise über die Richtigkeit der Mittel der Ausführung in diesem Augenblicke irren; er ist nur dann verantwortlich, wenn er den Irrthum durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes hätte verhindern können. Bei Beurtheilung seines Verhaltens ist nicht auf den Erfolg zu sehen; hat er durch die verständige Vorsicht eines ordentlichen Kaufmannes bestimmt gehandelt, so kann es ihm nicht schaden, wenn sich hinterher zeigen sollte, dass die Wahl anderer Mittel der Ausführung ein günstigeres Resultat für den Kommittenten zur Folge gehabt hätte. Der Kommissionär macht sich nicht verantwortlich, wenn er die Art und die Mittel der Ausführung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gewählt hat. Hat aber der Kommittent in Beziehung auf die Mittel der Ausführung etwas vorgeschrieben, so ist zu untersuchen, ob die ertheilten Instruktionen vom Kommittenten **imperativ** oder blos **demonstrativ** gewollt sind. Im ersten Falle ist der Kommittent bei jeder Abweichung von den vorgezeichneten Mitteln der Ausführung berechtigt, das Geschäft zurückzuweisen, eventuell, wenn eine auftragsmässige Ausführung möglich gewesen wäre, Schadenersatz zu verlangen; es liegt eine Ueberschreitung des Auftrages (excessus mandati) vor.[5]) Im letzteren Falle ist der Kommittent

[5]) Ausnahmen von dem obigen Grundsatze sind in Art. 363, 364, 369 H.G.B. enthalten.

BUAH

wegen einer Abweichung von den blos demonstrativ angegebenen Mitteln der Ausführung zur Zurückweisung des Geschäftes nicht berechtigt, vorausgesetzt, dass diese Abweichung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten war, und dass andere Instruktionen von Seite des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten; denn der Kommissionär handelt ja innerhalb der ihm eingeräumten Befugniss, wenn er bei Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen an Stelle der demonstrativ angegebenen Mittel der Ausführung andere substituirt; doch macht er sich jedenfalls trotz des Vorhandenseins jener beiden Voraussetzungen für die aus der Abweichung für den Kommittenten entstandenen nachtheiligen Folgen verantwortlich, wenn er bei der gerechtfertigten Abweichung von den Instruktionen nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist; wenn also der Kommissionär etwa gar aus blosser Laune andere Mittel der Ausführung substituirt, obwohl der Ausführung durch die von dem Komittenten demonstrativ angegebenen Mittel kein Hinderniss im Wege stand, also die Wahl eines anderen Mittels der Ausführung nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten war, so kann der Kommittent das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen und, falls eine auftragsmässige Ausführung möglich gewesen wäre, Schadenersatz verlangen. Ist die Substituirung anderer Mittel der Ausführung an und für sich gerechtfertigt, erscheint aber die Lage des Kommittenten durch die Abweichung von den Instruktionen verschlechtert, so macht sich der Kommissionär schadenersatzpflichtig, wenn er nicht zu beweisen vermag, dass er bei dieser Abweichung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehandelt habe.

Behauptet der Kommittent, dass der üble Ausgang der Angelegenheit darauf zurückzuführen sei, dass sich der Kommissionär bei der Wahl der Mittel der Ausführung einen Mangel an Sorgfalt zu Schulden kommen liess, so liegt es dem Kommissionär ob, den speziell angegebenen Rügen des Kommittenten gegenüber sein Verfahren als das eines ordentlichen Kaufmannes zu rechtfertigen.

2. **Substitution eines anderen Kommissionärs.** Es fragt sich, ob und inwieweit der Kommissionär berechtigt ist, sich bei der Ausführung der Kommission der Hilfe anderer Personen zu bedienen oder gar die Ausführung einem Substituten zu übertragen.[6]) Der Kommittent lässt sich in der Regel bei der Auswahl des Kommissionärs durch gewisse der Person, dem Geschäftsorganismus und der Firma desselben anhaftende Momente, insbesondere durch den Kredit, die Geschäftsverbindungen, die Pünktlichkeit und Rechtlichkeit, Geschäftsgewandtheit und ähnliches bestimmen, welche bewirken, dass er nur **diesen** Kommissionär und keinen anderen, diese Firma und keine andere will, umsomehr, als ja der Kommissionär im **eigenen** Namen abzuschliessen hat; dadurch ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Kommissionär sich bei der Ausführung der Kommission der Arbeit dritter Personen bediene (**arg.** Art. 371), soweit solche Mitwirkung fremder Kraft der Sorgfalt eines ordentlichen Kauf-

---

[6]) Grünhut l. c. S. 312—324.

BUAH

mannes bei Ausführung des Geschäftes entspricht und nicht durch besondere Bestimmung des Kommittenten ausgeschlossen ist. Unverträglich wäre es aber damit, wenn der Kommissionär ohne Gestattung des Kommittenten die Ausführung der Kommission im Ganzen einem Substituten übertragen wollte; denn es ist anzunehmen, dass der Kommittent dem Kommissionär wohl die Ausführung der Kommission, nicht aber an und für sich die Wahl eines anderen Kommissionärs anvertrauen wollte. Ist daher dem Kommissionär die Bestellung eines Substituten von dem Kommittenten nicht ausdrücklich oder stillschweigend gestattet worden, so muss er die übernommene Kommission selbst ausführen;[7]) eine stillschweigende Ermächtigung zur Substitution ist aber, als durch die Natur des Geschäftes geboten, in der Regel insbesondere dann anzunehmen, wenn die persönliche Ausführung durch den Kommissionär selbst eine solche Ortsveränderung desselben erforderlich machen würde, welche nach den Umständen des Falles bei Beobachtung der Regeln eines ordnungsmässigen Verkehres nicht erwartet werden kann.[8])

Ist die Substitution von dem Kommittenten (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet, so haftet der Kommissionär lediglich für ein Verschulden bei der Auswahl des Substituten,[9]) sog. culpa in eligendo; er haftet also nicht, wenn er bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes durchaus keinen Grund hatte, den Substituten kaufmännisch ungünstig zu beurtheilen. Die Bestellung eines Substituten ist in diesem Falle unter Umständen eine Pflicht des Kommissionärs, so dass sich dieser schadenersatzpflichtig macht, wenn er die Substitution unterlässt; allerdings berechtigt ein unvorhergesehenes und unvermeidliches Hinderniss zur Aufkündung des Auftrages, aber für diesen Fall ist eben die Substitution gewollt.

Ueberträgt der Kommissionär, ohne dass ihm die Bestellung eines Substituten (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet worden, die Ausführung des Geschäftes einem Anderen, so ist zu unterscheiden, ob ihm die Substitution unvermeidlich geworden oder ob er dieselbe ohne Noth vorgenommen.

Im ersten Falle steht der substituirende Kommissionär ebenfalls nur für ein Verschulden bei der Auswahl des Substituten ein. Dass aber dem Kommissionär die Substitution durch die Umstände unvermeidlich geworden, lässt sich nur dann behaupten, wenn er, ohne eigenes Verschulden verhindert selbst zu handeln, in bona fide unter dem Zwange der Dringlichkeit substituirt hat, weil

---

[7]) Bei dem Kommissionsgeschäfte hat die Möglichkeit der Substitution noch ihre besonderen Schattenseiten, welche dann hervortreten, wenn der Kommissionär, wie in der Regel, im eigenen Namen substituirt; schon die Frage, ob in einem gegebenen Falle eine Substitution stattgefunden habe, ist nicht immer leicht und nur als quaestio facti mit Rücksicht auf die Umstände zu beantworten.

[8]) Eine Substitutionsbefugniss darf überall da angenommen werden, wo der Werth der Leistung ein objektiver ist und auf eigene oder alleinige Leistung des Verpflichteten von dem Berechtigten nach der Verkehrssitte nicht gerechnet werden kann. So Goldschmidt in s. Zeitschr. Bd. XVI S. 299, 337; v. Wyss l. c. S. 87—91, R.O.H.G. Bd. XI Nr. 49 S. 146.

[9]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 49 S. 146.

BUAH

er sich in die Alternative versetzt sieht, entweder zum Schutze der ihm anvertrauten Interessen des Kommittenten die Substitution vorzunehmen, oder durch den mit der Verständigung des Kommittenten behufs Instruktionsertheilung verknüpften Aufschub in der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes die Interessen des Kommittenten zu gefährden und nicht nur den Erfolg in Frage zu stellen, sondern auch den Kommittenten mit Verlust zu bedrohen; so z. B. wenn der Kommissionär B sich verhindert sieht, die Einkaufskommission selbst auszuführen, aber wohl weiss, dass die Ausführung des Geschäftes etwa wegen einer von A übernommenen Lieferung einerseits dringlich, andererseits die rechtzeitige Benachrichtigung des A behufs Wahl eines anderen Kommissionärs unmöglich sei. Nimmt der Kommissionär in einem solchen Nothfalle die Substitution vor, so handelt er als Mandatar auf Grund der dem Kommissionär für diesen Fall (ipso jure) durch das Gesetz selbst ertheilten Befugniss; der Kommissionär hat aber unter diesen Umständen auch die Verpflichtung, zu substituiren; denn das Gesetz ertheilt ja die Ermächtigung zur Substitution nicht im Interesse des Kommissionärs, sondern in dem des Kommittenten; es geht von der Annahme aus, dass der Kommittent vor allem die objektive Ausführung des aufgetragenen Geschäftes wolle, nicht aber die subjektive Ausführung gerade nur durch diesen Kommissionär; der Kommissionär macht sich daher verantwortlich, wenn er, obwohl durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Substitution geboten war, die Substitution schuldbarer Weise nicht vorgenommen hat und das Geschäft unausgeführt geblieben ist; dadurch allein wird einer ernstlichen Gefährdung der Interessen des Kommittenten vorgebeugt; der Kommissionär ist nur dann ausser aller Haftung, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes sowohl bei der Beurtheilung der Frage, ob ein gesetzlicher Substitutionsfall vorhanden sei, als auch bei der Wahl des Substituten vorgegangen ist. Hat der Kommissionär erst nach erklärter Aufkündung die Substitution vorgenommen, so ist dies keine Substitution kraft des Auftrages, der ja durch den Rücktritt erloschen ist, sondern eine negot. gestio des Kommissionärs, der sich an und für sich in das ihm fremd gewordene Geschäft nicht weiter zu mischen hatte.

Im zweiten Falle handelt der Kommissionär, wenn er, ohne dass es ihm von dem Kommittenten gestattet worden und ohne Noth substituirt, nicht auf Grund des Mandates, nicht kraft einer ihm durch Vertrag oder Gesetz eingeräumten Befugniss, sondern als negot. gestor und haftet jedenfalls ganz allein für den Erfolg; jedes Verschulden des Substituten verpflichtet ihn, wie sein eigenes.[10]) Dem Kommissionär darf es nicht freistehen, obwohl er den Auftrag übernommen, sich von den Verpflichtungen aus demselben in versteckter Weise los zu machen; der Kommissionär haftet insbesondere auch dann für jedes Verschulden des Substituten, wenn er zwar ohne eigenes Verschulden selbst

[10]) So auch nach gem. R. l. 2 § 1 D. si mensor. 11,6; Jhering in s. Jahrb. für Dogm. Bd. IV S. 84 ff.; Ubbelohde in Zeitschr. f. H.R. VII S. 219 ff.; v. Wyss S. 89; Windscheid § 410; ebenso österr. G.B. § 1010; preuss. Landr. I 13 § 38; sächs. G.B. § 1308.

BUAH

zu handeln verhindert war, der Abschluss des Geschäftes aber ohne Nachtheil für den Kommittenten hätte aufgeschoben werden können; denn der Kommissionär ist verpflichtet, von dem eingetretenen Substitutionsbedürfniss den Kommittenten zu verständigen und dessen Ordre abzuwarten.

Wenn der Kommittent die Substitution ausdrücklich verbietet, so steht die Absicht des Kommittenten fest, das Geschäft nur durch diesen Kommissionär abzuschliessen oder unausgeführt zu lassen; der Kommissionär muss sich an diese Vorschrift halten; überträgt der Kommissionär dessenungeachtet die Ausführung des Geschäftes einem anderen, so handelt er nicht mehr auf Grund des Auftrages, sondern als negot. gestor und zwar gegen den erklärten Willen des dominus.

Ist die Substitution gestattet, so hängt es von der näheren Bestimmung des Kommittenten ab, ob der Kommissionär von der Substitutionsbefugniss nach freiem Ermessen oder nur unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere im Falle eigener Verhinderung, Gebrauch zu machen befugt sein soll; entspricht ersteres dem Willen des Kommittenten, so trifft den Kommissionär keine Verantwortung, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Substitution vorgenommen hat, gleichgiltig, ob er die Kommission selbst hätte ausführen können oder nicht; entspricht letzteres dem Willen des Kommittenten, so müssen jene Voraussetzungen vorhanden sein, von welchen die Zulässigkeit der Substitution abhängig gemacht ist; der Kommissionär muss das Vorhandensein dieser Voraussetzungen darthun, insbesondere also seine eigene Verhinderung, sonst ist er, wenn er nicht etwa die Substitution in einem Nothfalle vorgenommen, für die Thätigkeit des Substituten in vollem Umfange verantwortlich.

Zuweilen bezeichnet der Kommittent einen eventuellen Substituten; diese Bezeichnung kann **imperativ** oder **demonstrativ** gewollt sein; ist ersteres der Fall, so ist die Wahl einer anderen Person als Substituten nicht gestattet; der Kommissionär, welcher den imperativ bezeichneten Substituten bestellt hat, haftet für denselben nicht weiter; in der imperativen Bezeichnung einer bestimmten Person als Substituten ist die Ausschliessung einer jeden anderen Person gelegen; der Kommissionär muss also selbst handeln und darf auch, wenn die Bestellung eines Substituten unvermeidlich und durch die Noth geboten ist, keinen Anderen als Substituten bestellen; substituirt er aber einen Anderen als den Bezeichneten, so haftet der Kommissionär ganz allein für den Erfolg, er steht für die Thätigkeit des Substituten in vollem Umfange ein. Ist die Bezeichnung des Substituten blos demonstrativ gewollt, so ist der Kommissionär unter Umständen berechtigt und verpflichtet, von der Bezeichnung des Kommittenten abzuweichen und eine andere Person an Stelle des genannten Substituten zu wählen, so z. B., wenn der genannte Substitut im Augenblicke, wo das Bedürfniss der Substitution eintritt, nicht mehr kreditwürdig ist, oder wenn er die Uebernahme der Kommission verweigert; denn es ist anzunehmen, dass der Kommittent diese bestimmte Person als Substituten nur deshalb bezeichnet habe, weil er von dem Kredite derselben und ihrer Bereitwilligkeit die Kommission zu übernehmen überzeugt war; der Kommissionär muss allerdings zunächst den Kommittenten davon

BUAH

verständigen, damit derselbe eine andere Person als Substituten zu bezeichnen in der Lage sei; ist aber Gefahr im Verzuge, leidet also das Geschäft keinen Aufschub, so widerspräche es seiner Pflicht, als ordentlicher Kaufmann zu handeln, wenn er gestützt auf die von dem Kommittenten vorgenommene demonstrative Bezeichnung des Substituten das Geschäft unausgeführt liesse oder die Ausführung der bezeichneten Person übertrüge, obwohl der Kommittent, wenn er von dem Eintritte der neuen Umstände Kenntniss erlangt, dieselbe gewiss nicht als Substituten bezeichnet hätte; in einem solchen Falle ist dem Kommissionär die Bestellung einer anderen Person an Stelle des vom Kommittenten bezeichneten Substituten unvermeidlich geworden; geht er bei dieser Wahl eines anderen Substituten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vor, so trifft ihn weiter keine Verantwortlichkeit; es verhält sich dann gerade so, wie wenn der Kommittent die Substitution zwar gestattet, die Person des Substituten aber nicht bezeichnet hätte; der Kommissionär hat demnach so zu handeln, als ob der Kommittent das Recht zur Substitution und die Wahl des Substituten seinem freien Ermessen überlassen hätte.

Für alle Fälle auch der befugten Substitution gilt der Grundsatz, dass der Kommissionär bei sonstiger Verantwortlichkeit den Auftrag so zu übertragen habe, wie er selbst ihn übernommen; die empfangenen Instruktionen sind demnach treu zu vermitteln [11]) und der Substitut muss in die Lage gesetzt werden, den Auftrag so zu erfüllen, wie der substituirende Kommissionär selbst dazu verpflichtet war. Wenn der Kommissionär **im eigenen Namen**, sei es auch befugter Weise substituirt, also selbst als Kommittent und nicht blos im Namen [12]) seines Kommittenten eine Kommission ertheilt hat, so besteht kein direktes Vertragsverhältniss zwischen dem Kommittenten und dem Substituten; es liegen rücksichtlich eines und desselben Geschäftes zwei Kommissionsaufträge vor, der eine zwischen dem Kommittenten und Kommissionär, der andere zwischen dem Kommissionär und Substituten; Substitut und Kommittent des substituirenden Kommissionärs können gegeneinander nur die dem Kommissionär gegen den

---

[11]) Wie, wenn der Kommissionär seinem Substituten auf telegraphischem Wege den Auftrag ertheilt hat und das Telegramm bei dem letzteren mit verändertem Inhalt eingetroffen ist, an den sich der Substitut nun auch bei der Ausführung sorgfältig gehalten hat? Was das Verhältniss zwischen Kommissionär und Substituten betrifft, so hat, wenn den Substituten kein Verschulden trifft, der erstere den Schaden zu tragen; kann er aber, wenn ihn durchaus kein Verschulden trifft, verlangen, dass der Kommittent den Schaden auf seine Rechnung nehme? Allerdings; zwischen dem Kommittenten und dem substituirenden Kommissionär ist das Mandat perfekt geworden; der letztere hat Anspruch auf Ersatz eines Schadens, den er ohne die Ausführung des Auftrages sicher nicht erlitten hätte. Das aufgetragene Geschäft sollte für Gefahr und Rechnung des Kommittenten vollzogen werden; daher müssen auch die nachtheiligen Folgen des, statt des beabsichtigten, ohne Verschulden des Kommissionärs wirklich vollzogenen Geschäftes den Kommittenten treffen. Vgl. die interessanten Entsch. des Ob.App.G. Lübeck, Stadt.G und App.G. Frankfurt in Zeitschr. f. H.R. X Bd. S. 536—551.

[12]) Substituirt er im Namen seines Kommittenten, so liegt ein im Wege der Stellvertretung abgeschlossener Kommissionsvertrag mit allen Rechtswirkungen eines solchen zwischen dem Kommittenten und dem Substituten vor.

BUAH

einen und anderen zustehenden Klagen nach erfolgter Abtretung, welche mit der Mandatsklage erzwungen werden kann, geltend machen. Der substituirende Kommissionär selbst, welcher seinem Kommittenten die Substitution und den Namen des Substituten bekannt gegeben, steht, wenn anders er bei der Substitution mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist, insbesondere die empfangenen Instruktionen getreu mitgetheilt hat, materiell der weiteren Ausführung der Kommission fremd gegenüber und haftet seinem Kommittenten nicht für den bei der Ausführung demselben durch ein Verschulden des Substituten zugefügten Schaden, ist ihm aber zur Abtretung der formell für ihn gegen den Substituten entstandenen Klagerechte verpflichtet; es verhält sich gerade so, als ob die dem substituirenden Kommissionär ertheilte Kommission von vornherein nur darauf gerichtet gewesen wäre, einem anderen Kommissionär die Kommission zu ertheilen; hat der Substitut den ihm von dem substituirenden Kommissionär gehörig mitgetheilten Auftrag pünktlich ausgeführt, so ist der Kommittent, wenn auch nicht direkt dem Substituten, sondern zunächst nur dem substituirenden Kommissionär gegenüber, gebunden, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen gelten zu lassen; der letztere hat die a⁰. mandati contr. auf Ersatz des Aufwandes u. s. w. (Art. 371), also auch der dem Substituten gezahlten Provision; denn der Auftrag ist übereinstimmend mit den von dem Kommittenten dem substituirenden Kommissionär gegebenen Instruktionen ausgeführt worden; nichts ist verändert als die Person, welche das Geschäft ausgeführt hat, und diese Veränderung ist ja der Voraussetzung gemäss, sei es vermöge Gestattung des Kommittenten, sei es ipso jure, jedenfalls auf Grund des Auftrages erfolgt.

Da der Kommissionär bei fakultativer Kommission berechtigt ist, von der strengen Ausführung des Auftrages nach seinem Ermessen, wenn es nur die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes mit sich bringt, abzuweichen, so darf er denselben auch durch den Substituten modifizirt ausführen lassen, doch haftet er selbstverständlich in Ansehung der Modifikation für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Der substituirende Kommissionär, der dem Substituten den Auftrag nicht so ertheilt, wie er ihn empfangen hat, z. B. die demonstrativ gestaltete Kommission in eine rein fakultative umgewandelt hat, ist sowohl gegenüber den Kommittenten (mittelst a⁰. mandati dir.) als auch gegenüber dem Substituten (mittelst a⁰. mandati contr.) haftbar.

3. Das **Limito**. Ist von dem Kommittenten der Preis (Kaufpreis, Frachtlohn, Prämie), zu welchem das aufgetragene Geschäft abgeschlossen werden soll, ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt worden, — **Limito** —[13]), so hat sich zwar der Kommissionär bei der Ausführung an diese Vorschrift zu halten, im Zweifel aber nur insoweit, als dies nicht mit dem Interesse des Kommittenten offenbar unvereinbar ist, also nur insoweit sie nicht in einer dem Kommittenten

---

[13]) Vgl. Eine eigenthümliche Art der Preislimitirung bei der Verkaufskommission in R.O.H.G. XIX Bd. Nr. 21 S. 70.

BUAH

offenbar günstigen Richtung überschritten werden kann.[14]) Das von dem Kommittenten vorgeschriebene Limito hat demnach im Zweifel nur insofern einen **imperativen** Karakter, als eine Ueberschreitung desselben zum offenbaren Nachtheil des Kommittenten unzulässig ist, als es die Minimal- resp. Maximalgrenze enthält, unter welche hinab resp. über welche hinaus der Kommissionär nicht gehen darf[15]); im Uebrigen ist es aber blos **demonstrativer** Natur. Der Kommissionär gilt daher im Zweifel für berechtigt und verpflichtet, von dem Limito als einer blos demonstrativ angegebenen Instruktion in einer dem Kommittenten günstigen Richtung abzuweisen.

Wenn der Kommissionär das Limito zum Vortheile des Kommittenten überschreitet, z. B. theuerer verkauft und billiger einkauft als von dem Kommittenten vorgeschrieben, oder bei der Transportkommission einen billigeren Frachtlohn oder bei der Versicherungskommission eine billigere Prämie erlangt u. s. w., so liegt eine Verletzung des Auftrages nicht vor; denn es muss im Zweifel angenommen werden, dass eine solche Abweichung von der Vorschrift des Kommittenten der wahren Absicht desselben entspricht und dass die Zulässigkeit einer solchen Abweichung in dem Auftrage des Kommittenten stillschweigend gelegen sei. Der Kommissionär macht sich sogar verantwortlich, wenn er durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die im Limito von dem Kommittenten gesetzte Preisgrenze erreicht hat, obwohl er zu einem Preise hätte abschliessen können, welcher dem Kommittenten offenbar günstiger gewesen wäre. Es heisst nicht als ordentlicher Kaufmann handeln, wenn der Kommissionär die Konjunkturen des Marktes nicht wahrnimmt, die Preise der Gegenstände nicht kennt und die günstigeren Preisbedingungen, zu welchen das aufgetragene Geschäft hätte abgeschlossen werden können, im Interesse des Kommittenten zu erlangen versäumt. Allerdings hat der Kommittent den Preis bestimmt, aber diese Bestimmung muss im Zweifel so verstanden werden, als ob der Kommittent den stillschweigenden Vorbehalt gemacht hätte, dass der Kommissionär gehalten sein solle, wenn möglich, zu günstigeren Preisbedingungen zu kontrahiren, also z. B. billiger einzukaufen oder theuerer zu verkaufen als limitirt ist.[16])

---

[14]) Zuweilen ist das Limito imperativ gewollt; der Kommittent kann aus gewissen Gründen wollen, dass das Limito streng eingehalten, dass z. B. nicht theurer verkauft oder nicht billiger eingekauft werde, als von ihm limitirt worden, etwa weil er die Absicht hat, einen gewissen Preis auf dem Markte hervorzurufen oder zu halten, oder um nicht gegen einen vorübergehenden Gewinn einen viel grösseren Schaden zu erleiden, dadurch z. B., dass der Absatz der Waare schwieriger gestaltet, ja dauernd eingeschränkt, die Kundschaft vermindert wird, u. s. w. Die Absicht des Kommittenten, dass das Limito imperativen Karakter haben solle, daher streng eingehalten werde, müsste insbesondere erklärt werden.

[15]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 61 S. 187, 188.

[16]) Zuweilen erklärt der Kommittent trotz der Bestimmung eines Preis-Limito ausdrücklich, dass er sich in Beziehung auf alles dasjenige, was der Zustand des Marktes etwa nothwendig machen werde, also auch rücksichtlich des Preises, auf die Klugheit des Kommissionärs verlasse.

BUAH

Während die Abweichung von dem Limito in der dem Kommittenten günstigen Richtung als zum offenbaren Vortheil des Kommittenten gereichend, die Ausführung der Kommission in der Regel als tadellos erscheinen lässt, begründet jede Abweichung in der entgegengesetzten Richtung die Verantwortlichkeit des Kommissionärs.

Hat der Kommittent über den Preis, zu dem das aufgetragene Geschäft abgeschlossen werden soll, keine Bestimmung getroffen, ist also die Kommission in diesem Punkte fakultativ gestaltet, so macht sich der Kommissionär nicht verantwortlich, wenn er bei der Preisbestimmung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist.

4. **Die Kreditgewährung.** Der Kommissionär ist ohne spezielle (ausdrückliche oder stillschweigende) Gestattung des Kommittenten nicht befugt, einem Dritten Vorschüsse zu geben oder Kredit zu gewähren (Art. 369 Abs. 1).[17] Eine stillschweigende Gestattung liegt insbesondere dann vor, wenn der Kommissionär gemäss Vereinbarung mit dem Kommittenten das del credere-stehen übernommen hat, oder wenn der Kommissionär bei bestehender Geschäftsverbindung mit dem Kommittenten in ähnlichen Präzedenzfällen wiederholt Kredit zu gewähren und Vorschuss zu machen pflegte, ohne dass der Kommittent dagegen Einspruch erhoben hätte. Der Kommissionär macht sich auch dann verantwortlich, wenn er bei der unbefugten Kreditgewährung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat; denn das Gesetz hat das Recht zur Kreditertheilung und Vorschussgewährung aus dem Kreise der dem Kommissionär durch den Kommissionsvertrag gegebenen Befugnisse überhaupt ausgeschieden.[18] Hat der Kommittent ausdrücklich oder stillschweigend gestattet, Vorschuss zu geben oder Kredit zu gewähren, so macht sich der Kommissionär verantwortlich,[19] wenn er sich nicht genau an die von dem Kommittenten in Beziehung auf die Modalitäten der gestatteten Kreditgewährung ertheilten Vorschriften gehalten, z. B. in Beziehung auf den Zeitraum der Kreditgewährung u. s. w., und überhaupt, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vernachlässigt, also etwa Personen Kredit gewährt hat, welche rücksichtlich ihrer Zahlungsfähigkeit das Zutrauen des kaufmännischen Publikums nicht genossen haben, oder gar notorisch in keinem guten Kredit gestanden sind u. s. w.

Gewährt der Kommissionär Kredit, ohne dass es ihm von dem Kommittenten ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist, oder nicht so, wie es ihm vorgeschrieben ist, so handelt er, da er auch nicht ipso jure dazu berechtigt ist, nicht als Kommissionär, sondern ohne Auftrag. Hat der Kommittent die Kreditgewährung nicht nur nicht (ausdrücklich oder stillschweigend) gestattet, sondern sogar verboten, oder hat der Kommissionär die von dem Kommittenten gegebenen imperativen Vorschriften rücksichtlich der Modalitäten der befugten

---

[17]) Ungar. H.G.B. § 375 Abs. 1.

[18]) Etwas besonderes gilt bei der Verkaufs-Kommission.

[19]) Vgl. Entsch. des öst. oberst. Ghf. v. 4. März 1859 in Glaser-Unger-Walther II Nr. 784.

BUAH

Kreditgewährung nicht beobachtet, so ist er dem Kommittenten verantwortlich. Etwas besonderes gilt aber bei der Verkaufskommission (s. unten).

5. **Der Ort der Ausführung.** Hat der Kommittent rücksichtlich des Ortes der Ausführung der Kommission nichts bestimmt, so steht es dem Kommissionär frei, den Ort der Ausführung nach seinem durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleiteten Ermessen zu wählen. Im Zweifel ist aber die Annahme gerechtfertigt, dass es der Wille des Kommittenten sei, dass der Kommissionär das Geschäft an dem Orte seiner Niederlassung auszuführen (arg. Art. 370 H.G.B.), dass also dieser Ort als der Ort der Ausführung zu gelten habe; denn das von dem Kommittenten dem Kommissionär geschenkte Vertrauen steht in der Regel in einem besonderen inneren Zusammenhang zu dem Orte der Niederlassung des Kommissionärs, so dass es dem Kommittenten an und für sich nicht gleichgiltig sein kann, ob die Ausführung an diesem oder an einem anderen Orte erfolgt. An dem Orte der Niederlassung wird der Kommissionär muthmaasslich am besten bekannt sein und besonderes Vertrauen geniessen; hier wird er in der Regel den Geschäftsverkehr und die Handelsgebräuche am genauesten kennen, die Bezugs- und Absatzquellen, die Geschicklichkeit der Arbeiter am richtigsten beurtheilen, er dürfte daher überhaupt im Stande sein, am Orte seiner Niederlassung bessere Bedingungen zu erzielen, als anderswo. Hat der Kommissionär den Auftrag an einem anderen Orte ausgeführt, so ist er schadenersatzpflichtig, wenn er nicht beweisen kann, dass er nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände als ordentlicher Kaufmann die Ueberzeugung hegen durfte, dass die Ausführung an diesem anderen Orte dem Willen des Kommittenten entspreche.

6. **Die Zeit der Ausführung.** Hat der Kommittent rücksichtlich der Zeit der Ausführung nichts bestimmt, so steht es dem Kommissionär frei nach seinem Ermessen den Zeitpunkt der Ausführung zu wählen. Seine kaufmännische Geschicklichkeit zeigt sich gerade darin, dass er es versteht, die Bewegungen des Handelsverkehrs sorgfältig zu beobachten, die günstige Gelegenheit für den Abschluss des Geschäftes zu erspähen, sie rasch zu ergreifen und aus den Konjunkturen zu Gunsten des Kommittenten Vortheil zu ziehen. Der Kommissionär ist aber verpflichtet, das Geschäft bei der ersten sich darbietenden, günstigen Gelegenheit, insoferne also so bald als möglich, ohne Aufschub, sofort auszuführen; denn das freie Ermessen des Kommissionärs in der Wahl des Zeitpunktes hat auch hier seine natürliche Grenze in der Pflicht des Kommissionärs, den Vortheil des Kommittenten mit der Sorgfalt eines durch verständige Vorsicht geleiteten ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Im Handelsverkehre aber, wo es so sehr auf Schnelligkeit des Handelns ankommt, darf der Abschluss eines Handelsgeschäftes nicht in das Ungewisse hinausgeschoben werden. Das Geschäft, welches, heute ausgeführt, dem Kommittenten Gewinn gebracht hätte, kann, morgen ausgeführt, Verlust zur Folge haben; auch ist es ja leicht möglich, dass sich die einmal verlorene Gelegenheit zum Abschluss überhaupt nicht mehr wiederfindet, daher erscheint der Kommissionär verpflichtet, ohne Verzug sofort zu handeln, sobald die Sachlage so beschaffen ist, dass das wohlerwogene Interesse des Kommittenten einem ordentlichen Kaufmann den günstigen Augen-

BUAH

blick für die Ausführung des aufgetragenen Geschäftes als gekommen und nicht mehr als räthlich erscheinen lässt, mit der Ausführung des Auftrages zu warten. Der Kommissionär macht sich daher verantwortlich, wenn er durch die Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes den ersten günstigen Augenblick für den Abschluss des aufgetragenen Geschäftes unbenutzt vorübergehen liess. Der Kommissionär ist genöthigt, seinen Entschluss auf Grund der derzeitigen Eindrücke momentan zu fassen, daher ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass er über die Opportunität des Zeitpunktes in diesem Augenblick geirrt hat. Eine Pflichtverletzung kann ihm nur dann zum Vorwurf gemacht werden, wenn er diesen Irrthum durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes hätte vermeiden können. Bei der rechtlichen Beurtheilung des Verhaltens des Kommissionärs ist nicht auf den Erfolg zu sehen; seine Diligenz in der Pflichterfüllung kann ihm selbstverständlich nicht schaden, auch wenn sich hinterher zeigen sollte, dass es vortheilhafter gewesen wäre, mit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes zu warten, da später ein noch günstigerer Zeitpunkt für den Abschluss desselben gekommen wäre. —

7. **Die Anzeigepflicht.** Hat der Kommittent in Beziehung auf die Anzeigepflicht des Kommissionärs nichts bestimmt, so ist der Kommissionär kraft Rechtsnothwendigkeit (Art. 361 H.G.B.) [20]) verpflichtet, dem Kommittenten rücksichtlich des aufgetragenen Geschäftes alle jene Nachrichten zu geben, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erscheinen. Unter den „erforderlichen Nachrichten" (Art. 361 H.G.B.) sind zunächst alle jene Nachrichten zu verstehen, welche dem Kommissionär vor und während der Ausführung des Auftrages bekannt werden, wenn deren Kenntniss nach der durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes bestimmten Einsicht des Kommissionärs dem Kommittenten von Nutzen zu sein und sein weiteres Verhalten zu beeinflussen vermöchte. Der Kommittent hat in seinen Handelsoperationen um so mehr Aussicht auf Erfolg, je schneller und besser er unterrichtet ist. Der Kommissionär, welcher diese Nachrichten, so wie er sie empfangen, bona fide und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemacht hat, haftet nicht für die Richtigkeit derselben. Zu den erforderlichen Nachrichten gehört insbesondere auch nach der vollzogenen Ausführung die sofortige, d. h. die ohne Aufschub, soweit dieser nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gerechtfertigt werden kann, gemachte Anzeige des Vollzuges. Diese letztere Anzeige ist besonders dazu geeignet, das weitere Verhalten des Kommittenten zu beeinflussen. Der Kommittent kann, so lange er diese Anzeige nicht erhalten hat, nicht mit Sicherheit Verfügungen treffen; die Pflicht zur Anzeige dieses Umstandes ist ein Korollar des Grundsatzes, dass es dem Kommittenten frei steht re integra bis zur Ausführung des Geschäftes die Kommission zu modifiziren und zu widerrufen. Zur wirksamen Geltendmachung dieses Rechtes muss der Kommittent in der Lage sein, auf Pünktlichkeit des Kommissionärs in der Erfüllung seiner Anzeigepflicht gerade rücksichtlich dieses Umstandes rechnen

[20]) Ebenso ungar. H.G.B. § 369.

BUAH

zu können; er ist berechtigt von der Annahme auszugehen, dass der Kommissionär den Geschäftsabschluss noch nicht für opportun erachtet und desshalb unterlassen habe, dass also der Auftrag noch nicht ausgeführt worden sei, wenn ihm die erfolgte Ausführung nicht innerhalb einer den Umständen angemessenen Zeit vom Kommissionär angezeigt worden ist. Der Kommittent, an den die Anzeige des Vollzuges nicht gelangt ist, ist nicht verpflichtet sich bei dem Kommissionär zu erkundigen; der letztere muss unaufgefordert die Anzeige erstatten und zwar alsbald nach der Ausführung des Auftrages.[21]) Die Anzeige des Kommissionärs, das Geschäft so wie es ihm aufgetragen worden, ausführen zu wollen, steht nicht gleich der Anzeige der wirklich erfolgten Ausführung und kann die letztere demnach nicht ersetzen.[22]) Hat der Kommissionär seine Anzeigepflicht gar nicht, oder nicht gehörig, insbesondere verspätet, erfüllt, so ist der Kommittent berechtigt, den Ersatz des ihm zugefügten Schadens zu verlangen.

Die vertrags- und auftragswidrige Ausführung. Die Verpflichtungen des Kommissionärs rücksichtlich der Ausführung der Kommission werden zunächst durch die gegenseitige, ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Willenseinigung des Kommittenten und des Kommissionärs bestimmt; der Kommittent ist es, welcher in dem Antrage zum Abschlusse des Kommissionsvertrags seiner inneren Willensbestimmung gemäss dem Inhalt dieser Verpflichtungen durch imperative oder demonstrative Instruktionen, also durch seine **Willenserklärung** feststellt; der Kommissionär übernimmt den Auftrag und erklärt dadurch mit obligirender Wirkung seinen Willen, die durch die Instruktionen des Kommittenten, welche den Inhalt des übernommenen Auftrages gestalten, begründeten Verpflichtungen zu erfüllen. Insoweit eine solche besondere, ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung rücksichtlich der Verpflichtungen des Kommissionärs nicht stattgefunden hat, wollen beide Theile die Rechtssätze walten lassen, durch welche der Inhalt des Kommissionsvertrages, wie überhaupt eines jeden Rechtsgeschäftes, bestimmt wird, oder sie gelten als so wollend.[23]) Die dispositiven Bestimmungen der Rechtsordnung, welche in genereller Weise vorherbestimmt, dass dem Kommissionär mannigfache Pflichten mit Bezug auf die Ausführung der Kommission und zwar vor, während und nach der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes (so Art. 365, 367 H.G.B.) obliegen, treten ein, sobald die Parteien durch ihren ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Vertragswillen dieselben nicht ausgeschlossen oder modifizirt haben.

Diese schon durch das **Gesetz** begründeten Pflichten des Kommissionärs stehen mit denjenigen Verpflichtungen, welche durch die, sei es auch nur **stillschweigend** ertheilten Instruktionen des Kommittenten und die entsprechende, zwar nicht ausdrücklich erklärte, aber immer wirklich und deutlich erklärte Willenseinigung der Kontrahenten festgestellt werden, also auf Grund einer Willensbethätigung der Parteien in das Dasein zu treten haben, nicht auf einer

[21]) R.O.H.G. Bd. 18 Nr. 85 S. 313 Bd. 22 Nr. 41.
[22]) R.O.H.G. Bd. 11 Nr. 19 S. 43.
[23]) Vgl. Laband in Zeitschr. f. H.R. XVII. Bd. S. 496.

BUAH

Linie; es kommt auf den **Willen** des Kommissionärs sie zu übernehmen ebenso wenig an, wie auf den Willen des Kommittenten sie aufzuerlegen. Ihr Eintritt ist unabhängig davon, ob sich die Parteien diese an den Kommissionsvertrag durch das Recht selbst geknüpften Rechtsfolgen als solche in ihrem Bewusstsein vorgestellt oder gewollt haben, ob sie sich denselben überhaupt unterwerfen wollten oder nicht.

Die Ausführung der Kommission kann nach diesen beiden Richtungen hin eine **vertragswidrige** im weiteren Sinne sein, sei es dass der Kommissionär seine durch die ausdrücklich oder **stillschweigend** ertheilten, imperativen oder demonstrativen Instruktionen des Kommittenten bestimmten Verpflichtungen oder dass er seine schon durch das Gesetz in Beziehung auf die Ausführung des Auftrages generell vorgezeichneten Pflichten verletzt hat. Aber nur im ersteren Falle, soweit die Ausführung dem durch die Willen**serklärung** bestimmten, dem gewollten Inhalt des Kommissionsvertrages widerspricht, liegt eine **auftragswidrige** Ausführung im eigentlichen Sinne (contra mandatum, excessus mandati) vor; denn der Kommissionär unterlässt es gemäss dem durch die imperativen oder demonstrativen Instruktionen gestalteten Inhalt des Auftrages, welcher durch die gegenseitige, ausdrücklich oder **stillschweigend** erklärte Willenseinigung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär vereinbart worden ist (lex contractus) zu handeln; er erlaubt sich über den in den Instruktionen zunächst durch den maassgebenden Willen des Kommittenten gestalteten Auftrag sich hinwegzusetzen und seinen Einzelwillen an Stelle des im übernommenen Auftrage gegenseitig vereinten Willens zu substituiren. Im letzteren Falle aber, soferne die Ausführung blos dem durch Rechtssätze bestimmten Inhalt des Kommissionsvertrages nicht entspricht, verstösst die Ausführung zwar unmittelbar gegen die objektive Rechtsnorm, welche der Verbindlichkeit des Kommissionärs rücksichtlich der Ausführung des Auftrages eine durch die Verkehrsbestimmung des Kommissionsverhältnisses gebotene feste Gestalt vorgezeichnet hat, sie verletzt das Vertragsrecht des Kommittenten, wie es durch das objektive Recht normirt ist, sie ist daher **vertragswidrig**, sie ist aber nicht **auftragswidrig**, insoferne der Auftrag zunächst doch nur durch den in den Instruktionen ausgesprochenen, maassgebenden Willen des Kommittenten seine Gestalt gewinnt. Jede auftragswidrige Ausführung ist demnach zugleich vertragswidrig, aber nicht jede vertragswidrige Ausführung ist zugleich auch auftragswidrig.

Für den Fall der **auftragswidrigen** Ausführung, wenn „der Kommissionär nicht gemäss dem **übernommenen** Auftrag handelt", sind im Gesetze (Art. 362 H.G.B.) kumulativ zwei Rechte des Kommittenten anerkannt, sowohl das Recht das vom Kommissionär mit Verletzung des übernommenen Auftrages für Rechnung des Kommittenten abgeschlossene Handelsgeschäft für eigene Rechnung des Kommissionärs zu lassen, als auch das Recht Schadenersatz zu verlangen. Es würde entschieden gegen den Geist des Gesetzes und gegen die Bedürfnisse des Handelsverkehrs verstossen, wenn man dem Kommittenten das Recht zuerkennen wollte, in jedem Falle einer **vertragswidrigen** Ausführung im weiteren Sinne, also wegen jeder Verletzung der dem Kommissionär aus dem Kommissionsver-

BUAH

trage obliegenden Verbindlichkeiten von dem Kommissionsvertrage überhaupt zurückzutreten und sich von dem für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäfte ganz loszusagen.

Das Rücktrittsrecht des Kommittenten ist vielmehr prinzipiell nur auf die **auftragswidrige** Ausführung im eigentlichen Sinne einzuschränken. Auftragswidrig in diesem Sinne handelt aber der Kommissionär stets, wenn er bei der Ausführung die von dem Kommittenten ausdrücklich oder **stillschweigend** ertheilten, **imperativ** gewollten Instruktionen, nicht beobachtet, also diesseits oder jenseits der von dem Kommittenten strikte vorgeschriebenen Grenzen handelt; ferner wenn er bei der Ausführung die von dem Kommittenten ausdrücklich oder **stillschweigend** ertheilten **demonstrativ** gewollten Instruktionen nicht beobachtet, ohne dass die beiden oben erwähnten Voraussetzungen einer gerechtfertigten Abweichung vorhanden waren, ohne dass also die Abweichung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erschien und dass andere Instruktionen von Seite des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden konnten. [24])

In beiden Fällen hat der Kommissionär nicht als Beauftragter gehandelt, er hat vielmehr ein Geschäft abgeschlossen, das ihm der Kommittent gar nicht aufgetragen, ja sogar verboten hat, denn in den von dem Kommittenten ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten imperativen oder demonstrativen Instruktionen ist zugleich stets das Verbot enthalten, etwas zu thun, was gegen dieselben geschehen würde, und zwar bei der imperativen Instruktion ein unbedingtes Verbot dieses Inhalts, bei der demonstrativen Instruktion ein bedingtes Verbot, bedingt dadurch, dass die Abweichung nicht durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten erscheinen würde und dass andere Instruktionen von Seiten des Kommittenten nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden könnten. Das unbedingte, resp. bedingte Verbot des Kommittenten das Geschäft anders auszuführen, als von ihm imperativ resp. demonstrativ vorgeschrieben worden ist, bildet aber den geraden Gegensatz zu einem Auftrage. Der Kommissionär, der sich um dieses Verbot nicht kümmert, führt nicht das aufgetragene Geschäft, sondern ein von demselben wesentlich verschiedenes Geschäft aus; er handelt nicht gemäss dem Auftrage, nicht gemäss dem Willen des Kommittenten, er trotzt vielmehr dem ausgesprochenen Willen des letzteren, er maasst sich das Recht an, das Hinderniss, welches sich der von ihm beabsichtigten Maassregel in Gestalt der Instruktion in den Weg stellte, dessen Beseitigung dem Kommittenten allein zusteht, eigenmächtig aus dem Wege zu räumen, und glaubt die Interessen des Kommittenten besser beurtheilen zu können, als dieser selbst. Der Kommittent ist daher berechtigt, das gegen die imperative Instruktion abgeschlossene Rechtsgeschäft jedenfalls, das gegen die demonstrative Instruktion abgeschlossene Rechtsgeschäft unter gewissen Voraussetzungen, als ein auftragswidriges, ja als ein von ihm verbotenes Geschäft zurückzuweisen.

---

[24]) Ausnahmen von der Regel sind im Art. 363, 364 H.G.B. im Interesse des Kommittenten rücksichtlich des Limito und in Art. 369 H.G.B. rücksichtlich der Kreditgewährung bei der Verkaufskommission anerkannt.

BUAH

Dagegen verpflichtet die blos vertragswidrige, aber nicht eigentlich auftragswidrige Ausführung den Kommissionär nur zur Leistung des Interesses wegen der durch ihn verschuldeten Benachtheiligung des Kommittenten.[25]) Eine blos vertragswidrige Ausführung in diesem Sinne liegt dann vor, wenn der Kommissionär von den vom Kommittenten ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten, lediglich **demonstrativ** gewollten Instruktionen zwar berechtigter Weise abgewichen ist, in diesem berechtigten, selbständigen Vorgehen aber nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat; eine blos vertragswidrige Ausführung liegt umsomehr bei einer blos fakultativ gestalteten, ohne Instruktion ertheilten Kommission vor, wenn der Kommissionär bei der Ausführung derselben nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat. In beiden Fällen hat der Kommissionär blos von der ihm eingeräumten Befugniss Gebrauch gemacht, in Beziehung auf die durch den Auftrag nicht näher normirten Punkte den muthmaasslichen Willen des Kommittenten zu erforschen, so dass er auf Grund des Auftrages und innerhalb der Grenzen desselben gehandelt hat, wenn auch seine Willensbestimmung in Beziehung auf jene Punkte **neben** dem Auftrage erfolgen musste. Hat er dabei die ihm nach dem Gesetze obliegende Pflicht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorzugehen, verletzt, so hat er zwar das aufgetragene Geschäft schlecht ausgeführt, er hat aber eben doch das ihm wirklich aufgetragene Geschäft und kein anderes ausgeführt; der Wille des Kommissionärs war durch keine ihm von dem Kommittenten vorgezeichneten Normen gebunden; er hat daher nicht dem ausgesprochenen Willen des Kommittenten Trotz geboten, er hat nicht contra mandatum gehandelt. Der Kommittent ist daher nur berechtigt, den Ersatz des ihm von dem Kommissionär verschuldeter Weise zugefügten Nachtheiles zu verlangen.[26])

So aufgefasst entspricht die Bestimmung des Art. 362 H.G.B. den besondern Bedürfnissen des Handelsverkehrs, der dabei gewiss nicht zu gewinnen hat, wenn man dem Kommittenten gestattet, sich in **jedem** Falle, wann immer der Kommissionär vertragswidrig gehandelt hat, von dem für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäfte loszusagen, in dessen Interesse es aber wohl gelegen ist, dass man dem Kommittenten das Recht zuerkennt, ein Geschäft zurückzuweisen, welches der Kommissionär unter willkürlicher Ueberschreitung der Schranken, die von dem Kommittenten in den ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten, imperativ oder demonstrativ gewollten Instruktionen gezogen sind, abzuschliessen für gut fand.

---

[25]) So in Art. 365, 367 H.G.B. (ebenso §§ 371, 373 ungar. H.G.B.) anerkannt.

[26]) Vermag der Kommittent darzuthun, dass das ihm vom Kommissionär zu leistende Interesse wegen der besonderen Umstände des gegebenen Falles mit der gänzlichen Lossagung vom Vertrage zusammenfalle, weil eben durch das schuldhafte, vertragswidrige Verhalten des Kommissionärs die Ausführung der Kommission allen Werth für den Kommittenten verloren habe, so braucht er nicht das Geschäft als für seine Rechnung abgeschlossen gelten zu lassen; in der That fehlt es dann an jedem wirthschaftlichen Zusammenhang zwischen dem ausgeführten und dem aufgetragenen Geschäft, so dass man sagen muss, es seien zwei verschiedene Geschäfte in Frage. Vgl. R.O.H.G. Bd. 22 Nr. 41.

BUAH

Würde einerseits der Kommissionär in jedem Falle vertragswidrigen Handelns die Zurückweisung des für Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Geschäftes gewärtigen müssen, so würde kaum jemand wagen können eine Kommission zu übernehmen. Hätte andererseits der Kommittent keine genügende Garantie dafür, dass der Kommissionär seinen in den Instruktionen ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Willen respektiren werde, so würde er es in den meisten Fällen vorziehen, anstatt eine Kommission zu ertheilen, das aufgetragene Geschäft selbst auszuführen. Beide Extreme widersprechen der Verkehrsbestimmung des Kommissionsverhältnisses; sie werden aber durch die hier vertretene Auffassung des Art. 362 H.G.B. vermieden.

Auch der Wortlaut des Art. 236 H.G.B. kann für die hier vertretene Auffassung verwerthet werden; im Art. 362 sind die beiden Rechte des Kommittenten kumulativ für den Fall anerkannt, dass „der Kommissionär nicht gemäss dem übernommenen Auftrag handelt". Wie sich aus den Protokollen (S. 1187, 1188) ergibt, soll das Wort „übernommen" dasselbe bedeuten, wie das Wort „erhalten"; die Substituirung des eines Wortes an Stelle des anderen wurde lediglich als eine redaktionelle Aenderung betrachtet. Der Kommissionär hat aber eigentlich nur denjenigen Theil des Auftrages erhalten, resp. übernommen, dessen Inhalt der Kommittent ausdrücklich oder stillschweigend durch imperative oder demonstrative Instruktionen bestimmt, rücksichtlich dessen eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung der Parteien stattgefunden hat, in jenen Bestandtheilen aber, welche unabhängig von dem Willen des Kommittenten, nicht in Auslegung sondern in Ergänzung seines Willens durch dispositive Rechtsnormen ihre Gestalt gewinnen, hat der Kommittent den Auftrag nicht ertheilt und der Kommissionär nicht erhalten, resp. übernommen. Dass die Worte „gemäss dem übernommenen Auftrag" im Art. 362 nur in dieser engeren Bedeutung aufzufassen seien, ergibt sich auch aus dem Gegensatze zu dem vorausgehenden Art. 361. Hier heisst es: „Der Kommissionär hat das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten **gemäss dem Auftrage** auszuführen, d. h. nicht blos gemäss dem Auftrage, soweit er durch den ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochenen Willen des Kommittenten in imperativer oder demonstrativer Instruktion bestimmt und von dem Kommissionär übernommen worden ist, sondern auch gemäss dem Auftrage, soweit er unabhängig von dem Willen der Kontrahenten durch das objektive Recht normirt erscheint.

Die engere Bedeutung der Worte „gemäss dem übernommenen Auftrag" ergibt sich ferner aus Art. 370 Abs. 1 H.G.B. „Der Kommissionär steht für die Zahlung oder für die anderweitige Verbindlichkeit seines Kontrahenten ein, wenn dieses von ihm **übernommen** oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist. Das Gesetz stellt also das stare del credere in Folge des Handelsgebrauches als Gegensatz hin zu dem **übernommenen** stare del credere. Der Kommissionär steht demnach in Folge des Handelsgebrauches del credere, obwohl er das del credere **nicht übernommen** hat. Weigert er sich im letzteren Falle auf die Aufforderung des Kommittenten hin die Verbindlichkeit seines Kontra-

BUAH

henten dem handelsgebräuchlichen stare del credere entsprechend zu erfüllen, so kann man von einem solchen Kommissionär deshalb nicht sagen, dass er nicht dem **übernommenen** Auftrage gemäss handle, denn diesen Bestandtheil des Auftrages hat er ja nicht übernommen, der Kommittent ist daher desshalb allein nicht berechtigt das Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen.

In den Fällen auftragswidriger Ausführung, in welchen der Kommittent das Recht hat, das Geschäft zurückzuweisen, ist er auch kumulativ berechtigt, den Ersatz des ihm durch die verschuldete, auftragswidrige Ausführung zugefügten Schadens zu verlangen, in den Fällen blos vertragswidriger, nicht auftragswidriger Ausführung ist der Kommittent lediglich berechtigt, den Ersatz des ihm durch die Vertragswidrigkeit zugefügten Schadens zu verlangen, er ist aber nicht berechtigt, das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückzuweisen. [27])

Die Beweislast bei der vertrags- und auftragswidrigen Ausführung. Wenn der Kommittent im Streite mit dem Kommissionär behauptet, dass dieser nicht dem Auftrage gemäss gehandelt, dadurch aber den Nichterfolg oder Misserfolg des aufgetragenen Geschäftes verschuldet habe und demnach Schadenersatz verlangt, so vermag sich der Kommissionär gegen diese Schadenersatzklage zu schützen, wenn er bei einer Kommission mit **imperativen** oder **demonstrativen** Instruktionen behaupten resp. beweisen kann, dass er **den Instruktionen gemäss**

---

[27]) Zustimmend v. Hahn zu Art. 362 § 2, Dreyer l. c. S. 480; anderer Ansicht Löwenfeld in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXVI S. 343 ff., der in seinen Ausführungen unerklärlicher Weise von der irrthümlichen Anschauung ausgeht, als ob ich blos eine ausdrückliche, nicht auch eine stillschweigende Ertheilung der imperativen oder demonstrativen Instruktionen für zulässig hielte; er versucht meine Ansicht durch die Ausführung des folgenden Rechtsfalls zu widerlegen. „Gibt Jemand z. B. einem Bankier den Auftrag, ihm ein gewisses Quantum bestimmter Eisenbahnobligationen, die nach dem betreffenden Privileg durch Verloosung dergestalt amortisirbar sind, dass die ausgeloosten Stücke von einem festgesetzten Zeitpunkte an nicht mehr verzinst werden, zu kaufen, so wird es ihm gewiss nicht einfallen noch besonders hinzuzufügen, dass er keine ausgeloosten Stücke wünsche, und dennoch wäre, wenn der Kommissionär lauter ausgelooste Stücke gekauft hätte, der Kommittent unbedingt nicht verpflichtet, den Kauf für seine Rechnung gelten zu lassen; denn der ganze Zweck, den er mit der Erwerbung eines zinstragenden Papiers erstrebt hätte, wäre bei dieser Art der Ausführung unerreichbar.“ Auf einer seltsamen Verkennung meiner Auffassung beruht es nun, wenn Löwenfeld hinzufügt, dass ich einen solchen Kommittenten für verpflichtet halte, die bezeichnete Art der Ausführung dennoch für sich gelten zu lassen, wenn in dem Auftrage die Erwerbung ausgelooster Stücke nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Ganz im Gegentheil; ein solcher Kommittent ist nach meiner Ansicht zweifellos zur Zurückweisung des Geschäfts berechtigt; der Kommissionär musste als sorgfältiger Kaufmann wissen, dass der Auftrag nach der maassgebenden Absicht des Kommittenten nur auf den Ankauf nicht ausgelooster — ebenso wie z. B. nicht amortisirter (vgl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 52) — Werthpapiere gerichtet war, mag auch in dieser Beziehung von Kommittenten nichts gesagt worden sein (vgl. R.G. Bd. I Nr. 205); es liegt daher insoweit eine stillschweigend ertheilte imperative Instruktion vor, deren Ausserachtlassung zur Folge hat, dass es an der Identität des aufgetragenen mit dem ausgeführten Geschäfte fehlt, daher das letztere vom Kommittenten nicht anerkannt zu werden braucht. Ueber die Fälle der negotiorum gestio des Kommissionärs und über die Genehmigung des Kommittenten s. Grünhut S. 180—208.

BUAH

gehandelt habe; denn dies genügt zunächst um darzuthun, dass der ungünstige Ausgang der Angelegenheit nicht einem von ihm begangenen Verschulden beizumessen sei; ihm gegenüber müsste der Beweis von solchen Umständen erbracht werden, aus denen hervorginge, dass seine Sorgfalt hinter der eines ordentlichen Kaufmannes znrückgeblieben sei, dass er bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt hätte erkennen müssen, dass die anscheinend imperativ gewollte Instruktion im gegebenen Falle blos demonstrative Bedeutung haben sollte, dass er, anstatt den blos **demonstrativ** gewollten Instruktionen sklavisch zu folgen, als sorgfältiger Kaufmann neue Instruktionen hätte einholen, resp. die Dringlichkeit des Falles erkennen und selbständig einen andern Modus der Ausführung wählen sollen, mittelst dessen die Operation zum erfolgreichen Ende geführt worden wäre, und dass das Nichteinschlagen dieses andern Verfahrens auf einem Verschulden des Kommissionärs beruhe.

Ist der Kommissionär von den Instruktionen des Kommittenten abgewichen, hat er also das aufgetragene Geschäft überhaupt nicht oder nicht so, wie es von dem Kommittenten vorgeschrieben war, ausgeführt, so muss er, um sich gegenüber der Schadenersatzklage des Kommittenten zu schützen, behaupten, resp. beweisen können, bei **imperativen** Instruktionen, dass die instruktionsgemässe Ausführung des aufgetragenen Geschäftes ohne sein Verschulden verhindert worden sei und dass eine Einholung neuer Instruktionen nicht mehr rechtzeitig erfolgen konnte, bei **demonstrativen** Instruktionen ausserdem noch, dass die Abweichung von den ertheilten Instruktionen im gegebenen Falle durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten war, z. B. weil der Kommissionär sonst das Geschäft zum Nachtheil des Kommittenten hätte unterlassen müssen, obwohl er dessen Interesse durch Modifikationen in der Ausführung wahren zu können glaubte, oder weil die instruktionsgemässe Ausführung offenbar Schaden nach sich gezogen hätte, resp. dass das zum Nachtheil des Kommittenten ausgefallene Ergebniss des in Abweichung von den demonstrativen Instruktionen ausgeführten Geschäftes einem von seiner Seite verschuldeten Mangel an Sorgfalt nicht beizumessen sei.

Bei der **fakultativen** Kommission hat der Kommissionär gegenüber der Schadenersatzklage wegen **Nicht**ausführung der Kommission zu behaupten, resp. zu beweisen, dass ihm in dieser Beziehung ein Verschulden nicht zur Last falle; gegenüber der Schadenersatzklage wegen vertragswidriger Ausführung, dass er bei der Ausführung des Auftrages alles gethan habe, was durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, um einen solchen Auftrag auszuführen, geboten gewesen sei; der Kommisionär muss also die auftragsmässige Ausführung des Geschäftes resp. die Gründe darlegen, welche diese Ausführung ohne seine Schuld verhindert haben; er hat darzulegen, dass er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes alles gethan habe, was in solchem Falle im Geschäftsverkehre in der Regel geschieht, um dem Kommittenten die Erreichung des Zweckes zu ermöglichen, mag auch der Erfolg ausgeblieben sein.[28]) Da aber der Kommittent

[28]) R.O.H.G. Bd. 22 Nr. 41.

BUAH

bei der fakultativen Kommission die Beurtheilung dessen, was seinem Interesse entspricht, dem Ermessen des Kommissionärs anheimgestellt hat, so liegt, so lange der Kommittent nur ganz allgemein verneint, dass der Kommissionär bei der Ausführung des Auftrages mit der gehörigen Sorgfalt vorgegangen sei, kein Grund vor, von dem Kommissionär, der eben nach seinem eigenen Ermessen zu handeln hatte, eine besondere Rechtfertigung des gerade von ihm gewählten Modus der Ausführung zu verlangen; es ist vielmehr die Aufgabe des Kommittenten, **specielle** Beschwerden gegen das Verhalten des Kommissionärs vorzubringen, denen gegenüber dann der Kommissionär die Pflicht hat, sein Benehmen als das eines ordentlichen Kaufmannes besonders zu rechtfertigen. Der Kommittent muss also behaupten, dass ein bestimmtes anderes Verfahren wohl einzuschlagen möglich und nur durch das Verschulden des Kommissionärs, der es eben darin an der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes habe fehlen lassen, versäumt worden sei [29]; oder dass der Kommissionär etwas unterlassen habe, was er als ordentlicher Kaufmann zu thun die Pflicht gehabt hätte.

Dem Kommittenten liegt es ob, den ihm direkt oder indirekt, je nachdem er in eigenem oder fremdem Interesse den Auftrag ertheilt hat, [30] durch das Verschulden des Kommissionärs zugefügten Nachtheil darzulegen, und den Kausalnexus zwischen demselben und dem Verschulden des Kommissionärs speziell und thatsächlich zu begründen. [31] Der Kommissionär haftet nur für denjenigen dem Kommittenten erwachsenen Nachtheil, welcher nach dem Ermessen des Richters sicher und bestimmt als die Folge der von ihm verschuldeten Nichtausführung oder der auftrags- oder vertragswidrigen Ausführung der Kommission festgestellt werden kann, nicht aber für denjenigen Nachtheil, welcher zwar aus Anlass und bei Gelegenheit des Verschuldens des Kommissionärs entstanden ist, mit diesem Verschulden aber in keiner Kausalverbindung steht, sondern als eine sehr entfernte, ganz unerwartete, von dem Kommissionär nicht vorauszusehende Folge etwa durch besondere Konjunkturen und die eigenthümliche Geschäftslage des Kommittenten entstanden oder zu dem von dem Kommissionär verschuldeten Nachtheile hinzugekommen ist. [32]

---

[29]) R.O.H.G. Bd. 15 S. 439.

[30]) Windscheid, Pand. II § 258 S. 35 u. Anm. 19; Zimmermann im Neuen Arch. f. H.R. v. Voigt u. Heinichen Bd. I S. 48—82, bes. S. 67, 73, v. Hahn zu Art. 368 § 1; Seuffert, Arch. Bd. XI Nr. 36, Bd. XIV Nr. 23. Vgl. auch R.O.H.G. XI Nr. 86 S. 256, XIV Nr. 123 S. 400 Bd. XXII Nr. 66 S. 302 und mit besonderer Beziehung auf den Spediteur R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 21 S. 78.

[31]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 79; in besonderer Beziehung auf den Spediteur Bd. IV Nr. 29 S. 155.

[32]) R.O.H.G. Bd. 13 Nr. 68.

BUAH

§ 316.

β. Die Pflichten des Kommissionärs rücksichtlich des Kommissionsgutes.[1])

1. **Die Pflichten bei dem Empfange des Kommissionsgutes.** Wenn sich das dem Kommissionär zugesandte Kommissionsgut bei der Ablieferung in einem äusserlich erkennbaren, beschädigten oder mangelhaften Zustand befindet, so hat er die gesetzliche Pflicht (Art. 365 Abs. 1 H.G.B.),[2]) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis jenes Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten ohne Verzug Nachricht zu geben. Ist die Waare äusserlich in Ordnung, so trifft den Kommissionär diese Verpflichtung nur dann, wenn er als sorgfältiger Kaufmann begründete Ursache hätte, eine Beschädigung anzunehmen, z. B. bei gebrechlichen Sachen oder wenn an dem Transportmittel irgend ein Schaden eingetreten war. Diese Bestimmung ist ein nothwendiges Korollar zu Art. 408 H.G.B., gemäss welchem durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht jeder Anspruch gegen den Frachtführer erlischt. Im Unterlassungsfalle ist der Kommissionär für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich (Art. 365 Abs. 2).[3]) Ist das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so kann der Kommissionär (Art. 365 Abs. 3 H.G.B.)[4]) den Verkauf desselben nach Art. 343 H.G.B. bewirken.

Art. 365 Abs. 3 statuirt keineswegs blos ein Recht des Kommissionärs auf Feststellung des Zustandes durch Sachverständige und Verkauf nach Art. 343, dessen Ausübung er auch beliebig unterlassen könnte; allerdings ist es seinem Ermessen überlassen („er kann"), ob er durch Sachverständige den Zustand des Gutes feststellen lassen resp. verkaufen will, allein wie immer, so muss auch hier dieses Ermessen des Kommissionärs durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet und bestimmt werden. Dem Rechte zur Feststellung des Zustandes resp. zum Verkaufe korrespondirt die Pflicht, das eine oder andere vorzunehmen, wenn ohne dessen Vornahme die dem Kommissionär anvertrauten Interessen gefährdet würden. Der Kommissionär macht sich also verantwortlich, wenn er den Zustand nicht feststellen resp. das Gut nicht verkaufen lässt, obwohl das eine oder das andere durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten ist.

2. **Die Pflichten während der Aufbewahrung des Kommissionsgutes.** Der Kommissionär haftet aus dem Kommissionsvertrage mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes für Verlust oder Beschädigung des Kommissionsgutes unter der Voraussetzung, dass und solange als er Aufbewahrer desselben ist (Art. 367 Abs. 1 H.G.B.)[5]) also jedenfalls erst **nachdem** das Gut in seine Hände gelangt

[1]) Grünhut l. c. S. 208—232.
[2]) Ebenso § 371 Abs. 1 ungar. H.G.B.
[3]) Ebenso § 371 Abs. 1 ungar. H.G.B.
[4]) Ebenso § 371 Abs. 2 ungar. H.G.B.
[5]) Ebenso § 373 Abs. 1 ungar. H.G.B.

BUAH

und solange als es in seinen Händen ist; will er als Aufbewahrer des Kommissionsgutes seine Haftung für Verlust oder Beschädigung desselben durch die Behauptung ablehnen, dass der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt worden seien, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nicht abgewendet werden konnten, so trifft ihn die Beweislast (Art. 367 Abs. 1). Diese Bestimmung erscheint nur als eine Anwendung des schon dem Art. 361 zu Grunde liegenden Prinzipes;[6]) sie ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und entspricht auch der Rücksicht auf die faktischen Verhältnisse, da der meist an einem anderen Orte wohnhafte Kommittent in der Regel thatsächlich nicht in der Lage ist, eine solche Aufsicht über das Kommissionsgut und den Kommissionär zu führen, um eine Nachlässigkeit des letzteren als Aufbewahrers darthun zu können.

Treten Veränderungen an dem Kommissionsgute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Kommissionär zunächst von Seiten des Kommittenten Instruktionen einzuholen. Ist keine Zeit dazu vorhanden oder ist der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so räumt das Gesetz dem Kommissionär die der Natur der Sache angemessene Befugniss ein, das Kommissionsgut nach Art. 343 zu verkaufen (Art. 366 Abs. 1 H.G.B).[7]) Zu einem solchen Verkaufe kann der Kommissionär auch in anderen Fällen schreiten, um sich im Wege der Selbsthülfe des Kommissionsgutes zu entäussern, selbst wenn Entwerthung drohende Veränderungen an dem letzteren nicht eingetreten sind, vorausgesetzt nur, dass der Kommittent rücksichtlich der ihm obliegenden Verfügungen über das Kommissionsgut in mora ist (Art. 366 Abs. 2 H.G.B.).[8])

In der Bestimmung des Art. 366 Abs. 1 liegt kein Freibrief für den Kommissionär, unter den daselbst aufgestellten Voraussetzungen zu dem Auskunftsmittel des Verkaufes nach blosser Laune seine Zuflucht zu nehmen, vielmehr sind auch hier Recht und Pflicht Korrelata. Der Kommissionär muss, wie überall in seinen Beziehungen zum Kommittenten, auch hier als Mandatar durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet werden und das Interesse des Kommittenten nach allen Seiten hin wahrnehmen; er hat für den Schaden einzustehen, wenn er, obwohl er als sorgfältiger Kaufmann einsehen musste, dass das Interesse des Kommittenten einen alsbaldigen Verkauf des Kommissionsgutes wegen drohender Entwerthung erheische, den Verkauf nicht vornahm, das Kommissionsgut zu Grunde gehen liess, obwohl er in der Lage gewesen wäre, den Verkauf nach Art. 343 vorzunehmen und dadurch das Interesse des Kommittenten zu wahren.[9]).

Das Gesetz ermächtigt den Kommissionär nur bei drohender Veränderung am Gute selbst zum Verkaufe nach Art. 343; es unterscheidet demnach zwischen Veränderungen an der Substanz des Gutes und anderen äusseren, Entwerthung

---

[6]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 187.

[7]) Ebenso § 372 Abs. 1 ungar. H.G.B.

[8]) Ebenso § 372 Abs. 2 ungar. H.G.B.

[9]) v. Hahn zu Art. 366 § 2; Dernburg, Preuss. Priv.R. II § 186 S. 501. Vgl. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 74 S. 256.

BUAH

drohenden Ursachen. Diese Unterscheidung ist durch die Natur der Sache gerechtfertigt; es lässt sich wohl mit Sicherheit annehmen, dass dem Kommittenten eine verdorbene Waare nicht entsprechen könne, es ist aber keineswegs sicher, ob nicht der Kommittent Willens sei, eine im Preise gesunkene Waare noch ferner zur Spekulation zu behalten; in dem einen Falle handelt daher der Kommissionär im Einklange mit der muthmaasslichen Absicht des Kommittenten und ist nicht verantwortlich, wenn er dabei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet hat; im zweiten Falle maasst er sich ein Urtheil über die Spekulation des Kommittenten an. Würde daher der Kommissionär in anderen Fällen drohenden Verlustes, insbesondere in Folge von Konjunktursänderungen, verkaufen, so wäre er als ein negotiorum gestor des Kommittenten anzusehen, ebenso wie wenn er zwar bei an dem Kommissionsgute selbst Entwerthung drohenden Veränderungen, aber nicht unter Beobachtung des Art. 343 verkauft hätte; der Kommissionär macht sich aber niemals verantwortlich wenn er es unterlässt, als negotiorum gestor für den Kommittenten einzutreten.

Einen hieher gehörigen Fall einer negotiorum gestio, welche als utilis der Kommittent dulden muss, normirt das Gesetz in Art. 363 H.G.B. Der Unterschied zwischen der Bestimmung des Art. 366 Abs. 1 und der des Art. 363 ist, abgesehen davon, dass Art. 363 nur den Fall der Verkaufskommission mit Preislimito umfasst, darin gelegen, dass der Kommissionär im ersten Falle als Mandatar, im zweiten als negotiorum gestor auftritt, dass Art. 366 nicht blos eine Befugniss, sondern auch eine Pflicht, Art. 363 aber nur eine Befugniss des Kommissionärs statuirt, dass nach Art. 366 der Verkauf gemäss den Bestimmungen des Art. 343 erfolgen muss, während nach Art. 363 der Verkauf aus freier Hand erfolgen kann, dass endlich der Kommissionär nach Art. 366 lediglich den gefahrdrohenden Zustand des Gutes und die Gefahr am Verzug, nach Art. 363 aber die Unmöglichkeit der Ausführung des Verkaufes zu dem festgesetzten Preise und die Abwendung des Schadens zu beweisen hat. Der Kommissionär hat also, wenn ein Limitopreis gesetzt ist und der Verkauf wegen eingetretener Veränderungen an dem Gute, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, zum Limitopreise unausführbar ist, auch ohne Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343, also nicht gemäss Art. 366, sondern gemäss Art. 363 das Recht die Waare aus freier Hand zu verkaufen, vorausgesetzt, dass es zur Abwendung eines Schadens von dem Kommittenten geschehen soll und auch wirklich geschehen ist.

3. **Die Pflicht zur Versicherung des Kommissionsgutes.** Der Kommissionär macht sich durch Unterlassung der Versicherung des Kommissionsgutes nur dann verantwortlich, wenn er von dem Kommittenten den Auftrag zur Versicherung ausdrücklich oder stillschweigend, durch imperative oder demonstrative Instruktion erhalten hat (Art. 367 Abs. 2 H.G.B.).[10]) So gilt der Kommissionär, wenn er während seiner Geschäftsverbindung mit dem Kommittenten in ähnlichen Fällen jedesmal zu versichern pflegte, ohne dass der Kommittent Widerspruch

[10]) Ebenso § 373 Abs. 2 ungar. H.G.B.

BUAH

erhoben, bei der Ertheilung einer neuen Kommission für stillschweigend beauftragt, wieder zu versichern; um in einem solchen Falle der Haftung wegen Unterlassung der Versicherung zu entgehen, müsste er den Kommittenten rechtzeitig davon verständigen, dass er künftig nicht mehr versichern wolle. Hat der Kommittent in dieser Beziehung keine Bestimmung getroffen, so macht sich der Kommissionär durch Unterlassung der Versicherung nicht verantwortlich, auch dann nicht, wenn die Versicherung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geboten wäre; denn das Gesetz begrenzt den Kreis dessen, was der Kommissionär als sorgfältiger Kaufmann zu beobachten hat, dadurch, dass es die Pflicht zur Versicherung aus den Bestandtheilen der vom Kommissionär zu prästirenden Diligenz eines ordentlichen Kaufmannes ausdrücklich ausscheidet. Wenn der Kommissionär, obwohl zur Versicherung durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag des Kommittenten nicht berufen, dessenungeachtet versichert, so handelt er überhaupt nicht als Kommissionär, sondern ist ganz ohne Auftrag thätig; er ist als Kommissionär auch nicht durch das Gesetz (ipso jure) zur Versicherung ermächtigt; er ist als negotiorum gestor des Kommittenten zu betrachten. Dadurch, dass das Gesetz die **Pflicht** des Kommissionärs zur Versicherung verneint, hat es ihm das **Recht**, wie ein jeder Dritter, als negotiorum gestor im Interesse des Kommittenten versichern zu können, nicht abgeschnitten.

Das Gesetz spricht von allen Versicherungen, ohne Unterschied der Gefahr, gegen welche versichert werden soll.

§ 317.

γ. Die Pflicht zur Rechenschaftsablegung und Herausgabe.[1])

1. **Die Rechenschaftsablegung.** Der Kommissionär ist verpflichtet, über seine Geschäftsführung Rechenschaft zu geben (Art. 361 H.G.B.),[2]) und zwar besteht diese Verpflichtung nur **dem Kommittenten**, nicht anderen Personen gegenüber, mögen diese es auch sein, welche das abgeschlossene Geschäft wirthschaftlich eigentlich angeht. Durch die Rechenschaftsablegung über die Ausführung des Auftrages soll dem Kommittenten eine vollständige Einsicht in die ihn interessirende Sachlage und Aufklärung über den Erfolg des Geschäftes verschafft werden; in derselben ist insoweit auch die Rechnungslegung enthalten, welche sich auf die bei der Ausführung vorgekommenen Einnahmen und Ausgaben bezieht. Die Rechnungslegung hat aber nicht eigentlich den Zweck, die Ausgaben und Gegenforderungen des Kommissionärs, deren Geltendmachung nur ein Recht, nicht eine Pflicht desselben ist, sondern wesentlich dessen **Einnahmen** zu verzeichnen. Der Kommittent kann nicht wissen, wie es mit seinen Ansprüchen gegen den Kommissionär stehe, was und wie viel dieser ihm aus der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes schuldig geworden sei; wohl aber ist der Kommissionär in der Lage, dieses zu wissen; dieser muss daher die **Einnahmen**, welche der Kommittent sonst ihrem Betrage nach nicht kennt,

---

[1]) Grünhut l. c. S. 233—245.

[2]) Ebenso § 369 ungar. H.G.B.

BUAH

anzeigen; [3]) er ist verpflichtet, die Thatsachen, welche die Ansprüche des Kommittenten begründen und begrenzen, darzulegen, die einzelnen Posten genau und gehörig substanziirt aufzuzählen, d. h. nach Ordnung des Datums, und wenn auch mit summarischer, doch klarer Angabe der causa, so dass die Rechnung in allen Theilen vom Kommittenten verstanden werden kann und auf diese Weise darzuthun, was der Kommittent aus dem Kommissionsverhältnisse zu fordern hat.

Zur Rechenschaftsablegung gehört nicht nur die eigentliche Rechnungslegung als Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben, sondern auch, soweit dies nach den Umständen und der Natur des Geschäftes erforderlich ist, der Nachweis einer getreuen und sorgfältigen Geschäftsführung und der Richtigkeit der angegebenen Thatsachen, also die Justifikation der abgelegten Rechnung; [4]) der Kommissionär hat daher unter Umständen den Namen des dritten Kontrahenten anzugeben, insbesondere wenn er ihm Kredit gewährt hat; es liegt ihm ob, die Richtigkeit der einzelnen Posten der Rechnung zu beweisen und sich zu diesem Zwecke mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die im Geschäftsverkehre üblichen Belege zu verschaffen; er muss besonders darauf bedacht sein, ordnungsmässige Beweismittel rücksichtlich jener Ereignisse zu erlangen, deren Eintritt auf die Resultate seiner Geschäftsführung von ungünstigem Einflusse gewesen sind und durch welche er in seiner Verantwortlichkeit gedeckt werden soll. Als ein absolutes Erforderniss der Rechnung sind aber Belege nicht anzusehen; der Kommissionär ist nur schuldig, vollständige Rechenschaft und Auskunft über alle relevanten Thatsachen und Handlungen zu geben, so dass der Kommittent dieselben klar zu übersehen vermag, insbesondere was, wofür, wann und von wem, resp. an wen u. s. w. der Kommissionär eingenommen, resp. ausgegeben hat. Nur insoweit sind Belege absolut wesentlich, als von denselben die Verständlichkeit der Rechnung abhängt; im Uebrigen folgt aus der Nichtbeibringung von Belegen nur, dass die betreffenden Ausgaben von dem Kommissionär so lange nicht geltend gemacht werden können, als er keinen Beweis dafür erbringt. [5])

In Art. 361 ist dem Kommissionär die Pflicht zur Rechenschaftsablegung auferlegt; der Verpflichtung des Kommissionärs entspricht lediglich ein Recht des Kommittenten, dagegen ist ein Recht des rechnungspflichtigen Kommissionärs auf Rechenschaftsablegung nicht anerkannt. Der Kommittent ist nicht verpflichtet, die Erfüllung einer Verbindlichkeit zu verlangen, welche ausschliesslich sein Recht erweitern soll und seinem Interesse zu dienen hat; er braucht nicht Rechenschaft zu verlangen, bevor er seine aus dem Kommissionsverhältniss für ihn entstandenen Ansprüche klagend verfolgt. [6]) Wenn daher der Kommittent

---

[3]) R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 11.

[4]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 187, Bd. VI Nr. 46 S. 216, Bd. VIII Nr. 7 S. 31, 35, Nr. 16 S. 63, 66 Bd. XXII Nr. 2 S. 4.

[5]) So § 136, 137 I 14 preuss. Landr.; R.O.H.G. Bd. VII Nr. 24 S. 92; Seuffert, Arch. I Nr. 274, V Nr. 83, X Nr. 63, XII Nr. 238.

[6]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101.

BUAH

auf anderem Wege als durch ein besonderes Rechnungsverfahren den Umfang seiner Forderung darlegen und genügend substanziiren kann, wenn er dabei insbesondere die Gegenforderungen des Kommissionärs in deren denkbar weitestem Umfange in Abzug bringt, so liegt zu einer vorherigen Rechnungsstellung keine Veranlassung vor.[7]) Der rechnungspflichtige Kommissionär kann daher der Klage des Kommittenten auf Herausgabe dessen, was er aus der Kommission zu fordern hat, nicht entgegenstellen, es müsse zuvor auf Rechnungsstellung wider ihn geklagt werden und sich so der Leistung vorläufig entziehen.

2. **Die Herausgabe.** Die Pflicht zur Rechenschaftslegung ist nicht Selbstzweck, sondern nur das Mittel, um den eigentlichen Zweck, die materielle Vermögensherausgabe von Seite des Kommissionärs, also die Leistung dessen, was der Kommittent aus dem Geschäfte zu fordern hat, zu realisiren (Art. 361 H.G.B.). Alles was der Kommissionär auf Grund der Ausführung der Kommission durch die Führung des Geschäftes des Kommittenten erhalten hat (Waaren, Geld u. s. w.), ist er verpflichtet, dem Kommittenten herauszugeben und ebenso diesemdie Forderungen abzutreten, welche er gegen den Dritten durch die Ausführung der Kommission erworben hat, Forderungen, welche ja im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und Kommissionär als Forderungen des Kommittenten gelten (Art. 368 H.G.B.).[8]) Dem Kommissionär ist es nicht gestattet, sich, abgesehen von der Provision, auf Kosten des Vermögens des Kommittenten ohne Einwilligung desselben durch die Ausführung der Kommission direkt oder indirekt einen eigenen Vortheil zu verschaffen. Der Kommittent hat vielmehr das Recht, zu verlangen, das ihm alle Vortheile zu Gute kommen, welche aus dem aufgetragenen Geschäfte als der causa lucri resultiren und deren Vorenthaltung von Seiten des Kommissionärs dem Kommittenten zum Nachtheile gereichen würde, selbst dann, wenn der Kommissionär günstigere Bedingungen erzielt hätte, als der Kommittent selbst gestellt hat, auch wenn es sich um solche Vortheile handelt, welche der Kommittent gar nicht vorausgesehen hat (Art. 372 H.G.B.).[9])

Die Verpflichtungen aus Art. 372 bilden den Schwerpunkt sowohl der allgemeinen Obliegenheit des Kommissionärs, den Kommissionsauftrag im Interesse des Kommittenten bona fide auszuführen, als auch der besonderen Verpflichtung, dem Kommittenten Rechenschaft zu geben und ihm dasjenige zu leisten, was er aus dem Geschäfte zu fordern hat. Diese Vorschrift steht in unverkennbarer Verbindung mit Art. 368, dass die aus dem abgeschlossenen Geschäfte hervorgehenden Forderungen des Kommissionärs im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und Kommissionär als Forderungen des Kommittenten gelten,[10]) daher

[7]) R.O.H.G. Bd. V Nr. 51 S. 230.

[8]) R.O.H.G. Bd. II Nr. 60 S. 266.

[9]) Ebenso ungar. H.G.B. § 378. Die Ansicht der Handelswelt scheint damit allerdings nicht durchgängig übereinzustimmen; meistens wird mehr angesetzt, als gegeben, oder weniger als empfangen worden ist; Bender §§ 216, 227 spricht sogar von einem entgegengesetzten Herkommen, welches er aber missbilligt, ebenso Poehls 257, 265, Treitschke 19, Brinkmann 405 Anm. 6. „Es ist dies ein wahrer Betrug, ihn begeht aber optimus quisque“ Heise S. 43.

[10]) R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 52 S. 198.

BUAH

der vortheilhafte Inhalt derselben sofort für den Kommittenten erworben ist. Der Kommittent hat sich gerade wegen der günstigen Bedingungen, die der Kommissionär wegen seiner kaufmännischen Stellung auf dem betreffenden Platze, wegen seiner Verbindungen, seines Kredits u. s. w. erlangen kann, an ihn gewendet. Der Kommissionär kann sich nur durch besondere Vereinbarung mit dem Kommittenten einen Antheil an diesen durch ihn erlangten besonderen Vortheilen wahren.

Der Kommittent schenkt dem Kommissionär das Vertrauen, dass er sein Interesse überall wahrnehmen und deshalb zu so günstigen Bedingungen als möglich kontrahiren werde. Durch Beifügung eines Limito wird hierin selbstverständlich nichts geändert. Dasselbe ermächtigt den Kommissionär keineswegs unter allen Umständen den gesetzten Preis zu berechnen, sondern es bezeichnet nur die Preisgrenze, welche nicht überschritten werden soll. Der Kommissionär hat daher nicht das Recht, die Differenz zwischen dem Limitopreise und dem wirklichen Preise für sich zu behalten.

bb. Rechte des Kommissionärs.[1])

§ 318.

α. Das Recht auf Erstattung des gemachten Aufwandes und auf Provision.

Der Kommissionär hat das Recht, von dem Kommittenten (mittelst a°. mandati contr.) zu verlangen, dass dieser das für seine Rechnung nicht auftragswidrig[2]) ausgeführte Geschäft als sein Geschäft anerkenne und ihm die Mittel zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit bereitstelle, resp. dasjenige ersetze, was er zur selbständigen Vornahme der Erfüllung als ordentlicher Kaufmann aufgewendet hat, z. B. bei der Einkaufskommission die gekaufte Kommissionswaare übernehme und bezahle, bei der Verkaufskommission die Kommissionswaare, deren Verkauf der Kommissionär zu besorgen hatte, liefere u. s. w. Der Kommissionär hat das Recht, vom Kommittenten den Ersatz dessen zu verlangen, „was er an Baarauslagen oder überhaupt zum Vollzug des Geschäftes nothwendig oder nützlich aufgewendet hat“ (Art. 371 H.G.B.).[3]) Der Kommittent ist also nicht verpflichtet, alle bei Gelegenheit der Ausführung gemachten Aufwendungen ohne Unterschied zu ersetzen, wohl aber ausser den durch den Auftrag selbst ausdrücklich oder stillschweigend vorgeschriebenen jene Verwendungen, welche entweder zur Erhaltung (physischen oder juristischen) des Vermögens des Kommittenten oder um sonst Schaden von ihm abzuwenden durch die Macht der Umstände geboten, also als **nothwendig**, oder welche doch wenigstens als im Interesse des Kommittenten gelegen, als zur Förderung seines

---

[1]) Grünhut l. c. S. 245—309.

[2]) Ist das Geschäft auftragswidrig ausgeführt, so ist der Kommittent nicht gehalten, dasselbe für seine Rechnung gelten zu lassen; die a°. mandati contr. besteht nicht. Vgl. oben S. 198 und R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 41.

[3]) Ebenso ungar. H.G.B. § 377; vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101.

BUAH

Vortheiles wünschenswerth, also als **nützlich** erscheinen konnten, und zwar nur dann und in dem Maasse, wenn und soweit sie ein ordentlicher Kaufmann vorgenommen haben würde, was im Falle der Bestreitung der Kommissionär zu beweisen hat. Steht von diesem Gesichtspunkte aus die Nothwendigkeit oder der Nutzen der Aufwendungen einmal fest, so kommt es nicht darauf an, ob der Kommissionär das aufgetragene Geschäft vollenden konnte, ob es dem Kommittenten statt des gehofften Gewinnes nur Verlust verursacht, immer vorausgesetzt, dass dem Kommissionär als ordentlichem Kaufmann ein Verschulden nicht zur Last fällt. [4])

Das Gesetz zählt beispielsweise auf „die Vergütung für die Benützung der Lagerräume, der Transportmittel des Kommissionärs und der Arbeit seiner Leute". Diese Aufzählung erfolgte, um Zweifeln vorzubeugen, als ob dafür schon in der Provision die Entlohnung gelegen sei, da es sich doch um Abnützung von Sachen des Kommissionärs und Verwendung seiner Leute handelt. Gleichgiltig ist es demnach, ob der Kommissionär selbst oder ein Anderer Eigenthümer der Transportmittel und Lagerräume ist. Der Kommissionär darf keine Vergütung für jene Arbeit seiner Leute beanspruchen, welche ihrer Natur nach eben auf dasjenige gerichtet ist, was in Folge der Kommission zu der Sphäre der kaufmännischen Thätigkeit des Kommissionärs selbst gehört; er ist nur dann berechtigt, den Lohn für seine Leute in Rechnung zu bringen, wenn er dieselben im Interesse des Kommittenten solche Arbeiten verrichten lässt, welche nach der Handelssitte von ihm selbst nicht erwartet werden konnten, zu welchen er, wenn er nicht schon die Leute in seinem Dienste gehabt hätte, andere Leute hätte miethen müssen.

Der Kommissionär hat ausserdem selbstverständlich Anspruch auf Ersatz seiner Vorschüsse auf das Kommissionsgut, der von ihm gezahlten Fracht, der Zölle, Ablade-, Abwäge-, Erhaltungs- und Reparaturkosten u. s. w. Hat der Kommissionär, obwohl zur Versicherung nicht beauftragt, dessenungeachtet versichert, so kann er die für den Kommittenten bezahlte Prämie nur nach den Grundsätzen der negotiorum gestio beanspruchen.

Der Kommissionär hat das Recht, nicht nur den Ersatz der für den Kommittenten bereits gemachten, sondern auch derjenigen Aufwendungen zu verlangen, welche er in Folge der für Rechnung des Kommittenten in Ausführung der Kommission nothwendig oder nützlich eingegangenen Verbindlichkeiten in Zukunft zu machen verpflichtet ist. Der Einkaufskommissionär hat z. B. die Zahlungsleistung dem dritten Kontrahenten versprochen, oder die Faktur rücksichtlich der eingekauften Waaren mit Wechselaccepten beglichen etc. Der Kommissionär hat die a°. mandati contr. gegen den Kommittenten, sobald er die Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber kontrahirt, [5]) also bevor er sie noch selbst erfüllt hat. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber

---

[4]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 19 S. 84 (Kosten eines überseeischen Telegrammes); österr. bürgerl. G.B. § 1014, preuss. Landr. §§ 65—69 I 13 (Förster II 314 Not. 113, Dernburg II § 141), sächs. G.B. § 1314.

[5]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 79 S. 310.

BUAH

kümmert den Kommittenten nicht weiter. Dadurch, dass der Kommissionär das aufgetragene Geschäft im eigenen Namen abgeschlossen, sich selbst zum Schuldner gemacht, überhaupt das Geschäft vollzogen, hat er den Auftrag erfüllt und es ist ihm daher ein Rechtsanspruch entstanden, dessen erfolgreiche Geltendmachung allerdings durch Rechnungslegung über seine Geschäftsführung bedingt ist.

Der Kommissionär ist in Ermanglung einer anderweitigen Verabredung an und für sich nicht verpflichtet, für den Kommittenten in Vorschuss zu gehen.[6]) Der Abschluss des Kommissionsvertrages involvirt nicht zugleich den Abschluss eines Krediteröffnungsvertrages; der Kommissionär kann vielmehr verlangen, dass ihm vom Kommittenten anticipando die Mittel zur Verfügung gestellt werden, um das aufgetragene Geschäft ausführen zu können, seine dem dritten Kontrahenten gegenüber einzugehenden Schulden erfüllen zu können, z. B. Lieferung des zu verkaufenden Gegenstandes, Zahlung des Kaufpreises, insbesondere auch die baaren Fonds, damit er nicht sein eigenes Vermögen angreifen und dadurch dem Kommittenten zur Disposition stellen müsse.

Hat sich der Kommissionär verpflichtet, in Vorschuss zu gehen, also dem Kommittenten insoweit einen Kredit zu eröffnen, ohne vorher wegen des zu leistenden Vorschusses Deckung (Pfand) zu verlangen, so hat er diese Verpflichtung zu erfüllen und ist dann nicht berechtigt, nachträglich eine solche Deckung zu fordern; der Schutz des Kommissionärs liegt dann in seinem gesetzlichen Pfandrechte. Der Anspruch auf Deckung erscheint aber begründet, sobald nach richterlichem Ermessen die Gefahr droht, dass der Kommissionär auf Grund seiner Kreditgewährung nicht blos zu Vorschüssen, sondern zu definitiven Aufwendungen aus eigenem Vermögen Dritten gegenüber werde genöthigt werden. Eine solche Gefahr (justa causa metuendi) liegt insbesondere bei notorischer Zerrüttung der Vermögensverhältnisse des Kommittenten vor, also im Falle der Ueberschuldung desselben oder bevorstehender Konkurseröffnung über denselben oder Erschütterung seines Kredits in Folge gewagter oder misslungener Unternehmungen.[7])

In allen Fällen, in welchen der Kommissionär Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen hat, ist er auch berechtigt, vom Tage der Verwendung (6 %) Zinsen in Ansatz zu bringen (Art. 290 H.G.B.)

Ist der Kommissionär bei Ausführung des Geschäftes in Vorschuss gegangen, sei es, dass er sich verpflichtet hat, für den Kommittenten in Vorschuss zu gehen oder nicht, so hat er, wenn über die Zeit, wann und über die Art, wie der Ersatz der von ihm geleisteten Vorschüsse erfolgen soll, keine besondere Vereinbarung getroffen worden ist, das Recht, Ersatz zu verlangen, sobald er durch Rechenschaftslegung beweisen kann, dass er die Vorschüsse gemacht habe; jede unbetagte Forderung muss auf Verlangen des Gläubigers sofort erfüllt werden (Art. 326 H.G.B). Bei der **Verkaufskommission** muss im Zweifel als Absicht

---

[6]) Anders Gad § 133 S. 279.

[7]) R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 48 S. 137.

BUAH

der Kontrahenten angesehen werden, dass der vom Kommissionär geleistete Vorschuss aus dem Verkaufserlöse des Kommissionsgutes gedeckt und daher bis zum Eintritte dieses Momentes von dem Kommissionär dem Kommittenten kreditirt werden solle. Der Verkaufskommissionär kann daher in der Regel nur dann und insoweit den auf das Kommissionsgut geleisteten Vorschuss und zwar nur mittelst a°. mandati contr., da es sich nicht um eine Verpflichtung aus einem selbständigen Darlehen, sondern aus dem Kommissionsgeschäfte handelt, zurückfordern, wenn und soweit das Ergebniss des Verkaufes nach Abzug der Auslagen und der Provision hinter dem Belaufe des Vorschusses zurückgeblieben ist; [8]) ebenso wenn der Verkauf in der von den Parteien in Aussicht genommenen Zeit nicht vorgenommen werden kann oder die Kommission vor dem Verkaufe widerrufen wird.

Der Kommissionär hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, ein Recht auf die gewöhnliche Provision. In derselben steckt der Lohn für die kaufmännische und juristische Arbeit des Kommissionärs, [9]) für die Sorge und Mühewaltung, welche er dem Dienste des Kommittenten widmet und für die Verantwortlichkeit, welche er als ordentlicher Kaufmann in Beziehung auf die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm aufgetragenen Geschäftes übernimmt. Dagegen hat der Kommissionär, blos weil er Provision bezieht, für die Zahlung und anderweitigen Verbindlichkeiten des dritten Kontrahenten, mit dem er abgeschlossen hat, nicht einzustehen.

Der Kommissionär hat das Recht, wenn er die entgegengesetzten Aufträge zweier verschiedener Kommittenten zum Abschluss eines und desselben Handelsgeschäftes entgegennimmt und zwischen diesen Kommittenten das Geschäft vermittelt (z. B. einen Kaufvertrag), von beiden Theilen die Provision zu beanspruchen. [10])

Mag es sich um die gesetzliche oder eine ausbedungene Provision handeln, [11]) in jedem Falle hat der Kommissionär ein festes Recht auf dieselbe erst dann erworben, wenn das Geschäft zur „Ausführung" gekommen ist (Art. 371 des H.G.B.). [12]) Ausführung und Erfüllung sind im Sinne des Gesetzes keineswegs Begriffe, welche sich stets gegenseitig decken; vielmehr bedeutet der an und für sich schwankende Ausdruck „Ausführung" zuweilen weniger als Erfüllung; es ist in jedem einzelnen Falle mit Rücksicht auf den Inhalt des Auftrages festzustellen, was unter Ausführung des Geschäftes zu verstehen sei.

Ist dem Kommissionär, wie in der Regel, die ganze Abwickelung des kommittirten Geschäftes übertragen, so gehört nicht blos der Abschluss des Geschäftes, sondern auch dessen Erfüllung zur Ausführung. Der Kommissionär büsst in diesem Falle die Provision ein, wenn die Erfüllung aus was immer für einem Grunde ausbleibt, wenn z. B. die eingekaufte Waare auf dem Transporte

---

[8]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 187.
[9]) R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 18 S. 73, Nr. 95 S. 408.
[10]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 23 S. 90.
[11]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 375.
[12]) Ebenso ungar. H.G.B. § 377.

BUAH

zu Grunde geht; die Erfüllung geht insofern nicht blos auf Gefahr des Kommittenten, sondern auch auf seine Gefahr. Zu den Pflichten des **Einkaufskommissionärs** insbesondere gehört jedoch an und für sich keineswegs die Ablieferung der eingekauften Waaren an den Kommittenten, sondern je nach Umständen der blosse Geschäftsabschluss oder auch, dass er die Waare dem Kommittenten in gehöriger Weise zur Verfügung stellt, oder dass er für gehörigen Transport derselben an den Kommittenten Sorge trägt. Der Auftrag an den Kommissionär kann sich demnach möglicher Weise blos auf den Abschluss des Geschäftes mit dem dritten Kontrahenten beschränken, z. B. blos auf den Abschluss des Einkaufes, ohne sich auf die Uebersendung der Waare zu erstrecken. Das aufgetragene Geschäft erscheint in diesem Falle als ausgeführt, sobald es der Kommissionär dem Auftrage gemäss abgeschlossen hat, obwohl es noch nicht vollständig erfüllt ist, wenn auch der Kommittent die Sendung noch nicht empfangen hat.[13]) Der Kommissionär hat die geschuldete Leistung vollendet, seine Aufgabe erfüllt und gethan, was von seiner Seite zur „Ausführung" erforderlich ist; ein Mehreres kann ihm in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung nicht zugemuthet werden. Hat er dieser Pflicht genügt, so ist einerseits sein Anspruch auf Ersatz des verauslagten Kaufgeldes nebst Spesen begründet, mag auch die Waare in die Hand des Kommittenten nicht gelangt sein, da die Transportgefahr an und für sich nur den Kommittenten trifft, andererseits hat er, da er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gehandelt, ein Recht auf die Vergütung seiner Arbeit,[14]) ebenso wenn hinterher andere Ereignisse eintreten, welche auf die Erfüllung des Geschäftes einen ungünstigen Einfluss äussern, z. B. Zahlungsunfähigkeit des dritten Kontrahenten. Wie immer der Erfolg des abgeschlossenen Geschäftes sein mag, ob es nach Wunsch des Kommittenten ausgefallen oder nicht, der Kommissionär hat in einem solchen Falle das Recht auf die Provision, sobald ihn selbst kein Verschulden trifft.

Der Auftrag an den Kommissionär kann auch so beschaffen sein, dass der eigentliche Gegenstand des abzuschliessenden Geschäftes weder geleistet noch angenommen zu werden braucht, sondern dass an dessen Stelle ein Werthäquivalent als Entschädigung gezahlt werden darf.[15]) Hier ist die Ausführung etwas von der effektiven Erfüllung des Geschäftes offenbar Verschiedenes; wird die Entschädigung anstatt der Erfüllung geleistet, so ist das Geschäft zwar nicht wirklich erfüllt, aber zur Ausführung gekommen.

Ist das Geschäft aus was immer für einem Grunde nicht zur Ausführung gekommen, sei es, dass der Kommissionär, wenn auch aus genügenden Gründen den Auftrag kündigt oder durch Zufall ohne alles Verschulden verhindert ist, das aufgetragene Geschäft auszuführen, oder auch dass der Kommittent wegen Aenderung der Handelskonjunkturen oder aus anderen Gründen, über welche der

---

[13]) R.O.H.G. Bd. I Nr. 22 S. 77.
[14]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 79 S. 316.
[15]) v. Hahn zu Art. 371 Note 26.

BUAH

Kommissionär übrigens keine Auskunft zu verlangen berechtigt ist, rechtzeitig widerrufen hat, vielleicht gar, um selbst mit dem dritten Kontrahenten, mit dem er den Kommissionär bereits in Unterhandlungen begriffen weiss, direkt abzuschliessen, so hat der Kommissionär kein Recht auf die Provision, wie gross auch immer seine Mühewaltung zur Herbeiführung des Abschlusses gewesen sein mag.[16]) An dem Rechte des Kommissionärs, den Ersatz seiner Vorschüsse, Auslagen und des mit der Ausführung verbundenen Schadens zu verlangen und von den Aufwendungen Zinsen zu berechnen, wird durch die Nichtausführung des Geschäftes nichts geändert.

Die Bestimmung des Gesetzes hat zur Folge, dass der Kommissionär, wenn der Dritte male fide oder aus Laune oder aus sonstigen Gründen den Vertrag nicht ausführen will oder nicht ausführen kann, die Provision einbüsst; dieser Verlust erscheint immerhin gerechtfertigt; denn der Kommissionär soll sich den Mann besehen, mit dem er kontrahirt; ungerechtfertigt aber und dem Geiste des Gesetzes widersprechend wäre die Annahme, dass der Kommissionär um seine Provision auch dadurch gebracht werden könnte, dass der Kommittent aus eigenem Verschulden oder gar willkürlich die von ihm abhängende Ausführung des von dem Kommissionär für seine Rechnung abgeschlossenen Geschäftes unterlassen würde; so wenn z. B. der Verkaufskommissionär den Verkauf mit aller Sorgfalt auftragsmässig abgeschlossen hätte und der Kommittent selbst die Lieferung grundlos verweigerte, oder wenn der Kommissionär einen Verkauf nach Muster abgeschlossen hätte, der Kommittent aber Waaren von schlechter Qualität übersendete, so dass diese von dem dritten Käufer zur Disposition gestellt würden. Der Kommissionär könnte möglicherweise die Erfüllung, zu der er sich ja **in eigenem Namen** verpflichtet hat, selbständig vornehmen und dann mit der a°. mandati contr. von dem Kommittenten den Ersatz der ihm dadurch entstandenen Auslagen und die Provision verlangen.[17]) Ist dies aber nicht möglich und geräth der Kommissionär in Folge der Weigerung des Kommittenten in Erfüllungsverzug, so behält er, wenn nun der Dritte vom Vertrage zurücktritt resp. redhibirt, das Recht auf die Provision, immer vorausgesetzt, dass ihm selbst ein Verschulden wegen der Nichtlieferung oder Redhibition nicht zur Last fällt. Der Kommissionär hat durch den Abschluss des Verkaufes, resp. durch Tradition des Verkaufskommissionsgutes und durch die später etwa noch mit den Käufern gepflogenen Verhandlungen seine Provision verdient und es darf ihn nicht berühren, dass das Geschäft durch Verschulden oder gar mala fides des Kommittenten nicht zur Ausführung gekommen ist. Denn die Bestimmung des Art. 371 soll zum Schutze von Treu und Glauben

---

[16]) Hat der Kommissionär bereits erhebliche Mühe aufgewendet, so kann er nicht gemäss Art. 290 eine angemessene Entschädigung verlangen; denn für den hier in Frage stehenden Fall sind spezielle Bestimmungen im Gesetze gegeben. Art. 371 ist hier ausschliesslich maassgebend; Art. 290 kann nur nach Maassgabe des Art. 371 zur Anwendung kommen. R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 379. Ueber den Unterschied der Provision vom Mäklerlohn s. oben S. 142.

[17]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 38 S. 107.

BUAH

dienen, damit der Leichtsinn eines Kommissionärs, der auf unsicherem Boden zu arbeiten Neigung verspürt, dem Kommittenten nicht schade, allein es darf diesem auch die durch seine Schuld, vielleicht gar mala fide lediglich zu seinem eigenen Vortheil geschehene Vereitlung des auf solider Grundlage von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäftes nicht nützen; der Kommittent ist vielmehr dem Kommissionär wegen dieser Pflichtverletzung zum Schadenersatz, also auch zur Leistung der entgangenen Provision (Art. 283 des H.G.B.), verpflichtet.

Das dem Kommissionär ipso jure zustehende Recht auf Provision kann durch besondere ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Parteien überhaupt beseitigt, umsomehr blos modifizirt werden; es kann z. B. bedungen werden, dass eine Provision schon dann geschuldet werden soll, wenn das Geschäft auch nur abgeschlossen worden ist oder sogar im Falle rechtzeitigen Widerrufs[18]) oder erst dann, wenn das Geschäft Gewinn bringt oder wenn es innerhalb eines bestimmten Zeitraumes abgewickelt wird u. s. w. Die Parteien können über die **Höhe** der Provision eine Vereinbarung treffen; zuweilen geschieht dies derart, dass die Provision gar nicht offen hervortritt, dass sie nur versteckt vorhanden ist. So kann vereinbart werden, dass die Provision in der Differenz zwischen dem gesetzten Preise und dem von dem Kommissionär wirklich erzielten Verkaufs- oder Einkaufspreise bestehen soll, so dass der Kommissionär, entgegen der Bestimmung des Art. 372, als Provision zurückbehalten darf, was er bei dem Verkaufe mehr erlöst[19]) oder um was er billiger einkauft, als der Kommittent bestimmt hat. Ist über die Höhe der Provision nichts vereinbart, so kann die Provision „nach den an dem Orte gewöhnlichen Sätzen" gefordert werden (Art. 290). Es entscheidet der Gebrauch des Ortes, wo das aufgetragene Geschäft ausgeführt wird, also gewöhnlich des Ortes der Handelsniederlassung des Kommissionärs. Fehlt es an dem Ortsgebrauche, so entscheidet das richterliche Ermessen. Gewöhnlich besteht die Provision in einer nach dem Werthbetrage oder Preise des Gegenstandes der Mühewaltung, des aufgetragenen und ausgeführten Geschäftes, in Perzenten berechneten Summe. Besteht die Kommission aus mehreren selbständig vorzunehmenden Geschäften, z. B. Ankauf, Verfrachtung und Versicherung, so gebührt von jedem Geschäfte eine besondere Provision. Nach der übereinstimmenden Praxis des Handelsverkehrs und der Gerichte erfolgt die Berechnung der Provision von dem **Brutto**werthbetrage.

§ 319.

β. Das Pfand-, Retentions- und Kompensationsrecht des Kommissionärs.

Der Kommissionär hat das Recht, nicht blos mit der a°. mandati contr. von dem Kommittenten Befriedigung seiner Forderungen zu verlangen, sondern auch sich durch das in seiner Verfügungsgewalt stehende Kommissionsgut zu

---

[18]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 375.

[19]) Vgl. die Fälle in R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 21 S. 70; bes. Bd. XXII Nr. 19 S. 77 in Beziehung auf den Speditionsunternehmer nach Art. 384 H.G.B. R.O.H.G. N. 94 S. 377.

BUAH

decken resp. so weit als möglich zu kompensiren.[1]) Das deutsche Handelsgesetzbuch hat in Art. 374 den bestehenden Handelsgebrauch sanktionirt und das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs nicht erst geschaffen, sondern nur beibehalten und sorgfältig geregelt. Neben dem gesetzlichen Pfandrechte besteht auch das allgemeine kaufmännische Retentionsrecht des Kommissionärs (Art. 313—315 des H.G.B.); doch ist zu beachten, ob nicht die Zurückbehaltung des Kommissionsgutes einer vom Kommissionär übernommenen Verpflichtung oder einer rechtzeitig vom Kommittenten ertheilten Vorschrift widerstreiten würde (Art. 313 Abs. 3).[2])

Das Handelsgesetzbuch (Art. 374)[3]) anerkennt das Pfandrecht „wegen der auf das Gut verwendeten Kosten", d. h. wegen alles dessen, was in Erfüllung des Auftrages auf das Kommissionsgut nothwendig oder nützlich aufgewendet (Art. 371) und wodurch daher der Werth desselben erhöht worden ist, also für Zahlung von Frachten oder Zöllen, für Magazinage, Entrepôt, Reinigung, Herstellung des Glanzes oder Bearbeitung der Kommissionswaare, um sie für den Handel geeignet zu machen u. s. w.; wegen dieser Kosten auch dann, wenn dieselben nach eingetretenem Verzug des Kommittenten in Folge der Retention des Kommissionsgutes auf Grund des Pfandrechtes vom Kommissionär aufgewendet worden sind;[4]) ferner „wegen der Provision, wegen der rücksichtlich des Gutes gegebenen Vorschüsse und Darleihen, wegen der rücksichtlich desselben gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten", also wegen der von dem Kommissionär für Rechnung des Kommittenten mit Beziehung auf das Gut gegebenen Geldsummen oder wegen der Verpflichtungen, welche er, sei es gegenüber dem Kommittenten oder für diesen gegenüber Dritten, dadurch z. B., dass der Kommittent einen Wechsel gezogen und der Kommissionär denselben acceptirt oder sonst übernommen hat.

Bei allen diesen Forderungen des Kommissionärs geht das Gesetz von der Auffassung aus, dass die Kosten und Vorschüsse in Rücksicht auf das betreffende Kommissionsgut gemacht, die Verbindlichkeiten in Rücksicht auf dasselbe eingegangen worden seien, und dass das Kommissionsgut in Rücksicht auf die Entstehung dieser Forderungen und Verbindlichkeiten des Kommissionärs in die Verfügungsgewalt desselben gebracht wurde. Der Kommissionär hat diese Umstände, also die Ertheilung von Vorschüssen, die Aufwendungen u. s. w. darzulegen und zu beweisen (durch die Handlungsbücher, Briefe u. s. w.).[5])

Ausserdem aber steht das Pfandrecht auch „wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften" zu. Diese letztere Bestimmung,

---

[1]) Laband in Zeitschr. f. H.R. Bd. IX S. 425; Goldschmidt, H.B. §§ 96, 97.

[2]) Goldschmidt l. c. S. 1019; Laband l. c. S. 494; Gotter, Centr. Org. N. F. Bd. III S. 471 ff.; Thöl, H.R. § 233; v. Hahn, Komm. ad Art. 313.

[3]) Ebenso ungar. H.G.B. § 379.

[4]) Laband l. c. S. 448; so für den Spediteur Ob.App.G. Kassel in Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 149; Seuffers Arch. Bd. XVII Nr. 152.

[5]) Laband S. 448.

BUAH

welcher die Auffassung zu Grunde liegt, dass eine Konnexität der Forderung mit dem Kommissionsgute durch den Kontokorrentvertrag geschaffen sei, entspricht dem im Kommissionshandel herrschenden Handelsgebrauche. Das Pfandrecht gilt für alle im Kontokorrentverkehre entstandenen Forderungen des Kommissionärs **als solchen** gegen den Kommittenten, wenn sie auch nicht das Kommissionsgut selbst betreffen, an welchem das Pfandrecht ausgeübt wird. Der Kommissionär erscheint also in Beziehung auf seinen ganzen im Kontokorrente erfolgenden Kommissionsverkehr mit dem Kommittenten vollständig gedeckt. Voraussetzung ist, dass zwischen dem Kommittenten und Kommissionär ein eigentlicher Kontokorrentverkehr [6]) besteht; dieser bringt es seiner Natur nach mit sich, dass der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten nicht desshalb in Vorschuss geht, weil er ein bestimmtes Kommissionsgut in seiner Gewahrsame hat und darüber zu verfügen in der Lage ist, sondern weil beide Theile sich gegenseitig einen wiederkehrenden Kredit gewähren, weil daher der Kommissionär die Gesammtheit jener Vermögenstheile des Kommittenten, welche im Laufe der Geschäftsverbindung für Rechnung desselben in seine Verfügungsgewalt gelangen, ins Auge fasst; es ist daher gerechtfertigt, wenn auch jedes im Laufe der Geschäfte, sei es auch später, zugesendete oder sonst in die Verfügungsgewalt des Kommissionärs gekommene Kommissionsgut zur Deckung der aus früheren Kommissionsgeschäften begründeten Forderungen und früher eingegangenen Verpflichtungen zu dienen hat, insoweit solche Forderungen und Verpflichtungen aus Kommissionsgeschäften herrühren.

Das Pfandrecht besteht an dem Kommissonsgute d. h. an allem, was der Kommissionär als solcher auf Grund der angenommenen oder blos offerirten Kommission und in Ausführung derselben für den Kommittenten in seine Verfügungsgewalt erlangt, sei es, dass das Gut von ihm eingekauft oder ihm zum Verkaufe oder in anderer Absicht auf Grund einer Kommission zugesendet worden ist, etwa um es vorläufig zur Verfügung des Kommittenten zu halten, bis ihm später der Verkaufsauftrag selbst ertheilt wird, mag auch dieser Auftrag in der That hinterher nicht erfolgen, sondern die Zurückgabe oder Weiterversendung des Gutes von dem Kommittenten angeordnet werden. In allen diesen Fällen fungirt der Kommissionär als solcher, wenn er auch das Kommissionsgut zunächst nur mit Beschränkung seiner Dispositionsbefugniss übernimmt; anders aber, wenn der Kommissionär blos einen Theil seines Magazins als Lagerraum vermiethet oder ein reines Depositum abgeschlossen hätte.[7])

Voraussetzung ist Detention des Kommissionsgutes, unmittelbare oder mittel-

---

[6]) Anderer Ansicht Laband S. 449; v. Hahn zu Art. 374 § 8. Für die obige Ansicht spricht der Sprachgebrauch des Gesetzgebers (Art. 291) und sein aus der Entstehungsgeschichte des Art. 374 hervorgehendes Bestreben, das gesetzliche Pfandrecht einzuschränken. Jede einzelne Forderung des Kommissionärs als solchen im Kontokorrentverkehr ist pfandrechtlich gedeckt, daher die Ausdrucksweise: „wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung" gerechtfertigt; die Anerkennung des Saldo wirkt hier im Zweifel nicht novirend.

[7]) Laband l. c. 438, 439; R.O.H.G. Bd. XX Nr. 26 S. 86.

BUAH

bare (insbesondere durch Konnossement, Ladeschein oder Lagerschein); juristischer Besitz ist nicht erforderlich. Das Pfandrecht des Kommissionärs besteht, wie das Retentionsrecht nach Art. 313 des H.G.B., nur so lange, als die Verfügungsgewalt des Kommissionärs über das Kommissionsgut dauert; es ist an die unmittelbare oder mittelbare Detention gebunden; für den Fall des Verlustes der Detention ist der Kommissionär nicht geschützt.

Das Pfandrecht des Kommissionärs besteht mit voller Wirkung auch im Konkurse und überhaupt gegenüber anderen Gläubigern des Kommittenten, auch älteren Pfandgläubigern gegenüber, ohne dass es darauf ankommt, ob das Kommissionsgut dem Kommittenten selbst gehört oder dessen Dispositionsgewalt vom Eigenthümer übertragen war, sofern nur der Kommissionär rücksichtlich der Dispositionsbefugniss des Kommittenten in gutem Glauben war.[8])

Der Kommissionär hat für die pfandrechtlich gesicherten Forderungen ein auch im Konkurse wirksames, vorzugsweises Befriedigungsrecht aus den durch das Kommissionsgeschäft begründeten und noch ausstehenden Forderungen (Art. 374 Abs. 2 des H.G.B.).[9]) Es besteht also ein Retentions- und, soweit möglich, Kompensationsrecht des Kommissionärs für alle Fälle und für alle seine Gegenforderungen (Art. 374 Abs. 1).

Bei der **Verkaufskommission** ist der Kommissionär selbst Gläubiger rücksichtlich des Kaufpreises; gemäss Abs. 2 Art. 368 gilt aber die Forderung des Kommissionärs im inneren Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär und dessen Gläubigern als eine Forderung des Kommittenten. Der Kommittent und dessen Gläubiger können jedoch nur so viel von dem Kaufpreise beanspruchen, als nach der Befriedigung der Forderungen des Kommissionärs übrig bleibt. Der Kommissionär ist allerdings ex mandato verpflichtet, die Forderung auf den Kaufpreis abzutreten; er braucht aber insolange nicht abzutreten, als er nicht selbst befriedigt ist. Hat der Kommissionär den Kaufpreis bereits bezogen, so wird er Schuldner des Kommittenten, dessen Gläubiger er seinerseits wegen seiner Vorschüsse u. s. w. ist; er kann soviel abziehen, als zur Befriedigung seiner Forderungen wegen Vorschüsse u. s. w. erforderlich erscheint; er ist ex mandato zur Herausgabe des Kaufpreises verpflichtet, er ist aber zur Kompensation berechtigt und dadurch vor allen anderen Gläubigern des Kommittenten geschützt. Für den Kommissionär ist also ebenso gesorgt, wie wenn er die Waaren selbst noch hätte oder darüber zu verfügen in der Lage wäre; es wäre ja auch ungerecht, wenn der Kommissionär durch die Ausführung des Auftrages, obwohl er den Kaufpreis noch in der Hand hat, an seinen Rechten verlieren sollte. Ebenso verhält es sich bei der **Einkaufskommission**; der Kommissionär hat die Forderung auf Lieferung der Waare; diese Forderung braucht er dem Kommittenten nicht abzutreten, so

---

[8]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XV Nr. 118 S. 424. Ueber die Rangordnung des gesetzlichen Pfandrechts des Kommissionärs im Falle der Kollision mit den gesetzlichen Pfandrechten des Spediteurs und Frachtführers s. unten.

[9]) Ebenso § 379 Abs. 2 ungar. H.G.B.

BUAH

lange er nicht wegen seiner Forderungen (Art. 374 Abs. 1) befriedigt ist;[10]) er hat somit die Möglichkeit, die Waare zu erlangen und an derselben sein Pfandrecht auszuüben. Hat er die Detention der Waare, so steht ihm ein Pfandrecht an derselben zu, wenn er nicht sogar als Eigenthümer zu betrachten ist. Ist die Forderung des Kommissionärs dem Kommittenten einmal abgetreten, so steht dem Kommissionär das vorzugsweise Befriedigungsrecht nicht mehr zu; es fehlt ein jeder Grund dafür. Der Kommissionär steht nun auch formell, wie früher schon materiell, der Forderung als Fremder gegenüber; seine Stellung ist dann von der eines anderen Gläubigers des Kommittenten rechtlich durchaus nicht verschieden.[11])

Der Kommissionär hat zur Realisirung seines Pfandrechtes das Verkaufsrecht (Art. 375 des H.G.B.;[12]) doch ist der in Verzug befindliche Kommittent, so lange der Kommissionär von dem ihm zustehenden Verkaufsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, berechtigt, dadurch, dass er die Forderungen des Kommissionärs befriedigt, den Verkauf zu verhindern.[13]) Der Verkauf hat unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 310 zu erfolgen. Der Kommissionär hat weder andere noch weiter gehende Verkaufsrechte als die in Art. 310 bestimmten;[14]) er ist in Beziehung auf die Realisirung seines Pfandrechtes dem Gläubiger eines vertragsmässig schriftlich bestellten kaufmännischen Faustpfandes gleichgestellt;[15]) diese Gleichstellung bezieht sich aber nur auf die Form, nicht auf die Voraussetzung der Realisirung; aus derselben folgt insbesondere nicht, dass, wie das Konventionalfaustpfand schriftlich bestellt, so der Kommissionsvertrag schriftlich abgeschlossen sein müsse. Der Kommissionär hat demnach lediglich die Voraussetzungen seines gesetzlichen Pfandrechtes gemäss Art. 374 zu bescheinigen, also seine Eigenschaft als Kommissionär, die unmittelbare oder mittelbare Detention des Kommissionsgutes, das Vorhandensein einer durch das gesetzliche Pfandrecht gesicherten Forderung, endlich den Verzug des Kommittenten (Art. 375) in Erfüllung seiner Verpflichtung.[16]) Die Bewilligung zum Verkaufe ist bei dem für den Gläubiger zuständigen Handelsgerichte anzusuchen und von diesem zu verordnen. Das Kommissionsgut darf nicht ohne Wissen des Kommittenten verkauft werden; von der Bewilligung und Vollziehung des Verkaufes ist der Schuldner, soweit es thunlich, sofort zu benachrichtigen. Der

---

[10]) Laband IX S. 458, 459.

[11]) So Gad S. 270 u. Anm. 19; Laband IX S. 456.

[12]) Ebenso § 380 ungar. H.G.B.

[13]) Die gerichtliche Deposition des Betrags der Forderungen genügt nicht. Reichsgericht Bd. I Nr. 112.

[14]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 33; Entsch. des österreich. oberst. Ghf. v. 14. Febr. 1878, Wiener Gerichtshalle 22. Jahrg. 1878 Nr. 47.

[15]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 33 S. 116.

[16]) Vgl. Entsch. in Busch Arch. Bd. III S. 101—103 (Komm. u. Adm. Koll. Königsberg), R.O.H.G. Bd. XI Nr. 4, Bd. XIX Nr. 33. Mit Unrecht verlangt Auerbach in Siebenhaars Arch. Bd. XIII S. 134 Schriftlichkeit des Kommissionsgeschäftes; dagegen v. Hahn zu Art. 375; Keyssers S. 411.

BUAH

Kommissionär, welcher seinen Anspruch auf das Resultat des Pfandverkaufes stützen will, muss seine Klage durch die Behauptung begründen, dass den Vorschriften des Art. 310 genügt, resp. dass und wesshalb deren Beobachtung unterlassen worden sei.[17])

Hinsichtlich der Realisirung des gesetzlichen Pfandrechtes ist in Art. 375 zwar nur Art. 310 allegirt; dadurch ist aber die Anwendbarkeit des Art. 311 H.G.B. nicht ausgeschlossen, wenn der aussergerichtliche Verkauf zwischen Kommittenten und Kommissionär schriftlich vereinbart worden ist; denn der Kommissionär sollte rücksichtlich der Realisirung des Pfandrechtes dem vertragsmässigen Pfandgläubiger überhaupt gleichgestellt werden; es ist aber natürlich, dass der Gesetzgeber zunächst nur id quod plerumque fit ins Auge gefasst, daher über eine solche bei dem gesetzlichen Pfandrechte der Natur der Sache nach seltene Vereinbarung hinsichtlich der Realisirung keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat. Es ist auch kein Grund aufzufinden, welcher die gehörige Vereinbarung zwischen Kommittenten und Kommissionär über aussergerichtlichen Verkauf verwerflich machen könnte.[18])

Art. 374 und 375 legen dem Kommissionär generell nur die Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers bei und sind auch auf den Einkaufskommissionär zu beziehen, der daher ebenfalls die Formen des handelsrechtlichen Pfandverkaufes zu beobachten hat. Das Gesetz wollte den Kommissionär — abgesehen von dem Falle des Eintrittes desselben als Selbstverkäufers — unter jeder Voraussetzung, mag er Eigenthümer der eingekauften Waare werden oder nicht, in durchgreifender Weise verpflichten, nur nach Art eines Pfandgläubigers zu Lasten des Kommittenten zu verkaufen.[19]) Allerdings kann der Kommissionär in allen denjenigen Fällen, in welchen er Eigenthümer der eingekauften Waare geworden und auch dem Kommittenten gegenüber geblieben ist, nicht Pfandrecht an seiner eigenen Sache haben. Es scheint also ein Widerspruch, das ihm das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers beigelegt werde; doch hat diese Vorschrift ihren guten Grund. Hat der Kommissionär den Einkaufsauftrag nicht blos angenommen, sondern ausgeführt und die Ausführung gemeldet, so ist er nicht mehr in der Lage, den Auftrag aufzukünden. Weigert also der Kommittent die Abnahme der Waare und zwar unter Umständen, welche den Eigenthumsübergang auf ihn, namentlich ein constitutum possessorium auf Seite des Kommissionärs, ausschliessen, so war es Aufgabe des H.G.B., den Kommissionär aus dieser üblen Lage zu befreien und seinem Anspruche auf schleunige Erstattung seiner oft beträchtlichen Auslagen an Kaufgeld u. s. w. gerecht zu werden.

---

[17]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 41 S. 194.

[18]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 34 S. 121; v. Hahn z. Art. 375; Keyssner S. 411; Anders Goldschmidt l. c. S. a. 1026.

[19]) R.O.H.G. Bd. XVIII Nr. 73 S. 255; v. Hahn zu Art. 374 § 1, zu Art. 375; Keyssner S. 411, 412; anders Laband l. c. S. 443, 451, Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 137 Note; Goldschmidt, H.B. S. 1026.

BUAH

Demgemäss ist ihm generelles Deckungsrecht nach Art des Pfandgläubigers im Art. 375 gewährt.[20])

Ist ein Limitopreis für den Verkauf gesetzt und kann derselbe nicht erreicht werden, so ist der Kommissionär desshalb[21]) nicht berechtigt, um seine Vorschüsse ersetzt zu erhalten, ohne Beobachtung des Art. 310 unter dem Limito aus freier Hand zu verkaufen. Zum Schutze seines Pfandrechtes darf der Kommissionär überhaupt nicht von der Ordre des Kommittenten abweichen; er ist auf die Rechte des Art. 375 beschränkt. Reichen diese nicht aus, so hat er den Zufall zu tragen, welcher das Pfandrecht beeinträchtigt. Der Kommittent ist allerdings im Allgemeinen zu keiner Maassregel befugt, welche dem Kommissionär das gesetzliche Pfandrecht entzieht; allein daraus folgt nicht, dass es dem Kommissionär zustehe, dem Kommittenten vorzuschreiben, wie er über das Gut zu verfügen habe.[22])

§ 320.

b. Verhältniss zum dritten Kontrahenten.[1])

Der Kommissionär schliesst als solcher **im eigenen Namen ab**; er ist daher persönlich Gläubiger und Schuldner des Dritten, mit dem er das Geschäft abgeschlossen; diesem gegenüber kommt **nur der Kommissionär**, nicht der Kommittent in Betracht. Der dritte Kontrahent hat alle jene Rechte, welche er sonst hätte, wenn der Kommissionär das Geschäft nicht nur im eigenen Namen, sondern auch für eigene Rechnung abgeschlossen hätte. Gegenüber dem dritten Kontrahenten ist der Kommissionär überhaupt nicht als Kommissionär, sondern lediglich wie irgend ein anderer Kaufmann zu betrachten, der für eigene Rechnung gekauft oder verkauft oder ein sonstiges Handelsgeschäft abgeschlossen hat. Der in der Kommission gelegene handelsrechtliche Auftrag des Kommittenten wirkt überhaupt nicht nach aussen, sondern beschränkt seine Wirkung auf das **innere** Verhältniss zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär; zwischen diesen beiden hat er aber zur Folge, dass das von dem Kommissionär abgeschlossene Geschäft in keinem Augenblicke als für Rechnung des Kommissionärs, sondern sofort als für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen gilt, so dass dem Kommittenten allein der Gewinn zuzukommen, wie ihn auch allein der Verlust zu treffen hat. Das eigentliche Subjekt, welches das Geschäft in Wahrheit angeht, bleibt im Hintergrund; an dessen Stelle ist der Kommissionär getreten, also ein Subjekt, welches nur für fremde Rechnung, wenn auch im eigenen Namen, gehandelt hat; der dritte Kontrahent hat es aber nur mit diesem Subjekte zu thun; darauf beruht die Bestimmung (Art. 360 al. 2), dass durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit dem Dritten schliesst, er allein berechtigt und verpflichtet werde. Der Kommissionär allein hat demnach eine

---

[20]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 33 S. 116.

[21]) Also abgesehen von den Fällen der Art. 363 u. 366 H.G.B.

[22]) R.O.H.G. Bd. VI Nr. 70 S. 312.

[1]) Grünhut l. c. S. 324—343.

BUAH

Klage gegen den dritten Kontrahenten; gegen ihn allein kann von dem Dritten geklagt werden.[2])

Dies gilt auch dann, wenn der Kommissionär beim Vertragsschluss sogar insbesondere darauf hingewiesen, dass er Kommissionär sei, also für Rechnung eines Anderen handle, oder wenn er den Namen des Kommittenten, für dessen Rechnung das Geschäft abgeschlossen wird, im Verlaufe seiner Verhandlungen mit dem Dritten **als Kommittenten** genannt hat; ja sogar, wenn der Kommissionär von dem Kommittenten bei dem Abschlusse des Geschäftes selbst begleitet worden wäre, wenn der Kommittent bei der Einkaufskommission vielleicht selbst die Waare gewählt hätte u. s. w.; denn wenn auch die dem Dritten gemachte Mittheilung über den erhaltenen Auftrag, die Erwägung, dass hinter dem Kommissionär ein kreditwürdiger Kommittent stehe, für den Dritten bestimmend gewesen sein mag, um das Geschäft mit dem Kommissionär abzuschliessen, so kommt dieser Umstand, als blosses Motiv der Handlung, juristisch nicht weiter in Betracht und kann für sich allein nicht genügen, um zwischen dem Dritten und dem Kommittenten direkte Rechtsbeziehungen zu begründen.

In Folge dieser Rechtslage kann zwar der Kommittent die Interessenklagen wegen Nichterfüllung des Geschäftes nur dann anstellen, wenn der Kommissionär ihm die kontraktlichen Rechte abgetreten hat; keineswegs aber bedarf der Kommissionär, um sich zur Anstellung dieser Interessenklagen zu legitimiren, der Cession der Rechte des Committenten; eine solche Cession ist unmöglich, weil ja der Kommissionär im eigenen Namen kontrahirt, daher auch allein dem Gegenkontrahenten als berechtigt gegenübersteht, die kontraktlichen Rechte also unmittelbar geltend zu machen befugt sein muss.[3])

Eine weitere nothwendige Folge ist die, dass dasjenige, was der Kommissionär dem dritten Kontrahenten, dem er die Waare des Kommittenten verkauft hat, aus persönlicher Causa schuldet, gegen dasjenige aufgerechnet werden kann, was der Dritte ihm für Rechnung des Kommittenten schuldet, also gegen eine für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung des Kommissionärs und dass umgekehrt dasjenige, was der Kommissionär einem Dritten (demjenigen z. B., von dem er eingekauft hat) für Rechnung des Kommittenten schuldet, gegen dasjenige aufgerechnet werden kann, was der Dritte ihm persönlich schuldet; es handelt sich hier immer um eine compensatio debiti proprii.[4])

Zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommittenten bestehen keine direkten obligatorischen Beziehungen, so dass der eine gegen den anderen nur

---

[2]) R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 55 S. 249: Der Kommittent kann das für seine Rechnung vom Kommissionär geschlossene Rechtsgeschäft dem dritten Kontrahenten gegenüber wegen eines von diesen ihm, dem Kommittenten, gegenüber verübten dolus causam dans oder wegen eines in ihm erregten wesentlichen Irrthums nicht anfechten. Laband in Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 198. v. Hahn zu Art. 360 § 15, zu Art. 368. Früher war es streitig, ob und unter welchen Voraussetzungen actiones utiles zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommittenten stattfinden könnten.

[3]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 86 S. 257.

[4]) Zimmermann im Neuen Arch. f. H.R. I S. 81; Thöl, Ausgew. Entsch. Nr. 11, 13.

BUAH

mit der abgetretenen Klage des Kommissionärs auftreten kann, daher gegen diese Klage alle Einwendungen zulässig sind, welche einerseits von Seite des Kommittenten, andererseits von Seite des dritten Kontrahenten der Klage des Kommissionärs hätten entgegengesetzt werden können; der Kommissionär ist aber nur berechtigt, seine Ansprüche gegen den Kommittenten an den dritten Kontrahenten auf dessen Verlangen abzutreten, nicht aber ist er dazu verpflichtet.

Der dritte Kontrahent creditirt nur dem Kommissionär, folgt seiner fides, hat daher nur ihn zum Schuldner; ihm gegenüber hat der Kommissionär allein zu erfüllen; im Konkurse des Kommissionärs hat der dritte Kontrahent nur das Recht auf eine Dividende, wie jeder andere Gläubiger; er kann z. B. nicht von dem Kommittenten den dem Kommissionär geschuldeten Kaufpreis für sich beanspruchen, er hat in keinem Falle eine direkte Klage gegen den Kommittenten; er muss sich gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs den Eintritt jener rechtlichen Folgen gefallen lassen, welche aus der formell vom Kommissionär nach aussen eingenommenen Rechtsstellung hervorgehen.

Gegenüber dem dritten Kontrahenten erscheint der Kommissionär allein als der Forderungsberechtigte; nichts steht aber im Wege, dass der Kommissionär diese seine Forderung gegen den dritten Kontrahenten dem Kommittenten abtrete; allerdings erfordert es seine Sicherheit, dass diese Forderung, wenn nicht durch ihn, so doch nur mit seinem Willen geltend gemacht werde; er muss insbesondere, als Verkaufskommissionär, darauf bedacht sein, den Kaufschilling selbst einzuziehen, um sich daraus bezahlt zu machen, als Einkaufskommissionär, die Waare in seine Hand zu bekommen, um sein gesetzliches Pfandrecht an derselben geltend machen zu können. Dessenungeachtet ist die Abtretung actione mandati auch erzwingbar (Art. 361 Schlusssatz), wobei in Folge des durch Art. 374 al. 2 eingeräumten vorzugsweisen Befriedigungsrechtes das berechtigte Interesse des Kommissionärs genügend gewahrt ist; jedenfalls kann der Kommittent dem dritten Schuldner gegenüber die Forderung erst nach der — freiwilligen oder erzwungenen — Abtretung geltend machen (Art. 368 Abs. 1, der nur als eine Konsequenz des Art. 360 Abs. 2 erscheint); der Kommittent macht aber dann eben nicht ein eigenes, sondern ein von dem Kommissionär abgeleitetes Forderungsrecht geltend und muss sich daher alle Einwendungen gefallen lassen, welche der dritte Kontrahent dem Kommissionär hätte entgegensetzen können.

Im Verhältniss nach **innen** zwischen Kommittenten und Kommissionär selbst aber gilt der Kommittent als der Forderungsberechtigte; denn der Kommissionär ist dem dritten Kontrahenten gegenüber nur in Folge des Auftrages und zwar in der Regel desshalb als Kontrahent aufgetreten, um den Abschluss der Operation zu Gunsten des Kommittenten zu erleichtern; er hat nicht für seine eigene Rechnung kontrahirt, sondern nur für Rechnung und im Interesse des Kommittenten; er hat als Verkaufskommissionär insbesondere nicht seine Waare, sondern die Waare seines Kommittenten verkauft. Stellt daher der Kommissionär die Klage gegen den dritten Kontrahenten auf Ersatz des Interesses wegen des durch die Nichterfüllung des mit diesem abgeschlossenen Vertrages erwachsenen

BUAH

Schadens, so kommt, abgesehen von besonderen Umständen, der vom Kommittenten erlittene Schaden in Betracht,[5]) da der Kommittent es ist, für dessen Rechnung und in dessen Interesse kraft des zwischen ihm und dem Kommissionär bestehenden Mandatsverhältnisses der Vertrag geschlossen worden ist.

Der Kommissionär hat daher ab initio die Forderung gegen den dritten Kontrahenten materiell als eine Forderung des Kommittenten erworben, der ja auch die Gefahr dieses Erwerbes zu tragen hat; es handelt sich von vornherein nicht um eine in bonis des Kommissionärs befindliche, in Wahrheit einen Bestandtheil seines eigentlichen Vermögens bildende Forderung, welche er zu seinem eigenen Vortheil gelten zu machen berechtigt wäre; der Kommissionär hat vielmehr den Vermögenswerth, der ihm auf Grund dieser Forderung geschuldet wird, nur zu empfangen, um ihn dem Kommittenten als dem eigentlich Berechtigten herauszugeben. So lange nun der Kommissionär in Ansehung dieser Forderung den Interessen des Kommittenten nicht zuwider handelt, so lange er insbesondere zahlungsfähig bleibt, ist der latente Widerspruch zwischen der formellen Rechtsstellung des Kommissionärs und der materiellen Rechtslage unschädlich; der Kommittent hat kein Interesse daran, aus seinem Inkognito herauszutreten und die aus dem Kommissionsgeschäfte formell für den Kommissionär gegen den Dritten erwachsene Forderung offen als seine Forderung in Anspruch zu nehmen; anders aber, wenn der Kommissionär über die von ihm für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung eine dem Interesse des Kommittenten zuwiderlaufende Verfügung träfe, insbesondere auch, wenn er zahlungsunfähig würde; hier ist es durch Treu und Glauben geboten, das streng juristische Prinzip, dass der Kommissionär allein aus dem mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossenen Geschäfte forderungsberechtigt sei und dass der Kommittent dieses Forderungsrecht des Kommissionärs erst durch dessen Abtretung erwerbe, zu durchbrechen, und die an die formelle Stellung des Kommissionärs geknüpften rechtlichen Folgen mit den berechtigten Interessen des Kommittenten juristisch zu versöhnen, ohne aber die für den dritten Kontrahenten durch den Abschluss des Geschäftes mit dem Kommissionär entsprungenen Rechte irgendwie zu beeinträchtigen, den Kommittenten daher nur, soweit der dritte Kontrahent nicht betheiligt ist, also lediglich im Verhältniss zum Kommissionär und zu dessen Gläubigern, als den einzigen und wahren Gläubiger zu behandeln. Es wäre offenbar ungerecht, wenn der Kommissionär über das gegen den dritten Kontrahenten auf Leistung irgend eines Vermögenswerthes erworbene Forderungsrecht, welches sich doch nur scheinbar in seinem Vermögen befand, gestützt auf eine formelle juristische Basis, in einer für den Kommittenten rechtlich direkt unangreifbaren Weise zu verfügen, oder wenn ein Gläubiger des Kommissionärs sich zum Nachtheile des Kommittenten aus diesem Vermögenswerthe zu befriedigen vermöchte. Der Kommittent ist daher ipso jure

[5]) Hahn zu Art. 368; Zimmermann l. c. R. S. 48—82, bes. S. 62 ff.; Seuffert Arch. XI S. 49, 50; Thöl, Ausg. Entsch. N. 13, 15, R.O.H.G. Bd. XI Nr. 86 S. 256, 260, Bd. XIV Nr. 123 S. 400, Bd. XVII Nr. 21 S. 78, Bd. XXII Nr. 55 S. 253 eod. Nr. 66 S. 302.

BUAH

berechtigt, Forderungen, welche aus dem in Folge der Kommission mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossenen Geschäfte formell für den Kommissionär begründet sind, sowohl gegenüber diesem, als auch gegenüber den anderen Gläubigern des Kommissionärs, also in und ausser dem Konkurse des letzteren, als einen in Wahrheit zu seinem und nur scheinbar zum Vermögen des Kommissionärs gehörigen Bestandtheil zu seinem ausschliesslichen Vortheile als der eigentlich Berechtigte in Anspruch zu nehmen und daher einerseits unberechtigten Verfügungen des Kommissionärs über diese Forderungen entgegenzutreten, andererseits dieselben der anderweitigen Gläubigerschaft des Kommissionärs zu entziehen und sich mit Bevorzugung vor derselben aus den separirten Forderungen zu befriedigen.[6]) Der bis dahin geheim gebliebene Auftrag wirkt nun gleichsam nach aussen, ohne dass aber im Erfolge ganz dasselbe Resultat erzielt würde, als ob der Kommissionär nicht im eigenen Namen, sondern im Namen seines Kommittenten gehandelt hätte; denn der Kommittent ist nicht berechtigt, mittelst direkter Klage (a⁰. utilis) von dem Dritten die geschuldete Leistung zu verlangen,[7]) als ob der dritte Kontrahent in demselben Umfange, wie gegenüber dem Kommissionär, so nunmehr gegenüber dem Kommittenten als Schuldner anzusehen wäre; es würde dem eigentlichen Gegensatze, welcher zwischen Abs. 1 und 2 Art 368 nach der Fassung des Gesetzes hervorgehoben werden wollte, entschieden widersprechen, wenn das aus dem Kommissionsgeschäfte für den Kommissionär entstandene Forderungsrecht dem Kommittenten als ein von Rechtswegen kraft fingirter Cession auf ihn übergegangenes Forderungsrecht auch gegen den dritten Kontrahenten zuerkannt werden wollte, mit dem der Kommissionär im eigenen Namen abgeschlossen hat; nicht diesem, sondern nur dem Kommissionär und seinen Gläubigern gegenüber gilt der Kommittent als der eigentlich Forderungsberechtigte. Das rechtliche Interesse des dritten Kontrahenten wird durch das Separationsrecht des Kommittenten durchaus nicht beeinträchtigt; der Kommittent wird ja nicht als Gläubiger in das obligatorische Verhältniss zwischen dem Kommissionär und dem Dritten hineingeschoben; wäre dies der Fall, so würde es dem Dritten allerdings vielleicht darauf ankommen, gerade Schuldner des Kommissionärs zu bleiben und nicht Schuldner des Kommittenten zu werden; allein die zu Gunsten des Kommittenten separirte Forderung bleibt dem Dritten gegenüber immer die Forderung des Kommissionärs; ihm kann es gleichgültig sein, ob das, was er als Erfüllung zu leisten hat, dem Kommissionär, resp. dessen Gläubigerschaft, oder ausschliesslich dem Kommittenten zufalle; die Einwendungen, welche ihm als Schuldner gegen den Kommissionär zustehen,

---

[6]) Vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 2 S. 20 ff.: „Dieses im H.G.B. anerkannte Vorrecht des Kommittenten auf die ausstehenden Kaufgelder karakterisirt sich, gleich dem verwandten und gleichzeitig entwickelten Verfolgungsrechte des unbezahlten Verkäufers, als ein Separationsrecht gegenüber den anderweitigen Gläubigern des Kommissionärs und wird, wie jenes, in den Konkursordnungen zu den Vindikationsansprüchen gezählt.“ Goldschmidt, Gutachten 104, H.B. § 66 Note 15 § 105 Nr. 12; Laband l. c. IX 454; Hahn, Komm. zu Art. 368; Endemann H.R. § 167 Note 10.

[7]) Laband l. c. S. 457, 458; Dernburg, Preuss. Privr. § 185 Note 16.

BUAH

insbesondere eine dem Kommissionär gegenüber begründete Einrede der Zahlung, der Kompensation, oder wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Waaren u. s. w. bleiben auch gegenüber der separirten Forderung des Kommittenten wirksam.

Für den Kommittenten ist es von grosser Wichtigkeit, sich zu vergewissern, ob bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Kommissionärs der dritte Kontrahent die Erfüllung noch ganz oder zum Theile schulde; wenn er, wie dies gewöhnlich der Fall ist, den Namen des dritten Kontrahenten überhaupt nicht kennt, so wird nun sein Recht Rechenschaftsablage, daher auch Nennung des Namens des dritten Kontrahenten verlangen zu können, von grosser Bedeutung. So lange der Kommittent, der die Forderung des Kommissionärs für sich in Anspruch genommen hat, dem dritten Kontrahenten gegenüber nicht die entsprechenden Sicherheitsmaassregeln, namentlich Arrestlegung, Verbot ergreift und auf diese Weise der Erfüllung an den Kommissionär sich wirksam widersetzt, kann sich der dritte Kontrahent gegenüber dem Kommissionär als seinem Gläubiger durch alle gesetzlichen Tilgungsarten, z. B. Kompensation mit einer in der Zwischenzeit entstandenen Gegenforderung gültig liberiren. Die Forderung gegen den dritten Kontrahenten ist dann erloschen, daher auch für den Kommittenten das Objekt der Separation weggefallen.

Durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommissionärs hat der Kommittent das ausschliessliche Recht erworben, die Forderung gegen den dritten Kontrahenten für sich zu beanspruchen; er kann die Uebereignung oder Herausgabe des Kaufpreises fordern, soweit derselbe nicht vor der Konkurseröffnung zwischen dem Gemeinschuldner und dem Käufer berichtigt worden ist.

§ 321.

c. Die Delcredere-Haftung des Kommissionärs.[1])

Der Kommissionär hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verfahren. Ist dies geschehen,[2]) so steht das dem Auftrage gemäss abgeschlossene Geschäft auf Gefahr des Kommittenten. Durfte der Kommissionär als ordentlicher Kaufmann zur Zeit des Vertragsabschlusses Erfüllungsfähigkeit des dritten Kontrahenten annehmen, so hat der Kommittent allein die Gefahr der Erfüllungsunfähigkeit zu tragen; der Kommissionär haftet nur dafür, dass die Forderungen (nomina), welche er für Rechnung des Kommittenten gegen den dritten Kontrahenten erworben, richtig (vera), nicht aber, dass sie realisirbar (bona) seien; er kann den Kommittenten durch Cession der für dessen Rechnung aus dem auftragsmässig abgeschlossenen Geschäfte erworbenen Forderungsrechte an den dritten Kontrahenten verweisen. Bei Kreditgeschäften schwebt daher der Kommittent stets, wenn auch der Kommissionär die volle Sorgfalt eines ordentlichen

---

[1]) Grünhut l. c. S. 344—367.

[2]) Anders wenn eine culpa des Kommissionärs vorliegt, z. B. Gewährung einer zu langen Frist für die Erfüllung oder Abschluss mit einem auf dem betreffenden Platze als schlechtem Zahler bekannten Käufer.

BUAH

Kaufmannes beobachtet hat, mehr oder weniger in Gefahr, die Zahlung oder anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten entweder gar nicht oder nicht vollständig oder nur mit rechtswidriger Verzögerung zu erhalten. Im Interesse des Kommittenten musste es gelegen sein, ein Mittel zu finden, um dieser Gefahr zu entgehen, und bei dem Kommissionär selbst eine Garantie für die prompte und anstandslose Abwickelung des abgeschlossenen Geschäftes zu erlangen. Dieser Zweck wird durch das stare del credere erreicht.

In der Regel beruht das del credere auf einer besonderen Uebereinkunft, vermöge welcher der Kommissionär die Gefahr des Einganges der für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen auf sich nimmt und demselben die pünktliche Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten verspricht; unter Umständen besteht es schon kraft des Gesetzes. In Folge dieser Garantiepflicht kann nun der Kommittent von dem Kommissionär nicht wider seinen Willen an den dritten Kontrahenten verwiesen werden; er kann wohl die Abtretung der Rechte gegen den Dritten fordern, er braucht sich aber mit dieser Abtretung nicht zu begnügen. Der Kommissionär hat nun das grösste Interesse daran, nur mit solchen Personen abzuschliessen, von welchen er die Ueberzeugung hegt, dass sie sowohl die Fähigkeit als auch den Willen haben, die Erfüllung gehörig zu leisten. Für diese Garantiepflicht gebührt dem Kommissionär, wenn nichts Anderes ausdrücklich oder stillschweigend z. B. gemäss dem bestehenden Geschäftsgebrauch vereinbart worden ist, eine besondere Vergütung, welche neben und unabhängig von der Provision zu leisten ist,[3]) Delcredere-Provision oder blos Delcredere genannt (Art. 370 Abs. 3 H.G.B.).[4])

Das Delcredere kommt im Kommissionsverkehr zumeist bei der Verkaufskommission vor als Haftung für Bezahlung des Kaufpreises, es findet sich aber auch in der Praxis nicht selten bei der Einkaufskommission als Haftung für die Lieferung des Gutes; auch sonstige Kommissionäre z. B. der Assekuranz-Kommissionär, der Spediteur können del credere stehen.

Der Delkredere-Vertrag kann ausdrücklich oder stillschweigend und unter verschiedenen Modalitäten z. B. nur rücksichtlich eines Theiles der von dem dritten Kontrahenten zu machenden Leistung geschlossen werden. Es ist quaestio facti, ob insbesondere aus der Höhe der bedungenen Provision, aus dem Umstande, das der Kommissionär in seiner früheren Geschäftsverbindung mit dem Kommittenten stets für den dritten Kontrahenten eingestanden, die Uebernahme der Delcredere-Verpflichtung abgeleitet werden kann. Auch in Ermangelung einer besonderen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarung steht der Kommissionär kraft Rechtsnothwendigkeit del credere, wenn dieses am Orte seiner Handelsniederlassung Handelsgebrauch ist (Art. 370 H.G.B).

In Folge des stare del credere haftet der Kommissionär für die Erfüllung von Seite des dritten Kontrahenten, mit dem er das aufgetragene Geschäft abgeschlossen; er trägt gegen Provision die Gefahr aus der Kreditgebung und ist

---

[3]) Laband in Zeitschr. f. H.R. Bd. 17 S. 504, Keyssner, Komm. S. 405.

[4]) Ebenso ungar. H.G.B. § 377. Zuweilen das Doppelte der gewöhnlichen Provision.

BUAH

verpflichtet, in Ermangelung der Erfüllung von Seiten des dritten Kontrahenten, sei es im Falle der Zahlungsfähigkeit oder des Verzuges in der Erfüllung, selbst zu erfüllen, macht so den Kommittenten von der Erfüllung durch den dritten Kontrahenten ganz unabhängig, und garantirt ihm insoweit den Erfolg des für seine Rechnung ausgeführten Geschäftes, so dass es den Kommittenten gar nichts mehr angeht, wenn der Kommissionär dem dritten Kontrahenten Kredit gewährt hat.

In der Delcredere-Vereinbarung liegt daher neben dem Kommissionsvertrage und ohne Umformung der juristischen Natur dieses Vertrages, insbesondere ohne Umänderung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, der Abschluss eines accessorischen Vertrages — accessorisch insoferne, als er nothwendig die Existenz eines Kommissionsvertrages voraussetzt und mit diesem, als dem Hauptvertrage, namentlich bei Widerruf der Kommission, fällt — und zwar eines kaufmännischen **Bürgschaftsvertrages** (Art. 281 Abs. 2, Art. 273), resp. der Kommissionär wird, wo das stare del credere nicht Folge einer besonders darauf gerichteten Vereinbarung ist, unter Umständen ipso jure als kaufmännischer Bürge angesehen.[5]) Gegen die Auffassung des Delcredere als Bürgschaft lässt sich nicht geltend machen,[6]) dass es nicht als accessorische Obligation zu einer zwischen dem Kommittenten als Gläubiger und dem dritten Kontrahenten als Schuldner bestehenden Hauptobligation hinzutrete, da ja zwischen dem Kommittenten und dem dritten Kontrahenten überhaupt eine direkte obligatorische Beziehung nicht bestehe, indem der Kommissionär im **eigenen** Namen kontrahire, der dritte Kontrahent daher als Schuldner nur dem Kommissionär **allein** als Gläubiger und nicht dem Kommittenten verpflichtet sei; denn die gegen den dritten Kontrahenten formell für den Kommissionär begründete Forderung hat im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und Kommissionär kraft des Gesetzes (Art. 368 Abs. 2), auch wenn sie nicht abgetreten ist, als Forderung des Kommittenten zu gelten, ist daher juristisch vollkommen geeignet, als Hauptschuld und Objekt einer Bürgschaft des Kommissionärs zu fungiren. Der letztere übernimmt gegenüber dem Kommittenten, welcher nicht nur der materiellen Sachlage nach, sondern auch dem Gesetze nach ihm gegenüber als Gläubiger des dritten Kontrahenten gilt, die Verpflichtung, für die fremde Verbindlichkeit, für die Schuld des dritten Kontrahenten, einzustehen.

Was die Rechtswirkungen des stare del credere betrifft, so bestimmt das Gesetz (Art. 370 Abs. 2), „dass der Kommissionär dem Kommittenten für die gehörige Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalles unmittelbar und persönlich insoweit verhaftet ist, als solche aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.“ [7]) Der del credere stehende Kommissionär haftet daher als Bürge nicht nur dafür, dass die Hauptschuld, d. h. die von ihm für

---

[5]) Ebenso Heise S. 42 B. N. 4, § 147 rev. österr. Entw., § 377 ungar. H.G.B., Goldschmidt in s. Zeitschr. Bd. 23 S. 328; s. auch R.O.H.G. Bd. V Nr. 79 S. 354, 355.

[6]) So Treitschke S. 28.

[7]) Ebenso ungar. H.G.B. § 376.

BUAH

Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung **überhaupt** Erfüllung finden, sondern auch dafür, dass die Erfüllung gerade zu dem bestimmten, vereinbarten Zeitpunkte erfolgen werde. Ist dieser Zeitpunkt herangekommen und erfolgt die Erfüllung nicht rechtzeitig, so ist der Kommittent nicht verpflichtet, sich, bevor er den del credere stehenden Kommissionär in Anspruch nimmt, an den Schuldner zu wenden, gegen den ihm ja ein direktes Forderungs- und Klagerecht überhaupt nicht zusteht; ebensowenig, wie sonst dem kaufmännischen Bürgen (Art. 281 Abs. 2), steht dem Kommissionär eine Einrede der Vorausklage (exceptio excussionis) zu. Der Kommittent ist daher berechtigt, sich wegen der Erfüllung direkt an den Kommissionär zu halten, sobald das im Bürgschaftsvertrage vorgesehene ungünstige Ereigniss, sei es die Erfüllungsunfähigkeit des dritten Kontrahenten oder eine Verzögerung der Erfüllung, verwirklicht ist. Die Gefahr der Kreditgebung erscheint dem Kommittenten nur dann vollständig abgenommen, wenn der del credere stehende Kommissionär die Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten, so wie es dieser zu thun verpflichtet wäre, im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar erfüllt. Im Handelsverkehr, wo jeder Aufschub in der Realisirung einer Forderung gefahrbringend sein kann, muss der Kommittent darauf bedacht sein, sich den Eingang der Zahlung, resp. der Erfüllung zur bestimmten Zeit zu sichern; der in der Erwartung pünktlicher Erfüllung getäuschte Kommittent sieht sich eben dadurch schon jenen nachtheiligen Folgen der Kreditgebung ausgesetzt, gegen welche er sich durch den Bürgschaftsvertrag schützen wollte. Ist daher der für die Erfüllung bestimmte Zeitpunkt herangekommen, so ist der Kommittent dadurch allein schon und ohne dass er früher etwa den Erfolg eines von dem Kommissionär bei dem dritten Kontrahenten gemachten Realisirungsversuches abzuwarten oder mit der cedirten Klage des Kommissionärs selbst aufzutreten braucht, berechtigt, die Erfüllung direkt vom Kommissionär zu beanspruchen.

Die Haftung des del credere stehenden Kommissionärs für die Erfüllung ist aber keineswegs eine absolute und ausnahmslose in dem Sinne, als ob sie in jedem Falle ohne Rücksicht auf den Grund, aus welchem der dritte Kontrahent nicht geleistet, stattfände; es kommen ihm vielmehr gegen die Forderung des Kommittenten auf Erfüllung der Verpflichtung jene Einwendungen zu statten, welche ihm selbst gegenüber aus der Hauptschuld, aus dem für Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Vertrage, für den dritten Kontrahenten erwachsen sind, namentlich Einwendungen, welche auf einem Verschulden des **Kommittenten** beruhen, [8]) nicht aber solche Einwendungen, welche der dritte Kontrahent gegen die Forderung des Kommissionärs auf Erfüllung der Verpflichtung wegen eines Verschuldens des **Kommissionärs** vorzubringen berechtigt wäre, ebensowenig solche Einwendungen, welche nur auf Grund eines besonderen, von dem für Rechnung des Kommittenten hervorgerufenen Vertragsverhältnisse unabhängigen, blos zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommissionär bestehenden Rechtsverhältnisses entgegengesetzt werden könnten.

---

[8]) v. Hahn zu Art. 370. So die exceptio non adimpleti contractus; vgl. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 61 S. 187.

BUAH

Bestreitet der Kommissionär überhaupt die Existenz der Hauptschuld, also der Forderung, rücksichtlich deren Erfüllung er del credere gestanden ist, so hat der Kommittent dieselbe zu beweisen.[9])

Durch das Delcredere werden die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär durchaus nicht verändert; früher nahm man, namentlich in der Handelswelt, zu weitgehend an, dass durch das del credere-Stehen des Kommissionärs jede Kommission von selbst in ein Propregeschäft übergehe, so als ob z. B. der aufgetragene, mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossene Kaufvertrag unmittelbar zwischen Kommittenten und Kommissionär geschlossen worden wäre. Diese Auffassung beruhte auf einer Verkennung des Wesens des stare del credere; die Folge desselben ist nur, dass der Kommissionär gegen besondere Vergütung dem Kommittenten alles dasjenige schuldet, was ihm, dem Kommissionär, von dem Dritten zur Verfallzeit aus dem Vertragsverhältniss hätte geleistet werden sollen, wenn auch nicht geleistet worden ist; der del credere stehende Kommissionär schuldet aber nicht aus demselben Rechtsgrunde wie der dritte Kontrahent, sondern aus einem besonderen Rechtsgrunde; es ist nicht so anzusehen, als ob er selbst als Schuldner in das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft eingetreten wäre, als ob z. B. der mit dem dritten Kontrahenten abgeschlossene Kaufvertrag nun ihn selbst als Käufer oder Verkäufer anginge,[10]) vielmehr verbleibt der Kommissionär in der rechtlichen Stellung eines Mandatars und vereinigt nur damit gleichzeitig die rechtliche Qualität eines kaufmännischen Bürgen, vermöge welcher er verpflichtet ist, eintretenden Falles dem Kommittenten persönlich und direkt jene Forderung zu erfüllen, welche als Resultat des ihm aufgetragenen Handelsgeschäftes, formell von ihm, jedoch wirthschaftlich für Rechnung des Kommittenten und diesem gegenüber auch juristisch (Art. 368 Abs. 2) als dessen Forderung, erworben worden ist. Beide Eigenschaften, die des Mandatars und des kaufmännischen Bürgen, müssen in der Person des Kommissionärs unterschieden werden, gerade so, als ob nur der Kommissionsvertrag zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, der Delcredere-Vertrag aber nicht als Accessorium desselben, sondern zwischen dem Kommittenten und irgend einer von dem Kommissionär verschiedenen Person geschlossen worden wäre. Als Mandatar ist auch der del credere stehende Kommissionär verpflichtet, dem Kommittenten Rechenschaft zu geben, insbesondere auch denjenigen Differenzbetrag gegenüber dem Limito zu Gute kommen zu lassen, um den er etwa theuerer an den Dritten verkauft oder billiger von dem Dritten eingekauft hat, ferner dem Kommittenten die erforderlichen Auskünfte zu ertheilen, insbesondere auch unter Umständen den Namen des dritten Kontrahenten zu nennen,[11]) also z. B. bei der Verkaufskommission den Käufer der Waare, damit der Kommittent die Richtigkeit des

---

[9]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 61 S. 187 ff.

[10]) Ueber den Unterschied zwischen dem Delcredere-Stehen des Kommissionärs und dem Eintritt desselben als Selbstkontrahenten nach Art. 376 H.G.B. s. unten.

[11]) Endemann, H.R. § 167 Not. 25.

BUAH

Preises u. s. w. zu prüfen und einer fraus des Kommissionärs zu begegnen in der Lage sei.

Trotz der Delcredere-Haftung des Kommissionärs kann der Kommittent die Forderung gegen den dritten Kontrahenten gemäss Art. 368 Abs. 2 für sich in Anspruch nehmen. Dies wird besonders wichtig, wenn der del credere stehende Kommissionär in Konkurs geräth. Keineswegs ist der Kommittent desshalb, weil er den del credere stehenden Kommissionär als Bürgen angenommen hat, darauf angewiesen, seine Befriedigung lediglich bei der Konkursmasse des Kommissionärs zu suchen; denn durch das Delcredere werden ja die rechtlichen Beziehungen zwischen Kommittenten und Kommissionär nicht verändert; dasselbe fügt ohne weitere Beeinflussung des eigentlichen Kommissionsvertrages zu den Pflichten des Kommissionärs noch eine neue Verpflichtung hinzu, nämlich die Haftung als Bürge für die kreditirte Erfüllung. Während der nicht del credere stehende Kommissionär dem Kommittenten (actione mandati directa) nur verpflichtet ist, das, was er vom dritten Kontrahenten (z. B. ex emto et vendito) als Erfüllung empfangen, herauszugeben, und daher dem Kommittenten die Erfüllung nur dann schuldet, wenn der dritte Kontrahent ihm gegenüber erfüllt hat, so schuldet der del credere stehende Kommissionär die Erfüllung in jedem Falle, mag der dritte Kontrahent ihm selbst gegenüber erfüllt haben oder nicht; bei dem letzteren tritt daher seine Schuldnereigenschaft nur mehr in den Vordergrund. Wenn sich der Kommittent beim Konkurse des nicht del credere stehenden Kommissionärs an die formell von dem letzteren erworbene Forderung zu halten berechtigt ist, so lässt sich durchaus nicht einsehen, warum die Lage des Kommittenten dadurch verschlimmert werden sollte, dass der Kommissionär auch noch del credere gestanden. Nichts ist doch gewisser, als dass der Kommittent die Delcredere-Provision nur desshalb bezahlt, um seine Sicherheit zu vermehren, und weit davon entfernt ist, auf jene Sicherheit zu verzichten, welche er auch ohne das Delcredere gehabt hätte. Der Kommittent wird daher durch das Delcredere keineswegs blos darauf beschränkt, Erfüllung von dem Kommissionär zu fordern; er kann insbesondere bei der Verkaufskommission im Konkurse des del credere stehenden Kommissionärs die Uebereignung des ausstehenden Kaufpreises an Stelle der in Kommission verkauften Waaren verlangen, er braucht sich nicht mit der Dividende aus der Konkursmasse des Kommissionärs zu begnügen. Im Falle des Konkurses des Kommissionärs steht es demnach in der freien Wahl des Kommittenten, ob er in Ansehung der vom dritten Kontrahenten geschuldeten Erfüllung sein Separationsrecht geltend machen oder sich blos an die Konkursmasse des Kommissionärs halten will. Wenn der Kommissionär nicht del credere gestanden ist, so kann der Kommittent nur das eine o d e r das andere thun. Ist auch der dritte Kontrahent in Konkurs gerathen, so hat der Kommittent blos Anspruch auf jene Dividende, welche die Masse des Kommissionärs im Konkurse des dritten Kontrahenten erhält; denn der Kommissionär schuldet seinem Kommittenten nur dasjenige, was er vom dritten Kontrahenten als Erfüllung erlangen konnte, mag dieser Dritte in Konkurs gerathen sein oder nicht. Ist aber der Kommissionär del

BUAH

credere gestanden, so ist der Kommittent berechtigt, sowohl bei der Konkursmasse des Kommissionärs auf Grund der Bürgschaft als Gläubiger aufzutreten, als auch rücksichtlich der Konkursmasse des dritten Kontrahenten sein Separationsrecht (Art. 368 Abs. 2) geltend zu machen.[12])

Der Kommittent wird seines Separationsrechtes nicht dadurch verlustig, dass der dritte Kontrahent an die **Konkursmasse** des Kommissionärs die Erfüllung geleistet hat; er kann das von derselben als Erfüllung Empfangene im vollen Betrage für sich verlangen, so als ob der Masseverwalter als negot. gestor des Kommittenten, als des eigentlichen Gläubigers, gehandelt hätte, indem er etwas empfangen, was nicht der Konkursmasse, sondern eigentlich dem Kommittenten geschuldet war; doch können etwaige Gegenforderungen des Kommissionärs resp. der Konkursmasse gegen den Kommittenten kompensirt werden. Auch in dieser Beziehung macht es keinen Unterschied, dass der Kommissionär del credere gestanden. Der Umstand, dass sich der Kommittent vom Kommissionär die Erfüllung auch für den Fall ausbedungen, dass sie von dem Dritten nicht erfolgen sollte, ist doch kein genügender Grund, um dann, wenn die Erfüllung erfolgt ist, das als Erfüllung von dem dritten Kontrahenten Geleistete dem Kommittenten vorzuenthalten und es dem Kommissionär oder seiner Konkursmasse zu überlassen.

Wenn der Kommissionär in Folge des übernommenen Delcredere anstatt des dritten Kontrahenten erfüllt hat, so tritt er diesem gegenüber nicht in eine andere rechtliche Stellung; er hat gegen ihn lediglich die Klagen aus dem mit ihm abgeschlossenen Geschäfte, mit welchen er allein seinen Regress nehmen kann, ganz ohne Rücksicht auf das, was er dem Kommittenten als kaufmännischer Bürge für die Erfüllung zu leisten verpflichtet war; denn über diese Verpflichtung entscheidet lediglich der Inhalt der accessorischen, zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär ganz unabhängig von dem dritten Kontrahenten geschlossenen Delcredere-Vereinbarung.

Die Delcredere-Haftung setzt voraus, dass bei dem Abschluss des aufgetragenen Geschäftes Kredit gewährt wird, also eine Hauptschuld und somit das Objekt einer Bürgschaft vorliegt. Aus jeder Kreditgewährung kann für den Kommittenten möglicher Weise eine Gefahr entspringen, für welche der Kommissionär del credere stehen soll; gleichgültig ist es, ob der wirkliche Eintritt der Gefahr z. B. wegen der zweifellosen Kreditwürdigkeit des dritten Kontrahenten oder weil die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Pfand gesichert ist, nicht ernstlich zu befürchten, vielleicht ganz unwahrscheinlich ist. Jede Kreditgebung genügt, auch wenn sie mit einem Tag- und Baargeschäft verknüpft ist, also wenn, obwohl ein Zeit-Lieferungsgeschäft nicht vorliegt, dessenungeachtet die Leistung des dritten Kontrahenten nicht unmittelbar nach der Perfektion zu erfolgen hat. Anders aber in der Regel, wenn unmittelbar nach der Perfektion des Vertrages Zug um Zug geleistet wird. Hat der Kommittent es dem **Ermessen** des in Folge Vereinbarung oder Handelsgebrauches del credere

---

[12]) R.O.H.G. Bd. IX S. 231.

BUAH

stehenden Kommissionärs überlassen, ob er auf Kredit abschliessen wolle oder nicht, so ist der Kommissionär berechtigt, je nach dem Interesse des Kommittenten das eine oder das andere zu thun; allerdings liegt nun für den Kommissionär die Versuchung nahe, um den Entgang der Delcredere-Provision zu vermeiden, nur unter Kreditgewährung abzuschliessen, obwohl er im Interesse des Kommittenten auch ohne solche zu ebenso günstigen Bedingungen hätte abschliessen können; andererseits könnte aber der in Folge Vereinbarung oder Handelsgebrauch del credere stehende Kommissionär, wenn er in jedem Falle, auch ohne Kreditgewährung, ein Recht auf die Delcredere-Provision hätte,[13]) sich bestimmt fühlen, den Auftrag nur mit Vermeidung einer Kreditgewährung auszuführen, obwohl er im Interesse des Kommittenten gegen Kreditgewährung zu günstigeren Bedingungen hätte abschliessen können, da er so in der Lage wäre, ohne selbst irgend eine Gefahr zu laufen, eine Provision zu gewinnen. Gegen den einen, wie gegen den anderen Missbrauch ist übrigens der Kommittent dadurch geschützt, dass sich der Kommissionär verantwortlich macht, wenn er eine Gelegenheit, im Interesse des Kommittenten günstigere Bedingungen zu erlangen, durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes versäumt hätte.

§ 322.

4. Auflösung des Kommissionsvertrages.[1])

Die Kommission endigt

a) Aus subjektiven Gründen:

I. Durch die Aenderung des Willens eines der beiden Kontrahenten, sei es den Widerruf des Kommittenten oder die Aufkündung des Kommissionärs.

1. Der **Widerruf des Kommittenten.** Der Auftrag kann von Seite des Kommittenten stets nach Belieben widerrufen werden.[2])

Der Widerruf muss deutlich, er kann aber ausdrücklich oder stillschweigend, auch erst in der Klage selbst[3]) erfolgen. Erfolgt der Widerruf, so sind die Wirkungen desselben verschieden, je nachdem der Kommittent vor oder nach Beginn der Ausführung (re adhuc integra oder postquam res integra esse desiit) widerrufen hat.

Im ersten Falle erlischt der Auftrag so, als ob er niemals existirt hätte; was immer der Kommissionär, nachdem er von dem Widerruf Kenntniss erlangt hatte, vornähme, würde er für seine Rechnung und auf seine Gefahr thun. Die Kenntniss des Widerrufs muss dem Kommissionär gegenüber von dem Kommittenten bewiesen werden, nicht auch der Umstand, dass der Auftrag im Augenblick der Mittheilung des Widerrufs an den Kommissionär noch nicht

---

[13]) So v. Hahn zu Art. 370 § 8.

[1]) Grünhut l. c. S. 368—392.

[2]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101, Bd. XVI Nr. 94 S. 379, Bd. XXIII Nr. 109 S. 324.

[3]) So durch Anstellung der Klage auf Rückgabe des Kommissionsgutes, vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 101 S. 381, Bd. XVI Nr. 75 S. 305, eod. Nr. 38 S. 136, eod. Nr. 83 S. 336.

BUAH

erfüllt gewesen sei.[4]) Sobald das Eintreffen des Widerrufs beim Kommissionär bewiesen wird, ist die Kenntnissnahme von Seite desselben zu präsumiren (Art. 377, 320 des H.G.B.).

Im zweiten Falle, wenn also der Kommissionär mit der Ausführung des aufgetragenen Geschäftes **begonnen**, daher zu diesem Zwecke überhaupt gehandelt, wenn auch noch nicht sich dem Auftrage gemäss gegen Dritte verpflichtet hat, so dass ihm die vorangegangene Thätigkeit in Folge des Widerrufs Schaden bringen würde,[5]) erlischt der Auftrag für die Zukunft, bleibt aber maassgebend für die Vergangenheit. Der Kommittent hat zwar jederzeit, in welchem Stadium sich auch die Ausführung des Geschäftes befinden mag, das Recht, dem Kommissionär in Beziehung auf die weitere Ausführung die Richtung zu geben, den Auftrag zu modifiziren oder zu widerrufen, selbst wenn er die Anweisung ertheilt hat, das Gut zur Verfügung (Disposition) eines Dritten zu halten oder zu stellen, so lange von Seite des Dritten diese Verfügung nicht ertheilt worden ist;[6]) doch kann er selbstverständlich die dem Kommissionär aus der begonnenen Ausführung bereits erwachsenen Rechte nicht nach Belieben durch seinen Widerruf beeinträchtigen und hat er alles dasjenige als für seine Rechnung geschlossen anzuerkennen, was seinem Auftrage entsprechend bis dahin geschehen ist; es bedarf, um auch dies rückgängig zu machen, eines neuen Vertrages. Jene Rechte und Pflichten, welche zur Zeit des Widerrufs des Auftrags aus dem Kommissionsverhältnisse, sei es für den Kommittenten, sei es für den Kommissionär, bereits entstanden waren, bleiben demnach bestehen. Der Kommissionär hat Anspruch auf Ersatz der in der Zwischenzeit gemachten Auslagen und Verwendungen, auch des schon durch die theilweise Ausführung verursachten Schadens; es steht ihm das gesetzliche Pfandrecht (Art. 374) zu; er kann aber nicht einen seinen Bemühungen angemessenen Theil der Provision verlangen (Art. 371 des H.G.B.). Selbstverständlich müssen die Verwendungen auch bei unvollendeter Ausführung als „nothwendig oder nützlich" erscheinen, denn sie müssen ja auch bei vollendeter Ausführung diese Natur haben. Die Nothwendigkeit oder der Nutzen ist nach dem Inhalt des nunmehr erloschenen Auftrages und nach dem Umstande zu beurtheilen, inwiefern der ausgeführte Theil als dem Auftrag entsprechend erscheint.

Beruft sich der Kommittent auf den Widerruf des ertheilten Auftrages, so kann der Kommissionär dagegen geltend machen, dass der Widerruf wirkungslos gewesen sei, entweder soweit als er vor dem Eintreffen desselben die Ausführung begonnen oder überhaupt weil er beim Eintreffen den Auftrag bereits vollzogen, z. B. den Kaufvertrag mit dem dritten Kontrahenten bereits abgeschlossen, resp. vor dem Eintreffen des Widerrufs die Anzeige von seinem

---

[4]) R.O.H.G. V. Bd. Nr. 62 S. 282 ff., XVI. Bd. Nr. 75 S. 305.

[5]) Im Falle des Selbsteintrittes nach Art. 376 ist res integra insolange vorhanden, als der Kommissionär die Anzeige als Käufer oder Verkäufer selbst eintreten zu wollen nicht abgewendet hat; nicht genügend ist aber, dass er, wenn er als Selbstkäufer eintritt, die Waare bereits weiter verkauft hat.

[6]) Goldschmidt, Handb. § 66 Not. 30.

BUAH

Selbsteintritt (Art. 376) bereits abgesendet hatte;[7]) ihn trifft die Beweislast rücksichtlich dieser Behauptung.

Wenn der dritte Kontrahent, obwohl er den erfolgten Widerruf des Auftrages kannte, mit dem Kommissionär kontrahirte, so besteht dessenungeachtet der zwischen ihnen abgeschlossene Vertrag zu Recht, denn für die von dem Kommissionär nach aussen in eigenem Namen begründeten Rechtsverhältnisse ist es gleichgültig, ob der Kommissionär kontrahirte, weil ein Auftrag vorhanden, oder obwohl ein Auftrag nicht vorhanden war. Anders verhält es sich, wenn der Wille des Kommissionärs und des dritten Kontrahenten darauf gerichtet war, dass das vom Kommissionär trotz Widerrufs des Auftrags im eigenen Namen abgeschlossene Geschäft als rescindirt gelten solle, falls der Kommittent es nicht hinterher genehmige.

2. **Aufkündung des Kommissionärs.** Wie der Kommittent einseitig widerrufen, so kann der Kommissionär einseitig aufkünden, und zwar auch formlos durch konkludente Handlungen,[8]) doch der Natur der Sache nach nicht mit der gleichen Freiheit wie der erstere. So berechtigt auch der Grund der Aufkündung sein mag, so bleibt der Kommissionär für den Schaden verantwortlich, den er durch eine rechtzeitige Mittheilung des Rücktrittes an den Kommittenten verhütet hätte.

II. Durch eine die Persönlichkeit, resp. Firma eines der beiden Kontrahenten betreffende Veränderung: Tod, Erlöschung der Firma, rechtliche Unfähigkeit zu selbständiger Vermögensverwaltung, Konkurseröffnung.

1. **Tod des Kommittenten. Erlöschung seiner Firma.** Ist der Kommittent Kaufmann, so erlischt die Kommission durch den Tod des Kommittenten an und für sich nicht; es wäre denn, dass eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgehen würde (Art. 297 des H.G.B.).

2. **Tod des Kommissionärs. Uebergang und Erlöschung seiner Firma.** Auch hier handelt es sich darum, den muthmaasslichen Willen des Kommittenten zu ergründen. Hat der letztere die Wahrung seiner Interessen rücksichtlich des aufgetragenen Geschäftes lediglich der persönlichen Individualität dieses Kommissionärs anvertrauen wollen, so erlischt die Kommission mit dem Tode des Kommissionärs. Allein im Handelsverkehr ist ein solcher Wille des Kommittenten im Zweifel nicht anzunehmen. Der Kommittent ertheilt in der Regel seinen Auftrag nicht blos im Vertrauen auf die Person, sondern auch, und zwar vorwiegend, auf den Geschäftsorganismus und die Firma des Kommissionärs, er will seinen Auftrag durch diese Firma (Handelsetablissement) und keine andere ausführen lassen, umsomehr als der Kommissionär regelmässig unter seiner Firma abzuschliessen hat; daher ist im Zweifel die Kommission nicht schon mit dem Tode des Firmainhabers als erloschen anzusehen.

---

[7]) R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280, Bd. XVI Nr. 75 S. 305.
[8]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 83 S. 336.

BUAH

b. Aus objektiven Gründen.

Die Kommission erlischt:

I. Durch die **Ausführung** des aufgetragenen Geschäftes.

II. Durch die **Unmöglichkeit der Ausführung**, also wenn das aufgetragene Geschäft in Folge eines, das Objekt der Kommission betreffenden, physischen oder juristischen Ereignisses in keiner Weise und von Niemandem erfüllt werden kann, insbesondere wenn das Objekt durch Zufall zerstört oder dem Verkehr entzogen worden ist.

Der Kommissionär hat die Unmöglichkeit der Ausführung zu beweisen.[9])

C. Die besondern Arten der Kommission.

1. Die Verkaufs- und Einkaufs-Kommission.[1])

§ 323.

a. Die Ueberschreitung des Limitopreises.

aa. Bei der Verkaufskommission.

Verkauft der Kommissionär unter dem Limitopreise, weil es überhaupt unmöglich war denselben zu erreichen, so ist der Kommittent wegen dieser Abweichung von der **imperativen** Instruktion nicht verpflichtet, das Geschäft als für seine Rechnung abgeschlossen gelten zu lassen. Der Kommissionär soll sich des Verkaufes enthalten, wenn er nicht wenigstens das Limito erreichen kann; die Waare soll in einem solchen Falle unverkauft und zur Verfügung des Kommittenten bleiben, der ja durch den Verkauf wenigstens zum Limitopreise in der Regel eine Spekulation realisiren will. Während aber bei dem über dem Limitopreise erfolgten Einkaufe das Interesse des Kommittenten durch die Zurückweisung des Geschäftes möglicherweise vollständig gewahrt erscheint, ist dies bei der Verkaufskommission dann nicht der Fall, wenn der Kommittent durch den auftragswidrigen Verkauf seiner bereits in der Hand des Kommissionärs sich befindenden Waare eine Vermögensminderung erlitten hat; er hat daher das Recht, für dieselbe einen Ersatz zu beanspruchen. Der Kommissionär verkauft ohne Auftrag, ja sogar gegen den gültig erklärten Willen des Kommittenten, die dem letzteren gehörige Sache; er ist daher negot. gestor, doch hat der Kommittent als dominus die a⁰. negot. gest. dir. lediglich auf Vergütung des Unterschiedes zwischen dem erzielten und dem von ihm gesetzten Minimalpreise (Art. 363 des H.G.B.).[2]) Der Kommissionär muss diesen Unterschied vergüten, auch wenn er den übrigens beinahe unmöglichen Beweis erbringen könnte, dass der Kommittent in keinem Falle trotz der möglichen Aenderung der Konjunkturen mehr als den von ihm erzielten Preis und dass er insbesondere den Limitopreis nicht hätte erlangen können.

---

[9]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 67 S. 211 (für den Spediteur).

[1]) Grünhut l. c. S. 393—510; über die Wechselgeschäftskommission S. 511—523.

[2]) Ebenso § 370 ungar. H.G.B.

BUAH

Der Kommittent muss aber auch für berechtigt gehalten werden,[3]) an Stelle der a⁰. negot. gest. dir., namentlich wenn nicht alle Voraussetzungen derselben begründet sind, wegen der Vertragsverletzung die a⁰. mandati[4]) auf Schadenersatz — der aber in dem gegebenen Falle, wo das Limito unmöglich erreicht, der Auftrag also nicht ausgeführt werden konnte, in der Regel blos auf die Preisdifferenz (Art. 363), aber auch immer mindestens auf die Preisdifferenz geht — resp. auf Rückgabe des Verkaufskommissionsgutes anzustellen. „Der Umstand, dass der Kommissionär es weiter verkauft zu haben behauptet, und durch persönliches Verschulden sich die schuldige Leistung subjektiv unmöglich gemacht hat, ändert den Gegenstand des Forderungsrechts des Kommittenten keineswegs. Der Kommissionär bleibt nach wie vor zur Leistung jenes Gegenstandes verpflichtet und der Kommittent ist im Rechte, seine Verurtheilung zu dieser Leistung zu fordern; er darf abwarten, ob die Vollstreckung des Urtheils die Unerzwingbarkeit der Leistung ergeben werde.“[5]) Ausserdem steht dem Kommittenten auch die rei vindicatio (resp. Publiciana) auf Herausgabe des Verkaufskommissionsgutes, oder Ersatz des Werthes desselben zu, und zwar da die Beobachtung der imperativen Vorschrift unmöglich, der Auftrag also erloschen war, des **gegenwärtigen** Werthes desselben, gegen den dritten Kontrahenten selbstverständlich nur unter den Beschränkungen des Art. 306 des H.G.B., gegen den Kommissionär selbst unter Umständen trotz mangelnden Be-

---

[3]) Art. 363 H.G.B. bezieht sich lediglich auf jene Ansprüche des Kommittenten, welche mittelst der a⁰. negot. gest. geltend zu machen sind. Wenn der Kommissionär diesen gegenüber die utilitas negotii nicht beweisen kann, so muss er dem Kommittenten, als dominus negotii, den Unterschied im Preise vergüten; die Geltendmachung anders gearteter Ansprüche des Kommittenten ist dadurch nicht ausgeschlossen, was namentlich dann von Bedeutung ist, wenn der Kommissionär das Verkaufskommissionsgut mala fide hintangegeben hat oder bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einen höheren als den Limitopreis hätte erzielen können. Das Verhältniss des Art. 362 zu Art. 363 ist das der Regel zur Ausnahme; die auftragswidrige Ausführung gibt dem Kommittenten im Allgemeinen das Recht zur Zurückweisung und auf Schadenersatz (Art. 362); besteht aber die Auftragswidrigkeit bei der Verkaufskommission in der Ueberschreitung des Limito, so ist der Kommittent gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen, wenn der Kommissionär die utilitas negotii (Art. 363) beweist. Hätte der Kommissionär zwar gegen die imperative Vorschrift des Kommittenten, also auftragswidrig, aber nicht unter dem Limito verkauft, z. B. in Wien statt in Pest, so würde der Beweis der utilatis negotii nach Art. 363 H.G.B. nicht genügen, um den Kommittenten zur Anerkennung des Verkaufes zwingen zu können. Gelingt dem Kommissionär, der unter dem Limito verkauft hat, der Beweis der utilitas negotii (Art. 363) nicht, so wäre es gegen den Geist des Treu und Glauben schützenden Gesetzes, wenn er jeden weitergehenden Anspruch des Kommittenten mit der Hinweisung auf die Erstattung der Preisdifferenz zurückschlagen könnte; das Gesetz bestimmt nur zum Schutze des Kommittenten, um diesem einen schwierigen Beweis zu erlassen, dass der Kommissionär mindestens die Preisdifferenz vergüte.

[4]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 124 S. 437.

[5]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 38 S. 136, vgl. Bd. XI Nr. 122 S. 403; Windscheid, Pand. II § 264 Note 7; Mommsen, Beitr. I S. 230, III S. 413; Cohnfeld, Lehre vom Interesse S. 213.

BUAH

sitzes, als gegen einen, qui dolo malo possidere desiit, besonders wenn er den Besitz nicht blos auftragswidrig, sondern auch mala fide aufgegeben hat.[6])

Der Kommittent kann den auftragswidrigen Verkauf nach seinem Belieben genehmigen oder zurückweisen. Das blose Schweigen auf die Anzeige des Kommissionärs, dass er mit Ueberschreitung des Limito verkauft habe, gilt aber an und für sich nicht als Genehmigung. Das Gesetz hat nur für den korrespondirenden Fall der Ueberschreitung des Einkaufs-Limito und nicht hier eine solche Bestimmung getroffen (Art. 364 Abs. 2 des H.G.B.); eine analoge Anwendung der Bestimmung ist aber unzulässig, weil es an jedem Grund dafür fehlt; es bleibt daher bei der regelmässigen Bedeutung des Schweigens.[7])

In **einem** Falle ist der Kommittent zur Anerkennung des gegen die imperative Vorschrift abgeschlossenen Verkaufsgeschäftes gezwungen, wenn nämlich der Kommissionär das Hinderniss der Ausführung des aufgetragenen Verkaufes zum Limitopreise und ausserdem den Umstand zu beweisen vermag, dass er durch den vorgenommenen Verkauf vom Kommittenten Schaden abgewendet habe (Art. 363).[8]) Diese Bestimmung findet ihre Begründung in dem Bestreben, den dem Kommittenten drohenden Verlust in dessen Interesse so viel als möglich zu verringern; denn die auftragswidrige Thätigkeit des Kommissionärs bewahrt hier den Kommittenten, wenn dieser auch durch die Nichterlangung des Limito in seinen Handelsoperationen eine unerwartete Störung, ja einen Schaden erleidet, doch vor dem grösseren Schaden, der in Folge der weiteren Verschiebung des Verkaufs unfehlbar eingetreten wäre; in dem Verkaufe liegt eine negot. gestio des Kommissionärs, und zwar eine res necessaria, da der Verkauf der Voraussetzung gemäss nothwendig geschehen musste, um grösseren Schaden von dem Kommittenten abzuwenden.

Art. 363 bestimmt demnach, dass wenn der Kommissionär unter dem Limito verkauft, also als negotiorum gestor des Kommittenten gehandelt hat, er sich gegen die a⁰. negot. gest. directa auf Vergütung der Preisdifferenz nur durch einen solchen Beweis der utilitas negotii schützen kann. An diesen Beweis sind nach der exceptionellen Natur des von dem Gesetze gestatteten Ausnahmsfalles, sowie im Interesse des Kommissionshandels selbst, welcher die

---

[6]) § 378 österr. G.B. (Ersatz des ausserordentlichen Werthes); vgl. bes. Goldschmidt, H.B. S. 835; ders. in s. Zeitschr. VIII S. 235 ff.; über das preuss. Recht Foerster III § 157 Note 43, § 180 S. 243; Dernburg I § 247.

[7]) R.O.H.G. Bd. II Nr. 19 S. 88. Hat der Verkaufskommissionär einen Verkauf unter dem Limito abgeschlossen und dessen Abschluss angemeldet, so ist eine Verschiedenheit der Lage des Kommissionärs, je nachdem der Kommittent den Kauf genehmigt oder nicht, nicht vorhanden. In beiden Fällen ist er dem Käufer zur Lieferung der Waare verpflichtet, und dem Kommittenten gegenüber liegt ihm ohne weiters Schadenersatzpflicht ob; dem Kommissionär kann es nicht wesentlich schaden, wenn der Kommittent sich veranlasst sehen sollte, längere Zeit mit seiner genehmigenden oder zurückweisenden Erklärung zu verziehen, denn selbstverständlich ist der Kommittent nicht berechtigt, nach seinem Belieben die Basis der Schadenaufstellung willkürlich zu bestimmen. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 1 S. 1.

[8]) Ebenso § 370 ungar. H.G.B.

BUAH

thunlichste Aufrechterhaltung der dem Kommissionär ertheilten Vorschriften erheischt, strenge Anforderungen zu stellen.[9])

Es steht durchaus im Belieben des Kommissionärs, ob er als negot. gestor thätig sein will oder nicht; er hat, wenn ihm die Erreichung des Limito unmöglich erscheint, lediglich die Pflicht, den Kommittenten davon zu verständigen und, wenn dieser dessenungeachtet die Herabsetzung des Limito ablehnt, die Aenderung der Konjunktur abzuwarten. Ist er aber als negot. gestor thätig, so hat der Kommittent zwar einerseits das Recht, als dominus negotii mittelst der a⁰. neg. gest. dir. seine Rechte geltend zu machen, insbesondere den wirklich erzielten Kaufpreis zu verlangen, kann aber anderseits nicht immer zur Anerkennung des negotium mittelst der a⁰. neg. gest. contr. gezwungen werden, insbesondere nicht schon dann, wenn das zur Abwendung des Schadens vorgenommene Geschäft blos utiliter coeptum ist, selbst wenn der Kommissionär den Entschluss unter dem Limito zu verkaufen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und im guten Glauben gefasst hätte, das Interesse des Kommittenten zu wahren und Schaden von ihm abzuwenden. Nicht darauf wird gesehen, was sich der gestor, als er die Geschäftsführung unternahm, von derselben versprechen durfte, es kommt lediglich auf den Erfolg an.[10]) Die blose suspicio necessitatis[11]) genügt demnach nicht; der Kommissionär könnte sonst, blos um seine Provision zu verdienen, den Kommittenten in Geschäfte verwickeln, welche dieser gar nicht zu machen die Absicht hatte. Im Handelsverkehr ist eine solche strengere Auffassung nothwendig; der Kommissionär darf nicht eigenmächtig in die Spekulationen des Kommittenten eingreifen, umsoweniger als ja die Beweglichkeit des Handelsverkehrs eine fortwährende Aenderung dieser Spekulationen zur Folge haben kann. Die Anerkennung hört vielmehr nur dann auf der freien Willensbestimmung des Kommittenten anheimgestellt zu sein, wenn dem letzteren ein drohender Verlust evident erspart ist.[12])

---

[9]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 1. Bei markt- und börsegängigen Waaren genügt der Beweis, dass der Preis nach erfolgtem Verkaufe gesunken und seitdem nicht wieder die Höhe des erlösten Preises erreicht habe. Der Kommittent kann ja auch in der Regel den gesunkenen Preis zur Wiederanschaffung der Waare und Fortsetzung der Spekulation benutzen; bei anderen Waaren genügt ein solcher Beweis für sich allein nicht, denn der Kommittent hätte vielleicht mit dem Verkaufe der Waare, welche er, als nicht markt- und börsegängig, nicht wieder anschaffen kann, gewartet, bis ein Steigen der Preise eingetreten wäre; der Kommissionär muss daher ausserdem die Abwendung des Schadens z. B. durch solche Umstände darthun, welche den Kommittenten zu einem noch nachtheiligeren Verkaufe genöthigt hätten. Vgl. Meier in Buschs Arch. N. f. VI Bd. S. 352 ff.

[10]) R.O.H.G. Bd. IX Nr. 6 S. 19, Bd. IV Nr. 1 S. 1.

[11]) l. 3 § 10 D. neg. gest. 3, 5.

[12]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 1: Nur wenn eine solche Veränderung der Waare eingetreten wäre, welche in fortgehender Entwicklung die weitere Entwerthung mit Grund befürchten lässt, somit der sofortige Verkauf um jeden Preis zur Abwehr der Folgen völliger Entwerthung geboten erscheint, lässt sich annehmen, dass jeder spätere Verkauf noch ungünstiger ausfallen müsste, der vollzogene Verkauf also, wenn auch unter dem Limito, Schaden von dem Kommittenten abgewendet hat; so lange die Füglichkeit längerer

BUAH

Erforderlich ist demnach, dass von dem Kommittenten durch die neg. gestio des Kommissionärs ein Schaden wirklich abgewendet worden sei. Die von dem Gesetze (Art. 363 des H.G.B.) in dieser Weise näher bestimmte utilitas negotii, als die unerlässliche Voraussetzung des Zwanges zur Anerkennung, muss in dem Augenblicke vorhanden sein, wo dieser Zwang geltend gemacht werden soll; es ist daher nothwendig, dass noch in diesem Zeitpunkte von dem Kommittenten ein Schaden abgewendet erscheine, der für denselben hätte erwachsen müssen, falls sich der Kommissionär des Verkaufes unter dem Limito enthalten hätte, und zwar ein Schaden, welcher beträchtlicher gewesen wäre, als der durch den Verkauf unter dem Limito wirklich zugefügte Schaden. „Nicht genügend ist also der Nachweis, dass zur Zeit des Verkaufs und bald darauf höhere Preise als die erlangten nicht zu erzielen gewesen seien; denn der Kommittent ist ja nicht verhindert, den Verkauf der Waare unter Fortsetzung der eingeleiteten Spekulation bis zu einer Preiserhöhung auszusetzen, oder die Waare zu anderweiter, besseren Nutzen versprechender Spekulation zu verwenden. Der Kommissionär, welcher die Abwendung eines Schadens von dem Kommittenten behauptet, muss also zeigen, dass die Möglichkeit eines Mehrerlöses nach diesen Richtungen hin nicht vorhanden gewesen, dass der Kommittent, hätte er später verkauft, einen noch ungünstigeren Preis als den jetzt erzielten erlangt hätte.“ [13])

Wenn der Verkaufskommissionär, der die Waare des Kommittenten unter dem Limito verkauft hat, sich zur Lieferung einer demselben genus angehörigen Waare erbietet, so kann an dem durch die neg. gestio des Kommissionärs bereits erworbenen festen Rechte des Kommittenten, mittelst der a⁰. neg. gest. directa die Vergütung des Unterschiedes im Preise zu verlangen, nichts geändert werden, wohl aber sind andere mittelst der a⁰. mandati geltend zu machende Ansprüche des Kommittenten ausgeschlossen, wenn durch die hinterherige Zurückstellung einer gleichartigen Waare der Anspruch des Kommittenten auf das Interesse wegen auftragswidriger Ausführung vollständig befriedigt wird; denn die Verletzung des Auftrages erscheint ebenso sanirt, wie bei der Einkaufskommission, wenn der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von dem auftragswidrigen Einkaufe die Deckung des Unterschiedes auf sich nimmt; das Erbieten des Verkaufskommissionärs muss aber nicht sofort zugleich mit der Anzeige von dem auftragswidrigen Verkaufe, sondern kann auch replicando erfolgen; es kommt hier nur darauf an, dass das Interesse des Kommittenten durch die Lieferung einer gleichartigen Waare befriedigt werde, und dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Kommittent erst hinterher erfährt, dass er über die auftragswidrig verkaufte Waare dennoch verfügen könne.

Hat der Kommissionär unter dem Limito verkauft, obwohl er zum Limito

---

Aufbewahrung der Waare, somit möglicher Fortsetzung der Verkaufsversuche durch den Zustand des Gutes nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich für den Kommissionär, wenn er das Limito nicht erreicht, immer nur die Pflicht, abzuwarten, eventuell neue Instruktionen einzuholen.

[13]) R.O.H.G. Bd. IX Nr. 6 S. 19.

BUAH

oder sogar noch über demselben hätte verkaufen können, so ist der Kommittent wegen Verletzung der imperativen Vorschrift nicht verpflichtet, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen gelten zu lassen; er kann gegen den Kommissionär die a⁰. neg. gest. dir. auf Vergütung des Unterschiedes im Preise (Art. 363) anstellen; er kann, wenn er beweist, dass der Kommissionär im Stande war, nach Empfang des Auftrages zu irgend einer Zeit den Verkauf auftragsmässig auszuführen, wegen verschuldeter Verletzung des Auftrages mit der a⁰. mandati die Rückgabe der Waare oder den Ersatz jenes Interesses beanspruchen, welches der Verkauf, wenn er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auftragsmässig ausgeführt worden wäre, für den Kommittenten gehabt hätte, also nicht blos den Unterschied gegenüber dem Limito, sondern auch gegenüber jenem höheren Preise, den der Kommissionär bei sorgfältiger Ausführung des Verkaufes hätte erlangen können.

§ 324.

bb. Bei der Einkaufskommission.

Konnte der aufgetragene Einkauf zum Limitopreise überhaupt nicht abgeschlossen werden, da die Waare zu diesem Preise nicht zu finden war, so ist zwar, wenn der Kommissionär über das Limito hinausgeht und einen höheren Preis bezahlt, die Abweichung von dem Limito durch die Unmöglichkeit der auftragsmässigen Ausführung begründet, allein dessenungeachtet liegt in der Abweichung von der imperativen Instruktion eine Ueberschreitung des Auftrags. In Folge des höheren Preises wird die Waare im Handelsverkehre möglicher Weise zu einem aliud, das mit der Spekulationsabsicht des Kommittenten vielleicht nicht mehr im Einklange steht, der sich, da er doch in der Regel das, was eingekauft werden soll, wieder verkaufen will, in seinen Berechnungen gestört und seine Gewinnstchancen aus der unternommenen Handelsoperation gefährdet sieht. Der Kommissionär erweist durch einen solchen Einkauf dem Kommittenten häufig einen schlechten Dienst; er hätte den Einkauf unausgeführt lassen und Nachricht geben sollen. Der Kommittent kann daher den zu höherem Preise besorgten Einkauf als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückweisen; das Gesetz verlangt aber (Art. 364 Al. 2 des H.G.B.),[1]) dass der Kommittent sich ohne Verzug, nachdem er von der in der Ueberschreitung des Limitopreises gelegenen Mandatsverletzung durch die Anzeige des Kommissionärs in Kenntniss gesetzt worden ist, rücksichtlich der darin gelegenen Offerte ausspreche und die etwa vorhandene Absicht, das Geschäft zurückzuweisen, deutlich zu erkennen gebe. Das Schweigen des Kommittenten — sowohl das gänzliche Unterlassen einer Antwort auf den Avisbrief des Kommissionärs, als auch der Mangel einer unverzüglichen Erklärung der Zurückweisung, als auch eine Antwort, welche die Zurückweisung undeutlich ausdrückt — gilt als Annahme der Offerte, hat also

---

[1]) Ebenso § 370 Al. 3 ungar. H.G.B.

BUAH

die Wirkung der Genehmigung.[2]) Dadurch dass das Gesetz an das blosse Schweigen des Kommittenten die Fiktion der Genehmigung knüpft,[3]) ist der letztere, soviel als möglich, daran gehindert, die ihm durch die Mandatsverletzung des Kommissionärs, deren sich dieser vielleicht in bester Absicht schuldig gemacht hat, erwachsenen Rechte zu missbrauchen und es von den Schlussresultaten der Operation abhängig zu machen, in welchem Sinne er diese Rechte ausüben, ob er den Einkauf genehmigen oder zurückweisen wolle. Da hier vorausgesetzt wird, dass der Kommissionär nicht in der Lage war, die Waare zum Limitopreise anzuschaffen, so ist der Kommittent nur berechtigt, das Geschäft als auftragswidrig für Rechnung des Kommissionärs zu lassen, nicht aber Schadenersatz wegen Nichtausführung des Auftrags zu verlangen, denn die Nichtausführung ist ja nur eine Konsequenz des von dem Kommittenten gesetzten Limitopreises und nicht eines Verschuldens des Kommissionärs; doch kann eine Schadenersatzpflicht des Kommissionärs dann begründet sein, wenn dieser versäumt hätte, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes den Kommittenten pflichtgemäss von dem eingetretenen Hinderniss zu verständigen (Art. 361) oder wenn er eine in der Zwischenzeit bereits vorhanden gewesene Gelegenheit zur Ausführung des Auftrages zum Limitopreise durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes unbenützt hätte vorübergehen lassen. Im Streitfalle hat der Kommissionär die Unmöglichkeit der Ausführung zum Limitopreise, der Kommittent aber die Behauptung zu beweisen, dass der Kommissionär eine Gelegenheit zur auftragsmässigen Ausführung habe vorübergehen lassen.

Von der Regel, dass der Kommittent nicht verpflichtet ist, einen zu einem höheren als dem von ihm gesetzten Preise ausgeführten Einkauf, mag dieser auch sonst in allen Beziehungen durchaus gemäss dem Auftrage vollzogen sein, für sich gelten zu lassen, erkennt das Gesetz eine Ausnahme in dem Falle an, dass der Kommissionär sich **zugleich** mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des

---

[2]) Nicht jede Mandatsverletzung des Einkaufskommissionärs gilt nach deutschem Handelsrecht als durch das blosse Schweigen des Kommittenten genehmigt, sondern nur jene Mandatsverletzung, welche in der Ueberschreitung des Limitopreises gelegen ist. In anderen Fällen ist die Frage, ob Genehmigung des Kommittenten vorliege, mit Rücksicht auf die Umstände des besonderen Falles zu beurtheilen.

[3]) R.O.H.G. Bd. II Nr. 19 S. 88: „Denn der Einkaufskommissionär, welcher das Limito überschreitet, kann dazu nur durch die Annahme veranlasst werden, dass er durch die Bewilligung des höheren Preises dem Interesse des Kommittenten diene und also dessen nunmehriger Willensmeinung entspreche, und zwar geht er in der Fürsorge für das Interesse des Kommittenten so weit, dass er für den Fall, wenn jene Annahme sich nicht bewähren sollte, sich persönlich der Verbindlichkeit aussetzt, die Waare für eigene Rechnung übernehmen zu müssen. Unter diesen Umständen erscheint es als eine Forderung der Billigkeit, dass der Kommissionär in kürzester Frist darüber Gewissheit erlange, ob er der im Interesse des Kommittenten übernommenen Verbindlichkeit enthoben werden könne oder nicht, um nicht im letzteren Falle durch die Verzögerung der Erklärung des Kommittenten an der Vornahme der im eigenen Interesse angemessenen Dispositionen über die Waare verhindert zu werden. Ueberdies würde der Kommittent, wenn er mit seiner Erklärung nicht alsbald hervortreten müsste, in die Lage kommen, sogar auf Kosten des Kommissionärs spekuliren zu können.“

BUAH

Unterschiedes erbietet (Art. 364 Al. 1 des H.G.B.);[4]) wenn er mehr gezahlt hat und die Differenz übernimmt, so ist der von ihm berechnete Einkaufspreis mit dem von dem Kommittenten gesetzten identisch. Der Kommissionär hat daher der Sache nach nichts anderes gethan, als das, was der Kommittent gewollt hat; jener verlangt ja nicht mehr, als was dieser selbst limitirt hat. Die Kommission erscheint daher nur der Form nach auftragswidrig, der Sache nach aber auftragsgemäss ausgeführt. Der Benachtheiligung des Kommittenten durch missbräuchliche Ausnutzung der Konjunktur von Seite des Kommissionärs wird zum grossen Theil dadurch vorgebeugt, dass der letztere verpflichtet ist, zugleich mit der Einkaufsanzeige zu erklären, dass er den Mehrbetrag aus eigenen Mitteln bestreiten wolle, dass er also nicht mehr berechtigt ist, eine Anerkennung des Einkaufs von Seite des Kommittenten zu erzwingen, nachdem er einmal die Einkaufsanzeige ohne solche Erklärung erstattet hatte. In einer Anzeige der letzten Art liegt die Offerte eines neuen Geschäftes, welche der Kommittent nach Belieben annehmen oder zurückweisen kann. Nur besteht der Rechtssatz (Art. 364 Abs. 2), dass hier das blosse Schweigen stets als Annahme der Offerte gilt.

Der Kommissionär hat demnach das Recht, dadurch dass er sich rechtzeitig, d. h. mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbietet, den Kommittenten zur Anerkennung des Geschäftes zu zwingen. Es ist aber in der Natur der Sache begründet, dass es dem freien Willen des Kommissionärs überlassen sein muss, ob er sich, um die Ausführung der Kommission überhaupt möglich zu machen, ein solches Opfer auferlegen wolle oder nicht.

Hat er einmal die Anzeige mit dem Deckungsanerbieten abgesendet, so kann er nicht mehr widerrufen, das Geschäft als für seine Rechnung geschlossen behandeln und die eingekaufte Waare behalten; denn es ist nicht so anzusehen, als ob er in diesem Falle einen Antrag gestellt hätte, der allerdings noch während einer gewissen Zeit — bis zum Einlangen bei dem Adressaten (Art. 320 des H.G.B.) — zurückgenommen werden könnte; er hat vielmehr nur die Anzeige gemacht, dass er den Auftrag ausgeführt habe, in dessen Grenzen er ja durch das rechtzeitige Anerbieten der Waare zu dem Limitopreise zurückgetreten ist.

Dadurch, dass der Kommittent dem Kommissionär den Ersatz des ganzen Einkaufspreises anbietet, kann er den letzteren nicht zwingen, ihm die mit Ueberschreitung des Limito eingekaufte Waare zu liefern; denn der Kommissionär hat dadurch, dass er einen höheren als den limitirten Preis bezahlte, ein dem Kommittenten ganz fremdes Geschäft abgeschlossen.

Konnte der Einkaufsauftrag zum Limito oder gar unter demselben besorgt werden, ist also der Kommissionär vom Limito ohne zwingende Gründe abgewichen, so kann der Kommittent das Geschäft für Rechnung des Kommissionärs lassen und ausserdem wegen des ihm durch die Nichtausführung der Kommission zugefügten Schadens Ersatz verlangen; denn dem Kommissionär fällt in dieser

[4]) Ebenso § 370 Al. 2 ungar. H.G.B.

BUAH

Beziehung ein Verschulden zur Last, für welches er haften muss. Beweist der Kommittent, dass der Kommissionär im Stande gewesen wäre, den Einkaufsauftrag instruktionsgemäss auszuführen, so hat er Anspruch auf das Interesse, welches der Einkauf, wenn er völlig auftragsmässig ausgeführt worden wäre, für den Kommittenten gehabt hätte, so als ob der Kommissionär die Kommissionswaare zum Limitopreise, resp. zu dem geringeren Preise, zu dem er sie hätte einkaufen können, auch wirklich eingekauft hätte.

§ 325.

b. Die Kreditgewährung bei der Verkaufskommission.

Bei der Verkaufskommission gilt der Kommissionär, wenn es der Kommittent nicht ausdrücklich oder stillschweigend untersagt hat, den Kaufpreis zu kreditiren schon dann als berechtigt, wenn und insoweit dies der Handelsgebrauch an dem Orte des abgeschlossenen Geschäftes, also dort, wo der Verkauf durch den Kommissionär geschehen ist, mit sich bringt. Der Kommissionär ist demnach in diesem Fall ipso jure zu einer dem Handelsgebrauch entsprechenden Kreditgewährung befugt (Art. 369 al. 2 des H.G.B.).[1])

Der Kommissionär hat sich rücksichtlich der Modalitäten dieser befugten Kreditgewährung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes und so zu verhalten, wie es der Handelsgebrauch mit sich bringt. Gewährt der Kommissionär einen dem Handelsgebrauche nicht entsprechenden Kredit, so liegt eine unbefugte Kreditgewährung vor, ebenso wie wenn der Kommissionär sonst ohne spezielle Gestattung den Kaufpreis kreditirt oder gar gegen die imperative Vorschrift des Kommittenten, nur unter gewissen Modalitäten Kredit zu gewähren oder nur gegen baar zu verkaufen, gehandelt hätte. Das Gesetz gestattet aber jedenfalls dem Kommissionär, wenn der Kommittent die unbefugte Kreditgewährung nicht genehmigt, dadurch, dass er selbst sofortige Zahlung als Schuldner des Kaufpreises leistet, die Ueberschreitung des Auftrages zu saniren und die Zurückweisung des nunmehr in die Grenzen des Auftrags zurückgetretenen Geschäftes zu verhindern. Während aber bei der Ueberschreitung des Einkaufslimito der Kommissionär, der die Anerkennung des Geschäftes erzwingen will, sich sofort mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbieten muss, kann hier die Zahlung des Kaufpreises erst geschehen, wenn der Kommittent die unbefugte Kreditgewährung nicht genehmigt hat; dem Interesse des Kommittenten ist dadurch Genüge geschehen; er weiss ja einerseits schon, dass er über die, wenn auch unbefugt, auf Kredit verkaufte Waare doch nicht mehr verfügen könne, andererseits ist der Kommissionär dessenungeachtet nicht mehr in der Lage in der Zwischenzeit auf Kosten des Kommittenten je nach der Veränderung der Konjunktur zu spekuliren; denn der Kommittent hat ein festes Recht das Geschäft, so wie es abgeschlossen worden ist, zu genehmigen und die ausstehende Kaufpreisforderung für sich in Anspruch zu nehmen.[2])

---

[1]) Ebenso § 375 Al. 2 ungar. H.G.B.

[2]) Wenn der Kommittent auf die erhaltene Anzeige, dass der Verkauf auf Kredit

BUAH

Der Kommittent hat in keinem Falle auf mehr Anspruch, als was bei auftragsmässiger Ausführung der Kommission erzielt worden wäre; da bei dem Verkaufe auf Kredit mit Rücksicht auf die spätere Zahlungszeit in der Regel ein höherer Kaufpreis bewilligt wird, so würden sich die Ansprüche des Kommittenten bei dem auftraggemässen Verkaufe gegen baar in der Regel nicht so hoch belaufen, als der mit dem dritten Kontrahenten bedungene Kaufpreis beträgt. Beweist nun der Kommissionär, dass bei dem Verkaufe gegen baar der Preis ein geringerer gewesen wäre — dass der erreichte höhere Preis durch die Kreditgewährung bedingt sei, wird im Zweifel anzunehmen sein, da die Natur der Handelsgeschäfte diesen Kausalnexus mit sich bringt —, so hat er nur diesen Preis, resp. wenn ein Limito für den Verkaufspreis gesetzt ist, den Unterschied gemäss Art. 363 zu vergüten (Art. 369 Abs. 3 des H.G.B.)[3])

§ 326.

c. Das Recht auf die Auslieferungsprovision bei der Verkaufskommission.

Von der Regel, dass für Geschäfte, welche nicht zur Ausführung gekommen sind, eine Provision nicht gefordert werden könne, anerkennt das Gesetz (Art. 371 Abs. 2 des H.G.B.), in Uebereinstimmung mit dem an vielen Plätzen herrschenden Handelsgebrauche, bei der **Verkaufskommission**[1]) zu Gunsten des Kommissionärs eine Ausnahme, für welche besondere Billigkeitsgründe sprechen. Wenn nämlich der Kommissionär Waaren, welche bei ihm konsignirt waren und mit deren Verkauf er beauftragt war, vor ausgeführtem Verkaufe zurückgeben muss, so hat er das Recht auf die Auslieferungsprovision, sofern eine **solche ortsgebräuchlich ist.** In derselben ist also nicht eine Entlohnung wegen eines bewirkten Verkaufes gelegen, sondern eine Entschädigung wegen der auf den Empfang und auf die Aufbewahrung der konsignirten Objekte aufgewendeten Sorgfalt und zugleich wegen des in der Regel **versuchten** Verkaufes.

Liegt eine besondere ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien über die Auslieferungsprovision vor, so ist zunächst diese, ausserdem aber der Gebrauch des Ortes, wo das aufgetragene Geschäft ausgeführt wird, also in der Regel des Ortes der Handelsniederlassung des Kommissionärs maassgebend, und zwar nicht nur in Beziehung auf die Höhe der Auslieferungsprovision,[2]) sondern auch in Beziehung auf die Fälle, in welchen eine solche

---

geschehen sei, die Waare ohne Vorbehalt dem Kommissionär übersendet, so liegt darin die Acceptation des von dem Kommissionär gestellten Antrags, dass der Kommittent dieses ihm ganz fremde Geschäft für sich gelten lasse; durch die Genehmigung wird der Kommissionär von der Verbindlichkeit befreit, sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten.

[3]) Ebenso § 375 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[1]) Art. 371 H.G.B. spricht zwar allgemein, doch kommt die Auslieferungsprovision beinahe ausschliesslich bei der Verkaufskommission vor; das ungar. H.G.B. § 377 Abs. 4 beschränkt seine Bestimmung auf die Verkaufskommission.

[2]) Gewöhnlich die halbe Provision.

BUAH

verlangt werden kann. Nach dem Handelsgebrauche wird im Allgemeinen die Auslieferungsprovision jedenfalls dann gewährt, wenn der Kommittent vor ausgeführtem Verkaufe den Auftrag widerruft, ohne diesen Widerruf aber das Geschäft hätte zu Ende geführt, das Kommissionsgut verkauft werden können. Der Handelsgebrauch tritt dadurch der Ungerechtigkeit des Kommittenten entgegen, welche dann vorhanden wäre, wenn dieser etwa aus blosser Laune dem Kommissionär, der bis zum Widerruf vielleicht sein Bestes gethan, um das aufgetragene Geschäft zur Ausführung zu bringen, den Lohn für die Bemühungen entziehen könnte. Zuweilen besteht nach dem Handelsgebrauche in dem Falle, dass der Verkauf überhaupt nicht bewirkt werden konnte, kein Anspruch auf Auslieferungsprovision, ausgenommen wenn den Kommittenten wegen des Misserfolges ein Verschulden trifft, z. B. Unverkäuflichkeit der Waare in Folge mangelhafter Beschaffenheit derselben. Ebensowenig hat der Kommissionär nach Handelsgebrauch dann Anspruch auf Auslieferungsprovision, wenn er selbst im Verschulden ist)[3]), wenn er z. B. den Kommittenten, welcher vor Zusendung des Kommissionsgutes Nachricht über das einzuschlagende Verfahren verlangte, schuldbarer Weise, z. B. durch unrichtige, ohne Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gemachte Konjekturen in Irrthum versetzt oder wenn der Kommittent das Kommissionsgut auf Ansuchen des Kommissionärs wegen der von diesem leichtsinniger Weise erregten Hoffnung auf baldigen und vortheilhaften Absatz übersendet hat.

Ob, wenn nur ein Theil der konsignirten Kommissionsgüter verkauft worden ist, rücksichtlich des unverkauften Theiles die Auslieferungsprovision beansprucht werden kann, ist ebenfalls in erster Linie nach der Vereinbarung der Parteien, in Ermangelung derselben nach dem Ortsgebrauch zu beurtheilen.

§ 327.

d. Das Eigenthum am Kommissionsgute bei der Einkaufskommission.

Die Frage, wer Eigenthümer der von dem Kommissionär in eigenem Namen, jedoch im Auftrage und für Rechnung des Kommittenten eingekauften und dem Kommissionär tradirten Kommissionsgutes werde, war von jeher zweifelhaft und ist, da eine Regelung derselben in der Konferenz abgelehnt wurde, im Handelsgesetzbuch unbeantwortet geblieben, daher auch jetzt noch bestritten.[1]) Der dritte Kontrahent, welcher als Verkäufer den Kaufvertrag mit dem in eigenem Namen handelnden Kommissionär als Käufer abgeschlossen hat, wird in der Regel, um seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage zu erfüllen, er mag den Kommittenten kennen oder nicht, dem **Kommissionär** das Kommissionsgut tradiren, und zwar wie es durch die Bequemlichkeit des Verkehres geboten, daher auch allgemeine Regel ist, so dass sein Wille weder auf den Kommissionär,

---

[3]) So ausdrücklich ungar. H.G.B. § 377.

[1]) Die Literatur der Streitfrage s. bei Grünhut S. 440 ff.

BUAH

noch überhaupt auf eine individuell bestimmte Persönlichkeit als Erwerber des Eigenthums fixirt ist, dass er zwar mit dem Willen sein Eigenthum zu übertragen dem Kommissionär liefert, diesem es aber durchaus überlässt, ob er für sich oder für einen Andern erwerben will, da es ihm als Verkäufer vollkomen gleichgiltig ist, wer durch die Tradition des Gutes, welche er mit dem Willen sich des Eigenthumes daran zu entäussern vollzogen, das für ihn jedenfalls verlorene Eigenthum erworben habe. In diesem Falle wird das Subjekt des Erwerbs nur durch den Willen des Besitz ergreifenden Kommissionärs bestimmt;[2]) dieser kann den ihm vom Kommittenten ertheilten Einkaufssauftrag in doppelter Weise ausführen, entweder so, dass er zunächst selbst Besitz und Eigenthum erwerben und hinterher dem Kommittenten überlassen, oder so, dass er, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend den Erwerbsakt im Namen des Kommittenten vornehmen und so unmittelbar und sofort dem Kommittenten Besitz und Eigenthum erwerben will. Es ist eine durch Interpretation der insbesondere vom Kommissionär vorgenommenen Handlungen zu lösende quaestio facti, ob der Kommissionär Willens gewesen sei, in der einen oder anderen Art dem Kommittenten zum Besitze der Waare zu verhelfen, ob er den animus sibi possidendi oder alieno nomine possidendi gehabt habe.

Handelt es sich um den Auftrag zum Einkauf einer individuell bestimmten Sache (species), so ist im Zweifel, wenn nicht bestimmte Willenserklärungen oder die vorliegenden Umstände des Falles eine entgegengesetzte Schlussfolgerung nothwendig machen, die Annahme gerechtfertigt, dass der Wille des Kommissionärs darauf gerichtet war, dass **Besitz- und Eigenthumserwerb des Kommittenten sofort und unmittelbar** erfolgen sollte.[3]) Der Voraussetzung gemäss verhält sich der dritte Kontrahent als Tradent gegen die Person des Traditionsempfängers und Erwerbers gleichgültig, er sieht nur darauf, dass er den Kaufpreis erhält und verzichtet auf Besitz und Eigenthum, um dem Kommissionär die freie Verfügung und die Möglichkeit des sofortigen Besitz- und Eigenthumserwerbes, sei es für sich, sei es für einen Anderen, zu gewähren. Der Kommissionär ist daher an und für sich nicht gehindert, unmittelbar für den Kommittenten Besitz und Eigenthum zu erwerben. Der Kommissionär hat den der Tradition zu Grunde liegenden Kaufvertrag (causa traditionis) allerdings im eigenen Namen abgeschlossen, er ist aus demselben allein berechtigt und verpflichtet und erwirbt also auch allein einen Rechtstitel und die Klage gegen den dritten Kontrahenten auf Uebertragung des Eigenthums; insoweit steht der Kommittent ganz ausserhalb des abgeschlossenen Kaufvertrages; allein für den Besitzerwerb ist dies nicht entscheidend. Das Subjekt des Abschlusses des Kaufvertrags kann von dem Subjekt des Besitz- und Eigenthumserwerbes rücksichtlich der in Folge des Kaufvertrags übergebenen Waare verschieden sein. Bedenkt man nun, dass der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten auf

---

[2]) Bremer in Lindes Zeitschr. XX S. 65 ff., Randa, Besitz § 20.

[3]) Zustimmend Dernburg, Preuss. Priv.R. (3. Aufl.) § 185 Not. 11, Endemann, Krit. Vierteljahrschr. 22. Bd. S. 114.

BUAH

Grund und in Folge der übernommenen Einkaufskommission handelt, dass aber der Wille des Kommittenten seinem Interesse gemäss darauf gerichtet ist, sobald als möglich, also, wenn möglich, auch sofort im Augenblick des vom Kommissionär vorzunehmenden Empfanges der species, Besitz und Eigenthum an derselben zu erwerben, so erscheint es als ein Gebot der bona fides, dass der Kommissionär, um das in ihn gesetzte Vertrauen des Kommittenten zu rechtfertigen, den zur Erlangung von Besitz und Eigenthum erforderlichen animus domini, den Willen die Waare für sich zu haben und zu behalten, an derselben für sich Besitz und Eigenthum zu erwerben, als dem Willen und dem Interesse des Kommittenten widersprechend, nicht fasse, dass er bei Vollziehung des Auftrags sich nicht selbst auch nur einen Augenblick als Eigenthümer der eingekauften und ihm übergebenen species betrachte oder über dieselbe zu seinen eigenen Zwecken verfüge; es ist vielmehr im Zweifel die Annahme gerechtfertigt, dass der Kommissionär, da er ja bei Ausführung des aufgetragenen Geschäftes nur den Willen und das Interesse des Kommittenten vor Augen haben musste, von vornherein den Willen gehabt habe, dass der Kommittent unmittelbar Eigenthümer der eingekauften und dem Kommissionär übergebenen species werde. Es lässt sich nicht einsehen, welchem berechtigten Interesse des Kommissionärs der juristische Umweg dienen soll, dass er zunächst selbst den Besitz und das Eigenthum der eingekauften species erwerbe und dann erst die Sache dem Kommittenten zu tradiren habe. Warum soll durch zwei Traditionen, die eine auf Grund des Kaufvertrages, die zweite auf Grund des Mandates, juristisch erreicht werden, was direkt durch eine Tradition geschehen kann? Wie der Kommissionär zwar im eigenen Namen, aber nicht für sich selbst, sondern für den Kommittenten gekauft hat, keineswegs aber in der Absicht, erst diesem wieder zu verkaufen, so empfängt auch der Kommissionär die Tradition zwar im eigenen Namen, aber nicht für sich selbst, sondern für den Kommittenten, nicht in der Absicht, erst diesem wieder zu tradiren. Die Thätigkeit des Kommissionärs stellt sich bei der **Besitzergreifung** der eingekauften species nur als eine Hülfeleistung für das Geschäft des Kommittenten dar; es entspricht dem Interesse und Willen des Kommittenten, dass die Besitzergreifung des Kommissionärs nicht für ihn selbst, sondern für den Kommittenten erfolge; da nun nicht angenommen werden kann, dass sich der Kommissionär über den Willen des Kommittenten hinwegsetzen und zunächst für sich Besitz und Eigenthum der species erwerben wolle, so ergibt sich, dass auch nach dem Willen des Kommissionärs durch diese Besitzergreifung ein Geschäft des Kommittenten besorgt, daher sofort für den Kommittenten Besitz und Eigenthum erworben werde.[4])

Hat der Kommissionär den Auftrag erhalten, eine Quantität vertretbarer Sachen oder eine der Gattung nach bestimmte Sache (genus) einzukaufen, so widerspricht es in der Regel nicht dem Willen des Kommittenten und erscheint es durch die Pflicht des Kommissionärs, den Auftrag mit der Sorgfalt eines

---

[4]) Anders R.O.H.G. Bd. XI Nr. 4 S. 11, Bd. XVI Nr. 65 S. 269. Goldschmidt, Hdb. § 66 S. 615, v. Hahn, Zus. II zu Art. 368.

BUAH

ordentlichen Kaufmannes auszuführen, keineswegs ausgeschlossen, dass der Kommissionär das Eigenthum der einzukaufenden Sachen zunächst für sich erwerbe. So können in der Hand des Kommissionärs in Beziehung auf dieselben vertretbaren Sachen oder Sachen derselben Gattung Einkaufskommissionen verschiedener Personen, vielleicht sogar mit Propreeinkäufen zusammengetroffen sein. Der Kommissionär kann behufs gleichzeitiger Ausführung dieser mehreren, von verschiedenen Kommittenten gleichzeitig empfangenen Einkaufsaufträge und seiner Propreeinkäufe den Ankauf einer grösseren Quantität vertretbarer Sachen oder mehrerer Gattungssachen vornehmen; er kann gerade durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes dazu bestimmt sein, in Beziehung auf die eingekaufte Quantität oder das eingekaufte genus nicht von vornherein eine Aussonderung vorzunehmen und erst hinterher zu bestimmen, was von dem Ganzen für jeden Kommittenten, resp. für sich erworben sein soll. In diesem Falle bedarf es erst der Vornahme einer Handlung, z. B. Abgabe der Nummern der Papiere, Kennzeichnung der Waaren durch Marken u. s. w., durch welche die eingekauften Waaren dem Kommittenten tradirt werden, sei es auch durch constitutum possessorium. Der Kommissionär besitzt nunmehr in Folge der thatsächlichen Aussonderung für den Kommittenten einen bestimmten Gegenstand, den er nicht mehr beliebig umtauschen kann.[5]) Der Kommittent kann aber nicht wider seinen Willen durch dieses Rechtsgeschäft des Kommissionärs Eigenthümer werden; dem Willen des Kommittenten das Eigenthum zu übertragen, darf nicht der Wille des Kommittenten direkt entgegenstehen; es entscheidet selbstverständlich der Wille des Kommittenten in dem Augenblicke, da mit dem Besitzerwerb des Kommissionärs die Möglichkeit eines unmittelbaren Vermögenserwerbes für den Kommittenten entsteht. Hat sich also der Kommittent in diesem Augenblicke entschieden losgesagt, so fehlt es an der für die Tradition oder das constitutum possessorium nothwendigen Willensübereinstimmung.[6])

Da die grosse Mehrzahl der Einkaufskommissionen vertretbare oder generell bestimmte Sachen zum Gegenstande hat, so gestaltet sich in der Praxis das Verhältniss so, dass der unmittelbare Besitz und Eigenthumserwerb des Kommittenten im Handelsverkehr als seltene Ausnahme, dagegen der Besitz- und Eigenthumserwerb des Kommissionärs als allgemeine Regel erscheint.[7])

---

[5]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 24 S. 77—81.

[6]) Goldschmidt, Hdb. S. 611; R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 65 S. 270.

[7]) Die R.Konk.O. (§ 36) räumt dem Einkaufskommissionär im Falle des Konkurses des Kommittenten ein Vindikationsrecht rücksichtlich der von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendeten, von diesem noch nicht vollständig bezahlten Waaren, wie dem Verkäufer im Falle des Konkurses des Käufers, ein.

BUAH

§ 328.

e. Das Selbstkontrahirungsrecht des Einkaufs- und Verkaufs-Kommissionärs.[1])

I. **Begründung, Beschränkung und juristische Natur des Selbstkontrahirungsrechts.** Der Kommissionär ist verpflichtet, die Interessen des Kommittenten, der ihm in Beziehung auf das aufgetragene Geschäft sein Vertrauen geschenkt hat, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren. Damit erscheint es an und für sich nicht unverträglich, dass sich der Kommissionär gleichzeitig den entgegengesetzten Interessen zweier Kommittenten widme, vorausgesetzt freilich, dass er bei einem solchen Interessenkonflikte nicht nur mit strenger Gewissenhaftigkeit und tadelloser Unparteilichkeit verfahre, sondern dass er auch im Stande sei, in der Führung der ihm von den verschiedenen Kommittenten anvertrauten Geschäfte zum Vortheile eines jeden von ihnen den vollen Eifer und die ganze Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu entfalten, etwas, worauf ja jeder Kommittent ein ungetheiltes Recht hat. In Folge des eminenten Vertrauens, das die Stellung des Kommissionärs involvirt, erscheint es aber prinzipiell unzulässig, dass der Kommissionär, dessen Pflicht es ist, die Interessen des Kommittenten stets im Auge zu behalten und zu beschützen, in Beziehung auf das aufgetragene Geschäft **für seine eigene Rechnung** als Gegenkontrahent eintrete, sich so selbst in eine Lage versetze, in welcher seine eigenen Interessen den Interessen des Kommittenten geradezu widerstreiten, und die Veranlassung schaffe zu einem Gegensatze zwischen der Erfüllung seiner Pflicht als Kommissionär und seinem eigenem Interesse als Verkäufer resp. Käufer. Es ist nicht zu verkennen, dass bei der heiklen Wahl, welche in solcher Situation der Kommissionär zwischen seinem Interesse und dem Interesse des Kommittenten zu treffen hätte, das Interesse des Kommittenten nur schwach vertheidigt, in der Regel ganz aufgeopfert werden würde. Will man daher das Wesen des Kommissionsgeschäfts nicht im Innersten angreifen, so muss man prinzipiell daran festhalten, dass der Kommissionär, wenn auch in eigenem Namen, so doch nur als Vermittler für fremde Rechnung und in fremdem Auftrag abzuschliessen hat. Dessen ungeachtet scheint es von jeher den Kommissionären durch Handelsgebrauch gestattet gewesen zu sein, unter Umständen für Rechnung ihrer Kommittenten bei sich selbst einzukaufen oder an sich selbst zu verkaufen, umsomehr die entgegengesetzten, aber einander entsprechenden Aufträge verschiedener Kommittenten zu kombiniren, also bei der Einkaufskommission als Verkäufer für Rechnung des entsprechenden Verkaufskommittenten, bei der Verkaufskommission als Käufer für Rechnung des entsprechenden Einkaufskommittenten einzutreten.

Wichtige, besonders aus der engen Verbindung, in welcher sich der Proprehandel mit dem Kommissionshandel entwickelt hat, abgeleitete Opportunitäts-

---

[1]) Grünhut l. c. S. 452—510.

BUAH

gründe sprechen dafür, dass innerhalb gewisser Grenzen eine solche Abweichung von der strengen und konsequenten Durchführung der für den Auftrag geltenden Grundsätze zulässig sei. Dem Kommittenten kann es wesentlich nur daran gelegen sein, dass der Inhalt seines Auftrages genau beobachtet werde; es ist ihm in der Regel gleichgültig, woher bei der Einkaufskommission die gewollte Waare oder bei der Verkaufskommission der gewollte Kaufpreis komme. In gewissen Geschäftszweigen, namentlich bei dem Handel mit Werthpapieren, sind die Kommissionäre meist Kaufleute, welche gleichzeitig für eigene Rechnung Handel treiben; ja gerade die bedeutenden Kommissionshäuser sind gewohnt, in der Erwartung künftiger Einkaufsaufträge grosse Anschaffungen von Waaren zu machen, welche sie dann nach und nach an ihre Kommittenten absetzen. Die Handelswelt selbst wählt in ihrem eigenen Interesse sogar mit Vorliebe zur Ausführung von Kommissionen solche Handelsfirmen, welche mit dem Kommissionshandel einen bedeutenden Eigenhandel verbinden, weil sie von denselben eine bessere und promptere Bedienung erwarten zu können glauben als von Kommissionären, welche sich ausschliesslich dem Kommissionshandel widmen, daher nicht im Stande sind, durch eigenes Eintreten in das aufgetragene Kaufgeschäft den Auftrag auszuführen, sondern in jedem einzelnen Falle erst einen dritten Verkäufer oder Käufer aufsuchen müssen, und durch ihr Erscheinen auf dem Markte, als Kauflustige durch Vermehrung der Nachfrage ein Steigen, als Verkaufslustige durch Vermehrung des Angebotes ein Sinken der Preise, somit eine Preisfluktuation herbeiführen, welche leicht auf die Interessen des Kommittenten sehr ungünstig zurückwirken kann. Dazu kommt, dass das Verbot des Selbsteintrittes vom Kommissionär ohne besondere Schwierigkeiten dadurch umgangen werden könnte, dass er bei der Einkaufskommission einem vorgeschobenen Dritten verkaufen und von diesem sofort zum Markt- oder Börsenpreise für den Kommittenten zurückkaufen, bei der Verkaufskommission für einen vorgeschobenen Dritten zum Markt- oder Börsenpreise kaufen und von diesem sofort zurückkaufen würde.

Das Handelsgesetzbuch konnte den oben erwähnten Handelsgebrauch, soweit er das Auftreten des Kommissionärs als selbständigen Lieferanten oder Abnehmer gestattet, nicht unbeachtet lassen, ohne mit dem Bedürfnisse des Verkehrs und der kaufmännischen Anschauung in Widerspruch zu treten,[2]) es hat ihn aber mit Recht nur als **Ausnahme** von der Regel unter gewissen Beschränkungen sanktionirt, welche geeignet erscheinen, in der durch den Selbsteintritt des Kommissionärs hervorgerufenen Situation das Interesse des Kommittenten genügend zu wahren. Insoferne jener Handelsgebrauch eine Kombination entgegengesetzter Aufträge verschiedener Kommittenten zulässt, besteht er nach dem Handelsgesetzbuche unbeschränkt zu Recht: nur macht sich der Kommissionär verantwortlich, wenn er nicht bei dieser Art abgekürzter Ausführung das In-

---

[2]) In der Frage, ob der Kommissionär gemäss dem Handelsgebrauche als Selbstkontrahent eintreten dürfe, waren die Ansichten vor dem Handelsgesetzbuche sowohl in der Doktrin als auch in der Rechtssprechung getheilt, s. Grünhut S. 455 ff. Not. 3.

BUAH

teresse eines jeden Kommittenten mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gewahrt hat.[3])

Das Handelsgesetzbuch (Art. 376),[4]) macht das Selbstkontrahirungsrecht des Kommissionärs von zwei Voraussetzungen abhängig:

1. Es lässt den Selbsteintritt nur unter der Voraussetzung zu, dass „der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat". Jeder Kommittent, dem es bei der Einkaufskommission nicht blos um die gewollte Waare, bei der Verkaufskommission nicht blos um den gewollten Erlös zu thun ist, oder der es überhaupt vermeiden will, dass zwischen seinen Interessen und den Interessen des Kommittenten der oben karakterisirte, immerhin gefährliche Gegensatz hervorgerufen werde, ist berechtigt, den Selbsteintritt des Kommissionärs zu untersagen und imperativ vorzuschreiben, dass die Kommission durch Abschluss des Geschäftes mit einem dritten Kontrahenten ausgeführt werde. Die Entziehung des Rechtes zum Selbsteintritt kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; sie ist dann als gewollt anzunehmen, wenn die Natur des aufgetragenen Geschäftes es mit sich bringt, dass es nicht die Absicht des Kommittenten sein konnte, das Recht zum Selbsteintritt zuzugestehen; so z. B. bei Aufträgen zum Abschluss von Differenzgeschäften.[5])

2. Es gestattet den Selbsteintritt nur bei Kommissionen „zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben", so dass der Börsen- und Marktpreis stets die Schranke bildet, welche der Kommissionär in keinem Fall zum Nachtheil des Kommittenten überschreiten darf. Hat der Gegenstand, dessen Einkauf oder Verkauf aufgetragen ist, keinen Börsen- oder Marktpreis, so steht dem Kommissionär das Recht zur Selbstkontrahirung in keinem Falle zu, selbst dann nicht, wenn vom Kommittenten ein Limitopreis gesetzt ist. Wie der Kommissionär in dem letzteren Falle nicht für berechtigt gilt, das aufgetragene Geschäft dadurch auszuführen, dass er zum Limitopreise selbst eintritt, so ist andererseits, wenn der Gegenstand, dessen Einkauf oder Verkauf aufgetragen ist, einen Börsen- oder Marktpreis hat, das Selbstkontrahirungsrecht des Kommissionärs dadurch allein nicht als ausgeschlossen anzusehen, dass vom Kommittenten ein Limitopreis gesetzt ist.[6]) Unnöthig ist es, dass die Waare gerade am Orte der Niederlassung des Kommissionärs einen Börsen- oder Marktpreis habe; nur so viel ist nöthig, dass die Waare, wenn der Kommissionär die Kommission durch Abschluss des aufgetragenen Kaufgeschäftes mit einem Dritten ausführen wollte, an dem für das betreffende Geschäft maassgebenden Handelsplatze einen Börsen- oder Marktpreis hätte.

Das Handelsgesetzbuch beschränkt das Recht des Kommissionärs zur Selbst-

---

[3]) Anderer Ansicht Gad, H.R. § 131 S. 273; dagegen vgl. R.O.H.G. Bd. VII Nr. 23 S. 90; Bd. V Nr. 79 S. 352.

[4]) Ebenso ungar. H.G.B. § 381.

[5]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 19 S. 43, 44, Thöl, H.R. § 307, v. Hahn zu Art. 376 Not. 26 a.

[6]) v. Hahn zu Art. 376 § 9, R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 36 S. 104.

BUAH

kontrahirung nur dadurch, dass es das Vorhandensein dieser zwei Voraussetzungen verlangt; andere Beschränkungen des Eintrittsrechtes anerkennt das Gesetz nicht. Auch der del credere stehende Kommissionär kann als Selbstkontrahent eintreten.[7]) Der Einkaufs-Kommissionär ist ins besondere gesetzlich nicht verhindert, auch dann das Eintrittsrecht auszuüben und als Selbstlieferant zu kontrahiren, wenn er die markt- oder börsengängigen Waaren, deren Einkauf ihm aufgetragen ist, selbst zur Zeit des Selbsteintritts noch nicht besitzt, so dass er sich erst durch einen Geschäftsabschluss mit einem Dritten in den Stand setzen muss, die Kommission als Selbstkontrahent ausführen und als Selbstverkäufer liefern zu können, doch macht er sich verantwortlich, wenn er nicht bona fide mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist.[8]) Ebensowenig ist das Eintrittsrech auf sog. glatte Kaufgeschäfte beschränkt, d. h. auf solche, welche Zug um Zug zu erfüllen oder ohne besondere Nebenabreden geschlossen sind; das Eintrittsrecht kann auch dann geltend gemacht werden, wenn es sich um bedingte oder betagte Verpflichtungen aus dem Kaufgeschäfte handelt.[9])

Jede Kommission zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, gilt, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt, also das Kontrahiren mit einer dritten Person ausdrücklich oder stillschweigend imperativ vorgeschrieben hat, kraft Rechtsnothwendigkeit als fakultativ rücksichtlich des Modus der Ausführung, so dass dem Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages ipso jure die alternative Befugniss eingeräumt erscheint, nach seiner Wahl entweder das aufgetragene Kaufgeschäft mit einer dritten Person abzuschliessen oder in Beziehung auf dasselbe selbst als Verkäufer oder Käufer einzutreten.[10]) Wie bei jeder fakultativen Kommission, so ist auch hier die freie Bewegung des Kommissionärs durch seine Pflicht begrenzt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zum Vortheil des Kommittenten zu handeln und dessen Interessen nach besten Kräften zu wahren. Ebensowenig wie der Kommissionär bei Kommissionen, welche in anderen Punkten fakultativ gestaltet sind, den Eingebungen seiner persönlichen Laune zum Nachtheile des Kommittenten zu folgen berechtigt ist, ebensowenig ist es ihm hier gestattet, bei der Wahl zwischen den beiden Arten der Ausführung der Kommission sich durch einen uneingeschränkten Egoismus zum Nachtheile des Kommittenten leiten zu lassen; der Kommissionär ist vielmehr verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes findet, dass bei dem Kontrahiren mit einer dritten Person für den Kommittenten günstigere Bedingungen zu erlangen wären, als jene es sind, welche er selbst zu gewähren geneigt ist, im Interesse des Kommittenten sich

---

[7]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 16 S. 52; über die praktischen Unterschiede zwischen Delcredere und Selbsteintritt s. Grünhut S. 498 ff.

[8]) v. Hahn zu Art. 376 § 4 Not. 17. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106 S. 354, bes. Bd. XX Nr. 80 S. 326.

[9]) R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 52 S. 238.

[10]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106 S. 354, Bd. XX Nr. 80 S. 326, v. Hahn zu Art. 376 § 2.

BUAH

des Selbsteintritts zu enthalten; hat der Kommissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts etwas gethan oder unterlassen, was ein ordentlicher Kaufmann in solchen Fällen nicht zu thun oder zu unterlassen pflegt, so ist er über die jeder fakultativen Kommission selbsverständlich gezogene Grenze hinausgegangen; der Kommittent ist zwar in diesem Falle nicht berechtigt, das von dem Kommissionär in sich selbst abgeschlossene Geschäft als nicht für seine Rechnung geschlossen zurückzuweisen, er ist aber berechtigt, den Ersatz des ihm durch Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes von dem Kommissionär zugefügten Schadens zu verlangen. War der Kommissionär bei der Wahl der Alternative des Selbsteintritts durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleitet, so kann es ihm nicht zur Last gelegt werden, dass er die andere Alternative hintangesetzt hat, obwohl die aufgetragene Operation für den Kommittenten vortheilhaftere Resultate gehabt hätte, wenn sie der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen hätte; denn der Kommissionär hat mittelst des von ihm gewählten Modus der Ausführung das aufgetragene Geschäft ausgeführt und kein anderes.

Das Verhältniss zwischen den beiden Alternativen stellt sich demnach so dar, dass die eine Alternative, die Ausführung der Kommission durch Abschluss mit einem Dritten, als der Hauptmodus der Ausführung erscheint, durch dessen Wahl sich der Kommissionär einerseits niemals verantworlich machen kann, zu dessen Wahl derselbe andererseits nicht nur berechtigt, sondern unter Umständen verpflichtet ist, dann nämlich, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Wahl dieser Alternative als geboten erscheinen lässt, dass aber die andere Alternative, der Selbsteintritt des Kommissionärs, lediglich als ein **Recht**, niemals als eine Pflicht des Kommissionärs anzusehen ist, so dass sich dieser durch die Nichtwahl dieser Alternative in keinem Falle, durch die Wahl derselben aber dann verantwortlich macht, wenn diese Wahl nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgenommen worden ist.

II. **Wirkungen der Selbstkontrahirung.**

a. **Die rechtliche Stellung des Selbstkontrahenten als eines Kommissionärs.** Der Kommissionär kommt in Folge seines Selbsteintritts durchaus nicht blos als Proprehändler in Betracht; er behält vielmehr auch **nach** dem Selbsteintritt seine rechtliche Stellung als Kommissionär. Die Kommission bleibt daher trotz der Selbstkontrahirung innerhalb des juristischen Rahmens des Kommissionsgeschäftes; sie ist nach wie vor, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, nach den bezüglich des Kommissionsgeschäftes sonst geltenden Vorschriften zu behandeln, so als ob der Kommissionär, statt das aufgetragene Geschäft in sich selbst abzuschliessen, gemäss der anderen Alternative mit einem Dritten kontrahirt hätte.

Der selbstkontrahirende Kommissionär hat als Kommissionär (Art. 361) die Pflicht, zur gehörigen Ausführung des aufgetragenen Geschäftes und zur sofortigen Anzeige nach Art. 361; er hat diese Pflicht erfüllt, wenn er auch nur anzeigt, dass, wenn auch nicht, wie er ausgeführt habe; so wenig der Kommissionär bei Abschluss des aufgetragenen Geschäftes mit einem Dritten verpflichtet ist, schon

BUAH

in der ihm nach Art. 361 obliegenden Anzeige den Namen des dritten Kontrahenten zu nennen, so wenig ist er im Falle der Selbstkontrahirung verpflichtet, sofort sich selbst als Selbstkontrahenten zu bezeichnen.[11]) Der Kommissionär kann auch die Anzeige ganz unterlassen, er macht sich allerdings in Folge dessen nach Art. 362 verantwortlich, bleibt aber dessenungeachtet Selbstkontrahent und ist als solcher im Verhältniss zum Kommittenten zu behandeln. Die Angabe des gewählten Modus der Ausführung, ob der Kommissionär als Selbstkontrahent eingetreten sei oder mit einer dritten Person kontrahirt habe, gehört zur Rechenschaftslegung.

Hat der Kommissionär dem Kommittenten die Anzeige nach Art. 361 erstattet, dass der Auftrag ausgeführt worden sei, obwohl die Ausführung in Wahrheit noch nicht erfolgt war und zwar nur eine Anzeige in ganz allgemeiner Fassung, etwa, dass er den aufgetragenen Einkauf oder Verkauf bewirkt habe, ohne also bestimmt zu erklären, ob er als Selbstkontrahent eingetreten sei oder mit einem namhaft gemachten Dritten kontrahirt habe,[12]) so steht es einerseits dem Kommittenten frei, ihn als Selbstkontrahenten zu behandeln (Art. 376 Abs. 3), andererseits ist er selbst noch berechtigt, zwischen den beiden alternativen Arten der Ausführung nach seinem Ermessen zu wählen, also entweder mit einem Dritten zu kontrahiren oder seinen Eintritt als Selbstkontrahent zu vollziehen. Ebensowenig wie bei sonstigen fakultativ gestalteten Kommissionen, ist in Art. 376 dem Rechte des Kommissionärs, den Modus der Ausführung alternativ zu wählen, eine andere zeitliche Schranke gezogen, als diejenige, welche in dieser Beziehung durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes gegeben ist. Darin allein aber, dass der Kommissionär einen dritten Kontrahenten in der Anzeige nicht genannt hat, liegt ebensowenig die Erklärung, dass er in Wahl der einen Alternative als Selbstkontrahent eingetreten sei, als die Erklärung, dass er in Wahl der anderen Alternative mit einem Dritten abgeschlossen habe.[13])

Hat der Kommissionär dem Kommittenten die Anzeige über die Ausführung des Auftrages in der oben erwähnten allgemeinen Fassung gemacht, nachdem er einmal das Geschäft in der einen oder anderen Weise abgeschlossen hatte, so kann er die erfolgte Ausführung des Auftrags nicht mehr rückgängig machen und hinterher einen anderen Modus der Ausführung wählen; seine Pflicht ist es vielmehr, dem Kommittenten Rechenschaft darüber abzulegen, welchen Modus der Ausführung er in Wirklichkeit gewählt habe. Nicht zu billigen ist die

---

[11]) Anders R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 21 S. 94, dagegen aber bes. Bd. XIX Nr. 106 S. 358.

[12]) R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106 S. 356, Reichsgericht Bd. I Nr. 105 S. 290.

[13]) Nach einer anderen Ansicht muss der Kommissionär spätestens in der ihm nach Art. 361 obliegenden Anzeige seinen Eintritt als Selbstkontrahent erklären. So Gad in Zeitschr. f. H.R. Bd. XIV S. 234—256; ders. im Centr.-Org., N. F. I S. 597; ebenso Kräwel in Buschs Arch. VIII S. 464, XI S. 110; Anschütz, Komm. zu Art. 376 Anm. 21, 24. Anders R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 83 S. 334, Bd. XIX Nr. 106 S. 358, Bd. XX Nr. 80 S. 326, Reichsgericht Bd. I Nr. 105, v. Hahn zu Art. 376 § 10.

BUAH

Ansicht, dass erst die einmal **erklärte**, nicht schon die wirklich **ausgeübte** Wahl des Kommissionärs rücksichtlich des einen oder des anderen Modus der Ausführung unabänderlich sei.[14]) Dadurch wäre dem Kommissionär die Möglichkeit gegeben, auf Kosten des Kommittenten nach Belieben zu spekuliren, dadurch, dass er die Erklärung darüber, welchen Modus der Ausführung des Auftrags er gewählt habe, so lange als möglich hinausschiebt und je nach den veränderten Konjunkturen bald durch den Selbsteintritt den durch Abschluss mit einem Dritten für den Kommittenten bereits erzielten Gewinn an sich zieht, bald durch den hinterher gewählten Abschluss mit einem Dritten den ihm aus dem erfolgten Selbsteintritt bereits erwachsenen Verlust auf den Kommittenten überwälzt. Diese Gefahr der Ausbeutung des Kommittenten wird vermieden, wenn der Kommissionär nicht erst an die dem Kommittenten gegenüber **erklärte**, sondern auch schon an die einmal **vollzogene** Wahl des Modus der Ausführung gebunden ist, daher nur so lange das freie Wahlrecht zwischen dem einen oder andern Modus der Ausführung behält, als er in Wirklichkeit noch nicht ausgeführt hat.[15])

Hat der Kommissionär in Wirklichkeit mit einem Dritten abgeschlossen und behandelt ihn der Kommittent seinem Wahlrechte gemäss (Art. 376 Abs. 3) als Selbstkontrahenten, so hat der Kommissionär über das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft Rechenschaft zu geben und persönlich als fingirter Käufer oder Verkäufer für die Erfüllung aller Verbindlichkeiten einzutreten, welche der dritte Kontrahent als wirklicher Käufer oder Verkäufer aus dem von dem Kommissionär mit ihm abgeschlossenen Geschäfte zu erfüllen hat; die Verbindlichkeit des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten wird dahin erweitert, dass er im Falle später sich ereignender Hinderungen in der Kontraktserfüllung nicht berechtigt ist, die Verantwortlichkeit von sich abzulehnen und sie auf seinen Kontrahenten zu werfen.[16]) Der Kommissionär hat in diesem Falle nicht das Recht, anstatt des wirklich dem dritten Kontrahenten bezahlten oder von dem dritten Kontrahenten eingenommenen Preises als Selbstkontrahent blos den Börsen- oder Marktpreis in Rechnung zu stellen und die Differenz zu lukriren.[17])

Der selbstkontrahirende Kommissionär genügt seiner Pflicht zur **Rechenschaftslegung**, wenn er darthut, dass bei dem berechneten Preise der Börsen- oder Marktpreis **zur Zeit der Ausführung** des Auftrages eingehalten worden sei; er darf sich, wenn ein Limitopreis gesetzt ist, nicht die Differenz zwischen dem Limito- und dem Markt- oder Börsenpreise zueignen. Der Kommissionär muss die Zeit der Ausführung des Auftrags darthun und durch diese Angabe den Kommittenten in den Stand setzen, den Markt- oder Börsenpreis des betreffenden Tages zu verifiziren. Als maassgebende Grundlage für den zu

---

[14]) So R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 106, Bd. XX Nr. 80; vgl. dazu v. Hahn zu Art. 376 § 10 (Text zu Not. 35).

[15]) Dernburg l. c. § 187 Not. 10.

[16]) R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 119 S. 387.

[17]) R.O.H.G. Bd. III Nr. 42 S. 189; eod. Nr. 71 S. 334, 335; IV Nr. 34 S. 168, 170; V Nr. 62 S. 279, 281; VIII Nr. 21 S. 94; XI Nr. 4 S. 9; XII Nr. 85, S. 263, 264.

BUAH

liefernden Rechnungsnachweis rücksichtlich des Börsen- oder Marktpreises ergibt sich in der Regel der Zeitpunkt der dem Kommittenten gemachten Anzeige über die Ausführung des Geschäftes (Art. 361), also der Börsen- oder Marktpreis des betreffenden Tages, umsomehr als bis zu diesem Zeitpunkte der Kommittent den Auftrag zu widerrufen befugt ist (Art. 377), in keinem Falle aber genügt der blosse, dem Kommittenten nicht gemeldete Entschluss des Kommissionärs, von den eigenen Beständen gewisse Quantitäten für den Kommittenten bereit zu halten, da ein solcher Willensakt, der einseitig wieder geändert werden kann, die Ausführung des Auftrages nicht zu begründen vermag.[18]) Dem Kommittenten bleibt es vorbehalten zu beweisen, dass der Kommissionär bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes mit einem Dritten hätte kontrahiren können, der günstigere Bedingungen als den maassgebenden Börsen- oder Marktpreis bewilligt hätte, oder dass der angegebene Börsen- oder Marktpreis nicht den wirklichen Verhältnissen entspreche.

Der selbstkontrahirende Kommissionär hat als Kommissionär (Art. 371) das Recht auf die gewöhnliche Provision und auf die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten; er kann dem Kommittenten ohne weitere Beweispflicht in Rechnung bringen, was er nach der normalen Uebung im Verkehr für seine Rechnung hätte nothwendig oder nützlich aufwenden müssen, wenn er nicht selbst zu liefern oder zu kaufen im Stande gewesen wäre; z. B. Courtage, Lagermiethe, Arbeitslöhne für seine Leute, Ersatz für Benutzung von Transportmitteln, Ablade- und Abwagkosten; in keinem Falle hat er aber das Recht auf eine Delcredere-Provision;[19]) es fehlt die Möglichkeit für die Erfüllung der Verpflichtung des dritten Kontrahenten als Bürge einzustehen und dem Kommittenten durch Uebernahme der mit seinem Auftrag verknüpften Gefahr der Nichterfüllung des Dritten eine erhöhte Sicherheit zu geben. Auch dem selbstkontrahirenden Kommissionär steht das gesetzliche Pfandrecht (Art. 374, 375) zu.[20])

b. **Die rechtliche Stellung des Selbstkontrahenten als Proprehändlers.** Der Kommissionär ist durch die Selbstübernahme des aufgetragenen Geschäftes Käufer oder Verkäufer geworden, **aber nur in gleicher Weise wie es der dritte Kontrahent geworden wäre**, wenn der Kommissionär die andere Alternative behufs Ausführung der Kommission gewählt und das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hätte. Dem Dritten gegenüber wäre er, da er den Kaufvertrag in eigenem Namen abzuschliessen hatte, für Rechnung und im Auftrage des Kommittenten entweder Käufer oder Verkäufer geworden: da er nun auf Grund des Kommissionsauftrages gemäss der ihm gesetzlich zustehenden alternativen Befugniss das aufgetragene Kaufgeschäft in sich selbst abgeschlossen hat, so ist er so zu behandeln als ob **er in seiner Person die doppelte Eigenschaft des**

---

[18]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 34 S. 168.

[19]) Anders v. Hahn zu Art. 376 § 12 Not. 42.

[20]) Laband in Zeitschr. f. H.R. IX S. 450.

BUAH

Käufers und Verkäufers vereinigte; er gilt bei der Einkaufskommission zugleich als Verkäufer für seine eigene Rechnung und als Käufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten; er gilt bei der Verkaufskommission zugleich als Käufer für seine eigene Rechnung und als Verkäufer im Auftrage und für Rechnung seines Kommittenten.

Die beiden Funktionen als Käufer und Verkäufer, welche sonst zwei Personen zufallen, hier aber in der **einen** Person des Kommissionärs als verschmolzen anzusehen sind, müssen juristisch völlig geschieden werden. Als Käufer, resp. Verkäufer für seine eigene Rechnung hat der Kommissionär dieselbe rechtliche Stellung, welche sonst dem dritten Kontrahenten in dem aufgetragenen Geschäfte zukommt, daher **alle Rechte und Pflichten eines solchen dritten Käufers resp. Verkäufers.** Dies und nicht mehr sagt Art. 376, wenn er bestimmt, dass der Kommissionär befugt sei, selbst als Verkäufer zu liefern oder als Käufer für sich zu behalten (Abs. 1) und dass der Kommittent befugt sei, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen (Abs. 3). Es ist hier ein von der Natur des reinen Kommissionsgeschäftes abweichender Ausnahmsfall gesetzlich statuirt, in welchem der Kommissionär berechtigt ist, gleichzeitig und bei einem Rechtsgeschäfte für den Auftraggeber zu handeln und seine eigenen Rechte wahrzunehmen, bei dem aufgetragenen Kaufvertrage die Stellen der einander gegenüberstehenden Kontrahenten in seiner Person zu verbinden und die lex contractus desselben, soweit der Kommittent keine besonderen Vorschriften ertheilt hat, nach seinem durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes geleiteten Arbitrium festzustellen.

Keineswegs soll durch Art. 376 bestimmt werden, dass der Kommissionär durch seinen Selbsteintritt als Käufer oder Verkäufer in den aufgetragenen Kaufvertrag **den Kommittenten sich selbst gegenüber zum Verkäufer oder Käufer** in diesem dem Auftrag gemäss abgeschlossenen Kaufvertrage zu machen berechtigt sei, so als ob es sich gar nicht um einen Kommissionsauftrag handeln würde, sondern als ob ein Proprekauf zwischen ihm und dem Kommittenten abgeschlossen worden wäre. Es ist ein Fundamentalsatz des deutschen Handelsrechts, dass der Kommissionär das aufgetragene Geschäft in **eigenem** Namen abzuschliessen hat; in Widerspruch damit stünde es aber nicht nur, wenn der Kommissionär das aufgetragene Geschäft im Namen des Kommittenten mit einem **Dritten** abschlösse, sondern auch wenn er durch seinen **Selbsteintritt** den Kommittenten selbst als Käufer oder Verkäufer in das aufgetragene Geschäft hineinzuzerren berechtigt wäre; wenn auch der Kommissionär einerseits allerdings nicht einen Augenblick sich selbst darüber täuschen kann, dass er nur für den Kommittenten handelt, so kann er andererseits doch auch nicht einen Augenblick ignoriren, dass der Kommittent überhaupt nicht den Willen hat, dass in seinem Namen kontrahirt, dass er also aus dem aufgetragenen Kaufvertrage **unmittelbar** als Käufer oder Verkäufer verpflichtet werde, dass er vielmehr lediglich den Willen hat, dass sich in seinem Auftrage und für seine Rechnung der **Kommissionär** verpflichte, sei es gegenüber dem dritten Kontrahenten, sei es gemäss der durch Art. 376 statuirten Ausnahme sich selbst gegenüber.

BUAH

Unhaltbar ist die Auffassung, dass in einer jeden Kommission nach Art. 376 eine **eventuelle** oder **alternative** Offerte von Seite des Kommittenten zum Abschluss eines entsprechenden Propregeschäftes gelegen sei; sie bewirkt eine vollständige Vermengung des Kommissions- und Propregeschäftes, entspricht nicht dem Geiste des Gesetzes und findet auch in dem Bedürfnisse des Verkehrs keine Rechtfertigung. Hat der Kommissionär den Auftrag, einen börsen- oder marktgängigen Gegenstand für Rechnung des Kommittenten einzukaufen oder zu verkaufen, einmal angenommen, so liegt ein Kommissionsvertrag vor; es fehlt dann überhaupt an dem Substrate für eine Offerte zu einem Kaufvertrage; die schon angenommene Kommissionsofferte erscheint konsumirt, sie kann nicht noch einmal als Kaufofferte behandelt und angenommen werden. Hätte der Kommissionär den Auftrag noch nicht angenommen, so dass es ihm noch freistünde die Kommissionsofferte als eine Offerte zum Kaufvertrage zu behandeln, so wäre er, wenn er von dieser Befugniss keinen Gebrauch machen wollte, überhaupt nicht verpflichtet, den Auftrag auszuführen, und doch besteht ohne Zweifel die Verpflichtung des Kommissionärs, den übernommenen Auftrag durch Abschluss mit einem Dritten auszuführen, wenn er nicht selbst gemäss Art. 376 eintreten will. Fingirt man aber das Vorhandensein von zwei alternativen oder eventuellen Offerten, durch deren Acceptation die beiden verschiedenen Vertragsverhältnisse, der Kommissions- oder Kaufvertrag, entstehen würden, so könnte doch immer nur die eine **oder** die andere Offerte acceptirt werden. Muss nun eine Verpflichtung des Kommissionärs als sofort existent anerkannt werden, den übernommenen Auftrag, wenn er nicht selbst gemäss Art. 376 eintreten will, durch Geschäftsabschluss mit einem Dritten jedenfalls auszuführen, so muss vorausgesetzt werden, dass er die eine Offerte zum Abschluss des Kommissionsvertrages angenommen habe und dass dieses so entstandene Vertragsverhältniss erlösche, sobald sich der Kommissionär durch die Annahme der eventuellen oder alternativen Offerte für das andere Vertragsverhältniss, den Kaufvertrag, entschieden habe; erlischt nun aber die Kommission als die primäre Obligation, so bleibt Art. 376 Abs. 2 unerklärt, welcher das Vorhandensein der Kommission jedenfalls voraussetzt und dem selbstkontrahirenden Kommissionär die Rechte eines Kommissionärs gewährt.

Bedenkt man, dass nur wichtige Opportunitätsgründe dazu führten, dem Kommissionär die der juristischen Natur des Auftrags widersprechende Befugniss des Selbsteintritts einzuräumen, so entspricht es gewiss nicht dem Geiste des Gesetzes, wenn man dem Kommissionär nicht nur gestattet, was durch dringende Bedürfnisse des Verkehrs allerdings gerechtfertigt ist, nämlich in dem ihm aufgetragenen Geschäfte **sich selbst** die Funktion des **dritten** Kontrahenten zuzutheilen, sondern auch, was durch solche Rücksicht nicht geboten ist, den Kommissionsvertrag willkürlich in einen Kaufvertrag umzuwandeln, den Kommittenten ohneweiters als Kontrahenten in den Kaufvertrag hineinzuschieben und ihm in demselben die rechtliche Stellung eines Käufers oder Verkäufers anzuweisen. Wird die Doppelstellung des Kommissionärs als Käufers und Verkäufers als vorhanden anerkannt, so hat er die — wenn auch schwer zu

BUAH

erfüllende und vielleicht selten erfüllte — rechtliche Pflicht als Kommissionär das Interesse des Kommittenten sich selbst gegenüber in seiner Funktion als drittem Kontrahenten wahrzunehmen; das Interesse des Kommittenten mag oft genug wegen der vorhandenen Personenidentität faktisch preisgegeben sein, es ist aber wenigstens rechtlich gewahrt. Weist man aber dem Kommissionär lediglich die Stellung als Käufer oder Verkäufer gegenüber dem Kommittenten als Verkäufer oder Käufer an, so wird er von jeder Rücksichtnahme auf den Kommittenten von vornherein rechtlich befreit; es wird ihm das Recht zuerkannt, einseitig seinen Vortheil im Auge zu behalten und die juristische Basis gegeben, von welcher aus er zum Nachtheil des Kommittenten zu operiren vermag.

Das Interesse des Kommittenten erheischt es daher, dass ihm die Klage aus dem **Kommissionsvertrage** (a⁰. mandati dir.) gegen den selbstkontrahirenden Kommissionär erhalten bleibe; während aber dem selbstkontrahirenden Kommissionär, der ja in seiner Person die Doppelstellung des Käufers und Verkäufers vereinigt, gegen den Kommittenten lediglich die Klage aus dem Kommissionsvertrage (a⁰. mandati contr.) zusteht, gibt das Gesetz den Kommittenten ausserdem die Klage aus dem **Kaufvertrage** (utilis a⁰.) gegen den Kommissionär als ein Aequivalent für die durch die Personenidentität zwischen Kommissionär und drittem Kontrahenten in jedem Falle herbeigeführte Gefährdung seiner Interessen, so dass dem Kommittenten das Recht zusteht, mit dieser Klage die Forderungen aus dem von dem Kommissionär in sich selbst abgeschlossenen Kaufvertrage gegen den Kommissionär in dessen Eigenschaft als dritten Kontrahenten geltend zu machen.[21])

III. **Die Verschweigung des Namens eines dritten Kontrahenten.** Mit der Frage, ob der Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten befugt sei, hängt die andere Frage zusammen, ob der Kommissionär verpflichtet sei, auf Verlangen des Kommittenten seinen dritten Kontrahenten zu nennen. Versagt man ihm das Selbstkontrahirungsrecht, so kann man ihm auch nicht unbedingt das Recht zuerkennen, bei der Rechenschaftslegung zu verschweigen, an wen er auf Grund des Auftrages verkauft, von wem er eingekauft habe. Mit der Anerkennung des Rechtes der Selbstkontrahirung hat das Handelsgesetzbuch zugleich und zwar in demselben Umfange wie jenes Recht auch das Recht des Kommissionärs zur Verschweigung des Namens des dritten Kontrahenten anerkannt.

In jenen Fällen, in welchen der Kommissionär zur Selbstkontrahirung, daher auch zur Verschweigung des Namens des dritten Kontrahenten berechtigt erscheint, hat das Gesetz dem Kommittenten das Recht eingeräumt, den Kommissionär, wenn er die rechtzeitige Nennung des dritten Kontrahenten unterlassen hat, als Selbstkontrahenten, also als persönlich verpflichteten Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen.[22]) Ohne das Präjudiz des Abs. 3

---

[21]) Ueber die praktischen Resultate dieser Auffassung s. Grünhut l. c. S. 491—497.

[22]) Die Anzeige, dass „ein Freund", also ein Dritter, dessen Namen aber nicht genannt wird, Käufer sei, schliesst die Anwendbarkeit des Art. 376 Abs. 3 nicht aus. Eine derartige unbestimmte Mittheilung kann der Nennung des Käufers nicht gleich-

BUAH

Art. 376 [23]) würde der Kommittent, wenn der Kommissionär den Namen eines dritten Kontrahenten nicht genannt hat, in Ungewissheit darüber bleiben, ob der Kommissionär mit einem Dritten oder in sich selbst abgeschlossen habe. Art. 376 Abs. 3 hat zu Gunsten des Kommittenten ein Zwangsmittel geschaffen, um diesen Schwebezustand zu beseitigen; der Kommittent ist nun in der Lage, sobald als möglich zu wissen, worauf er eigentlich ein Recht habe, und bleibt nicht auf seine Kosten gefährlichen Spekulationen des Kommissionärs ausgesetzt.

Verschweigt der Kommissionär, obwohl er in Wirklichkeit das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, bei der ihm nach Art. 361 obliegenden Anzeige über die Ausführung des Auftrages den Namen des dritten Kontrahenten, so hat der Kommittent kraft Rechtsnothwendigkeit die in dem Kommissionsvertrage wurzelnde alternative Befugniss, nach seiner Wahl entweder den Kommissionär als solchen in Anspruch zu nehmen und die Abwicklung des Kommissionsgeschäftes auf Grundlage des in Wirklichkeit mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages zu verlangen, oder den Kommissionär als Selbstkontrahenten zu behandeln. [24]) Das Gleiche muss für den Fall gelten, wenn der Kommissionär die ihm nach Art. 361 obliegende Anzeige überhaupt unterlassen hat; sonst wäre der Kommissionär, welcher der Vorschrift des Gesetzes, über den Abschluss des Geschäftes sofort Anzeige zu erstatten, zuwiderhandelt, besser gestellt als der Kommissionär, welcher diese Vorschrift befolgt hat.

Der Kommissionär ist aber keineswegs ohne weiteres als Selbstkontrahent anzusehen; vielmehr ist das Rechtsverhältniss nach wie vor zunächst ausschliesslich nach den bezüglich des Kommissionsgeschäftes geltenden Vorschriften bis dahin zu behandeln, als der Kommittent von seiner Befugniss Gebrauch macht und dies dem Kommissionär erklärt; [25]) erst in Folge einer solchen Erklärung wird er nicht blos als Kommissionär, sondern auch als Selbstkontrahent, als Käufer oder Verkäufer für eigene Rechnung angesehen. [26]) Will der Kommittent von der ihm eingeräumten Befugniss keinen Gebrauch machen, so kommt es nun darauf an, wie die Kommission wirklich ausgeführt worden ist, [27]) ob der Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossen, oder in sich selbst kontrahirt

---

geachtet werden, weil sie den Kommittenten nicht in den Stand setzt, die Uebereinstimmung der Verkaufsbedingungen mit der Verkaufsanzeige zu prüfen und mit Rücksicht auf die Person des Käufers die zur Sicherung des Eingangs des Kaufgeldes geeigneten Maassregeln zu ergreifen. R.O.H.G. Bd. XXIV Nr. 36 S. 103.

[23]) Ebenso § 381 ungar. H.G.B.

[24]) Vgl. R.O.H.G. Bd. XX Nr. 7 S. 299.

[25]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 83 S. 344, Bd. XIV Nr. 110 S. 387.

[26]) Handelt es sich um ein Kaufgeschäft, dessen Erfüllung gemäss dem Auftrage bedingt oder betagt sein sollte, z. B. Verkauf mit Kredit oder mit bestimmten Modalitäten in Betreff der Kaufpreiszahlung (Verpflichtung zu eventuellen Nachzahlungen auf die zu verkaufenden, nicht volleingezahlten Namensaktien), so hat der Kommissionär, wenn ihn der Kommittent als Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen kann, alle jene Verpflichtungen zu erfüllen, welche er gemäss dem Auftrage dem dritten Kontrahenten auferlegen sollte. R.O.H.G. Bd. XXII Nr. 52 S. 236 ff.

[27]) v. Hahn zu Art. 376 § 18.

BUAH

habe. Hat der Kommissionär in Wirklichkeit mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er die einmal getroffene Entscheidung nicht zurücknehmen und als Selbstkontrahent auftreten; er ist vielmehr verpflichtet und berechtigt, sich durchaus als Kommissionär des Kommittenten zu betrachten und zu betragen; er hat den Abschluss des Geschäftes mit dem Dritten zu beweisen und über dasselbe Rechenschaft zu legen.[28])

IV. **Erlöschung des Selbstkontrahirungsrechts.** Der Kommissionär kann von der ihm in den Fällen des Art. 376 durch das Gesetz eingeräumten alternativen Befugniss, das aufgetragene Geschäft entweder mit einem Dritten oder in sich selbst abzuschliessen, nur so lange Gebrauch machen, als der Auftrag selbst besteht. Der Kommittent ist aber berechtigt, den Auftrag, so lange res integra ist, jederzeit nach Belieben zu modifiziren, z. B. den Geschäftsabschluss mit einem Dritten imperativ vorzuschreiben oder auch den Auftrag gänzlich zu widerrufen. Trifft die Modifikation oder der Widerruf des Kommittenten bei dem Kommissionär ein, nachdem dieser das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hatte, so ist der Kommittent an das Geschäft gebunden, mag auch die Anzeige von der Ausführung noch nicht behufs ihrer Absendung abgegeben sein. „Der Auftrag ist objektiv, nachweisbar vollzogen; der Verkauf an den Dritten oder der Einkauf von dem Dritten ist eine in die äussere Erscheinung tretende Thatsache; der Widerruf kann das konsumirte Verhältniss nicht mehr rückgängig machen.“ [29]) Diese Gebundenheit des Kommittenten müsste auch für den Fall gelten, dass der Kommissionär das Geschäft selbst übernommen hat, wenigstens dann, wenn der Umstand, dass der Selbsteintritt vor dem Widerrufe erfolgt sei, ausser Zweifel gestellt ist, allein Art. 377 schliesst für diesen Fall das Recht des Kommittenten, die Kommission zu widerrufen, resp. zu modifiziren, erst von dem Zeitpunkte angefangen aus, dass die Anzeige des Kommissionärs von der Ausführung behufs der Absendung abgegeben ist, selbst dann, wenn der Kommissionär durch andere Beweismittel darzuthun vermöchte, dass er als Selbstkontrahent schon früher eingetreten war, daher die Kommission bereits vollzogen hatte. Die Anzeige von der Ausführung des Auftrages nach Art. 377 ist identisch mit der Anzeige nach Art. 361, also die einfache Anzeige, dass gekauft oder verkauft worden sei; nicht erforderlich ist die Anzeige der Selbstübernahme, noch weniger das Anerbieten in der Anzeige, den das gesetzte Limito übersteigenden Markt- oder Börsenpreis des entscheidenden Tages zu entrichten;[30]) die mündliche Anzeige hat übrigens dieselbe Wirkung, wie die zur Absendung gegebene schriftliche Benachrichtigung.[31])

Das Widerrufsrecht des Kommittenten besteht auch in jenen Fällen, in welchen der Kommissionär der Absicht des Kommittenten gemäss den Auftrag ungesäumt zu vollziehen hatte, demnach da er als Modus der Ausführung den

---

[28]) R.O.H.G. Bd. III Nr. 42 S. 189, Nr. 71 S. 335, v. Hahn l. c. Not. 53.
[29]) R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280.
[30]) v. Hahn zu Art. 377 § 5; anders R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 21 S. 94.
[31]) R.O.H.G. Bd. VIII Nr. 21 S. 94.

BUAH

Selbsteintritt gewählt hatte, sofort selbst eingetreten war;[32]) denn er hat auch in diesem Falle von der Ausführung des Auftrages sofort Nachricht zu geben, so dass die Absendung der Anzeige als der Moment in Betracht kommt, von dem an der Widerruf ausgeschlossen ist.

So lange die Anzeige behufs der Absendung nicht abgegeben ist, gilt also in allen Fällen der Selbstkontrahirung res als integra, der Auftrag als noch nicht ausgeführt, der früher eingetroffene Widerruf, resp. die früher eingetroffene Modifikation als rechtzeitig eingetroffen, die Kommission selbst als widerrufen, resp. modifizirt.[33]) Der Kommissionär ist nun verpflichtet, den Widerruf zu respektiren. Das gewöhnlich nach aussen hervortretende Kennzeichen für die Selbstübernahme des Geschäftes, die Absendung der Anzeige, ist durch das Gesetz zu einem Momente von der wesentlichsten Bedeutung gemacht und als das einzige Kriterium für die Selbstkontrahirung erklärt, als der Zeitpunkt, von dem an res nicht mehr integra, der Widerruf also ausgeschlossen ist.

Im Falle des Widerrufes kann nun der Kommissionär, dessen Selbsteintritt als nicht erfolgt anzusehen ist und welcher der Voraussetzung gemäss mit einem Dritten noch nicht abgeschlossen hatte, auch nicht mehr von der anderen Alternative, die Kommission auszuführen, Gebrauch machen; im Falle, dass der Kommittent die Kommission nur derart modifizirt, dass er den Selbsteintritt untersagt, kann nun der Kommissionär, wenn er die so modifizirte Kommission überhaupt übernehmen will, noch nachträglich mit einem Dritten kontrahiren.

§ 329.

f. Die Dispositionsstellung bei der Einkaufs- und Verkaufskommission.[1])

Bei der **Einkaufskommission** ist der Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrages verpflichtet, dem dritten Kontrahenten gegenüber jenes Verfahren einzuschlagen, welches das Gesetz dem Käufer für den Fall vorschreibt, dass sich die von auswärts übersendete Waare bei der Ablieferung als mangelhaft herausstellt (Art. 347 des H.G.B.); unterlässt dies der Kommissionär, so muss er dem Kommittenten den Schaden ersetzen, der diesem durch die Lieferung einer nicht empfangbaren Waare entstanden ist. Hat der Kommissionär bei der Ausführung der Kommission die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachtet und den Vorschriften des Art. 347 Genüge geleistet, so haftet er dem Kommittenten gegenüber wegen der Nichtempfangbarkeit der Waare nur dann, wenn er in Folge besonderer Vereinbarung für die Empfangbarkeit der Waare die Garantie übernommen hat. Im letzteren Falle ist der Kommissionär in Beziehung auf die gehörige Erfüllung del credere gestanden; der Kommittent kann sich daher, sobald das im Garantievertrage vorgesehene ungünstige Ereigniss, die Nichtempfangbarkeit der Waare, eingetreten ist, direkt an den Kom-

---

[32]) Anders v. Hahn zu Art. 377 § 6. Vgl. R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280.

[33]) So das R.O.H.G. Bd. V Nr. 62 S. 280, Bd. IV Nr. 34 S. 168.

[1]) Voigt in Zeitschr. f. H.R. Bd. XXV S. 183 ff.; v. Hahn (2. Aufl.) Zusatz S. 528 ff. Grünhut l. c. S. 214, 491, 496; Hanausek, Die Haftung des Verkäufers § 26.

BUAH

missionär halten. Eine Verpflichtung des Kommittenten zur Dispositionsstellung nach Art. 347 gegenüber dem Kommissionär besteht in diesem Falle ebenso wenig, [2]) wie in dem Falle, dass der Kommissionär nicht del credere gestanden ist. Durch das Delcredere werden ja die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kommittenten und Kommissionär durchaus nicht verändert; dasselbe fügt ohne weitere Beeinflussung des eigentlichen Kommissionsvertrags zu den Pflichten des Kommissionärs noch eine neue Verpflichtung hinzu, nämlich die Haftung für die gehörige Erfüllung von Seite des Verkäufers, mag dieser dem Kommissionär selbst gegenüber gehörig erfüllt haben oder nicht; keineswegs soll durch das Delcredere die rechtliche Lage des Kommittenten verschlechtert und ihm eine sonst nicht bestehende Pflicht aufgewälzt werden. Mag der Kommissionär für die gehörige Erfüllung eingestanden sein oder nicht, in keinem Falle findet Art. 347 in dem Verhältnisse zwischen den Kommittenten und Kommissionär Anwendung. In dem einen, wie in dem anderen Falle ist der durch Art. 347 dem Verkäufer gewährte Schutz für den Kommissionär in der a⁰. mand. contr. gelegen; im Handelsverkehr ist es ja überhaupt in der Regel als ein Gebot von Treu und Glauben, insbesondere bei bestehender Geschäftsverbindung, anzusehen auf jede Anzeige, von der angenommen werden kann, dass die Bewahrung des Schweigens dieser Anzeige gegenüber dem Anzeigenden Schaden verursachen könne, zu antworten. Es wäre daher ein Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn der Kommittent nicht mit aller Sorgfalt bestrebt wäre, den Kommissionär über den Zustand des Kommissionsgutes alsbald aufzuklären und ihn dadurch in den Stand zu setzen, den ihn drohenden Schaden durch gehörige Dispositionsstellung thunlichst von sich abzuwenden. [3]) In dem Schweigen des Kommittenten liegt unter Umständen eine Genehmigung der Waare oder doch ein Verschulden, für welches der Kommittent dem Kommissionär zu haften hat.

Handelt es sich um heimliche Mängel des Kommissionsgutes, so ist zu unterscheiden, ob sich dasselbe noch bei dem Kommissionär oder schon bei dem Kommittenten befindet. Im ersteren Falle ist der Kommissionär auf Grund des Kommissionsvertrags verpflichtet, dem dritten Kontrahenten gegenüber die Vorschriften des Art. 347 zu beobachten, sonst ist er dem Kommittenten schadenersatzpflichtig. Im letzteren Falle ist der Anspruch des Kommittenten gegen den Kommissionär dadurch bedingt, dass er seinerseits nichts schuldbarer Weise versäumt, was zur Geltendmachung der Rechte des Kommissionärs wegen Nichtempfangbarkeit nach Art. 347 erforderlich war. Der Kommittent ist auf

---

[2]) Anderer Ansicht Voigt l. c. S. 206, v. Hahn l. c. S. 530, 5. Diese Ansicht hängt mit der früher, namentlich in der Handelswelt, herrschenden unrichtigen Auffassung zusammen, als ob durch das Delcredere jede Kommission von selbst in ein Propregeschäft übergehe, so als ob z. B. der aufgetragene, mit dem dritten Kontrahenten als Verkäufer abgeschlossene Kaufvertrag unmittelbar zwischen dem Kommittenten als Käufer und dem Kommissionär als Verkäufer abgeschlossen worden wäre. Vgl. Grünhut l. c. S. 358 ff. Not. 34 u. 38.

[3]) R.O.H.G. Bd. XXV Nr. 52 S. 215; vgl. Grünhut l. c. S. 198, Dernburg, Preuss. Priv.R. § 186 S. 502.

BUAH

Grund des Kommissionsvertrages verpflichtet, entweder dem Kommissionär von den zu Tage getretenen Mängeln ohne Verzug Anzeige zu machen, damit dieser in der Lage sei in seiner Eigenschaft als Käufer in eigenem Namen die geeigneten Schritte gegen seinen Verkäufer zu thun oder ohne Vermittlung des Kommissionärs dem dritten Verkäufer gegenüber direkt, jedoch da er mit ihm in keiner direkten obligatorischen Beziehung steht, **im Namen des Kommissionärs** die nicht empfangbare Waare zur Disposition zu stellen.[4]) Ebenso verhält es sich in dem Fall, dass der Kommissionär das Kommissionsgut — nicht auftragswidrig — von dem dritten Verkäufer direkt an den Kommittenten absenden lässt.[5])

Bei der **Verkaufskommission** ist dem Kommissionär bei sonstiger Schadenersatzpflicht vorgeschrieben, gemäss Art. 365 des H.G.B. vorzugehen, wenn das Kommissionsgut in einem äusserlich erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustand ankommt. Werden erst hinterher von dem Kommissionär Mängel an dem Kommissionsgute entdeckt oder nach vollzogenem Verkaufe von dem dritten Käufer gemäss Art. 347 gerügt, so ist der Kommissionär zwar auf Grund des Kommissionsvertrags verpflichtet, dem Kommittenten die Anzeige nach Art. 361 zu machen, dessen Instruktionen insbesondere auch in Beziehung auf das von ihm gegenüber den Rügen des dritten Käufers zu beobachtende Verfahren einzuholen und eventuell gemäss den Bestimmungen des Art. 366 zu handeln, allein er hat als Verkaufskommissionär nicht die Pflicht, gegenüber dem Kommittenten wie ein Käufer nach Art. 347 zu verfahren.[6])

Ist der Kommissionär bei der **Einkaufskommission** nach Art. 376 als **Selbstkontrahent** eingetreten, so ist der Kommittent ihm gegenüber nicht als Käufer zu behandeln; die erfolgreiche Geltendmachung der Ansprüche, welche für den Kommittenten wegen Nichtempfangbarkeit der von dem Kommissionär gelieferten Waare begründet sind, ist daher nicht dadurch bedingt, dass der Kommittent selbst die sonst einem Käufer zur Wahrung dieser Ansprüche obliegenden Pflichten nach Art. 347 erfülle.[7]) Da der Kommissionär diese Pflichten, um die Rechte aus dem Kaufvertrage im Interesse des Kommittenten zu wahren, einem dritten Kontrahenten gegenüber zu erfüllen hatte, so gilt hier, wo in Folge der Personenidentität der Kommissionär nicht in der Lage ist, sich selbst gegenüber diese Pflichten zu erfüllen, die Fiktion, dass der Kommissionär diese Pflichten sich selbst gegenüber erfüllt habe, so dass er in keinem Falle berechtigt ist, sich auf die Nichterfüllung dieser Pflichten dem Kommittenten gegenüber zu seinem Vortheil zu berufen. Dabei ist aber zu beachten, dass der Kommittent in der Regel durch Treu und Glauben verpflichtet ist, den selbstkontrahirenden Kommissionär so, als ob dieser von einem Dritten gekauft hätte, alsbald von der Nichtempfangbarkeit der Waare zu verständigen, widrigenfalls er als genehmigend gelten kann.

---

[4]) R.O.H.G. Bd. I Nr. 22.

[5]) v. Hahn l. c. S. 529, 4, R.O.H.G. Bd. XXV Nr. 52 S. 214.

[6]) R.O.H.G. Bd. XXI Nr. 46.

[7]) Anders v. Hahn l. c. S. 528; dagegen Hanausek S. 303 ff.

BUAH

Ist der Kommissionär bei der **Verkaufskommission** nach Art. 376 als **Selbstkontrahent** eingetreten, so ist er nicht als Käufer gegenüber dem Kommittenten als Verkäufer gemäss Art. 347 zu verfahren verpflichtet;[8]) denn der Verkaufskommissionär ist überhaupt nicht mit dem Käufer juristisch auf eine Linie zu stellen, weder wenn er an einen Dritten, noch wenn er an sich selbst verkauft. Ebenso aber wie der dritte Kontrahent als Käufer den Kommissionär als Verkäufer wegen Nichtempfangbarkeit der Waare in Anspruch nehmen kann, der Kommissionär seinerseits den Kommittenten davon verständigen muss (Art. 361) und sich wegen des Ersatzes an ihn halten kann, so sind auch im Falle des Selbsteintritts für den Kommissionär in seiner Eigenschaft als dritten Kontrahenten die Rechte wegen Nichtempfangbarkeit begründet, die er allerdings nicht gegen seinen Verkäufer geltend machen kann, da er mit diesem eine und dieselbe Person ist, die aber dessenungeachtet als rechtlich vorhanden anzusehen sind und auch mit der a⁰. mand. contr. gegen den Kommittenten geltend gemacht werden können, vorausgesetzt dass der Kommissionär die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht vernachlässigt, daher auch von der Nichtempfangbarkeit der Waare den Kommittenten gemäss Art. 361 verständigt hat.

§ 330.

g. Die Kommission zum Einkauf eines Wechsels.[1])

Hat der Kommittent dem Kommissionär den Auftrag ertheilt, einen Wechsel einzukaufen, so würde es dem aus der Natur des aufgetragenen Geschäftes sich ergebenden Willen des Kommittenten, ein zirkulationsfähiges und kreditwürdiges Werthpapier zu erlangen, widersprechen, wenn der Kommissionär dem Indossamente, durch welches er den in eigenem Namen eingekauften Wechsel auf den Kommittenten überträgt, einen Vorbehalt hinzufügte, durch den die regelmässige Regresspflicht der Vormänner unterbrochen würde, da in Folge dessen der Kredit und die Negoziabilität des Papieres eine erhebliche Minderung erlitte; auf dieser Erwägung beruht die Bestimmung des Art. 373 des H.G.B. Der Kommissionär ist, „wenn er den Wechsel indossirt, verpflichtet, denselben regelmässig und ohne Vorbehalt zu indossiren"; er darf also das Indossament insbesondere nicht durch die Klauseln der Art. 14, 15 und 31 der W.O. beschränken.

Durch die hypothetische Fassung der gesetzlichen Bestimmung sollte der ursprünglich vorwaltenden Absicht, dass der Kommissionär schon kraft des Gesetzes verpflichtet sein solle, durch Indossirung des eingekauften Wechsels eine Wechselregresspflicht zu übernehmen, daher unter allen Umständen materiell für die Zahlungsfähigkeit des auf dem Wechselpapiere erscheinenden Wechselverkäufers einzustehen, entgegengetreten werden. In Ermanglung einer besonderen Vereinbarung steht es daher dem Kommissionär frei, ob er eine wechselmässige

---

[8]) Anders v. Hahn l. c. S. 533.

[1]) Grünhut l. c. S. 515—523; dagegen Hanausek S. 212 ff.

BUAH

Haftung durch Indossirung des eingekauften Wechsels übernehmen will oder nicht; in Folge dessen hat die gesetzliche Bestimmung keine grosse praktische Bedeutung; denn der Kommissionär kann nach Belieben einen in bianco indossirten Wechsel einkaufen und, ohne persönlich eine Wechselverpflichtung zu übernehmen, gemäss Art. 13 W.O. auf den Kommittenten übertragen.

Art. 373 lautet ganz allgemein und bezieht sich daher nicht nur auf den Fall, dass der Auftrag des Kommittenten lediglich auf den Ankauf eines Wechsels als des eigentlichen Gegenstandes der Kommission gerichtet ist, sondern auch auf den Fall, dass bei Gelegenheit einer anderen Kommission, insbesondere bei der Verkaufskommission, der Kommissionär in Folge Auftrags des Kommittenten oder ohne Auftrag, anstatt der Baarzahlung des Kaufpreises für das verkaufte Kommissionsgut, von dem dritten Kontrahenten Wechsel annimmt und an den Kommittenten indossirt.[2])

Es fragt sich, ob der Kommissionär berechtigt ist, für die Indossirung des Wechsels eine Delcredere-Provision zu beanspruchen. Ein solches Recht steht ihm selbstverständlich nur dann zu, wenn ein Delcredere-Stehen überhaupt wirklich vorliegt; letzteres ist aber trotz der Indossirung nicht immer der Fall. Der dritte Kontrahent ist vielleicht überhaupt nicht aus dem Wechsel verpflichtet; er hat mit der Uebergabe des Wechsels seine Verpflichtung aus dem Wechselschlusse vollständig erfüllt; der Kommissionär steht daher durch das Indossament gegenüber dem Kommittenten nicht ein für die Zahlung des dritten Kontrahenten; er steht nicht del credere.

Das Delcredere kann aber allerdings in Form eines Indossamentes vom Kommissionär übernommen werden, wenn nämlich der dritte Kontrahent aus dem Wechsel verpflichtet erscheint und der Kommissionär dem **Kommittenten** gegenüber für die Erfüllung der Wechselverpflichtung des dritten Kontrahenten mit seiner Wechselverpflichtung eingetreten ist; in diesem Falle ist der Kommissionär nicht schon dann von aller Verbindlichkeit frei, wenn er bei dem Ankaufe des Wechsels mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen ist, wenn ihm z. B. in der Prüfung der Zuverlässigkeit der auf dem Wechsel als Wechselschuldner erscheinenden Firmen, des Trassanten, der Giranten und des Acceptanten, durchaus kein Verschulden zur Last fällt; er ist vielmehr für den Eingang, für die Erfüllung der Wechselverpflichtung des dritten Kontrahenten, verantwortlich und zwar auch dem Kommittenten gegenüber, so dass ihm gegen dessen Regressklage eine wirksame Einrede nicht zusteht;[3]) ein solches Delcredere-Stehen kann insbesondere auch dann beabsichtigt sein, wenn der Verkaufskommissionär für den Kaufpreis Wechsel annimmt und dem Kommittenten indossirt.[4]) Beruht die Uebernahme einer solchen Wechsel-

---

[2]) v. Hahn zu Art. 373 § 1.

[3]) Ein Fall blos formeller, nicht materieller Garantie des Kommissionärs R.O.H.G. Bd. XIII Nr. 95.

[4]) Desshalb allein aber, weil der Verkaufskommissionär del credere steht, haftet er nicht auch für den Eingang der Wechsel, welche er für den Kaufpreis der verkauften Kommissionsgüter angeschafft und an den Kommittenten indossirt hat.

BUAH

verpflichtung auf Vereinbarung oder auf dem Handelsgebrauch am Orte der Niederlassung des Kommissionärs, so hat der letztere einen Anspruch auf die Delcredere-Provision (Art. 370 H.G.B.).

2. Die Speditionskommission.[1])

§ 331.

a. Begriff des Speditionsvertrags;[2]) Abschliessung desselben.

Der Speditionsvertrag besteht darin, dass der eine Kontrahent (der Kommittent, der Versender) den Auftrag ertheilt, der andere (der Spediteur) den Auftrag übernimmt, für fremde Rechnung in eigenem Namen einen Transport durch Frachtführer (d. h. zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern) oder Schiffer (d. h. zur See) zu besorgen. Wer gewerbemässig solche Aufträge zur Besorgung von Güterversendungen übernimmt und daher in eigenem Namen für fremde Rechnung Frachtverträge und (mit Zwischenspediteuren) Speditionsverträge abschliesst, ist Spediteur (Art. 379 H.G.B.).[3]) Die Rechtssätze über das Speditionsgeschäft kommen nur dann zur Anwendung, wenn entweder ein berufsmässiger Spediteur, also ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nur in Speditionsgeschäften besteht, den Auftrag übernimmt, für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen eine Güterversendung durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen, oder wenn ein Kaufmann, welcher nicht Spediteur von Beruf ist, im Betriebe seines auf andere Handelsgeschäfte gerichteten Handelsgewerbes einen solchen Auftrag übernimmt (Art. 272 Abs. 2, Art. 388 H.G.B).[4])

Der Spediteur unterscheidet sich einerseits vom Frachtführer (Art. 390 H.G.B.) dadurch, dass der Letztere den Transport selbst ausführt, also hauptsächlich faktische Arbeit leistet, während die Hauptthätigkeit des Spediteurs in der juristischen Arbeit (Abschluss von Frachtverträgen etc.) gelegen ist, andererseits vom Güterbestätter,[5]) Frachtmakler, Schiffsprokureur dadurch, dass die letzteren die Frachtverträge nicht in eigenem Namen abschliessen, sondern nur das Zustandekommen derselben zwischen den Versendern und den Frachtführern vermitteln (Art. 389 H.G.B.). Als gewerbemässige Vermittler von Handelsgeschäften können sie aber Kaufleute (Art. 272 Z. 4 H.G.B.), daher auch, wie jeder Kaufmann, unter Umständen (Art. 388) den Bestimmungen über das Speditionsgeschäft unterworfen sein.

Das Speditionsgeschäft ist eine Spezies der Art Kommissionsgeschäft.[6])

---

[1]) Grünhut l. c. S. 524—576; Literatur eod. S. 32 ff.

[2]) Vgl. bes. Gareis, Das juristische Wesen des Speditionsgeschäftes im Centr.Org. f. d. d. H. u. W.R. N. F. VII. Bd. S. 257—287.

[3]) Ebenso § 384 ungar. H.G.B. Der Spediteur ist Kaufmann; denn seine Geschäfte sind relative Handelsgeschäfte (Art. 272 Z. 3 H.G.B.).

[4]) Ebenso § 259 Abs. 2, § 392 ungar. H.G.B.

[5]) Wagenbestätter, Litzenbrüder; an manchen Orten sind sie, gleich den Maklern, amtlich bestellte Personen.

[6]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 73 S. 264, XVI Nr. 94 S. 375; Endemann, H.R. § 172, § 166 III, Dernburg l. c. § 188, v. Hahn zu Art. 379 § 1. Behrend, Lehrb. S. 122 Not. 14.

BUAH

Das H.G.B. zieht wenigstens die Konsequenzen dieser Anschauung, steht aber in der Begriffsbestimmung des Speditionsgeschäftes auf einem anderen Standpunkte. Nach dem H.G.B. braucht nämlich der Speditionsauftrag nicht nothwendig auf die Ausführung eines Geschäftes gerichtet zu sein, welches sich vom Standpunkte des Kommittenten aus als Handelsgeschäft darstellt; denn der Abschluss des aufgetragenen Geschäftes, des Frachtvertrags u. s. w., wäre für den Kommittenten nur dann Handelsgeschäft, wenn dieser ein Kaufmann wäre; Spediteur im Sinne des H.G.B. ist aber auch derjenige, welcher gewerbemässig lediglich von Nichtkaufleuten Aufträge zur Besorgung von Güterversendungen übernimmt. Wäre daher jeder Spediteur als eine Spezies der Art Kommissionär anzusehen, so geriethe das H.G.B. mit seiner Begriffsbestimmung des Kommissionärs in Widerspruch. Es gäbe dann Spezies von Kommissionären, welche gewerbemässig Aufträge zu Geschäftsabschlüssen übernehmen würden, die für die Auftraggeber an und für sich keine Handelsgeschäfte wären. Die Art kann aber keine anderen Merkmale haben, als die den verglichenen Objekten, den Spezies, gemeinsamen, so dass der Begriff der Art in dem Begriffe einer jeden Spezies enthalten ist. Nach dem H.G.B. kann daher prinzipiell der Spediteur nicht als eine Spezies der Art Kommissionär angesehen werden; er bildet vielmehr eine der Art Kommissionär koordinirte, unter dem höheren Begriffe Mandatar verbundene, selbständige Art. Allein in den praktischen Resultaten macht dies keinen Unterschied; denn das H.G.B. bestimmt dessenungeachtet, dass die Rechtsgrundsätze über das Kommissionsgeschäft auch für das Speditionsgeschäft suppletorisch gelten sollen, insoweit nicht für das Letztere besondere Bestimmungen getroffen sind (Art. 387 des H.G.B.).[7])

Für den Spediteur gilt, was oben (§ 314) über die Abschliessung des Kommissionsvertrages bemerkt wurde. Der Spediteur muss daher unter Umständen sofort den Speditionsauftrag ablehnen oder gilt als annehmend.

Bei Abschluss des Speditionsvertrages handelt der Versender entweder für seine eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten, insbesondere des Destinatars und zwar im letzteren Falle entweder im eigenen Namen oder im Namen des Destinatars. Versender und Destinatar können aber auch eine und dieselbe Person sein, so dass der Destinatar selbst als Versender (Kommittent) den Speditionsvertrag abschliesst. In diesem Falle und ebenso, wenn der Versender als Stellvertreter des Destinatars handelt, fungirt der Spediteur lediglich als Mandatar des Destinatars.

b. Wirkungen des Speditionsvertrages.

§ 332.

aa. Pflichten des Spediteurs. Verjährung.

Die Speditionskommission ist, wie jede Kommission, nach der Absicht des Kommittenten auszuführen; für die Ermittelung dieser Absicht sind in erster Linie die ausdrücklich oder stillschweigend ertheilten Instruktionen maassgebend;

[7]) Ebenso § 391 ungar. H.G.B.

BUAH

der Kommittent kann insbesondere die Art der Versendung, z. B. mittelst Eilfracht oder Dampfboot, den Frachtführer oder Zwischenspediteur, die Zeit der Versendung, insbesondere direkte Adressirung des Gutes an den Destinatar, also mit Ausschluss eines Zwischenspediteurs [1]) u. s. w. imperativ oder demonstrativ vorgeschrieben haben. Im Falle einer Abweichung des Spediteurs von den ihm vom Kommittenten ertheilten Vorschriften treten die oben (§ 315) auseinandergesetzten Rechtsfolgen ein.[2]) Ist von dem Kommittenten nichts vorgeschrieben, so hat der Spediteur mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten gemäss dem Auftrage zu verfahren; er macht sich verantwortlich, wenn er bei der Ausführung der übernommenen Versendung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzt hat (Art. 380 des H.G.B.).[3])

Dem Spediteur liegt die Empfangnahme, Aufbewahrung und Versendung des Speditionsgutes ob. Rücksichtlich der vom Frachtführer oder Schiffer zu empfangenden Waaren kommt Art. 366 (Art. 387)[4]) auch für den Spediteur in Betracht. Bestellt, um für den Transport Sorge zu tragen, also alles zu thun, was zur sicheren Ausführung desselben erforderlich ist, muss der Spediteur bei der Ablieferung der Waaren von Seite des Frachtführers oder Schiffers sorgfältig darauf achten, dass ihm keine anderen als die im Frachtbriefe (nach Stückzahl, Beschaffenheit, Zeichen und Nummern der Kolli) angegebenen und dass diese in einem äusserlich unbeschädigten und unverdorbenen Zustande und innerhalb der vereinbarten Transportfrist abgeliefert werden. Ist die äussere Beschaffenheit eine derartige, dass der Verdacht innerer Beschädigung oder Mangelhaftigkeit für einen sorgfältigen Kaufmann entstehen muss, so hat der Spediteur gemäss Art. 365 zu verfahren.[5]) Der Spediteur hat ferner die Pflicht zur Aufbewahrung des Speditionsgutes (Art. 366, 367, 387 des H.G.B.); er hat auch als sorgfältiger Kaufmann alles vorzukehren, was zur Erhaltung des Gutes geboten erscheint. Der Spediteur hat endlich die Versendung der Waaren der Absicht des Kommittenten gemäss zu bewirken; er hat zu diesem Zwecke, wenn der Kommittent in dieser Beziehung nichts vorgeschrieben hat, einen sachkundigen und zuverlässigen Frachtführer oder Schiffer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuwählen; er muss der Natur der Sache nach als berechtigt gelten, jene Personen zu verwenden, ohne deren Mitwirkung er den Auftrag nicht ausführen kann; ohne Frachtführer, bei grösserer Entfernung ohne Zwischenspediteure, kann aber der Transport in der Regel nicht erfolgen. Er kann mit

---

[1]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 111 S. 379.

[2]) R.O.H.G. Bd. XI Nr. 32 S. 88.

[3]) Ebenso ungar. H.G.B. § 385; R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 87 S. 349, Bd. XI Nr. 32 S. 88, Bd. XII Nr. 69 S. 213. Vgl. Entsch. anderer Gerichte in Goldschmidts Zeitschr. Bd. X S. 142, 148, Buschs Arch. Bd. X S. 378, Centr.Org. N. F. III S. 107, Entsch. d. H.App.G. Nürnberg in Samml. III Bd. S. 435 ff.

[4]) Ebenso § 371, § 391 ungar. H.G.B.

[5]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 105 S. 377, Bd. XX Nr. 63 S. 231, vgl. Bd. VIII Nr. 49 S. 192.

BUAH

dem Frachtführer, wenn ein Limito nicht gesetzt ist,[6]) zu jenem Frachtlohne kontrahiren, welcher zu dieser Zeit, für diese Gattung Waaren, für dieses Gewicht und diese Entfernung gewöhnlich gezahlt zu werden pflegt; er hat als sorgfältiger Kaufmann jedenfalls seinen nächsten[7]) Adressaten davon zu verständigen, dass die Waaren abgesendet worden seien, durch welchen Frachtführer und unter welchen Bedingungen der Transport ausgeführt werde und wenn der Adressat ein Zwischenspediteur, also nicht selbst der eigentliche Destinatar ist, was dieser mit den Waaren weiter zu verfügen habe.

Der Spediteur haftet nur für ein Verschulden bei der **Auswahl** des Frachtführers oder Zwischenspediteurs, wenn er also mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einen für den betreffenden Fall passenden, vertrauenswürdigen oder sachkundigen Frachtführer oder Zwischenspediteur nicht gewählt hat; hat er bei der Auswahl der genannten Hülfspersonen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes beobachtet, so hat er für ein diesen zur Last fallendes Verschulden (culpa aliena) nicht einzustehen,[8]) er kann nur actione mandati verpflichtet werden, seine Klagen gegen jene dem Versender abzutreten; im Verhältniss zwischen dem Spediteur und Versender gelten ja diese in Ausführung des Auftrags erworbenen Forderungen als Forderungen des Versenders (Art. 368, 387).[9]) Das H.G.B. hat, um Zweifeln vorzubeugen, in Art. 380 in besonderer Richtung auf den Speditionsvertrag ausdrücklich auszusprechen für erforderlich erachtet, was sich als Konsequenz aus Art. 361, 367 Abs. 1, 387 von selbst ergibt.

Der Spediteur ist als ordentlicher Kaufmann dafür zu sorgen verpflichtet, dass das Gut dem Frachtführer mit den erforderlichen Legitimationspapieren (Art. 393 des H.G.B.) übergeben und das durch Zoll-Sanitäts- und sonstige Polizeivorschriften gebotene Verfahren mit dem Gute vorgenommen werde; er haftet für den durch sein Verschulden in Folge unrichtiger Angaben entstandenen Schaden (Konfiskation von Waffen und Munitionssendungen, Zollstrafen u. s. w.), ausgenommen, wenn den Kommittenten selbst in dieser Beziehung ein Verschulden trifft.

Aus dem Vertrage zwischen dem Kommittenten (Versender) und dem Spediteur wird nur der erstere berechtigt und verpflichtet. Der Spediteur handelt daher auftragswidrig, wenn er einer, mit dem Auftrage seines Kommittenten **in Widerspruch stehenden Anweisung des Destinatars** z. B. einem Widerrufe oder einer Modifikation des Auftrags ohne Einwilligung des Kommittenten Folge leistet; anders wenn der letztere dem Destinatar eine Dispositionsbefugniss über das Speditionsgut eingeräumt und dieser dem Spediteur **innerhalb der Grenzen dieser Befugniss** eine Modifikation der demontrativ vorgeschriebenen Ausführung

---

[6]) Ist ein Limito gesetzt, so handelt der Kommissionär im Falle der Ueberschreitung des Limito zum Nachtheile des Kommittenten in der Regel als negotiorum gestor; Art. 364 H.G.B. findet aber keine Anwendung.

[7]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 111.

[8]) R.O.H.G. Bd. VII Nr. 79 S. 305, Bd. XII Nr. 111 S. 379, Bd. XVI Nr. 87 S. 349.

[9]) R.O.H.G. Bd. XV Nr. 73 S. 264.

BUAH

z. B. eine andere als die vom Versender bezeichnete Beförderung aufgetragen hat. Wenn der Spediteur, da ihm eine entgegengesetzte Weisung von Seite des Absenders in der Zwischenzeit nicht zugekommen war, diese Modifikation beachtet, so handelt er nicht auftragswidrig, sondern thut, was gemäss der von dem Kommittenten selbst als berechtigt anerkannten Anordnung des Destinatars anstatt des vom Kommittenten demonstrativ Vorgeschriebenen geschehen soll. Im Geschäftsverkehr wird es nicht beanstandet und kommt es häufig vor, dass der Verkaufskommissionär, wenn er die Waare schon vor Ankunft derselben verkauft hat, dem Spediteur den Auftrag ertheilt, dieselbe nicht nach dem vom Absender bezeichneten Bestimmungsort, sondern nach der von ihm bezeichneten Verkaufsstelle zu befördern.[10]) Der Spediteur hat re integra, so lange die vom Destinatar gemäss dem Willen des Kommittenten getroffenen Dispositionen nicht ausgeführt sind, so lange der Destinatar ein selbständiges Recht (Art. 405 des H.G.B.) nicht erworben hat, den Dispositionen des Versenders, seines Kommittenten, Folge zu leisten. Anders wenn der Spediteur der Mandatar des Destinatars ist, was nicht schon dann der Fall ist, wenn ihm der Versender aufgetragen, die Waare **zur Verfügung des Destinatars** zu halten.[11]) Hat der Spediteur rücksichtlich desselben Gutes von beiden Theilen den Speditionsauftrag übernommen, so entscheidet im Falle der Kollision in der Regel der Wille des Versenders; es handelt sich um zwei nach einander in Wirksamkeit tretende Aufträge, von denen der vom Destinatar ertheilte erst dann ausgeführt werden kann, wenn der vom Versender gegebene beendigt ist; es verhält sich gerade so, wie wenn zwei verschiedene Spediteure vom Versender und Destinatar bestellt worden wären; wie in diesem Falle der Spediteur des Letzteren die Waare erst empfängt, wenn der Spediteur des Versenders sie gemäss dem Auftrage abgeliefert hat, so auch hier; die Uebernahme der Kommission von Seite des Destinatars durfte überhaupt nur unter der Voraussetzung erfolgen, dass sie dem Interesse und Willen des Versenders nicht widersprach. Der Destinatar als solcher hat aber aus dem vom Absender im eigenen Namen abgeschlossenen Speditionsvertrage kein direktes Klagerecht gegen den Spediteur, mögen auch die übersendeten Waaren, welche durch Verschulden des Spediteurs Schaden erlitten, in seinem Eigenthum stehen; er kann nur den Versender gemäss dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse auf Cession der jenem gegen seinen Mitkontrahenten, den ersten Spediteur, zustehenden Klage, belangen; mit dieser Klage kann er von dem ersten Spediteur die Abtretung seiner Rechte gegen den Zwischenspediteur, resp. den Frachtführer erlangen und so gegen die

---

[10]) R.O.H.G. Bd. XXIII Nr. 6 S. 26, Bd. X Nr. 67 S. 301. Ueber die bestrittene Frage, ob der Spediteur im Falle einer Kollision den Weisungen des Absenders oder Destinatars Folge zu leisten habe, vgl. Goldschmidt in s. Zeitschr. IV. Bd. S. 483, R.O.H.G. Bd. XX Nr. 57 S. 194.

[11]) Bei Entgegennahme der Dispositionen des Destinatars, welche der Spediteur ausführen zu wollen erklärt, versteht sich der Vorbehalt, dass nicht vor Ausführung der Dispositionen der Versender den Auftrag zurückziehe. Goldschmidt, H.B. § 66 S. 626, 628.

BUAH

einzelnen Spediteure, resp. Frachtführer der Reihenfolge nach vorgehen, bis zuletzt derjenige belangt wird, welcher den Schaden zugefügt hat.[12])

Für die Klagen und Einreden gegen den Spediteur aus dem Speditionsvertrage[13]) wegen gänzlichen Verlustes oder wegen Verminderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung ist im Interesse des Speditionsverkehrs die kurze Verjährungsfrist eines Jahres festgesetzt (Art. 386); sie beginnt — actio nata — bei gänzlichem Verlust mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung nach Vereinbarung oder Handelssitte (Art. 279) mit Rücksicht auf die regelmässige Dauer des Transportes von dem Abgangsort an den Bestimmungsort ordnungsmässig hätte bewirkt sein müssen, in den übrigen Fällen mit dem Ablaufe des Tages, an dem die Ablieferung geschehen ist.[14]) Der Destinatar darf demnach nicht in Unthätigkeit verharren, wenn die ihm avisirte Gütersendung innerhalb einer entsprechenden Frist nicht angekommen ist. Rücksichtlich der aus gleichem Fundament entspringenden Einreden genügt es zur Unterbrechung der Verjährung, wenn die Anzeige der betreffenden Thatsachen an den Spediteur binnen der einjährigen Frist abgesendet worden ist; sie sind also nur dann erloschen, wenn die Anzeige nicht innerhalb Jahresfrist abgesendet, nicht aber schon dann, wenn sie nicht sofort nach der Entdeckung (so Art. 349) gemacht wurde. Der Spediteur kann sich auf die Verjährung berufen, sobald er beweist, dass von der Empfangnahme des reklamirten Speditionsgutes durch ihn bis zum Tage der Reklamation von Seite des Kommittenten ein längerer Zeitraum verflossen ist, als zur auftragsgemässen Ausführung der übernommenen Versendung und zur einjährigen Verjährung erforderlich ist; gleichgiltig ist es, ob das Gut bei dem Spediteur selbst in dem Magazine desselben oder im Laufe des Transportes in Verlust gerathen (etwa in Folge falscher Dirigirung verschickt, mit einem anderen Gute vertauscht) oder beschädigt oder vermindert worden ist.[15]) Bei Betrug[16]) oder Veruntreuung des Spediteurs kann die Rechtswohlthat der kürzeren Verjährungsfrist zu dessen Entlastung nicht zur Anwendung kommen; anders wenn nicht der Spediteur persönlich, sondern eine der Zwischenpersonen, der Frachtführer oder Zwischenspediteur, sich eines Betruges oder einer Veruntreuung schuldig gemacht hat.

---

[12]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 111 S. 379, Bd. XIII Nr. 108 S. 322. Entsch. des österr. obersten Gerichtshofs v. 11. Mai 1881 in Wiener juristischen Blättern X. Jahrg. Nr. 28.

[13]) Nicht aus anderen Rechtsgründen; vgl. R.O.H.G. Bd. X Nr. 67 S. 301, Bd. XXIV S. 365. Dem Kommittenten steht ja ausser der a⁰. mandati gegen den Spediteur unzweifelhaft unter Umständen auch die rei vindicatio, resp. publiciana auf Herausgabe, eventuell auf Schadenersatz zu.

[14]) R.O.H.G. Bd. XVII Nr. 21 S. 80.

[15]) R.O.H.G. Bd. IV Nr. 3 S. 13.

[16]) Es handelt sich nicht um Betrug und Veruntreuung im strafrechtlichen Sinne, doch ist stets erfordert, „ein auf Täuschung berechnetes Gebahren des Spediteurs, nämlich dass er unwahre Thatsachen behaupte oder wahre unterdrücke, um den Mitkontrahenten in Irrthum zu versetzen und zu schädigen.“ R.O.H.G. v. 22. April 1873 bei Puchelt, Komm. (2. Aufl.) II 342, ferner R.O.H.G. Bd. II Nr. 75 S. 313.

BUAH

§ 333.

bb. Rechte des Spediteurs; Recht auf die Erstattung des gemachten Aufwandes und des erlittenen Schadens; Recht auf die Provision; Pfand- und Retentionsrecht des Spediteurs.

Was das Recht des Spediteurs auf den Ersatz seiner Kosten und Auslagen, — so der Fracht, der Zölle, des Krahn- und Werftgeldes, der Wagegebühr, der Kosten für Verpackung, Transport in sein Magazin und aus demselben, für Ab- und Aufladelohn, Lagermiethe, Maklerlohn, Briefporto etc. —, sowie das Recht auf die Provision betrifft, so wiederholt Art. 381 Abs. 1[1]) ausdrücklich für den Spediteur, was in Art. 371 für den Kommissionär festgesetzt ist. Wie dieser, so hat auch der Spediteur Anspruch auf Ersatz des von ihm durch die Ausführung des Auftrags erlittenen Schadens, z. B. Zollkontraventionsstrafen in Folge unrichtiger Deklaration des Kommittenten. Zu den zum Zwecke der Versendung im Sinne des Art. 381 nothwendig oder nützlich aufgewendeten Auslagen und Kosten gehören nur jene, welche durch die übliche Art der Versendung und das übliche Maass der hiefür erforderlichen Aufwendungen ihre Rechtfertigung finden. Die Kosten und Auslagen müssen objektiv aus den Versendungshandlungen hervorgehen, resp. in denselben ihren rechtmässigen Grund haben. Das blos **faktische** Hervortreten von das Gut wirksam bestrickenden Ansprüchen, welche sich der Ausführung oder Fortsetzung des Transportes hindernd entgegenstellen, genügt nicht, um die Erfüllung derselben durch den Spediteur behufs Ermöglichung der Versendung als nothwendige oder nützliche Aufwendung zu karakterisiren. Es kommt darauf an, ob der Kommittent zur Erfüllung dieser Ansprüche rechtlich verpflichtet war oder nicht. Hatte der Kommittent ein Recht darauf, in den Besitz des Gutes ohne Befriedigung jener Ansprüche zu gelangen, so kann durch diese Befriedigung eine nützliche Verwendung nicht bewirkt sein; denn im Wesen des Speditionsauftrags liegt es an und für sich nicht, dass die Güterversendung unter allen Umständen und mittelst jedes Opfers erfolge, sondern nur, dass sie erfolge, soferne ihre Ausführung ohne andere Aufwendungen als die üblichen, durch Maass und Werth der Transporthandlungen bedingten möglich ist.[2])

---

[1]) Ebenso § 387 ungar. H.G.B. R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 67 S. 211: Der Spediteur kann seine Auslagen von seinem Auftraggeber mit der a⁰. mandati contr. ersetzt verlangen. Uebernimmt er auch observanzmässig einen Auftrag, dieselben vom Empfänger zu erheben, so wird dadurch sein Recht gegen den Auftraggeber kein blos subsidiäres Rückgriffsrecht, vermöge dessen er sich diesem gegenüber nur in Betreff desjenigen erholen könnte, was er vom Empfänger, resp. aus dem haftenden Gute nicht eintreiben kann. Es liegt nur ein Erhebungsauftrag vor, der erledigt ist, wenn der Empfänger nicht zahlt, ohne dass der Spediteur noch zur Klage gegen den Empfänger verpflichtet wäre. Was das Recht auf die Provision betrifft, so vgl. R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 375.

[2]) So R.O.H.G. Bd. XX Nr. 56 S. 187. Der blosse Umstand, dass der Kommittent die von solchen Ansprüchen befreite Waare empfangen hat, genügt zur Annahme der nützlichen Verwendung nicht, da nicht abzusehen ist, ob er bei Kenntniss einer hieraus erwachsenden Verbindlichkeit es nicht in seinem Interesse erachtet hätte, den Empfang der Waaren abzulehnen.

BUAH

Der Spediteur kann, abgesehen von den Fällen der Art. 383, 384, keine höhere als die mit dem Frachtführer oder Schiffer bedungene Fracht berechnen (Art. 381 Abs. 2, cf. Art. 372), mag diese auch geringer sein als das vom Kommittenten gesetzte Limito. Hat sich der Spediteur mit dem Kommittenten über bestimmte Sätze der Transportkosten — es sei durch Feststellung eines **Pauschal**betrages für den zur Besorgung übernommenen Transport oder eines Kostenbetrages für Gewichts-, Raum- oder Maass**einheiten** — geeinigt, so ist anzunehmen, dass in den bewilligten Transportkostensätzen schon die Provision enthalten sei, daher daneben ein Recht auf Provision nur dann begründet erscheint, wenn es ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist (Art. 384 des H.G.B.).[3]) Es findet also die Regel des Art. 381, dass der Spediteur auch ohne vorhergegangene Vereinbarung Provision verlangen kann, keine Anwendung; die zu Gunsten des Spediteurs verbleibende Differenz zwischen dem Betrage der Transportkostensätze, dem Aversional-Uebernahmspreise und dem Betrage der wirklich aufgewendeten Kosten und Auslagen stellt vielmehr in diesem Falle die Provision des Spediteurs dar,[4]) unterliegt daher rücksichtlich des Zeitpunktes des Erwerbes den Grundsätzen des Art. 371.

Was das gesetzliche **Pfandrecht** des Spediteurs betrifft, so kommen hier die oben (§ 319) auseinandergesetzten Rechtssätze zur Anwendung, sowohl was das Objekt des Pfandrechtes, die Detention des Pfandobjektes, als auch, was die Geltendmachung des Pfandrechtes betrifft; es besteht für die Forderungen des Spediteurs „wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen, Kosten und Verwendungen und wegen der **dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse**“ (Art. 382), soweit er dabei als sorgfältiger Kaufmann vorgegangen ist.

Bei Entscheidung der Frage, ob der Spediteur das Gut mit Vorschüssen, welche er dem Versender leistet, ob ferner der in eine Transportausführung als Nachmann eintretende Zwischenspediteur oder Frachtführer das Gut wirksam mit einer Nachnahme, wegen deren er den Vormann befriedigt hat, belasten kann, ist das H.G.B. von den Gesichtspunkten ausgegangen, dass diese Personen sich über die Rechtmässigkeit der der Vorschussforderung, resp. der Nachnahme zu Grunde liegenden Ansprüche nicht immer ausreichend informiren können; soll nun diesen Personen durch das Gesetz ein wirksames Pfandrecht am Gute eingeräumt worden sein, so muss anerkannt werden, dass z. B. der Nachmann, der eine Nachnahme bezahlt hat, ohne die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, resp. Frachtführers zu verletzen, wegen dieser Nachnahme ein wirksames Pfandrecht hat, mochte es auch der Vormann, weil die Nachnahme unbegründet, resp. zu hoch gewesen, nicht gehabt haben.[5])

Das Pfandrecht besteht aber nicht für Forderungen aus laufender Rechnung in Speditionsgeschäften.

---

[3]) Ebenso § 387 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[4]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94 S. 377.

[5]) R.O.H.G. Bd. XX Nr. 56 S. 190, Laband, Zeitschr. f. H.R. Bd. IX S. 462—464, 467.

BUAH

Was die vom Spediteur dem Versender auf das Gut geleisteten Vorschüsse betrifft, so kommen diese im Handelsverkehre in der Regel dann vor, wenn der letzte Destinatar der Käufer der zur Versendung übergebenen Waaren, und der Kommittent des Spediteurs deren Verkäufer ist, welcher im Auftrage des Käufers oder nach dem Gesetze (Art. 344 des H.G.B.) die Versendung besorgt. Der Kommittent lässt sich von dem Spediteur den Kaufpreis als Vorschuss geben und weist diesen nach allgemeiner Observanz wegen des Ersatzes des Vorschusses, sowie auch wegen der sonstigen Auslagen, Kosten, Provision u. s. w. an den Destinatar, den Käufer; denn alles, was der Spediteur auf Grund des Speditionsvertrages von dem Kommittenten zu fordern hat, schuldet dieser in der Regel im Auftrage oder doch für Rechnung des Destinatars, ist diesem also der Destinatar zu ersetzen verpflichtet. Der Spediteur gilt als solcher durch den Speditionsvertrag ipso jure für verpflichtet, für die Erfüllung der Forderungen des Kommittenten gegen den Destinatar, bevor er das Gut abliefert, Sorge zu tragen, und wenn der Destinatar die Erfüllung verweigert, das Speditionsgut zurückzubehalten; er macht sich seinem Kommittenten gegenüber verantwortlich und ist wegen der vertragswidrigen Ausführung nicht in der Lage, die a⁰. mandati contr. gegen den Kommittenten gehörig zu begründen, wenn er bei der Ablieferung nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vorgegangen, insbesondere durch Auslieferung des Gutes das ihm daran zustehende gesetzliche Pfandrecht nicht gewahrt hat; er verliert den Regress und kann auch entschädigungspflichtig werden; [6]) es ist anzunehmen, dass er an Stelle des Kommittenten den Adressaten sich zum Schuldner machen wollte, welcher letztere durch die Annahme der Waare sich bereit erklärte, die Forderung des Spediteurs zu erfüllen, so dass er zum neuen Schuldner mit Entlassung des früheren Schuldners geworden ist. Der Spediteur kann aber, wenn er nicht durch eigenes Verschulden seinen Regress verloren hat, sofort gegen seinen Kommittenten mit der a⁰. mandati contr. den Rückgriff nehmen.

Der Spediteur übergibt das Speditionsgut in der Regel einem Frachtführer, lässt sich von diesem wegen seiner Gesammtforderung an den Destinatar entweder durch Nahnahme befriedigen oder nicht, weist aber, wenn er nicht ausnahmsweise den Frachtlohn sofort bezahlt (Frankosendung), in beiden Fällen den Frachtführer wegen Erfüllung seiner Gesammtforderung aus dem Frachtvertrage an den Adressaten, resp. Zwischenspediteur, dem jener mit der Rechnung auf dem Frachtbriefe gegenübertritt. Rücksichtlich dieser Forderung liegt im Verhältnisse zwischen dem Spediteur, Frachtführer und Destinatar, resp. Zwischenspediteur eine Art Assignation vor; der Spediteur erscheint als Assignant, der Frachtführer, insofern er Gläubiger aus dem Frachtvertrage ist, als Assignatar, der Destinatar (Zwischenspediteur) als Assignat. Der Assignant erklärt durch die Uebergabe des Frachtbriefes an den Frachtführer und durch

[6]) Keyssner zu Art. 382 Nr. 10, Dernburg, Preuss. Priv.R. § 188. Entsch. d. obersten österr. Gerichtshofs v. 3. Mai 1864 in der österr. Gerichtsztg. Bd. XV Nr. 85, Zeitschr. f. H.R. Bd. X S. 147, Entsch. desselben Gerichtshofs v. 12. Novbr. 1879 in Wiener Juristischen Blättern Jahrg. 1880 Nr. 7.

BUAH

die Einschreibung der Waaren für den Destinatar, der Assignatar durch die Ablieferung der Waare, der Assignat durch Annahme des Frachtbriefes und der Waare seine Einwilligung in die Assignation. Weigert sich der Destinatar, die Waare anzunehmen, so kann der Frachtführer die Erfüllung seiner Forderung vom Spediteur als dem Assignanten verlangen und der Spediteur kann seinerseits gegen seinen Kommittenten Regress nehmen. Gegenüber dem Spediteur oder Frachtführer als Assignatar fungirt möglicherweise ein Zwischenspediteur als Assignat; ebenso kann wieder dem Zwischenspediteur als Assignatar ein weiterer Destinatar (vielleicht wieder ein Zwischenspediteur) als Assignat angewiesen sein, von dem jener die Auslagen, Kosten, Vorschüsse, Provision u. s. w. ersetzt verlangen kann. Hat der erste Spediteur einen Zwischenspediteur als Adressaten im Frachtvertrage dem Frachtführer bezeichnet, so wird dieser in der Regel zur Besorgung des weiteren Transportes einen Frachtvertrag mit einem zweiten Frachtführer abschliessen, damit das Frachtgut einem zweiten Zwischenspediteur oder dem letzten eigentlichen Destinatar, vielleicht dem Käufer der Waare, überbracht werde. Jeder Vormann kann sich alles, was ihm mit Bezug auf die Spedition resp. den Transport des betreffenden Gutes geschuldet wird, von dem Nachmanne (dem Frachtführer oder Zwischenspediteur) als Nachnahme ersetzen lassen oder nicht.

Im ersten Falle geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormannes kraft Rechtsnothwendigkeit auf den Nachmann über (Art. 382 Abs. 4, Art. 410 Abs. 2, 3 des H.G.B.);[7]) es ist ein Rechtssatz, nicht der Wille des Vormannes, durch welchen diese Rechte übergehen; nicht auf Grund einer Cession,[8]) sondern ipso jure verliert sie der Vormann und erwirbt sie der Nachmann. Ist der Nachmann bei der Befriedigung des Vormanns mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes resp. Frachtführers vorgegangen, so hat er in Ansehung dieses Rechtserwerbes keine Einwendungen aus der Person des Vormannes zu besorgen. Der abliefernde Nachmann (Frachtführer oder Zwischenspediteur) wird die Waare nicht früher herausgeben, als bis ihm alles bezahlt ist; gibt er das Gut ohne Bezahlung dem Destinatar heraus und macht er, wenn er Frachtführer ist, das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend, so kreditirt er auf seine Gefahr und hat keinen Regress gegen seine Vormänner.

Im zweiten Falle hat der Nachmann die Rechte, insbesondere auch das Pfandrecht der Vormänner geltend zu machen (Art. 382 Abs. 3, Art. 410 Abs. 1, 4 des H.G.B.),[9]) er muss daher z. B. dafür sorgen, dass die Waare zunächst bei einer zuverlässigen Person niedergelegt werde, welche sie erst dann dem Destinatar herauszugeben hat, wenn dieser sämmtliche Forderungen der Vormänner erfüllt hat. Der Nachmann hat diese Verpflichtung gegenüber dem

[7]) Ebenso ungar. H.G.B. §§ 388, 412.

[8]) So Kräwel, Komm. S. 524, Koch in Buschs Arch. II S. 473, Kuhn eod. VI S. 502, dagegen Laband IX S. 467 ff., Gareis l. c. S. 272, v. Hahn (1. Aufl.) zu Art. 410 § 3.

[9]) Ebenso § 388 Abs. 2, § 412 Abs. 1, 3 ungar. H.G.B.

BUAH

Vormanne ipso jure auf Grund eines diese Verpflichtung zu einem naturalen Bestandtheil des Speditions- resp. Frachtvertrages machenden Rechtssatzes.[10]) Die Forderungen der Vormänner bleiben rechtlich getrennt; es können Einreden aus den Personen der Vormänner geltend gemacht werden; die Geltendmachung der sämmtlichen Pfandrechte erfolgt in demselben Verfahren,[11]) also wenn der letzte Ablieferer Spediteur ist, nach Art. 310 des H.G.B., wenn er Frachtführer ist, nach Art. 407 des H.G.B.

Der letzte Destinatar (der Käufer) übernimmt entweder die Waare mit dem Frachtbrief oder verweigert die Annahme. Der abliefernde Nachmann, der ihm das Gut ohne vorhergegangene Befriedigung ausgefolgt hat, macht sich gegenüber den nicht befriedigten Vormännern wegen Verletzung der gesetzlichen Pflicht, deren Rechte geltend zu machen, verantwortlich. Lässt er sich von Seite des Empfängers Abzüge (in den Nachnahmen) gefallen, so thut er es auf eigene Gefahr, so dass er seinen Vormännern nur dann nicht verantwortlich ist, wenn die Abzüge gerechtfertigt sind,[12]) ihnen aber jedenfalls die Klagen gegen den Empfänger (Art. 406 des H.G.B.) abtreten muss. Bei Verweigerung der Abnahme kann der zur Ablieferung bereite Nachmann nach seiner Wahl entweder Befriedigung aus dem Pfandobjekte zu erlangen suchen — und zwar der Frachtführer gemäss Art. 407, 409 des H.G.B., der Spediteur gemäss Art. 375, 310 des H.G.B.[13]) — oder sofort gegen seinen Vormann Regress nehmen.

Kommt es zu einer Realisirung der an einem und demselben Kommissions- resp. Speditions- resp. Frachtgut bestehenden gesetzlichen Pfandrechte von Seite des letzten Ablieferers und reicht der Werth des Gutes zur Tilgung aller Forderungen nicht aus, so ist, wenn die Vormänner nicht befriedigt sind, das Rangverhältniss zwischen den konkurrirenden Pfandrechten nach Art. 411 des H.G.B. zu ordnen.[14]) Das Pfandrecht des Frachtführers und das des Spediteurs (letzteres, soweit es nicht blos für Vorschüsse besteht) gehen voraus dem Pfandrechte des Kommissionärs überhaupt und dem des Spediteurs für Vorschüsse; unter jenen bevorzugten Pfandrechten geht das jüngere Pfandrecht dem älteren vor; unter den letzteren geht das ältere dem jüngeren vor. Jeder Nachmann kann von seinem Vormann in derselben Ordnung, in welcher sie mit der Ver-

---

[10]) Gareis l. c. S. 274; anders Laband IX S. 470, der in dem Nachmanne einen Mandatar des Vormannes sieht; ebenso v. Hahn l. c. § 2; allein der Nachmann hat, wenn nichts Anderes vereinbart ist, insbesondere der Frachtbrief nicht das Gegentheil bestimmt, diese Verpflichtung auch dann, wenn es dem Vormanne an dem Willen sie aufzuerlegen, dem Nachmanne an dem Willen sie zu übernehmen fehlte.

[11]) Laband IX 470, Gareis l. c. S. 274.

[12]) Keyssner in Buschs Arch. III S. 246 ff.

[13]) Anders Ob.Trib. Berlin (1870) in Zeitschr. f. H.R. Bd. 19 S. 560: Der Nachmann soll bei Verweigerung der Abnahme des Gutes zuerst Befriedigung aus dem Erlös desselben suchen; ebenso Dernburg l. c. § 188 Not. 13; dagegen R.O.H.G. Bd. XIX Nr. 67, Keyssner zu Art. 412 § 5.

[14]) Ebenso § 413 ungar. H.G.B., Laband IX S. 477—482; v. Hahn (1. Aufl.) zu Art. 411 § 2—3.

BUAH

sendung und dem Transporte der Waaren zu thun hatten, Rückersatz dessen verlangen, was er ihm gezahlt hat, resp. Erfüllung dessen, was ihm aus dem Speditions- oder Frachtvertrage von jenem geschuldet wird; der letzte Nachmann also alles, was er vom Destinatar, wenn dieser die Waaren in Empfang genommen hätte, fordern könnte; sein Vormann kann den Ersatz, resp. Erfüllung von seinem Vormanne fordern bis zum ersten Spediteur hinauf, welcher seinen Kommittenten in Anspruch nehmen kann; dieser hat möglicher Weise im Auftrage des letzten Destinatars gehandelt, er kann daher zuletzt von diesem den Ersatz verlangen. Ein direktes Klagerecht (a⁰. utilis) des Spediteurs gegen den Destinatar als solchen besteht nicht, selbst dann nicht, wenn der Spediteur beweisen kann, dass der Destinatar die Zusendung der Waaren seinem Kommittenten aufgetragen, vorausgesetzt, dass der letztere in eigenem Namen gehandelt hat, denn in diesem Falle folgte der Spediteur nur der fides seines Kommittenten, des Mandatars, und nicht der des Mandanten desselben; der Spediteur kann nur mittelst cedirter Klage gegen den Destinatar vorgehen.

Wie dem Kommissionär, so steht auch dem Spediteur das allgemeine kaufmännische Retentionsrecht zu (Art. 313 — 315). Von jeher sehr bestritten war die — auch durch das H.G.B. nicht gelöste — Frage, ob der Spediteur wegen Forderungen gegen den **Destinatar** bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen das Speditionsgut auch dann retiniren kann, wenn der Kommittent (Versender) re integra den Speditionsauftrag widerruft und actione mandati Herausgabe des Gutes verlangt? [15]) Die Frage ist zu bejahen; das zu Gunsten gefährdeter Gläubiger durch das H.G.B. eingeführte Retentionsrecht kann von dem Spediteur mit Wirksamkeit eines **Pfandrechtes** [16]) dem mit der a⁰. mandati geltend gemachten schwächeren Kontraktsrecht des Versenders entgegengesetzt werden. Der Spediteur ist daher nicht verpflichtet, dem Kommittenten das Speditionsgut früher herauszugeben, als bis seine Forderungen gegen den Destinatar befriedigt sind, ohne dass es auf den Willen des letzteren in dieser Beziehung ankommt. Eine solche Verpflichtung des Spediteurs besteht umsoweniger dann, wenn der Spediteur selbst etwa in Folge eines mit dem Destinatar abgeschlossenen Kaufes das Eigenthum an dem Gute erworben hat [17]) oder wenn der Destinatar mit der Eigenthumsklage intervenirt oder wenn der Spediteur

---

[15]) Vgl. für die Verneinung Voigt im N. Arch. III S. 258 ff., IV S. 390; Koch in Buschs Arch. II S. 464 ff.; für die Bejahung Goldschmidt, Handb. § 98 S. 1056, Dernburg l. c. II § 188 Not. 19. Ueber die damit zusammenhängende Frage, ob das Retentionsrecht des Spediteurs wegen seiner Forderungen gegen den Destinatar dem partikularrechtlich anerkannten Verfolgungsrechte des unbezahlten Absenders entgegenstehe vgl. bes. Goldschmidt S. 1058, 1059, Voigt l. c., Dernburg l. c.; R.O.H.G. Bd. VI Nr. 69 S. 299, Bd. XII (sächs. R.) Nr. 112, 113, Bd. X (preuss., franz., russ. R.) N. 13 S. 70. Die R.Konk.O. § 36 entscheidet die Frage nicht; sie ist zu verneinen.

[16]) S. bes. Goldschmidt, Handb. S. 1031, v. Hahn (2. Aufl.) II S. 171, R.O.H.G. Bd. II Nr. 15 S. 78, Wolff in Buschs Arch. III S. 266, 267.

[17]) R.O.H.G. Bd. X Nr. 67.

BUAH

von dem Destinatar mit der Vertretung desselben bei dem Eigenthumserwerbe beauftragt worden ist.

§ 334.

c. Spielarten der Speditionskommission (Speditions- und Transportunternehmung).[1])

I. **Die Selbstkontrahirung des Spediteurs.** Jeder Speditionsauftrag gilt, wenn der Kommittent nichts Anderes bestimmt hat, als fakultativ rücksichtlich des Modus der Ausführung, so dass dem Spediteur ipso jure die dreifache Alternative eingeräumt erscheint, entweder

a. für Rechnung des Kommittenten einen Frachtvertrag mit einem Frachtführer oder Schiffer abzuschliessen, oder

b. wie der Kommissionär durch Lieferung der einzukaufenden Waare von seinem eigenen Lager, durch Uebertragung eines **für eigene Rechnung** mit einem Frachtführer oder Schiffer abgeschlossenen Frachtvertrages die Speditionskommission auszuführen (Art. 383),[2]) oder

c. **selbst als Frachtführer** einzutreten (Art. 385).[3])

Im zweiten und dritten Falle wird das Interesse des Kommittenten dadurch gewahrt, dass der Spediteur **nie mehr als die gewöhnliche Fracht** berechnen darf; im zweiten Falle ist er lediglich als Spediteur zu behandeln; im dritten Falle hat er sowohl die Rechte und Pflichten eines Spediteurs, als auch die eines Frachtführers.

Bei der Wahl zwischen den drei Arten der Ausführung ist der Spediteur nicht berechtigt, nach Willkür vorzugehen; er ist vielmehr verpflichtet, wenn er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes finden muss, dass bei der ersten Modalität das Interesse des Kommittenten besser gewahrt erscheine, diese zu wählen und sich des Selbsteintritts nach b. und c. zu enthalten.

Wählt der Spediteur als sorgfältiger Kaufmann die zweite Alternative, so gereicht der Unterschied zwischen der von ihm **wirklich** gezahlten und der zur Zeit und am Orte der Versendung **gewöhnlichen** Fracht entweder zum Vortheil oder Nachtheil des Spediteurs, je nachdem die letztere höher oder niedriger als die erstere ist.

---

[1]) Vgl. bes. v. Hahn zu Art. 383—385, Endemann, H.R. § 153 (II. Bd. 2), welcher letztere den Spediteur in den Fällen b) und c) Transportunternehmer nennt; für den Fall b) dürfte sich der Ausdruck Speditionsunternehmer mehr empfehlen, da der Spediteur in diesem Falle lediglich die rechtliche Stellung eines Spediteurs behält.

[2]) Gewöhnlich geschieht dies so, dass der Spediteur mit dem Transportunternehmer im Voraus generelle Transportverträge abgeschlossen, z. B. einen ganzen Eisenbahnwaggon u. s. w. gemiethet hat und dann die ihm übergebenen Speditionsgüter befördern lässt.

[3]) Mit Art. 385 H.G.B. stimmt § 389 ungar. H.G.B. überein; dagegen enthält das ungar. H.G.B. keinen dem Art. 383 entsprechenden Artikel.

BUAH

Hat sich der Spediteur mit seinem Kommittenten über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt, so ist er Selbstkontrahent wie ad b.; denn er schliesst dann die Frachtverträge nicht nur in eigenem Namen, sondern auch für eigene Rechnung ab; er ist Speditionsunternehmer und gewinnt oder verliert[4]) die Differenz zwischen dem Pauschquantum und dem, was er gemäss Art. 381 in Rechnung zu stellen berechtigt wäre (Art. 384).[5])

II. **Das Delcredere des Spediteurs.** Wie der Kommissionär, so kann auch der Spediteur die Gefahr der Erfüllung der für Rechnung des Kommittenten entstandenen Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten (des Frachtführers, Schiffers, Zwischenspediteurs u. s. w.) dem Kommittenten durch besondere Delcredere-Vereinbarung abnehmen. Diese Garantiepflicht des Spediteurs besteht in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung kraft Rechtsnothwendigkeit, einerseits wenn dies am Orte seiner Handelsniederlassung Handelsgebrauch ist (Art. 387, 370), andererseits dann, wenn der Spediteur als Speditionsunternehmer mit seinem Kommittenten (sei dies der Versender oder Empfänger) über bestimmte Sätze der Transportkosten sich geeinigt hat (Art. 384 Satz 1 des H.G.B.).[6]) Im letzteren Falle ist ein Recht auf die Delcredere-Provision nur dann begründet, wenn es vereinbart ist (Art. 384 Satz 2 des H.G.B.);[7]) in keinem Falle wird die rechtliche Stellung des Spediteurs gegenüber dem Kommittenten durch das Delcredere verändert; er ist insbesondere nicht als Frachtführer anzusehen;[8]) er bleibt lediglich Spediteur, haftet als solcher nach Art. 380, ist aber gleichzeitig kaufmännischer Bürge[9]) und haftet insoweit, als

---

[4]) R.O.H.G. Bd. XII Nr. 69 S. 213.

[5]) Vgl. R.O.H.G. Bd. I Nr. 62 S. 208, Bd. IV Nr. 26 S. 135, Bd. XII Nr. 69 S. 213; Vgl. auch diese Entscheidungen über das der Kommission und Spedition verwandte Geschäft des Inhabers eines Annoncenbureaus, des sog. Insertionsspediteurs.

[6]) Ebenso § 385 Abs. 2 ungar. H.G.B.

[7]) Ebenso § 387 Abs. 3 ungar. H.G.B.

[8]) R.O.H.G. Bd. XVI Nr. 94; v. Hahn (1. Aufl.) zu Art. 384 § 7—11. Anders Gad § 138 S. 285.

[9]) v. Hahn l. c. § 9 ff.; Gareis l. c. S. 270, 269; R.O.H.G. Bd. XIV Nr. 90 S. 277: Nach den Verhandlungen sei es zweifellos, dass man den Spediteur, welcher zu vereinbarten Transportsätzen die Kosten eines Transportes auf eigene Rechnung übernehme, für alle bei diesem Transporte mitwirkenden Zwischenspediteure und Frachtführer haftbar machen wollte, mögen diese mittelbar oder unmittelbar durch ihn bestellt sein. Ueberall, wo von dieser Haftung die Rede sei, werde nur allgemein von Zwischenspediteuren und Frachtführern gesprochen, und man hätte dabei hauptsächlich solche Fälle im Auge gehabt, wo die Waare auf verschiedenen Transportstrecken mit verschiedenen Frachtsätzen zu befördern sei. Man habe erwogen, dass in solchen Fällen der Spediteur ein lebhaftes Interesse habe, den Transport möglichst wohlfeil zu machen und die unzuverlässigsten Transportmittel zu wählen, dass aber der hieraus für den Absender, resp. Empfänger sich ergebenden Gefahr nur dadurch sicher begegnet werden könnte, dass man den Spediteur für die Agenten, durch welche er den Transport bewerkstelligen lasse, haftbar mache; diese Gründe träfen aber nicht blos bei den unmittelbar und persönlich vom Spediteur gewählten Zwischenspediteuren und Frachtführern, sondern auch bei den weiteren Zwischenspediteuren und Frachtführern zu, da es der Spediteur in der Gewalt

BUAH

die von ihm direkt oder indirekt angenommenen Zwischenpersonen gesetzlich oder vertragsmässig [10]) haften.

---

habe, auf deren Wahl bestimmend einzuwirken und schon die allgemeine Weisung, welche er einem Zwischenspediteur gebe, den Transport möglichst wohlfeil ausführen zu lassen, Anlass sein könne, dass unzuverlässige Transportmittel gewählt werden; eben desshalb hafte er für alle diese Personen direkt. Ebenso R.O.H.G. Bd. II Nr. 58 S. 347.

[10]) Ist die Haftung dieser Zwischenpersonen mit Vernachlässigung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vertragsmässig geregelt worden, so trägt der Spediteur selbstverständlich die Verantwortlichkeit.

BUAH