Visual Library Portal

Inhouse-Digitalisierung

Kommentar zum Handelsgesetzbuch

Enthaltend Buch 3 (Handelsgeschäfte; §§ 343 - 473)

Staub, Hermann

1900

urn:nbn:de:s2w-7882

Visual Library

AMTSGERICHT
27
GIFHORN

Bücherverzeichnis
Abschn.: I D Nr.: 119

Ausgesondert

I B17

I B 74

GIEMORY * KGL. PREUSS. AMTSGERICHT *

Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Von

Hermann Staub,
Dr. jur., Justizrath, Rechtsanwalt u. Notar in Berlin.

Sechste und siebente Auflage.

Zweiter Band,
enthaltend Buch 3 (Handelsgeschäfte; §§ 343—473).

Berlin 1900.
J. J. Heines Verlag.

Vorrede zum zweiten Bande.

Indem ich den zweiten Band der Oeffentlichkeit übergebe, erfülle ich die angenehme Pflicht, meinen treuen Mitarbeitern herzlich zu danken: das sehr sorgfältige Register verdanke ich meinem Schwager, dem Rechtsanwalt Arthur Schindler in Berlin, während Herr Gerichtsassessor Dr. Fritz Rathenau und Herr Referendar Alfred Story, beide in Berlin, sich an der Lesung der Korrektur eifrig betheiligt haben.

Berlin im November 1900.

Staub.

Inhaltsverzeichniß zum zweiten Bande.

Drittes Buch. Handelsgeschäft.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschrift. §§ 343—372 . . . . . 1041—1243
Zweiter Abschnitt. Handelskauf. §§ 373—382 . . . . . 1244—1416
Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft. §§ 383—406 . . . . . 1416—1471
Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft. §§ 407—415 . . . . . 1471—1492
Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft. §§ 416—424 . . . . . 1492—1505
Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft. §§ 425—452 . . . . . 1505—1553
Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen. §§ 453—473 . . . . . 1553—1584

Einführungsgesetz zum H.G.B. . . . . . 1585—1597

Preußisches Ausführungsgesetz zum H.G.B. . . . . . 1598—1600

Verfügung des Preußischen Justizministers über die Führung des Handelsregisters 1601—1617

Verzeichniß derjenigen §§ des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welche in diesem Kommentar erwähnt sind . . . . . 1618—1623

Sachregister . . . . . 1624—1675

Drittes Buch.

Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

§ 343.

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.

Die im § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden.

I. **Die Bedeutung des vorliegenden Paragraphen im Allgemeinen.** Anm. 1.

Der vorliegende Paragraph giebt die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte. Die §§ 1 und 2 geben nicht die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte, sondern sie geben an, welche Geschäfte die Grundlage eines Handelsgewerbes bilden können: Wer jene Geschäfte gewerbsmäßig abschließt, betreibt, sei es ohne Weiteres, sei es bei hinzukommender Eintragung, ein Handelsgewerbe; und wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann.

Im Anschluß hieran wird nun im vorliegenden Paragraphen gesagt: Die Geschäfte eines Kaufmanns, welche zu seinem Handelsgewerbe gehören, sind Handelsgeschäfte. Jedes Geschäft wird also dadurch, daß es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen wird, ein Handelsgeschäft. Welcher Art auch das Geschäft sein möge, es ist ein Handelsgeschäft, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen ist (also z. B. auch Grundstücksgeschäfte, vergl. unten Anm. 22). Und umgekehrt: Welcher Art ein Geschäft auch sein mag, es ist kein Handelsgeschäft, wenn es nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen ist. Die Geschäfte eines Nichtkaufmanns sind also niemals Handelsgeschäfte. Anm. 2.

Betrachten wir diese Gestaltung der Sache mit der des früheren Rechts, so ist zu sagen: Absolute Handelsgeschäfte giebt es nicht mehr, kein Geschäft ist um seiner selbst Willen Handelsgeschäft, sondern nur, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen wird. Die früheren absoluten Handelsgeschäfte (des Art. 271) sind mit den früheren relativen Anm. 3

Handelsgeschäften (des Art. 272) vereinigt und (bis auf geringe Abänderungen) zu Handelsgrundgeschäften nach § 1 gemacht, d. h. zu solchen Geschäften, welche die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden geeignet sind, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe ist, und den Betreffenden zum Kaufmann macht. Außerdem aber ist eine weitere unbegrenzte Zahl von Handelsgrundgeschäften dadurch geschaffen, daß nach § 2 jedes gewerbliche Unternehmen, wenn es kaufmännische Einrichtungen erfordert, bei hinzukommender Eintragung ein Handelsgewerbe und der Inhaber desselben Kaufmann ist. Liegt nun ein Handelsgewerbe nach § 1 oder nach § 2 vor, dann sind — und das bestimmt der vorliegende Paragraph — alle Geschäfte, die zu dem betreffenden Handelsgewerbe gehören, Handelsgeschäfte. Damit sind aber nicht bloß diejenigen Geschäfte gemeint, welche die Grundgeschäfte des betreffenden Handelsgewerbes sind, durch deren Betrieb das Gewerbe ein Handelsgewerbe wird, sondern auch alle Neben- und Hilfsgeschäfte dieses Gewerbes, die accessorischen Handelsgeschäfte (vergl. hierzu das Folgende).

Anm. 4. II. **Die einzelnen Bestandtheile der Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte.**

1. **Ein Handelsgewerbe** muß es sein, dem das Geschäft zugehört.

a) Der Begriff des Handelsgewerbes richtet sich zunächst nach §§ 1 und 2: Die Geschäfte eines Kaufmanns kraft Gewerbes (gemäß § 1) sind Handelsgeschäfte und ebenso die Geschäfte eines Kaufmanns kraft Gewerbes und Eintragung (gemäß § 2).

Anm. 5. b) Selbstverständlich greifen auch die Ausnahmen des § 3 Platz (die landwirthschaftlichen Hauptgewerbe sind keine Handelsgewerbe, auch wenn ihr Gegenstand in reinen Handelsgrundgeschäften besteht, und die landwirthschaftlichen erheblichen Nebengewerbe nur dann, wenn der Inhaber sich aus freiem Willen zur Eintragung entschließt).

Anm. 6. c) Dagegen gehören auch die Gewerbe der Minderkaufleute dazu; denn auch diese sind Kaufleute, ihre Gewerbe Handelsgewerbe, ihre Geschäfte also Handelsgeschäfte (Anm. 17 zu § 4). Hinzugefügt mag werden, daß auch die Weiterveräußerungsgeschäfte der Handwerker im neuen H.G.B. nicht ausgenommen sind, während ihnen nach Art. 273 Abs. 3 des alten H.G.B. der Charakter als Handelsgeschäfte ausdrücklich genommen war. Auch wenn Minderkaufleute sich gesellschaftlich vereinigen, so ist dies zwar nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sodaß ihre gesellschaftlichen Verhältnisse sich nicht nach den Regeln der o. H.G. oder der Kommanditgesellschaft richten, wohl aber sind ihre Geschäfte auch in diesem Falle Handelsgeschäfte, weil ihr Gewerbe auch in diesem Falle ein Handelsgewerbe, sie selbst auch in diesem Falle Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute sind (vergl. Anm. 81 im Exkurse zu § 342).

Anm. 7 d) Ferner wird der Begriff des Handelsgewerbes auch im Sinne des vorliegenden Paragraphen erweitert durch die Vorschrift des § 5. Nach diesem ist das Gewerbe einer Person oder Gesellschaft, welche in das Firmenregister eingetragen ist, als Handelsgewerbe zu betrachten, auch wenn es kein solches ist. Demgemäß sind die Geschäfte einer solchen Person auch dann Handelsgeschäfte, wenn das Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe ist. So z. B. wenn der Inhaber einer kleinen Leihbibliothek sich in das Firmenregister hat eintragen lassen; schafft ein solcher neue Bücher an, oder leiht er Bücher aus ꝛc., so sind das alles Handelsgeschäfte, ebenso wie seine Neben- und Hilfsgeschäfte (das Engagement von Personal, die Empfangnahme von Zahlungen ꝛc.).

Anm. 8. e) Endlich aber wird der Begriff der Handelsgeschäfte dadurch erweitert, daß derjenige, der sich als Kaufmann im Rechtsverkehr gerirt, jedenfalls gegen sich gelten lassen muß, daß er ein Handelsgewerbe betreibt. Seine Geschäfte gelten also auch als Handelsgeschäfte (vergl. den Exkurs zu § 5).

Anm. 9. 2. **Zum Betriebe gehören** muß das Geschäft (sc. zum Betriebe des Handelsgewerbes), wenn es ein Handelsgeschäft sein soll.

a) Dieses Requisit ist nicht dahin aufzufassen, als ob nur diejenigen Geschäfte, welche dem betreffenden Handelsgewerbe charakteristisch sind, zu Handelsgeschäften erhoben werden. Es sind nicht bloß gemeint die Handelsgrundgeschäfte, welche nach § 1 das Gewerbe ohne Weiteres, und nach § 2 bei hinzu-

kommender Eintragung zum Handelsgewerbe machen. Vielmehr soll damit jedes Geschäft, welches der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vornimmt, mit welchem er die Zwecke seines Handelsbetriebes ermöglichen oder fördern will, als Handelsgeschäft gekennzeichnet werden, also insbesondere auch die Neben- oder Hilfsgeschäfte des Handels, die sogenannten accessorischen Handelsgeschäfte.

Den Gegensatz bilden und zum Handelsbetriebe nicht gehören diejenigen Geschäfte, welche der Kaufmann vornimmt zu anderen, außerhalb des Gewerbebetriebes liegenden Zwecken, also z. B. zum Privatbedarf, zum Betriebe des Haushalts, die Geschäfte des Kaufmanns in Bethätigung des Amtes als Testamentsvollstrecker, Vormund, Konkursverwalter, Kursmakler, als Handelsrichter, als Geschworener, als Zeuge. Anm. 10.

Wenn demgemäß die gewerbsmäßige Thätigkeit eines Kaufmanns auf eine bestimmte Branche gerichtet ist, so folgt daraus noch nicht, daß Geschäfte, die außerhalb dieser Branche liegen, als zu seinem Handelsgewerbe gehörig nicht angesehen werden. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Abs. 2 unseres Paragraphen für die Handelsgrundgeschäfte des § 1: Wenn diese auch nicht derart abgeschlossen werden, daß sie selbst die Grundlage eines Gewerbes bilden, sondern im Betriebe eines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes, so sind sie doch Handelsgeschäfte. Das Gleiche gilt aber für die Handelsgrundgeschäfte nach § 2: Wenn irgendwelche Geschäfte, welche die Grundlage eines Handelsgewerbes nach § 2 bilden können, abgeschlossen werden im Betriebe eines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes, so sind sie ebenfalls Handelsgeschäfte. Und endlich gilt das Gleiche von denjenigen zahlreichen Geschäften, die ihrer Natur nach überhaupt nicht geeignet sind, die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden, die vielmehr nur als Hilfs- oder Nebengeschäfte vorkommen, wie Zahlungsempfangnahmen, Kündigungen, Engagirung von Personal, Miethung eines Ladens ꝛc. Anm. 11.

Für alle diese Geschäfte gilt der Grundsatz: Solange ein, wenn auch entfernter Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb besteht, insbesondere die Absicht, dem Gewerbebetriebe förderlich zu sein, liegt die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe, also die Eigenschaft als Handelsgeschäft vor (R.G. 28 S. 315; Bolze 13 Nr. 259; 15 Nr. 215, 216; 19 Nr. 319). Anm. 12.

Wie weit die Judikatur dieses Prinzip aufgefaßt hat, beweist das Urtheil des R.G. 19 S. 123, in welchem die unentgeltliche Annahme der Stelle als Aufsichtsrathsmitglied einer Aktiengesellschaft als zum Handelsbetriebe gehörig betrachtet wurde. Anm. 13.

b) Auch die sogenannten Vorbereitungsgeschäfte gehören dazu. Denn auch sie gehören zum Gewerbebetriebe. Wer die Absicht hat, durch eine unbegrenzte Reihe von Geschäften ein Handelsgewerbe zu betreiben, betreibt es in dem Augenblicke, wo er das erste Geschäft vornimmt, welches dazu dient, diese Absicht zu verwirklichen. Wer z. B. einen Kleiderwaarenhandel betreiben will, betreibt ihn, wenn er in dieser Absicht den ersten Posten Waare einkauft, ja sogar schon dann, wenn er das erste dazu erforderliche Hilfsgeschäft vornimmt, z. B. einen Kommis engagirt oder einen Laden zu diesem Zweck miethet. Wir haben schon in Anm. 17 zu § 1 hervorgehoben, daß schon das erste Geschäft einen Bestandtheil des Gewerbebetriebes bildet (so auch Behrend § 28; Förtsch Anm. 2 zu Art. 273; Bolze 19 Nr. 317: Engagement eines Gewerbegehilfen; R.G. in Strafsachen 27 S. 227: Anschaffung des ersten Waarenpostens zum Zwecke der Weiterveräußerung). Anm. 14.

Bei Handelsgewerben nach § 2 liegt die Sache allerdings anders. Hier liegt vor der Eintragung ein Handelsgewerbebetrieb nicht vor (ebenso bei Handelsgewerben nach § 3 Abs. 2). Anm. 15.

c) Zweifelhaft ist die Natur des Geschäfts, wenn es zum Theil zu dem Zwecke des Handelsbetriebes, zum Theil zu Privatzwecken kontrahirt wurde, so z. B. wenn eine Quantität Kohlen zum Theil zur Heizung des Ladens, Anm. 16.

zum Theil für den Hausbedarf gekauft wird. Man ist versucht, zu sagen, daß derjenige Theil entscheidet, welcher überwiegt. Allein wir erachten dies nicht für zutreffend, und überdies versagt diese Entscheidung, wenn genau die Hälfte für jeden Zweck bestimmt ist. Es ist nach unserer Ansicht davon auszugehen, daß das ganze Geschäft in solchem Falle als Handelsgeschäft zu betrachten ist, weil im Konflikt zwischen dem freieren und dem engherzigen Gesetze das erstere vorgeht und die Vorschriften des H.G.B. die des Civilrechts überwinden (vergl. Art. 2 E.G. zum H.G.B.).

Anm. 17. d) Die Feststellung der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe erübrigt sich in den meisten Fällen durch die im § 344 Abs. 1 aufgestellte Vermuthung und die im § 344 Abs. 2 aufgestellte Fiktion. Hierüber zu § 344.

Anm. 18. 2. **Eines Kaufmanns** Geschäfte müssen es sein. Dieses Begriffsmerkmal ist ein Pleonasmus. Denn wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann. Gehören die Geschäfte zum Betriebe eines Handelsgewerbes, so sind es die Geschäfte eines Kaufmanns. Und das Gleiche gilt bei der Vermuthung des § 5: Gilt ein Gewerbe als Handelsgewerbe wegen der Firmeneintragung seines Inhabers, so gilt derselbe auch als Kaufmann. Besondere Erörterungen lassen sich daher an den Begriff Kaufmann hier nicht knüpfen; vielmehr ist lediglich auf die an den Begriff „Handelsgewerbe" geknüpften Ausführungen in Anm. 4—8 zu verweisen.

Anm. 19. 3. **Geschäfte** müssen es sein, und zwar Rechtsgeschäfte (vergl. den Sprachgebrauch im § 344; auch Cosack S. 37). Dazu gehören aber nicht bloß Verträge, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte (Offerten, Kündigungen, Mängelanzeigen), auch Unterlassungen (vergl. § 346), auch unentgeltliche Geschäfte sind nicht ausgeschlossen (vergl. unten Anm. 28). Unerlaubte Handlungen aber, z. B. der Mißbrauch einer fremden Firma gehören nicht dazu (Cosack S. 37)., es sei denn, daß sie gleichzeitig den Charakter von Rechtsgeschäften aufweisen.

Anm. 20. 4. Daß die Thatbestandsmomente des Handelsgeschäfts im Einzelfalle erkennbar sein müssen, damit ein Handelsgeschäft vorliege, wie Cosack S. 37 lehrt, ist nur insofern richtig, als erkennbar sein muß, daß der das Geschäft Abschließende ein Handelsgewerbe betreibt. Die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Handelsbetriebe wird alsdann vermuthet, bei Schuldscheinen sogar fingirt (§ 344). Uebrigens müssen wir zur Vermeidung von Mißverständnissen an dieser Stelle bemerken, daß wir durch die Anerkennung der Erkennbarkeit nicht in Widerspruch gerathen mit unseren Ausführungen in Anm. 19 u. 29 zu § 1. Dort haben wir gesagt, daß der Begriff Gewerbe und der Begriff Kaufmann nicht voraussetzen, daß der Inhaber des Gewerbes als solcher dem Publikum gegenüber auftritt. Daran halten wir fest: wer in der Absicht fortgesetzter Gewinnerzielung eine unbegrenzte Reihe von Handelsgrundgeschäften schließt, betreibt ein Handelsgewerbe auch wenn weder die Gewinnabsicht, noch die Thatsache der fortgesetzten Geschäftsabschlüsse dem Publikum erkennbar wird. Aber das einzelne von ihm geschlossene Geschäft ist nur dann ein Handelsgeschäft, wenn die Thatsache des Handelsgewerbes für den betreffenden Gegenkontrahenten erkennbar hervortritt.

Zur Erkennbarkeit genügt aber schon die Eintragung in das Handelsregister. Ob der Gegenkontrahent im Einzelfalle die Thatsache des Handelsgewerbebetriebes wirklich erkannt hat, ist dann gleichgiltig.

Anm. 21. 5. **Alle** Geschäfte eines Kaufmanns sind Handelsgeschäfte. Das Gesetz macht also gar keine Ausnahme. Insbesondere ist die wichtige Ausnahme des bisherigen Rechts fortgefallen, wonach Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte waren (Art. 275). Vergl. unten Anm. 22. Absolute Nichthandelsgeschäfte giebt es hiernach nicht mehr. Vielmehr sind ausnahmslos alle Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte.

Anm. 22. III. **Beispiele.** Eigentlich ist es nach dem eben Gesagten, da alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zu seinem Handelsbetriebe gehören, ausnahmslos Handelsgeschäfte sind, überflüssig, Beispiele aufzuzählen. Gleichwohl soll eine solche Aufzählung erfolgen. Sie waren im früheren Recht instruktiv und dürften auch jetzt nicht unwillkommen sein.

a) Zunächst ist zu erwähnen, daß nunmehr auch Grundstücksgeschäfte Handelsgeschäfte sein könen. Denn Art. 275 ist, wie gesagt, fortgefallen. Zwar können sie, wie im früheren Recht, nicht reine Handelsgeschäfte nach § 1 sein, da keines der im § 1 aufgezählten Handelsgrundgeschäfte unbewegliche Sachen zum Gegenstand hat. Aber der Wegfall des Art. 275 bewirkt, daß sie nunmehr hypothetische Handelsgrundgeschäfte nach § 2 sein können und ferner, daß sie Hilfs- und Nebengeschäfte des Handelsbetriebes, also accessorische Handelsgeschäfte sein können. So sind die Miethung eines Ladens, der Kauf eines Fabrikgrundstücks durch einen Fabrikanten, die Veräußerung von Grundstücken seitens eines in das Firmenregister eingetragenen Grundstücksspekulanten, die Uebernahme eines Baues in Entreprise durch einen in das Firmenregister eingetragenen Bauunternehmer, Handelsgeschäfte. Dabei ist aber hinzuzufügen, daß der Kauf einer unbeweglichen Sache zwar ein Handelsgeschäft sein kann, aber nicht ein Handelskauf nach §§ 373ffg. Und ferner ist zu bemerken, daß schwerere Formvorschriften für die Veräußerung unbeweglicher Sachen auch nach dem neuen Recht bestehen (vergl. zu § 350), und daß diese auch dann gelten, wenn der Veräußerungsvertrag ein Handelsgeschäft ist, sodaß in dieser Hinsicht durch die Möglichkeit, daß die Verträge über unbewegliche Sachen Handelsgeschäfte sein können, eine größere Freiheit in der Umsatzfähigkeit wohl kaum eingetreten sein wird.

b) Sodann ist das Beispiel zu erwähnen, welches der frühere Art. 273 Abs. 2 erwähnte: Anm. 23. Handelsgeschäfte sind insbesondere die Anschaffungen, welche im Handelsbetriebe zur Benutzung oder zum Verbrauch erfolgen. Im Einzelnen gehören hierher: Die Anschaffung der Komptoireinrichtung, des Geschäftsinventars, des Brenn-, Schreib- und Beleuchtungsmaterials, der Handlungsbücher, der Transportmittel für die Waare, des Verpackungsmaterials; die Anschaffung von Gegenständen zur Ausstattung einer Restauration (R.O.H. 10 S. 243) oder eines Hotels zur Möblirung der Gastzimmer (R.O.H. 22 S. 329), auch von Baumaterialien, welche in einem Geschäftslokal verwendet werden sollen, (der Umstand, daß es sich hierbei um eine unbewegliche Sache handelt, ist gleichgiltig). Die Anschaffung kann auch durch Miethe erfolgen, oder auch durch Leihe, da die Entgeltlichkeit nicht Voraussetzung jedes einzelnen Geschäfts ist (R.O.H. 19 S. 354).

c) Was die Eingehung von Gesellschaftsverträgen betrifft, so herrscht darüber Einigkeit, daß die Aufnahme eines stillen Gesellschafters, eines Kommanditisten, die Eingehung einer Gelegenheitsgesellschaft, die Aktienzeichnung, die Betheiligung als Gründer einer Aktiengesellschaft accessorische Handelsgeschäfte sein können (Behrend § 28). Streitig aber ist die Frage, ob auch die Eingehung einer o. H.G. als solches betrachtet werden kann.[1]) Wir möchten dies verneinen: der Abschluß des Gesellschaftsvertrages ist so anzusehen, wie der Entschluß einer einzelnen Person, ein Handelsgewerbe zu betreiben. Erst die Bethätigung dieses Entschlusses durch Abschluß des ersten Vorbereitungsgeschäfts ist das erste Handelsgeschäft, nicht schon jener Entschluß. (Desgleichen Hahn § 8 zu Art 273; anders Behrend § 28). Anm. 42

Dagegen ist die Auseinandersetzung zwischen Socien einer offenen Handelsgesellschaft ein accessorisches Handelsgeschäft; sie gehört zu den letzten Betriebsakten (R.O.H. 12 S. 368; Bolze 5 Nr. 424). Anm. 25

d) Ob auch der Erwerb und die Veräußerung eines ganzen Handelsgeschäfts ein Handelsgeschäft ist, ist zweifelhaft. Behrend S. 135 erblickt darin mit Anm. 26

---

[1]) Das bezieht sich, wie zur Vermeidung von Mißverständnissen betont werden muß, nur auf die Frage, ob die Eingehung einer o. H.G. an sich, wenn die Kontrahenten nicht schon aus anderen Gründen Kaufleute sind, als zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörig zu betrachten ist. Denn daß, wenn zwei Personen, die aus anderen Gründen Kaufleute bereits sind, eine o. H.G. schließen, dies ein accessorisches Handelsgeschäft ist, darüber besteht kein Zweifel; ebenso wenn ein Kaufmann einen Nichtkaufmann in sein Geschäft als Socius aufnimmt; auch wenn zwei Kaufleute eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts schließen, so ist dies ein Handelsgeschäft (Bolze 5 Nr. 726).

Recht, ein beiderseitiges Handelsgeschäft, auf Seiten des Veräußerers den letzten Akt seiner gewerblichen Thätigkeit (so auch R.G. vom 20. 6 1899 in J.W. S. 494), auf Seiten des Erwerbers das erste Handelsgeschäft, welches seinen Handelsbetrieb ermöglichen soll und daher zum Handelsbetrieb als Vorbereitungsgeschäft gehört (vergl. auch R.G. vom 29. Sept. 1881 bei Puchelt Anm. 3 g zu Art 318; ferner R.O.H. 11 S. 149; vergl. auch oben Anm. 14).

Anm. 27. e) **Weitere Beispiele sind:** Die in § 1 abgehandelten Handelsgrundgeschäfte, wenn sie einzeln vorgenommen werden (vergl. § 343 Abs. 2), — die Engagementsverträge mit Handlungsgehilfen (R.O.H. 11 S. 57), mit Lehrlingen (R.O.H. 14 S. 19), mit technischen Gewerbegehilfen (R.O.H. 11 S. 387; Bolze 19 Nr. 317); Engagement eines Zeitungsredakteurs (Busch Arch. 13 S. 40 Nürnberg), einer Sängerin für ein Café chantant (Busch Arch. 21 S. 361 Nürnberg). — Darlehen und sonstige Kreditgeschäfte: Darlehnshingabe (R.O.H. 1 S. 217, 7 S. 226); Darlehnsempfang (R.O.H. 3 S. 367, 14 S. 282); Gewährung oder Prolongation eines kaufmännischen Kredits (R.O.H. 5 S. 110) — Geben und Nehmen von Wechseln (R.G. 9 S. 50) — Versicherungsverträge, soweit sie nicht schon Handelsgrundgeschäfte nach § 1 Nr. 3 sind: das Nehmen der Versicherung durch einen Kaufmann, das gegenseitige Versichern unter Kaufleuten (R.O.H. 4 S. 199, 5 S. 18, R.G. 12 S. 25); auch das Nehmen einer Leibrentenversicherung (R.G. 28 S. 316) — die Verstärkung von Verträgen: durch Anerkennung, auch wenn die anerkannte Schuld kein Handelsgeschäft ist (R.O.H. 17 S. 170, Bolze 7 Nr. 366); durch Abrechnung zwischen Kaufleuten über das Ergebniß der für gemeinschaftliche Rechnung geführten Handelsgeschäfte (R.O.H. 7 S. 58, aber nicht, wie diese Entscheidung annimmt, wenn die Parteien zur Zeit der Abrechnung nicht mehr Kaufleute sind); die Pfandbestellung; insbesondere aber die Bürgschaft. Diese kann auf einer Seite oder auch auf beiden Seiten Handelsgeschäft sein, sie ist es immer dort, wo sie den Handelsbetrieb fördern soll, (R.G. 1 S. 25), auf Seite des Bürgen insbesondere dann, wenn er eine Vergütung erhält (R.O.H. 13 S. 108), aber nicht wenn die Verbürgung lediglich aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Rücksichten geschieht (R.O.H. 15 S. 388; R.G. vom 5. November 1892 in J.W. 1893 S. 24). Auch die Verbürgung eines Nichtkaufmanns gegenüber einem Kaufmann kann Handelsgeschäft sein (R.G. 29 S. 20; 32 S. 171). Die Verbürgung kann auch dann Handelsgeschäft sein, wenn das Hauptgeschäft kein Handelsgeschäft ist, wenn nur die Bürgschaft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört, so z. B. wenn ein Kaufmann für die Schulden aus einem von einem Nichtkaufmann abgeschlossenen Geschäft die Bürgschaft übernimmt (R.G. vom 5. November 1892 in J.W. 1893 S. 24). Dagegen ist umgekehrt die Bürgschaft nicht Handelsgeschäft und daher nicht nothwendig formfrei, wenn die Hauptschuld ein Handelsgeschäft ist, nicht aber die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen (vergl. R.O.H. 5 S. 367; O.L.G. Stuttgart in G.Z. 40 S. 485) — Uebernahme des Geschäfts durch einen Socius auf Grund des Auseinandersetzungsvertrages (R.O.H. 12 S. 368) — ferner Cession (R.G. vom 14. Dezember 1896 in J.W. 1897 S. 88), auch von Hypotheken (R.O.H. 3 S. 432), Erwerb von Patentrechten, Annahme von Anweisungen, Auftrag und Vollmacht (vergl. R.G. 26 S. 108); Rath und Empfehlung (R.G. 20 S. 194); Uebernahme einer Agentur (R.O.H. 23 S. 148); Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (R.O.H. 10 S. 428); Aktienzeichnung; Gründung, auch wenn Immobilien dabei inferiert werden, was nach neuem Recht überhaupt kein Hinderniß für das Vorliegen eines Handelsgeschäfts ist (vergl. oben Anm. 22.), Insertionsverträge; Patentlicenzverträge; Schiedsverträge (R.O.H. 23 S. 259); die sog. Möbelleihverträge, auch Gesellschaftsverträge (vergl. oben Anm. 24.), selbst wenn es sich um solche bürgerlichen Rechts handelt; Lotteriespiel (R.G. 30 S. 191); Differenzgeschäfte (38 S. 240); auch die Prozeßführung (vergl. Anm. 7 ffg. zu § 17); auch Zahlung und Annahme von Zahlungen (Ansprüche aus Zahlungen,

condictio indebiti, unterliegen daher der Verzinsungsvorschrift des § 352 Satz 1, 353 H.G.B.

Auch Liberalitäten können Handelsgeschäfte sein; Annahme der Stellung als unbesoldetes Aufsichtsrathsmitglied (R.G. 19 S. 123); selbst Schenkungen, z. B. Versprechen der Nachzahlung nach abgeschlossenem Akkorde (R.O.H. 16 S. 184: R.G. 6 S. 228; Bolze 6 Nr. 458); oder nach abgelaufener Verjährung (Bolze 4 Nr. 463); Verzichte (R.G. 29 S. 11); belohnende Schenkungen (Bolze 8 Nr. 311, 14 Nr. 256); oder sonstige Schenkungen (R.G. 26 S. 19), z. B. Trinkgelder an den Ueberbringer von Waaren; Weihnachtsgeschenke an Handlungsgehilfen oder z. B. an Dienstboten der Kunden oder andere Geschenke an die Handlungsgehilfen, z. B. Erlaß einer Darlehnsforderung an den Prokuristen (Bolze 12 Nr. 270); auch die Annahme von Schenkungen (Bolze 19 Nr. 320); nicht auch die Schenkung auf den Todesfall (R.G. 18 S. 49). Eine Liberalität kann auf der einen Seite ein Handelsgeschäft sein, auf der anderen nicht, z. B. ein Onkel hinterläßt seinem Neffen, welcher Kaufmann ist, eine Schuld; hier liegt auf Seiten des Beschenkten ein Handelsgeschäft vor. Anm. 28.

Endlich gehören dazu nicht bloß Vertragsgeschäfte, sondern auch Quasikontrakte, z. B. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag; auch die Offerte mit ihren Wirkungen (R.O.H. 10 S. 236); Zusendungen, An- und Abnahme (R.O.H. 10 S. 236); Vorbehalte (Bolze 9 Nr. 198); Rath und Empfehlung (R.G. 20 S. 124). Anm. 29.

Nicht gehören dazu: Anschaffungen für den Haushalt oder sonstigen Privatgebrauch, sowie Rechtsgeschäfte aus Beweggründen der Verwandschaft oder Freundschaft, Geschäfte des Familien- und Erbrechts u. s. w. Vergl. hierüber Näheres Anm. 3 zu § 344. Anm. 30.

Zusatz: Uebergangsfrage. Ob ein Geschäft Handelsgeschäft ist, richtet sich nach dem Recht, welches zur Zeit des Geschäftsabschlusses gilt. (Cosack S. 767.) Anm. 31.

§ 344.

Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegentheil ergiebt.

Der Paragraph stellt zwei Vermuthungen für die Zugehörigkeit der Rechtsgeschäfte eines Kaufmannes zum Handelsbetriebe auf: für seine Rechtsgeschäfte im Allgemeinen (Abs. 1) und für seine Schuldscheine insbesondere (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gehören im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes.**

a) **Ein Kaufmann** muß die Rechtsgeschäfte vorgenommen haben. Die Kaufmannsqualität muß also feststehen, d. h. es muß unbestritten sein oder bewiesen werden, daß der Vertragschließende zur Zeit des Abschlusses ein Handelsgewerbe betrieb (R.O.H. 15 S. 27). Für diese Feststellung sind die §§ 1, 2, 3 u. 5 in derselben Weise maßgebend, wie in § 343 (vergl. daher Anm. 4—8 zu § 343). Auch für Minderkaufleute gilt die Vermuthung des vorliegenden § (vergl. Anm. 17 zu § 4). Handelt der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, so muß, damit die Vermuthung dieses § Platz greife, feststehen, daß er für die Gesellschaft gehandelt hat (R.O.H. 16 S. 380). Denn die Vermuthung gilt nur für die Handelsgesellschaft selbst, eine Vermuthung dafür aber, daß der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für diese handelt, besteht nicht (R.O.H. 13 S. 288; 18 S. 227), weshalb auch ein Socius Anm. 1.

gegen den andern eine solche Vermuthung nicht hat (Behrend § 29 Anm. 5). Näheres hierüber siehe Anm 15 zu § 126.

Anm. 2. b) **Auf die Rechtsgeschäfte** eines Kaufmanns bezieht sich die Vermuthung. Ueber diesen Begriff siehe Anm. 19 zu § 343 (insbesondere ob auch einseitige Handlungen, Unterlassungen, unerlaubte Handlungen u. s. w. dazu gehören). Wie weit die Praxis dies ausdehnt, darüber siehe die Beispiele zu § 343 (Anm. 22 flg. daselbst).

Anm. 3. c) **Im Zweifel** gilt die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe. Damit ist eine durch Gegenbeweis widerlegbare Vermuthung, eine praesumtio juris aufgestellt, die auch durch die C.P.O. bestätigt ist (§ 292 C.P.O.). Das Geschäft ist so lange als zum Handelsbetriebe gehörig zu betrachten, bis der Gegenbeweis geführt wird (Bolze 8 Nr, 310). Des Gegenbeweises bedarf es nicht, wenn die Sachlage schon an sich keinen Zweifel darüber zuläßt, daß das Geschäft dem Handelsgewerbe nicht zugehört (R.G. 28 S. 315). So auch L.G. I Berlin bei Perl und Wreschner 1894 S. 2 u. 3, wo jedoch die Formulirung unrichtig ist: es fällt nämlich die Präsumtion nicht schon dann fort, wenn das Geschäft keine sichtbare Beziehung zum Handelsgewerbe hat, sondern erst dann, wenn das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe hat; im Gegentheil: für den ersteren Fall, daß keine sichtbare Beziehung zum Handelsgewerbe vorliegt, ist die Präsumtion gerade gegeben; wenn die Beziehung sichtbar ist, bedarf es keiner Präsumtion; es bedarf ihrer, wenn die Beziehung nicht sichtbar ist, und sie ist ausgeschlossen, wenn die Nichtbeziehung sichtbar ist. Daß ein unentgeltliches Geschäft vorliegt, ist kein geeigneter Gegenbeweis; denn auch Liberalitäten können zum Handelsbetriebe gehören (vergl. Anm. 28 zu § 343). Auch daß ein im Handelsbetriebe ungewöhnliches Geschäft vorliegt, beseitigt die Vermuthung nicht, (R.G. vom 23. 5. 1889 bei Gruchot 33 S. 1042). Beispiele für den Wegfall der Präsumtion: offensichtlicher Kauf für den Haushalt oder für den Privatgebrauch; Engagirung eines Hausarztes; Bürgschaft aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Rücksichten (vergl. Anm. 27 zu § 343): Verträge des Familien- und Erbrechts, Schenkungen von Todeswegen (R.G. 18 S. 49). Dagegen werden Lebensversicherungsverträge sehr häufig auch im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen, bei Kreditbewilligungen ist der Abschluß einer Lebensversicherung des Schuldners oder seiner Ehefrau sehr oft eine der geforderten Sicherheiten, sodaß die Entscheidungen R.G. 14 S. 237 u. Bolze 2 Nr. 710, die anscheinend Gegentheiliges annehmen, nur mit Vorsicht anzuwenden sind. Bei Leibrentenverträgen ist die Beziehung zum Handelsbetriebe schon seltener, aber auch nicht ausgeschlossen (auch hier anscheinend anders R.G. 28 S. 315).

Anm. 4. Der erforderliche Gegenbeweis kann durch jedes zulässige Beweismittel geführt werden, auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (§ 292 C.P.O.). Ob er geführt ist, darüber entscheidet freies richterliches Ermessen. Der Gebrauch des von der Firma abweichenden Namens ist nicht ausschlaggebend (vergl. unten Anm. 12).

Anm. 5. d) **Die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe** ist ein von uns bereits in Anm. 9 flg. zu § 343 erörterter Begriff. Soweit nach § 343 die Zugehörigkeit möglich ist, soweit wird sie nach § 344 vermuthet, wenn der konkrete Sachverhalt nicht entgegensteht (vergl. Bolze 13 Nr. 259). Das gilt insbesondere auch von Geschäften, welche außerhalb desjenigen Kreises von Handelsgeschäften liegen, auf welche der Gewerbebetrieb zunächst gerichtet ist (R.G. 28 S. 315; Bolze 15 Nr. 215 u. 216; Weiteres Anm. 9 flg. zu § 343).

Anm. 6. e) **Die Vermuthung gilt für und gegen Jedermann,** insbesondere nicht bloß gegen den Kaufmann, sondern auch für ihn (Behrend § 29 am Schlusse), für und gegen den Gegenkontrahenten. Dem Gegenkontrahenten, der sich auf sie beruft, muß der Gegenbeweis dahin geführt werden, daß ihm im Augenblicke des Vertragsschlusses die Nichtzugehörigkeit zum Handelsbetriebe bekannt oder doch erkennbar gewesen ist (R.O.H. bei Puchelt Anm. 9 zu Art 274; Behrend § 29 Anm 11). Eine Erkundigungspflicht besteht für den Gegenkontrahenten nicht (Goldschmidt § 58 Anm. 9).

Auch bei Anwendung anderer gesetzlicher Bestimmungen ist die Vermuthung von Bedeutung, so z. B. bei der Verjährungsbestimmung des § 196 Nr. 1 B.G.B., wie früher Art. 274 beim Verjährungsgesetze für Preußen § 1 Nr. 1 von Bedeutung war (R.O.H. 12 S. 233, 14 S. 256; 15 S. 38; R.G. 5 S. 274); jetzt auch für das preußische Einkommensteuergesetz, auch für § 1405 BGB. (Zugehörigkeit zum Handelsbetrieb einer Ehefrau, siehe unsere Allg. Einl. Anm. 70), auch für Anwendung des § 25 und für die Frage nach dem Umfange der Veräußerung eines Geschäfts (Anm. 14 zu § 25 und Anm. 21 zu § 22). Anm. 7.

2. (Abs. 2.) **Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus ihnen selbst das Gegentheil ergiebt.** Anm. 8.

a) **Eines Kaufmannes** Schuldscheine müssen es sein. Vergl. hierüber oben Anm. 1. Hier muß die Kaufmannsqualität zur Zeit der Ausstellung bestehen. Wenn ein unter § 2 fallender Gewerbetreibende vor der Eintragung einen Darlehnsschuldschein zeichnet und begiebt und nach seiner Eintragung das Darlehn erhält, so findet § 344 Abs. 2 keine Anwendung (Wolff in G.Z. 47 S. 249).

b) **Gezeichnet** müssen sie von ihm sein, aber nicht gerade handschriftlich, auch Facsimilirung und Unterstempelung können genügen (Behrend § 29 Anm. 16), soweit dies nach dem Gesetze überhaupt zur Giltigkeit genügt. Auch die von einem legitimirten Vertreter gezeichneten Schuldscheine fallen darunter. Die §§ 126, 127, 793 Abs. 2 u. 164 B.G.B. sind maßgebend (vergl. unsere Erl. zu § 350).

c) **Die Schuldscheine.** Dieser Begriff ist hier in der weitesten Bedeutung zu nehmen. Anm. 9.
Er umfaßt alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekenntniß enthalten, gleichviel, ob in denselben der Schuldgrund angegeben ist oder nicht, ob sie einen Schuldgrund schaffen oder ihn nur beweisen (vergl. Behrend § 29 Anm. 15, Wolff in G.Z. 47 S. 248, hinsichtlich der Beweisurkunden anders Hahn § 5 zu Art. 274), ob sie über eine schon fällige oder über eine befristete oder bedingte Schuld, ob sie nur über eine Schuld oder zugleich über eine gegenüberstehende Forderung oder die Einräumung eines andern als eines obligatorischen Rechts lauten — Schuld und Pfandscheine (vergl. Wolff in G.Z. 47 S. 249 mit Literatur angaben), ebenso die Urkunde, durch welche eine Hypothek bestellt wird. —

Im Einzelnen gehören hierhin: Schuldurkunden mit Schuldgrund (R.O.H. 2 S. 429; 3 S. 367; 12 S. 111); Wechsel (R.O.H. 4 S. 35; 9 S. 174), und zwar sowohl die Acceptirungen, als auch die Ausstellungen und das Giro; Verpflichtungsscheine (R.O.H. 8 S. 431), Bürgschaftsscheine (R.O.H. 9 S. 174), selbst solche, die eine künftige Forderung sicherstellen sollen (Behrend § 29 Anm. 15 gegen R.O.H. 20 S. 400); Konnossemente: Lager- und Ladescheine (R.O.H. 8 S. 410); Darlehns- und Depositenscheine; Schlußzettel; Abrechnungen; Anerkenntnisse von Abrechnungen, z. B. das schriftliche Anerkenntniß eines Kontokurrents durch einen Restaurateur (R.O.H. bei Puchelt Anm. 10 zu Art. 274); Provisionsreverse; Engagementsbriefe: auch Briefe, welche außerdem einen andern Inhalt haben (Goldschmidt S. 507). Anm. 10.

Nicht hierher gehören; Vermerke in den Handelsbüchern; Quittungen, da diese den Gegensatz zu den Schuldscheinen bilden (Goldschmidt S. 507); doch sind Quittungen wohl zu unterscheiden von denjenigen Empfangsbekenntnissen, welche, wie der Darlehnsschuldschein oder der Depositenschein, die Uebernahme einer Verpflichtung begründen oder beweisen. Anm. 11.

d) **Sie gelten als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig, wenn sich nicht aus ihnen selbst das Gegentheil ergiebt.** Es liegt eine (gleichfalls durch § 292 C.P.O. aufrechterhaltene) praesumtio juris et de jure insofern vor, als der Inhalt des Schuldscheins selbst die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe ergeben muß (zust. Wolff in G.Z. 47 S. 253). Das kann der Fall sein, wenn der in der Urkunde bezeichnete Schuldgrund kein dem Handelsgewerbe angehöriger ist, sondern der privaten Sphäre des Kaufmanns angehört, z. B. bei Anschaffung für den Haushalt, für den Betrieb der Landwirtschaft, zur Mitgiftbestellung, und dies im Schuldschein zum Ausdruck gebracht ist (R.O.H. 2 Anm. 12.

S. 429; 9 S. 174). Die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe wird aber dadurch nicht dargethan, daß der in der Urkunde nicht bezeichnete, ihr aber in Wirklichkeit zu Grunde liegende Schuldgrund dem Handelsgewerbe nicht angehört; vielmehr sind die Schuldscheine des Kaufmanns ohne Schuldgrund in Folge dieser Vorschrift stets als zum Handelsgewerbe gehörig zu betrachten, da sich aus ihnen niemals das Gegentheil ergeben kann (Puchelt Anm. 10 zu Art. 274). Auch dadurch kann die Nichtzugehörigkeit zum Handel nicht dargethan werden, daß der in der Urkunde angegebene nicht der wahre Schuldgrund ist, der wahre Schuldgrund aber dem Handelsbetriebe nicht angehört (R.O.H. 12 S. 111), oder gar, daß der angegebene Schuldgrund Zweifel übrig läßt, wie z. B. Darlehn. Denn auch das Darlehn kann Handelsgeschäft sein (R.O.H. 3 S. 367). Daß der Kaufmann seinen von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen gebraucht hat, ist ebenfalls kein ausreichender Gegenbeweis (R.O.H. 2 S. 430; 14 S. 12 und 210; Bolze 4 Nr. 466; 14 Nr. 492a), kann jedoch ein Argument dafür bilden, um in Verbindung mit anderen — aus der Urkunde sich ergebenden — Thatsachen den Gegenbeweis zu begründen (R.O.H. 14 S. 286; R.G. vom 10. Februar 1893 in J.W. S. 203), anders Wolff in G.Z. 47 S. 250). Daß mit der Firma gezeichnet wurde, ist umgekehrt das gewöhnliche Merkmal dafür, daß für das Geschäft gehandelt wurde (R.O.H. 14 S. 211).

Anm. 13. e) **Auch diese Vermuthung gilt gegen und für den Kaufmann,** gegen und für den Nehmer und den Dritten (Behrend § 29 am Schlusse), auch für den Cessionar (Behrend § 29 Anm. 17). — Auszudehnen ist die Anwendbarkeit der Fiktion des § 344 Abs. 2 auf sonstige Verhältnisse, in denen es sich um die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe handelt. Siehe hierüber oben Anm. 7. Siehe jedoch auch Anm. 21 zu § 22; Wolff in G.Z. 47 S. 257.

Anm. 14. f) **Mit Recht wird aber die Zulässigkeit einer exceptio doli dann angenommen,** wenn der Nehmer oder Erwerber des Schuldscheins beim Erwerbe gewußt hat, daß der Schuldschein dem Handelsbetriebe nicht angehört (Behrend § 29 Anm. 18; Goldschmidt S. 676; Wolff in G.Z. 47 S. 252; vergl. §§ 157 u. 242 B.G.B.; anders Förtsch Anm. 10 zu Art. 274), nicht aber schon dann, wenn der Nehmer dies hätte wissen müssen, aber aus Nachlässigkeit nicht wußte, und ferner nicht schon dann, wenn der Nehmer beim Erwerbe gutgläubig war und erst nachher die Nichtzugehörigkeit erfahren hat (Wolff in G.Z. 47 S. 252).

§ 345.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Theile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergiebt.

Anm. 1. 1. **Inhalt und Bedeutung des vorliegenden Paragraphen.** Ist das Geschäft auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft, d. h. sind beide Theile Kaufleute, so ist kein Zweifel darüber, daß die Vorschriften des 3. Buches auf beide Theile Anwendung finden. Desgleichen ist kein Zweifel darüber, daß bei einseitigen Handelsgeschäften die Vorschriften des 3. Buches auf den Anwendung finden, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt. Aber das Gesetz geht darüber hinaus und will — das ist der Inhalt und die Bedeutung des vorliegenden Paragraphen — auch bei einseitigen Handelsgeschäften die Vorschriften des 3. Buches regelmäßig auf beide Theile anwenden, und nur ausnahmsweise, wenn die Vorschrift eine gegentheilige Tendenz hat, nur auf denjenigen Kontrahenten, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt.

Anm. 2. 2. Alles das gilt nicht bloß von Verträgen, sondern von allen Rechtsgeschäften, von allen denen, bei denen überhaupt „zwei Theile“ möglich sind, also ins-

besondere auch von Willenserklärungen, welche einem Andern gegenüber abzugeben sind (Kündigungen, Mahnungen, Offerten).

3. Die Regel des vorliegenden Paragraphen greift auch dann Platz, wenn das Geschäft zufolge der Vermuthung des § 344 auf der einen Seite als Handelsgeschäft gilt. Auch dann finden also regelmäßig die Vorschriften über Handelsgeschäfte auf beide Theile Anwendung. Anm. 3.

4. **Und endlich ist hervorzuheben, daß der Grundsatz des vorliegenden Paragraphen auf die ganze Rechtssphäre der Handelsgeschäfte nach Entstehung, Wirkung und Auflösung Anwendung findet,** so insbesondere auf Vollmachten, welche zu Handelsgeschäften ertheilt werden, ratihabirende Willenserklärungen, Anerkenntnisse (Bolze 5 Nr. 428, 429; R.G. 4 S. 310). Nicht aber bezieht sich diese Erstreckung auf Bürgschaften oder sonstige Interceſſionen; diese müssen aus selbstständigen Gründen Handelsgeschäfte sein, um unter die Regel des vorliegenden Paragraphen zu fallen (R.O.H. 2 S. 43, 20 S. 400). Anm. 4.

5. Die Folge der vorliegenden Vorschrift ist, daß, wenn ein Theil Kaufmann ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte regelmäßig auf beide Theile Anwendung finden. Denn Handelsgeschäfte sind die Geschäfte eines Kaufmanns. Anm. 5.

6. Der Hauptanwendungsfall dieses Paragraphen bezw. der mit ihm korrespondirenden Vorschrift des früheren Art. 277 war die durch Art. 317 statuirte Formfreiheit aller Handelsgeschäfte. Dieser Anwendungsfall ist im neuen H.G.B. fortgefallen. Denn eine besondere Formfreiheitsvorschrift für Handelsgeschäfte ist jetzt nicht gegeben, weil schon das B.G.B. von der Regel der Formfreiheit der Verträge ausgeht. Diese Regel gilt nunmehr auch im Handelsrecht, freilich aber auch die Ausnahmen des B.G.B. (vergl. zu § 350). Anm. 6.

7. **Eximirte Vorschriften,** d. h. solche, bei denen das Gesetz sagt, daß die Vorschriften über Handelsgeschäfte nicht auf beide Theile Anwendung finden, sind z. B. die §§ 346, 347, 348, 349, 350, 361, 352 Abs. 1, 353). Anm. 7.

§ 346.

Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Der vorliegende Paragraph beschäftigt sich mit der Auslegung von Willenserklärungen. Allein er behandelt die Materie nicht erschöpfend, auch nicht einmal für das Handelsrecht. Vielmehr sind die §§ 133 und 157 BGB. zur Ergänzung hier heranzuziehen. Dieselben lauten: Einleitung.

> § 133. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.
>
> § 157. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

I. **Die §§ 133 und 157 B.G.B. sind die eigentliche sedes materiae für die Frage der Auslegung von Willenserklärungen, auch für das Handelsrecht.** Der § 346 H.G.B. tritt für diese Frage völlig in den Hintergrund. Der frühere Art. 279, an dessen Stelle § 346 H.G.B. getreten ist, hatte bahnbrechend gewirkt, indem er für Handelsgeschäfte ganz allgemein anordnete, daß bei der Beurtheilung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Dieses Prinzip ist nunmehr im § 157 B.G.B. für die Auslegung von Verträgen als Vorschrift des bürgerlichen Rechts zur Anerkennung gelangt und mit Recht wird dieses Prinzip auf die Auslegung von Willenserklärungen überhaupt ausgedehnt (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 18). Die Vorschrift findet auch auf Handelsgeschäfte Anm. 1.

Anwendung und der im Entwurfe des H.G.B. vorgeschlagene § 337 hatte dadurch seine Bedeutung verloren. Immerhin wäre er unschädlich gewesen und hätte nur für das Handelsrecht wiederholt zum Ausdruck gebracht, was das B.G.B. ganz allgemein für den Rechtsverkehr angeordnet hatte. Den Charakter absoluter Unschädlichkeit hat der Paragraph aber dadurch verloren, daß im letzten Augenblicke (in der Reichstagskommission) der Zusatz gemacht wurde „unter Kaufleuten". Denn nunmehr geht der Wortlaut des § 346 H.G.B. dahin, daß nur unter Kaufleuten die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche zu berücksichtigen seien, nicht auch wenn ein Kaufmann mit einem Nichtkaufmann in Rechtsbeziehungen tritt. Will man dem § 346 seine Schädlichkeit nehmen, so muß man ihn gegen seinen Wortlaut, aber der offenbaren Absicht der gesetzgeberischen Faktoren gemäß dahin deuten, daß die im Verkehr unter Kaufleuten geltenden Gebräuche nur im Rechtsverkehr unter Kaufleuten zur Anwendung zu bringen sind. Damit drückt er allerdings etwas Selbstverständliches aus (vergl. unten Anm. 11), aber er ist doch wenigstens unschädlich und schraubt nicht das Handelsrecht hinter das bürgerliche Recht zurück.

In der folgenden Darstellung wird hiernach im Wesentlichen von den §§ 133 und 157 B.G.B. ausgegangen.

Anm. 2. II. **Die Auslegung von Willenserklärungen auf Grund der §§ 133 und 157 B.G.B.**

1. **Nach § 133 B.G.B. ist der wahre Wille zu erforschen** und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, wie dies auch im Art. 278 des alten H.G.B. angeordnet war. Wenn hier angeordnet ist, daß der wirkliche Wille zu erforschen ist, so ist damit aber nur gemeint: der wirkliche Wille, soweit er erklärt ist (R.O.H. 1 S. 22; R.G. 21 S. 180; Bolze 9 Nr. 239). Soweit der Wille nicht erklärt ist, kommt zur Ergänzung § 157 B.G.B. zur Anwendung: Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (hierüber unten Anm. 4 ffg.). Bei der Beurtheilung der Frage, was als Wille der Partei erklärt zu betrachten ist, ist zunächst selbstverständlich der Ausdruck in Betracht zu ziehen, durch welchen die Parteien ihren Willen kundgegeben haben. Er ist das erste und vornehmste Mittel zur Erforschung des Willens. Ohne besonderen Anlaß ist vom Wortsinn nicht abzugehen (Bolze 4 Nr. 480; 5 Nr. 443), d. h. solange nicht, als nicht erkennbar von den Parteien etwas Anderes gewollt ist, (R.G. vom 8. Juli 1893 in J.W. S. 429; R.G. bei Gruchot 38 S. 1135), wenn es auch zu weit geht, anzunehmen, daß sich der Richter an den Wortlaut solange halten müsse, als derselbe irgend einen verständigen Sinn giebt (Bolze 3 Nr. 480). Aber der Richter soll an dem Ausdruck nicht haften. Der Ausdruck soll nicht absolut entscheiden, der Richter soll vielmehr über den Ausdruck hinaus auf Alles Rücksicht nehmen, was den wahren Willen klar zu stellen geeignet ist. Es ist auf diese Weise nicht ausgeschlossen, daß der Wille selbst im Widerspruch mit dem Wortlaut zur Geltung kommt (Bolze 9 Nr. 246), daß der Richter selbst bei klarem und bestimmtem Wortlaut aus dem Vorbringen der Parteien Anlaß nimmt, vom Wortsinne abzuweichen (R.G. vom 12. Mai 1894 in J.W. S. 318). Dabei greift auch die Rechtsregel des § 157 B.G.B. ein. Dieselbe hat nicht bloß die (weiter unten Anm. 4 ffg. zu erörternde) ergänzende Bedeutung, daß der Richter dort, wo der Parteiwille nicht erkennbar ist, das als Parteiwille zu betrachten hat, was sich aus der Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ergiebt. Vielmehr kann diese Berücksichtigung auch nach der Richtung von Einfluß sein, daß der Richter eine Willenserklärung in bestimmter Weise als abgegeben deutet. Der Richter ist wohl befugt, zu sagen, daß man nach der Verkehrssitte mit einem bestimmten Ausdruck einen bestimmten Sinn verbindet, und darauf hin den Parteiwillen in dieser Weise als erklärt betrachten. So z. B. wenn in einem Engagementsvertrage eines Handlungsgehilfen eine vierwöchentliche Kündigungsfrist vereinbart wird, der Richter aber auf Grund einer Verkehrssitte feststellt, daß man allgemein bei solchen Verträgen unter einer vierwöchentlichen Kündigungsfrist eine einmonatliche versteht. Dann kann und muß er den Ausdruck vierwöchentlich als einmonatlich deuten und sein Urtheil dahin abgeben, daß beide Theile ihren Willen, eine einmonatliche Kündigungsfrist zu vereinbaren, erklärt haben. Auch hier würde, wie bei der ergänzungsweisen Anwendung der Verkehrssitte (vergl. unten Anm. 4 ffg.)

kein Theil sich auf seine Mentalreservation berufen können, d. h. darauf, daß er in Wahrheit etwas Anderes gewollt habe, als sich nach der Verkehrssitte ergiebt, auch nicht darauf, daß er die betreffende Verkehrssitte nicht gekannt hat und deshalb in dieser Hinsicht bona fide war. Vielmehr muß sich jeder, der im Rechtsverkehr auftritt, gefallen lassen, daß seine Willenserklärungen so ausgelegt werden, wie es der Auffassung redlicher Männer entspricht. Das ist der Sinn des § 157 B.G.B. (über welchen Näheres im Nachfolgenden).

Anm. 3. Die Erforschung dessen, was als wahrer Parteiwille für erklärt zu betrachten ist, ist auch dort die oberste Aufgabe der richterlichen Auslegung, wo die Natur des Vertrages zu einer einschränkenden Auslegung drängt. So z. B. bei Schiedsverträgen, Bürgschaften, Vertragsstrafen. Auch hier ist zunächst der wahre Parteiwille zu erforschen (R.G. 20 S. 111; Bolze 16 Nr. 324) und auch alle sonstigen Auslegungsregeln, welche die Wissenschaft und Praxis, sei es selbstständig, sei es in Anknüpfung und Erinnerung an die früheren landesgesetzlichen Vorschriften zeitigen möchte, treten zurück hinter der obersten Auslegungsregel des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß zunächst der wahre Wille der Parteien zu erforschen ist. Das gilt z. B. von der Regel, daß zweideutige Ausdrücke zum Nachtheil desjenigen auszulegen sind, der sie gebraucht hat (§ 266, I, 5 A.L.R.; R.O.H. 14 S. 437; Bolze 9 Nr. 240), von der Regel, daß, wenn sich die Waagschalen gleichstehen, die Entscheidung zu Gunsten des Verpflichteten erfolgen soll (R.O.H. 14 S. 268); von der Regel, daß von mehreren Auslegungen diejenige den Vorzug erhalten soll, bei welcher das Geschäft rechtliche Giltigkeit hat (R.O.H. 16 S. 430). Alle diese Auslegungsregeln werden wohl auch fernerhin von Wissenschaft und Praxis anerkannt werden, aber nur unter dem Vorbehalt der Oberherrschaft der im § 133 B.G.B. enthaltenen Gesetzesvorschrift und auch der im § 157 B.G.B. enthaltenen Vorschrift, zu deren Betrachtung wir nunmehr hinübergehen.

Anm. 4. 2. **Wenn nicht zu ermitteln ist, welches der Wille des Erklärenden ist, oder eine Willenserklärung über den betreffenden Punkt überhaupt nicht abgegeben ist, so kommt § 157 B.G.B. zur Anwendung,** welcher, wie bereits an anderer Stelle (Allgemeine Einleitung, Anm. 18) von uns ausgeführt ist, nicht bloß, wie sein Wortlaut besagt, für Verträge gilt, sondern auf alle Arten von Rechtsgeschäften (auch einseitige, auch Unterlassungen) auszudehnen ist. Diese Funktion, als Ergänzung der Ermittelungen über das, was als erklärter Parteiwille zu betrachten ist, ist die wichtigste des § 157.

Anm. 5. a) Das ist allerdings im Grunde genommen, keine Auslegung mehr. Denn hier wird nicht mehr festgestellt, was die Parteien als ihren wahren Parteiwillen erklärt haben, sondern es wird der Inhalt des Rechtsgeschäfts, da der Parteiwille in Wahrheit nicht festgestellt werden kann, ergänzt durch Heranziehung von objektiven Normen und Anschauungen, die noch dazu unabhängig vom Parteiwillen zur Anwendung gelangen, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird (vergl. auch die Kommissionsprotokolle bei Haidlen zu § 157 B.G.B.). Das ist freie Gestaltung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts, Schaffung desjenigen Theils des Vertragsinhalts, den die Parteien selbst zu schaffen verabsäumt haben, es ist das aber nicht Ermittelung und Auslegung des wahren Parteiwillens.

Anm. 6. b) Die Willenserklärung ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten. Nicht etwa ist die Anwendung des Paragraphen davon abhängig, daß sich eine thatsächliche Uebung bereits gebildet hat. Auch wenn sich keine gebildet hat, so ist doch dem Rechtsgeschäfte, soweit sein Inhalt von den Parteien nicht erklärt ist, derjenige Inhalt zu geben, der sich aus der Auffassung redlicher Verkehrsanschauungen ergiebt. Der Beweis, daß einer der beim Rechtsgeschäft Betheiligten in Wahrheit einen anderen Willen gehabt hat, ist demgegenüber nicht zuzulassen. Dieser hätte eben erklärt werden müssen. Und es kann auch nicht damit operirt werden, daß ein mutuus consensus nicht vorliege, wenn der eine sich den betreffenden Punkt des Rechtsgeschäfts so, der andere ihn sich anders gedacht hat. Ein solcher dissensus kommt nur dann in Frage, wenn es sich darum handelt, ob ein Vertrag zu Stande gekommen ist.

Steht aber außer Frage, daß das Rechtsgeschäft perfekt geworden ist, so muß jeder Theil sich gefallen lassen, daß ihm ein Inhalt gegeben wird, der der herrschenden Verkehrsauffassung entspricht. Vergl. R.G. 42 S. 146, 147, wo jedoch die Einschränkung gemacht ist, „vorausgesetzt, daß der Gegenkontrahent die Erklärung thatsächlich im Sinne dieser Auslegung versteht und entgegennimmt". Unter Zugrundelegung des neuen Rechts und bei nochmaliger Formulirung des in Frage stehenden Grundsatzes wird das Reichsgericht diese Einschränkung wohl fallen lassen. Denn auch dann muß jener Grundsatz gelten, wenn der andere Theil sich über den betreffenden Punkt bei der Entgegennahme der Erklärung gar keine Gedanken gemacht hat.

Anm. 7. c) Besteht eine Verkehrssitte, so ist auf dieselbe selbstverständlich Rücksicht zu nehmen. In diesem Falle soll der Richter nicht nach sonstigen Verkehrsanschauungen, sondern nach denjenigen, die in der thatsächlichen Verkehrsübung zum Ausdruck gekommen sind, den Inhalt des Rechtsgeschäfts gestalten. Ueber den Begriff des Verkehrssitte siehe unsere Allgemeine Einleitung Anm. 19.

Anm. 8. Auf eine Verkehrsübung ist um so mehr Rücksicht zu nehmen, wenn dieselbe sich zur Rechtsübung verdichtet hat. Gewohnheitsrecht kommt also auf diesem Gebiete zur Anwendung (vergl. hierüber unsere Allgemeine Einleitung Anm. 20).

Anm. 9. Auch hier ist der Gegenbeweis nicht zulässig, daß der beim Rechtsgeschäft Betheiligte in Wahrheit einen anderen Willen gehabt hat (vergl. oben Anm. 6), oder daß der andere Theil das Rechtsgeschäft anders aufgefaßt hat, auch nicht der Gegenbeweis, daß die Partei nicht die Absicht gehabt habe, sich der Verkehrssitte zu unterwerfen (bei der Rechtssitte kommt es ja auf den Unterwerfungswillen sicherlich nicht an), vielmehr ist unabhängig von einem Unterwerfungswillen die Verkehrssitte zu berücksichtigen (Näher ausgeführt in unserer Allgemeinen Einleitung Anm. 19). Keineswegs ist mit Dernburg II S. 25 anzunehmen, daß die Verkehrssitte keine Bedeutung für die Vertragsschließenden habe, wenn beide Theile sie nicht kannten, und daß, wenn nur ein Theil sie kannte, sie höchstens dann Anwendung finden könne, wenn dieser Theil — nach Dernburg muß dies sogar der Gläubiger sein — erwarten durfte, daß der andere Theil sie kannte. Die Bedeutung der Verkehrssitte wird dadurch in einer Weise eingeengt, die in den Worten und in der Absicht des Gesetzes keine Stütze findet. Insbesondere wird die Verkehrssitte dadurch in den zahlreichen Fällen von der Anwendung ausgeschlossen, in denen es sich um Punkte handelt, an welche keine der beiden Parteien beim Abschlusse des Rechtsgeschäftes gedacht hat und hinsichtlich deren Verkehrssitten bestehen, die keiner der beiden Parteien bekannt waren. Warum sollen solche Punkte nicht nach der bestehenden Verkehrssitte geregelt werden? Wonach denn sonst? Entspricht es nicht vielmehr durchaus dem Sinne der §§ 157 und 242 B.G.B., wenn bei einem entstandenen Streite über die Art oder das Maß der Vertragsverpflichtungen der eine Theil zum andern sagt: Wir haben beide an einen solchen Fall nicht gedacht; wir waren uns auch beide nicht bewußt, was in solchem Falle die Verkehrssitte erfordert; aber ich habe mich jetzt danach erkundigt, und ich verlange nichts Anderes, als was der Verkehrssitte entspricht; das aber fordere ich mit Recht, denn nach Treu und Glauben kann ich das fordern, was nach der Verkehrssitte in solchem Falle allgemein gefordert und geleistet wird.

Anm. 10. Ist hiernach auf eine Verkehrsübung Rücksicht zu nehmen, **so ist dieselbe auch im Widerspruch mit den Gesetzen** zur Anwendung zu bringen (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 21). Wenn z. B. in einem bestimmten Handelszweige sich die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handlungsgehilfen mangels anderer Vereinbarung als auf ein Jahr fest engagirt betrachtet werden, so würde dies gegen § 66 H.G.B. zur Anwendung zu bringen sein. Indessen ist eine Verkehrssitte im Widerspruch mit einem zwingenden Gesetze nicht zur Anwendung zu bringen. Man hatte dies auch früher (vergl. R.O.H. 16 S. 125) angenommen, weil die Anerkennung der Verkehrssitte auf

dem Parteiwillen beruht. Dieser Grund fällt zwar weg, aber der Grundsatz bleibt bestehen, weil nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz soweit hat gehen wollen, der Verkehrssitte auch dort Uebermacht über sich selbst einzuräumen, wo es aus höheren Gründen eine bestimmte Regelung absolut angeordnet hat. Auf solchem Gebiete hat es vielmehr seine eigene Anschauung absolut über andere Anschauungen setzen und den entgegengesetzten Anschauungen entgegentreten wollen. Wenn sich daher in einem Handelszweige die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handlungsgehilfen mit täglicher Kündigung engagirt zu betrachten sind, so würde diese Verkehrssitte nicht zur Anwendung zu bringen sein, weil sie gegen ein zwingendes Gesetz verstieße, nämlich gegen § 67 H.G.B. (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 21).

Natürlich ist aber nur eine solche Verkehrssitte zu berücksichtigen, welche ihrer Natur nach sich auf das betreffende Rechtsgeschäft erstreckt, deren Anwendung daher von Treu und Glauben in der in Frage kommenden Verkehrskonstellation geboten wird. Es muß sich also um eine Sitte handeln, die an diesem Orte gilt, und für die Rechtssphäre, der das in Rede stehende Geschäft angehört. So würde z. B. eine nur im Verkehr zwischen Kaufleuten geltende Verkehrssitte nicht anwendbar sein im Verkehr eines Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann, sondern nur unter Kaufleuten, und das ist es, was der vorliegende § 346 H.G.B. hervorhebt. Lediglich die Bedeutung dieses Beispiels hat dieser Paragraph. Fürwahr ein dürftiger Inhalt dieser einst so bedeutsamen Gesetzesvorschrift! Und auch dieser ist nicht einmal korrekt zum Ausdruck gebracht; vergl. oben Anm. 1. Dernburg II S. 25 giebt dem § 346 die besondere Bedeutung, daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten unter Kaufleuten auch dann maßgebend sind, wenn sie beiden Theilen oder einem nicht bekannt waren. Allein wie oben Anm. 9 dargethan, ist dies keine Besonderheit der Handelsverkehrssitte, sondern gilt von jeder Verkehrssitte. Anm. 11.

d) Auch hinter diese zweite oberste Auslegungsregel des § 157 B.G.B. treten sonstige Auslegungsregeln, welche Wissenschaft und Praxis im Anschluß an die früheren Landesgesetze und die frühere Praxis anerkennen möchten, zurück. Vergl. hierüber oben Anm. 3. Anm. 12.

III. **Beispiele für Auslegungen von Willenserklärungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.** Auf Grund des früheren Art. 279 sind die obersten Gerichte in zahlreichen Fällen in der Lage gewesen, derartige Entscheidungen zu treffen. Anm. 13.

a) Besonders hervorzuheben ist, daß das **Schweigen als Unterlassung** im Sinne des vorliegenden § gilt (R.O.H. 15 S. 96) und überhaupt als Willenserklärung, sodaß es ebenfalls von der Regel des § 157 B.G.B. beherrscht wird: auch für das Schweigen gilt daher der Satz: es ist so zu deuten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies gebieten. In den geeigneten Fällen ist das Schweigen die dem andern Theil gegenüber abgegebene Willenserklärung gemäß § 130 B.G.B. (vergl. Planck I S. 164).

In dieser Hinsicht ist an der Hand der bisherigen Rechtsprechung zu sagen: Es besteht kein Handelsgebrauch, daß Stillschweigen allgemein als Genehmigung gelte. Der Satz: Qui tacet consentire videtur gilt nicht allgemein (R.O.H. 1 S. 85; 12 S. 102; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 705 u. 1511), insbesondere dann nicht, wenn es sich um Aenderung bestehender Vertragsverhältnisse handelt, da der Empfänger einer darauf gerichteten Anzeige im Bewußtsein seines kontraktlichen Rechts die Antwort auf das unberechtigte Ansinnen meist unterlassen darf (R.G. 3 S. 65; R.G. vom 13. 6. 98 in J.W. S. 482). Indessen gilt das Schweigen dort als Genehmigung, wo auf Seite des Schweigenden die Absicht vorliegt, den Andern zu einer ihm nachtheiligen, dem Schweigenden aber vortheilhaften Unthätigkeit zu verleiten, noch mehr, wo Täuschungsabsicht vorliegt (R.O.H. 15 S. 96; 22 S. 130; R.G. vom 10. 2 1898 im Sächsischen Anm. 14.

Archiv Bd. 8 S. 451), ja sogar schon dann, wenn das Zurückhalten der Aeußerung geeignet war, die Schritte des andern Theils zu dessen Nachtheil zu bestimmen (R.G. vom 4. Mai 1894, J.W. S. 318; R.G. vom 10. 2. 1898 im Sächsischen Archiv Bd. 8 S. 451, vergl. auch R.G. 30 S. 62), immer aber unter der Voraussetzung, daß der Schweigende thatsächlich die ihm gewordenen Erklärungen in dem Sinne verstand, welche eine Antwort nach Treu und Glauben erfordert (R.G. vom 4. Mai 1894 in J.W. S. 318). Vorbehaltlose Annahme der Faktura über die bestellte Waare gilt als Genehmigung des vorher nicht vereinbarten Preises (R.O.H. 1 S. 85; 3 S. 114; 16 S. 41).[1]) Wird mit einem Agenten ein Abkommen getroffen und schickt der Prinzipal des Agenten der Deutlichkeit wegen ein Bestätigungsschreiben an den Gegenkontrahenten, so ist das Schweigen auf dasselbe Billigung, so z. B. wenn darin die Klausel enthalten ist, „nach den hiesigen Börsenbedingungen" (Bolze 1 Nr. 654). Uebersendet der eine Theil dem andern seine Geschäftsbedingungen und werden dann Geschäfte gemacht, so gelten die Geschäftsbedingungen als genehmigt (R.G. vom 3. 5. 99 bei Holdheim 8 S. 190). Besonders hervorzuheben ist, daß, wenn der Gläubiger dem Schuldner rechtzeitig avisirt, *er werde den schuldigen Betrag an einem bestimmten Tage per Tratte „entnehmen"*, der Schuldner durch sein Schweigen dies genehmigt, und daher verpflichtet ist, die eventuellen Protestkosten zu tragen. Dagegen bildet dies keinen selbstständigen Klagegrund für die Hauptsumme, der Anspruch auf dieselbe muß vielmehr besonders begründet werden.

Anm. 15. b) *Das Kontrahiren mit öffentlichen Anstalten (z. B. Versicherungs-, Transportanstalten), welche Prospekte oder allgemeine Bedingungen versenden, seitens solcher Personen, welche ein Exemplar dieses Prospekts erhalten haben, gilt als Unterwerfung unter die Bedingungen* (R.G. 13 S. 77). Willenbücher (Anm. 5 zu Art. 279), ebenso Bolze (3 Nr. 673) referiren dieses Urtheil nicht zutreffend, wenn sie schon das Kontrahiren nach gehöriger öffentlicher Bekanntmachung des Prospektes als Unterwerfung unter denselben ansehen. Indessen wird man über das Urtheil des Reichsgerichts hinaus dies annehmen können. Es ist allgemein bekannt, daß allgemeine Verkehrsanstalten, z. B. die Berliner Packetfahrtgesellschaft, besondere Bedingungen (Tarife, Bestimmungen über Haftung für Verlust und Beschädigung u. s. w.) aufstellen müssen, um ersprießlich zu wirken, denn die gesetzlichen Bestimmungen sind nicht erschöpfend und nicht für alle Betriebsarten gleich passend. Veröffentlicht eine solche Anstalt ihre allgemeinen Bedingungen, so muß von Jedem, der mit ihr kontrahirt, angenommen werden, daß er sich ihnen unterwirft, auch wenn er kein Exemplar des Prospekts empfangen oder gelesen hat (zust. Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1894 S. 70). Einem ähnlichen Gedanken hat das R.O.H. (12 S. 214) in Bezug auf den Annoncenspediteur, der seine Tarife verbreitet, Ausdruck gegeben, allerdings nur dahin, daß der *Annoncenspediteur* an die von ihm publizirten Bedingungen gebunden ist. Weiter kann man allerdings nicht gehen: man kann privaten Verkehrsanstalten, die ihre Bedingungen nicht oder nicht geeignet publizirt haben, nicht das Recht gewähren, sich auf ihre Reglements zu berufen (Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1894 S. 70).

Anm. 16. c) **Ueber Börsenusancen** siehe unsere Allgemeine Einleitung Anm. 29.

Anm. 17. d) **Als weitere Beispiele** seien erwähnt: R.O.H. 7 S. 61, Bolze 16 Nr. 240, R.G. 40 S. 200: („nicht verklagen wollen" bedeutet nicht Rechtsverzicht, sondern längere Stundung); R.O.H. 13 S. 366 („sofort, unverzüglich" bedeuten kein absolutes Zeitmaß); R.O.H. 2 S. 185, O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 353 („zahle nach Bequemlichkeit, wie es mir paßt," nicht Willkür, sondern Ziel nach dem richterlichen

---

[1]) Im Uebrigen aber ist der widerspruchslosen Annahme der Faktura die Bedeutung nicht beizulegen, als ob die von den gesetzlichen oder vereinbarten Bedingungen des Geschäfts abweichenden Bemerkungen daraus genehmigt seien (Bolze 18 Nr. 447; vergl. unsere Bemerkungen im Exkurse zu § 372).

Ermessen; R.O.H. 15 S. 176 (Höflichkeitsausdrücke wie „aus Gefälligkeit" ändern an der obligatorischen Natur des Geschäfts nichts); R.O.H. 8 S. 209 („circa" bedeutet bestimmte Summe mit geringer Abweichung nach richterlichem, eventuell sachverständigem Ermessen); R.O.H. 14 S. 81 („frei bleibend" in einer Verkaufsofferte ist gleichbedeutend mit dem Vorbehalt völliger Freiheit des Handelns); R.G. vom 13. März 1888 bei Bolze 5 Nr. 446 (garantirter Gewinn bedeutet Ausschluß von der Theilnahme am Verlust): im Buchhandel bedeutet die Festsetzung eines Ladenpreises die beiderseitige Verpflichtung, den festgesetzten Preis inne zu halten (L.G. Hamburg in G.Z. 43 S. 344); R.G. 28 S. 176 (Besserungsscheine begründen eine rechtliche Verpflichtung zur Nachzahlung beim Eintritt besserer Vermögensverhältnisse; vergl. dieses Erkenntniß über die Beweislast); vergl. auch R.G. 40 S. 200 (auch wenn die Zeit und Höhe der Abzahlungen dem Ermessen des Verpflichteten überlassen ist, ist damit nicht jeder Rechtsweg verschlossen, sondern Anfechtung wegen manifesta iniquitas gegeben; vergl. auch § 315 B.G.B.); vergl. über Besserungsscheine auch noch R.G. 42 S. 153; Bolze 17 Nr. 165 (wer einem außergerichtlichen Accorde beitritt, übernimmt damit die Verpflichtung, die auf die Forderung erhaltenen Wechsel aus dem Verkehr zu ziehen und selbst einzulösen, vergl. hierüber Staub W.O. § 63 zu Art. 82). Die Meinung, daß eine Stundung auf Raten im Zweifel die clausula cassatoria in sich schließt, wird oft vertreten; uns erscheint es bedenklich, dies allgemein oder auch nur für den Regelfall auszusprechen (vergl. auch § 361 B.G.B., welcher voraussetzt, daß das Geschäft als Fixgeschäft intendirt ist); im Einzelfall ist es als beiderseitiger Wille angenommen worden vom R.G. bei Bolze 18 Nr. 265. Die Verpflichtung, mangelhafte Waare jederzeit zurückzunehmen, ist nicht wörtlich zu deuten (Bolze 18 Nr. 437); die Klausel „cif" (cost, insurance, freight) bedeutet, daß der Verkäufer die Kosten, Versicherungen und Fracht bis zum Bestimmungsorte übernimmt (R.O.H. 13 S. 438; R.G. 14 S. 114).

Anm. 18. **Zusatz: Die Berücksichtigung der Verkehrssitte ist dem Richter noch durch eine andere Gesetzesvorschrift außer § 157 B.G.B. zur Pflicht gemacht, nämlich durch den § 242 B.G.B.:** Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Im Allgemeinen wird dies mit § 157 B.G.B. zusammenfallen: meist wird sich aus der Auslegung von Willenserklärungen auch die Art der Leistung ergeben. Aber die beiden Gebiete decken sich nicht nothwendig und deshalb ist die Verkehrssitte auch über den Bereich des § 157 B.G.B. hinaus überall da in Betracht zu ziehen, wo § 242 B.G.B. zur selbstständigen Anwendung gelangt, z. B. wo es sich um das Maß von Verpflichtungen handelt, die nicht aus Rechtsgeschäften entstehen, etwa aus unerlaubten Handlungen.

Aber damit ist die Anerkennung der Verkehrssitte noch nicht einmal erschöpft. So wird z. B. der Begriff der Fahrlässigkeit in seiner konkreten Gestaltung im Einzelfall durch die Verkehrssitte stark beeinflußt werden. Soll beurtheilt werden, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, ob die einem ordentlichen Kaufmann obliegende Sorgfaltspflicht verletzt ist, so wird die Berücksichtigung der Verkehrssitte den wichtigsten Anhaltspunkt bieten. Aber neue Rechtsgrundsätze können sich auf Grund bloßer Verkehrssitte nicht bilden. Soweit reicht unter Umständen wohl die Kraft einer Rechtssitte, eines Gewohnheitsrechts, wie in unserer Allgemeinen Einleitung Anm. 23, 24 gezeigt ist, nicht aber die Kraft einer bloßen Verkehrssitte.

§ 347.

Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.

Unberührt bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu ver-

treten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Einleitung. **Der vorliegende § bestimmt das Maß der dem Kaufmann obliegenden Sorgfalt.** Es wird bestimmt, daß, soweit ihm in dem Gesetze eine Sorgfaltspflicht auferlegt wird, er für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haftet. Allein nach Abs. 2 sollen die Milderungen der Haftung, welche das B.G.B. eingeführt hat, auch für den Kaufmann gelten.

Anm. 1. 1. Nur um die Sorgfaltspflicht **des Kaufmanns** handelt es sich. Denn nur von dessen Sorgfalt ist hier die Rede, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Das aber ist nach dem neuen H.B.G. nothwendig ein Kaufmann, da nur die Geschäfte eines Kaufmanns Handelsgeschäfte sind (§ 343). Im früheren H.G.B. Art. 282 lautete die Vorschrift den Worten nach ebenso; da es aber nach dem alten H.G.B. auch absolute Handelsgeschäfte gab, so konnte es kommen, daß auf Seiten eines Nichtkaufmanns ein Handelsgeschäft vorlag, und dann war dieser zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet. Diese merkwürdige Konsequenz kann bei dem veränderten System des neuen H.G.B. nicht mehr eintreten.

Anm. 2. 2. **Nur um bestehende Sorgfaltspflichten** handelt es sich. Der vorliegende Paragraph will nicht etwa den Satz aufstellen, daß der Kaufmann in allen seinen Angelegenheiten die Sorgfalt eines Kaufmanns anzuwenden habe, sondern nur: wenn er nach Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Sorgfalt verpflichtet ist, so soll er zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet sein. Ob und mit welchen Folgen er z. B. für culpa in contrahendo einzustehen hat, darüber ist hier nichts gesagt.

Anm. 3. 3. **Zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** ist der Kaufmann verpflichtet. Dadurch soll der Begriff Fahrlässigkeit, wie er im § 276 B.G.B. aufgestellt ist (fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt) einen bestimmten Inhalt erhalten (Denkschrift S. 194): Fahrlässig handelt hiernach ein Kaufmann, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns außer Acht läßt. Indessen lassen sich auch über diesen Begriff weder allgemeine Regeln, noch eine feste Begriffsbestimmung geben: Die besondere Natur des Falles, die Vertragsgattung, die Handelssitte, sind die leitenden Momente. (Daß hierbei auch die letztere zu berücksichtigen ist, auch dort, wo die §§ 157 und 242 B.G.B. nicht Platz greifen, ist bereits in Anm. 19 zu § 346 erwähnt.) Außerordentliche Umstände können eine außerordentliche Thätigkeit erheischen, so z. B. bei Störung des Verkehrs durch kriegerische Ereignisse (R.O.H. 15 S. 174), oder bei telegraphischem Verkehr (unter Umständen Pflicht zur Wiederholung des Telegramms, R.O.H. 23 S. 369; üblich ist die briefliche Wiederholung des Telegramms und gehört wohl zur Sorgfalt ordentlicher Kaufleute). Wichtige Briefe müssen unter Umständen eingeschrieben gesandt werden, insbesondere solche, welche Urkunden enthalten.

Ueberall hat der Kaufmann hierbei für diejenige Sorgfalt einzustehen, die ein Kaufmann seines Gewerbes gewöhnlich anwendet.

Anm. 4. Aber nicht bloß für seine eigene Sorgfalt hat der Kaufmann einzustehen, sondern auch dafür, daß diejenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden, auch wenn diese nicht Kaufleute sind. Denn für ein Verschulden dieser Gehilfen haftet er wie für eigenes Verschulden (§ 278 B.G.B.).

Anm. 5. 4. **Die Regel des Abs. 1 wird jedoch im Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen dahin eingeengt, daß die im bürgerlichen Recht vorgesehenen Milderungen der Haftung auch für den Kaufmann gelten:** Wo nach dem B.G.B. nur grobe Fahrlässigkeit oder nur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten zu vertreten ist, da soll auch der Kaufmann nicht abstrakt für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haften, sondern für Verletzung dieser geringeren Sorgfaltspflicht, es mag sich um eigene oder um die Handlungen seiner Erfüllungsgehilfen handeln. (Nach dem früheren Art. 282 galten diese Milderungen nicht, vielmehr haftete

früher der Kaufmann schlechtweg für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ohne Rücksicht auf die Milderungen des Civilrechts).

Beispiele solcher Milderungen sind: Anm. 6.

a) Nur grobe Fahrlässigkeit ist zu vertreten nach § 300 Abs. 1 B.G.B. (während des Verzugs des Gläubigers), nach §§ 521 und 523 (Schenkung), nach §§ 599 und 600 (Leihe), nach § 680 (Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung einer dringenden Gefahr), nach § 968 (bezüglich gefundener Sachen). Für das Verschulden von Hilfspersonen haftet man in diesen Fällen nicht (Dernburg II S. 147).

b) Für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet der Schuldner im Falle des B.G.B. § 690 (unentgeltliche Aufbewahrung), 708 (Gesellschafter), — wobei jedoch der Schuldner von der Haftung für eigene grobe Fahrlässigkeit nicht befreit wird (§ 277 B.G.B.). Dabei kommt die Sorgfalt, die der Machtgeber in seinen eigenen Dingen, nicht die Sorgfalt, die der Vertreter in seinen Dingen anzuwenden pflegt, in Betracht. Anders Dernburg II S. 145, weil das Handeln des Vertreters in Frage stehe; allein es stehen die Pflichten des Machgebers in Frage. Anm. 7.

Wo andere Gesetze, außer dem B.G.B., die Sorgfaltspflicht mildern, da versteht sich die Geltung der Ausnahme auch für den Kaufmann von selbst nach Art. 2 Abs. 2 E.G. zum H.G.B. Anm. 8.

Von selbst versteht es sich, daß die im B.G.B. oder in sonstigen Gesetzen vorgesehene verschärfte Haftung unberührt bleibt; z. B. § 287 (Haftung des Schuldners für jede Fahrlässigkeit, also auch ohne die Entschuldigung der diligentia quam suis, wo sie sonst vielleicht zulässig wäre und die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit während seines Verzuges) § 678 (Haftung für jeden Schaden bei Geschäftsführung gegen den muthmaßlichen Willen des Geschäftsführers); § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes (Haftung ohne Verschulden). Anm. 9.

Zusatz. Der vorliegende Paragraph enthält keine Vorschriften über folgende Fragen: Anm. 10.

1. **Ueber die Frage, in welchen Fällen der Kaufmann überhaupt zur Sorgfalt verpflichtet ist?** Siehe oben Anm. 2.

2. **Ueber die Frage, welche Rechtsfolgen die Verletzung der Sorgfalt hat?** Auch in § 276 B.G.B. der durch vorliegenden Paragraph einen bestimmteren Inhalt erhalten soll, heißt es nur, was Fahrlässigkeit bedeutet, und daß der Schuldner, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist, „Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat." Welches aber die Folgen sind, wenn fahrlässig gehandelt wird, mit anderen Worten: in welcher Weise die Fahrlässigkeit zu vertreten ist, darüber ist in dem § 276 nichts gesagt. Darüber verhalten sich zahlreiche Einzelvorschriften. Dagegen ist kein allgemeiner Grundsatz hierüber aufgestellt, insbesondere nicht dahin, daß, wer eine Fahrlässigkeit begeht, wer die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, oder wer gar vorsätzlich handelt, dem dadurch Geschädigten dem dadurch erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Indessen wird man wohl berechtigt sein, aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzbuchs **den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht.** Der Grundsatz kann, um Mißverständnisse zu vermeiden, nicht dahin aufgestellt werden, daß allgemein für jede vorsätzliche und fahrlässige Handlung auf Schadensersatz gehaftet werde, sondern daß, wo auf Grund des betreffenden Rechtsverhältnisses die Folgen des Versehens überhaupt zu vertreten sind, für die Folgen des Versehens überhaupt gehaftet wird, diese Rechtsfolge in der Verpflichtung zum Schadensersatz besteht, sofern dieselbe durch das Gesetz nicht ausgeschlossen ist. Wollte man diesen Grundsatz nicht annehmen, so blieben zahlreiche Fälle ungeregelt. Denn die Regeln vom Verzuge reichen nicht immer aus. Allerdings hat der Schuldner, der in Verzug geräth, Schadensersatz zu leisten (§ 286 B.G.B.). Allein zum Verzuge gehört nicht bloß, daß der Schuldner seine Verpflichtung in schuldhafter Weise verletzt (§ 285 B.G.B.), sondern auch, daß er an Erfüllung gemahnt worden ist, und nur der Fall, daß eine kalendermäßige Bestimmung für die Erfüllung besteht, macht die Mahnung überflüssig (§ 284 B.G.B.). Es giebt aber zahlreiche Fälle von schuldhafter Nichterfüllung Anm. 11.

und mangelhafter Erfüllung, in denen diese Voraussetzungen des Verzugs nicht vorliegen. So hat z. B. der Beauftragte dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, (§ 666 B.G.B.) und die gleiche Pflicht trifft den Dienstverpflichteten und den Werkmeister, der eine Geschäftsbesorgung übernommen hat (§ 675 B.G.B.), sowie den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 B.G.B.). Was aber ist die Rechtsfolge, wenn diese Personen eine erforderliche Nachricht schuldhaft nicht gegeben und dadurch dem andern Theil Schaden zugefügt haben? Es kann kein Zweifel bestehen, daß daraus die Schadensersatzpflicht folgt. Oder es hat ein Gesellschafter fahrlässiger Weise eine unrichtige Bilanz aufgestellt, und dadurch die anderen Gesellschafter zu verfehlten geschäftlichen Operationen verleitet. Daß dies ein wichtiger Grund ist zur Auflösung der Gesellschaft, mag sein. Aber außerdem wird man doch den also geschädigten Gesellschaftern den Anspruch auf Schadensersatz gewähren müssen, obwohl ein bestimmter Grundsatz nach dieser Richtung nicht aufgestellt ist. § 280 Abs. 1 B.G.B. regelt nur den Fall, daß die Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, nicht die große Zahl derjenigen Fälle, in denen die nachträgliche Erfüllung zwar möglich ist, inzwischen aber durch die bereits geschehene Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Zahlreiche Vorschriften der neuen Gesetze beweisen auch, daß ihnen dieser allgemeine Rechtsgrundsatz innewohnt. Es wird z. B. verwiesen auf § 618 Abs. 3 B.G.B. und § 62 Abs. 3 H.G.B., wo die Schadensersatzpflicht als Folge der schuldhaften Verletzung der dort vorgesehenen Schutzpflichten als selbstverständlich vorausgesetzt ist, auch auf § 1218 Abs. 2 B.G.B., welche Vorschrift eine lex imperfecta wäre, wollte man an ihre Verletzung nicht die Schadensersatzpflicht knüpfen. Vergl. auch Denkschrift zum H.G.B. S. 202, wo ebenfalls gesagt ist, daß nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzpflicht entsteht, wenn eine Rechtspflicht verletzt wird; ferner Planck Anm. 4 zu § 663 B.G.B., Anm. 3 zu § 670 B.G.B.; endlich geht Dernburg II S. 60 ersichtlich von diesem Grundsatze aus.

Anm. 12. 3. **Ueber die Folgen konkurrirenden Verschens.** Hierüber verhält sich § 254 B.G.B. (Richterliches Ermessen entscheidet darüber, ob nach Bewandtniß der Umstände das konkurrirende Verschen auf die Ersatzpflicht von Einfluß ist, und sie kann von Einfluß sein auf die Ersatzpflicht überhaupt und auch auf die Höhe derselben). Als konkurrirendes Verschulden gilt es dabei auch, wenn der Geschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte, noch kennen mußte, oder daß er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, wobei er auch für das Verschen seiner Gehilfen einzustehen hat.

Anm. 13. 4. **Ueber die Beweislast bei Ansprüchen aus verletzter Sorgfaltspflicht.** Es ist zwar nicht richtig, wenn Goldschmidt System 4. Aufl. S. 170 ganz allgemein dem Sorgfaltspflichtigen den Beweis gehöriger Sorgfalt auferlegen will. Indessen gilt dies doch für die meisten Fälle. Es gilt zunächst für diejenigen Verhältnisse, welche eine Rechenschaftspflicht involviren, insbesondere für den Auftrag und die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Dernburg II S. 151; vergl. auch bei uns Anm. 2 zu § 241; vergl. R.G. 20 S. 269). Ferner hat derjenige, der eine vertragswidrige Leistung gemacht oder sonst seine Vertragspflichten objektiv verletzt hat, seine Schuldlosigkeit darzuthun, wenn er sich von den Rechtsfolgen befreien will (R.G. 21. S. 205; 22 S. 172; Bolze 1 Nr. 477; vergl. §§ 282, 285, 345 B.G.B.). Und es ist endlich zu beachten, daß oft schon aus der bloßen Nichterfüllung und mangelhaften Erfüllung der Verträge, also aus der objektiven Vertragswidrigkeit die Ansprüche des Gegenkontrahenten entstehen (z. B. §§ 463, 538 BGB).

Bei dem Beweise über den ursächlichen Zusammenhang spielen die Erfahrungssätze eine große Rolle (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 58).

Anm. 14. 5. **Ueber die Art der Schadensvergütung und den Umfang des Schadens.** Hierüber gelten die Vorschriften der §§ 249 flg. B.G.B. Dieselben enthalten insbesondere die aus dem alten H.G.B. herüber genommene **Vorschrift des § 252, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt.**

Der § 252 B.G.B. lautet:

§ 252. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge

oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Dieser Paragraph ist besonders für das Handelsrecht wichtig. Zur Erläuterung mag Folgendes bemerkt werden:

a) Als bereits eingetretener Schaden gilt auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit (z. B. die Verpflichtung zur Zahlung einer Konventionalstrafe, R.O.H. 4 S. 192, 12 S. 269; 13 S. 200, 15 S. 48). Anm. 15.

b) Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach den besonderen Umständen des Falles mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Definition des § 252 B.G.B. deckt sich mit der Definition des § 6, I 6 A.L.R., die auch für das Handelsrecht als maßgebend anerkannt worden war (R.O.H. 11 S. 17), nur daß die landrechtliche Definition insofern vorzuziehen war, als sie einen Zweifel nicht aufkommen ließ, der sich an die Definition des B.G.B. knüpft. Die landrechtliche Definition sagte nämlich klar und deutlich, daß „nur" derjenige Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, als entgangener Gewinn zu betrachten sei. Damit war klargestellt, daß, wenn sich in der Zukunft herausstellte, daß ein Gewinn überhaupt nicht zu erwarten war, ein Ersatz überhaupt nicht zu leisten war. Was zur Zeit der entstandenen Ersatzpflicht als Gewinn zu erwarten war, war hiernach nicht absolut zu ersetzen, sondern war die Grenze dessen, was zu ersetzen war. Stellte sich in Zukunft heraus, daß mehr zu erwarten war, so ist dies nicht maßgebend, stellte sich in Zukunft heraus, daß gar kein Gewinn zu erwarten war, so fiel eine Ersatzpflicht wegen entgangenen Gewinnes weg. In dieser Weise wird denn auch die neue Vorschrift des B.G.B. ausgelegt (Planck Anm. 2 zu § 252 B.G.B.). Anm. 16.

Da nicht nur derjenige Gewinn zu ersetzen ist, der nach den besonderen Umständen des Falles, insbesondere nach den getroffenen Anstalten zu erwarten war, sondern auch derjenige Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten ist, so ist, um darzuthun, daß man aus dem Nichtverkauf von Waaren Schaden erlitten hat, nicht etwa nachzuweisen, daß man bereits ein Geschäft abgeschlossen hatte. Vielmehr ist bei einem Kaufmann davon auszugehen, daß er die innerhalb seines Handelsbetriebes bestehende Gelegenheit zu vortheilhaften Geschäften nicht unbenutzt lassen wird. Daher braucht er nur die Verkäuflichkeit der Waare darzuthun (R.O.H. 2 S. 197). R.G. 4 S. 1 nimmt sogar bei Waaren, welche den Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, die Verkaufsmöglichkeit ohne Weiteres an und fordert den Beweis des Gegentheils. Anm. 17.

Fordert man jedoch den entgangenen Gewinn lediglich, weil er auf Grund des gewöhnlichen Laufes der Dinge ohne bereits getroffene Veranstaltungen und Vorkehrungen zu erwarten war, so ist eben nur auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge Rücksicht zu nehmen. Daß durch irgendwelche Spekulationen, die aber nicht entrirt waren, möglicher Weise ein höherer Gewinn sich ergeben konnte, kommt hierbei nicht in Betracht. Anm. 18.

Anders, wenn derjenige Gewinn gefordert wird, der auf Grund bereits getroffener Veranstaltungen und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit hätte erzielt werden können. Hier kann auch ein Gewinn liquidirt werden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht, oder nur in Folge der besonderen Veranstaltungen zu erwarten war. Anm. 19.

Ersatz eines unehrbaren Gewinnes kann auf keinen Fall verlangt werden.

c) Ob der Schaden voraussehbar war, ist gleichgiltig. Auch derjenige Schaden ist zu ersetzen, dessen Entstehung der Ersatzpflichtige nicht hat voraussehen können, und nur dann, wenn der Ersatzberechtigte es unterlassen hatte, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner Anm. 20.

weder kannte, noch kennen mußte, liegt ein die Schadensersatzpflicht beeinflussendes konkurrirendes Verschen des Ersatzberechtigten vor. In Folge dieses Verschens kann der Richter die Schadensersatzpflicht überhaupt verneinen oder jedenfalls die Höhe des Schadens herabmindern (§ 254 Abs. 2 B.G.B.). Dazu gehört aber, daß der Ersatzberechtigte selbst diese Gefahr kannte oder kennen mußte. Ist dies nicht der Fall, so liegt konkurrirendes Verschen seinerseits nicht vor und die Ersatzpflicht greift in ihrem vollen Umfange Platz. Dabei hat aber der Ersatzberechtigte die Verschen seiner Gehilfen zu vertreten, wie seine eigenen. Dies verordnet § 254 Abs. 2 B.G.B. Hat z. B. Jemand in Folge der Nichterfüllung der Verbindlichkeit seines Gegenkontrahenten seine eigene Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten nicht erfüllt und dadurch eine Konventionalstrafe verwirkt, so haftet ihm sein vertragsbrüchiger Gegenkontrahent auf Bezahlung derselben, selbst wenn er von dieser Konventionalstrafverpflichtung nichts wußte (so auch nach früherem Recht R.G. 19 S. 25). Ist aber die Konventionalstrafe ungewöhnlich hoch, so ist es Pflicht des Ersatzberechtigten, seinen Schuldner auf diese Gefahr aufmerksam zu machen. Thut er dies nicht, so kann der Richter den Anspruch auf Ersatz dieser Konventionalstrafe überhaupt oder zum Theil absprechen.

Uebrigens wird man das Prinzip, daß man auch für den nicht voraussehbaren Schaden haftet, nicht ins Ungemessene ausdehnen dürfen, wenn man sich nicht mit den Anforderungen des Lebens und der Praxis in schroffen Widerspruch setzen will. Man haftet nicht etwa für die allerentferntesten Folgen, sofern sie nur mit dem schädigenden Ereigniß in kausalem Zusammenhange stehen. Gegen eine solche Ueberspannung des Prinzips wendet sich mit Recht Dernburg II S. 66 (vergl. auch R.G. 6 S. 1; 29 S. 120). Die richtige Grenze zu formuliren ist freilich schwer und wird vielleicht ein ewiges Problem bleiben. Dernburg will die Haftung wegfallen lassen, wenn der Schaden nicht sowohl verursacht, als bloß veranlaßt ist; für besser aber hält er es, wenn man das vernünftige Ermessen des Richters die Grenze ziehen läßt. Aber dem Richter wird nichts willkommener sein, als wenn die Wissenschaft ihm bei dieser Grenzziehung durch eine abstrakte Formel hilft. Vielleicht empfieht sich folgende Formulirung: Man haftet dann nicht, wenn der Erfolg nur durch wesentliches Mitwirken weiterer, mit der schädigenden Handlung nicht im Zusammenhange stehender Thatsachen erzeugt worden ist.

Anm. 21. 6. **Ueber den Kausalnexus.** Diese Frage ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Dabei ist als allgemeiner Grundsatz festzuhalten, daß der Schaden allerdings die wirkliche, wenn auch nicht nothwendige Folge der Handlung sein muß, aber die Handlung nicht die einzige Ursache zu sein braucht (R.G. 13 S. 66). Auch daß eine freie Handlung des Beschädigten die letzte Ursache der Beschädigung war, beseitigt den Kausalzusammenhang nicht, wenn diese freie Handlung durch Schuld des Beschädigers veranlaßt war (R.G. 29 S. 120). Vergl. übrigens auch Anm. 20 a. E.

Anm. 22. 7. **Ueber die Frage, ob die Haftung wegen Fahrlässigkeit durch Vertrag ausgeschlossen werden kann.** Dies ist nach § 276 Abs. 2 B.G.B. der Fall. Auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit kann hiernach wegbedungen werden (früher anders R.O.H. 2 S. 293; Bolze 4 Nr. 640; R.G. 20 S. 116). Gleichzeitig sei bei dieser Gelegenheit bemerkt, daß die Haftung für eigenen Vorsatz nicht, wohl aber die Haftung für vorsätzliches Handeln der Gehilfen durch Vertrag wegbedungen werden kann (§ 278 B.G.B.). Auch die Haftung für vorsätzliches Handeln der gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen kann durch Vertrag ausgeschlossen werden. Der § 278 Satz 2 ergiebt dies klar und Dernburg II S. 141 kann es nicht deshalb leugnen, weil es „dem Zwecke des § 276 Satz 2 widerspreche".

§ 348.

Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt eine vereinzelte Bestimmung über die Vertragsstrafe (Konventionalstrafe) und zwar eine solche, die dazu bestimmt ist, eine Bestimmung des bürgerlichen Rechts für den Handelsverkehr einzuschränken.

Indessen ist die Lehre von der Vertragsstrafe für den Handelsverkehr überhaupt so wichtig, daß es nur angemessen erscheint, auch die civilrechtlichen Grundsätze über dieselbe hier im Zusammenhange darzustellen. **Innerhalb dieses Zusammenhanges erfolgt auch die Erläuterung des vorliegenden Paragraphen** (unten Anm. 23).

Wir versehen daher die Erläuterung des vorliegenden Paragraphen mit der Ueberschrift:

Die Lehre von der Vertragsstrafe.

(Konventionalstrafe.)

Anm. 1. 1. **Die Grundsätze über die Vertragsstrafe sind im B.G.B. in den §§ 339—349 abgehandelt.** Den § 343 B.G.B. modificirt unser § 348 H.G.B.

Anm. 2. 2. **Der Begriff und der rechtliche Charakter der Vertragsstrafe.** Eine Vertragsstrafe oder eine Konventionalstrafe liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Geldsumme oder eine andere Leistung als Strafe verspricht (§§ 339 und 342 B.G.B.).[1])

Anm. 3. Die Konventionalstrafe setzt hiernach einen Schuldner und einen Gläubiger, also eine bestehende Verbindlichkeit voraus, sie hat also accessorischen Charakter. Besteht die Hauptverbindlichkeit nicht, oder fällt sie weg, so besteht auch kein Anspruch auf die stipulirte Vertragsstrafe. Ausdrücklich hervorgehoben ist dies für den Fall, daß das Gesetz die Hauptleistung für unwirksam erklärt (§ 344 B.G.B.). Die Vertragsstrafe ist hiernach unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit unwirksam ist, z. B. wegen Formmangels (§ 125 B.G.B.), Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 B.G.B.), wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 B.G.B.), wegen Anfechtung (§ 142 B.G.B.), wegen Rücktritts (z. B. § 326 B.G.B.), als Spielschuld (§§ 762 flg. B.G.B.), als Eheversprechen (§ 1297 B.G.B.), als nichtige Konkurrenzklausel (§ 74 H.G.B.; Anm. 26 zu § 22).

Anm. 4. Natürlich kann auch die Vereinbarung der Konventionalstrafe aus selbstständigen Gründen nichtig sein, z. B. weil sie gegen die guten Sitten verstößt. Ob in diesem Falle das ganze Rechtsgeschäft oder nur die Vertragsstrafstipulation nichtig ist, ist nach § 139 B.G.B. zu beurtheilen, d. h. es kommt darauf an, ob ohne die Strafklausel der Vertrag geschlossen worden wäre oder nicht (vergl. über diese Frage bei der Konkurrenzklausel der Handlungsgehilfen Anm. 7 zu § 75). Willkürlich ist es, wenn Endemann I § 133 Nr. 1 ganz allgemein sagt, die Unwirksamkeit der Vertragsstrafe habe auf den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Einfluß.

Anm. 5. Der Zweck der Vertragsstrafe ist nach dem B.G.B. ein doppelter: einerseits soll sie dem Schuldner durch den drohenden Nachtheil zur Erfüllung seiner Verpflichtung anspornen, andererseits soll sie dem Gläubiger eine Erleichterung gewähren bei der Geltendmachung der ihm durch die Vertragsverletzung entstehenden nachtheiligen Folgen. Welchen Zweck der Gläubiger aber bei der Stipulirung der Vertragsstrafe im gegebenen Falle im Auge gehabt hat, ist gleichgiltig. Er kann die einmal stipulirte Strafe beiden Zwecken dienstbar machen.

Anm. 6. 3. **Voraussetzungen der Verwirkung der Konventionalstrafe.** Wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, so ist die Strafe verwirkt mit der Zuwiderhandlung (§ 339

---

[1]) Es muß eine von der Hauptleistung verschiedene Leistung sein. Nicht jeder Nachtheil, der an die Nichterfüllung einer Verpflichtung geknüpft ist, ist eine Vertragsstrafe. Besonders ist es keine Vertragsstrafe, wenn sich bei vertragswidrigem Handeln der Hauptanspruch selbst umgestaltet. Daher ist eine sog. kassatorische Klausel keine Vertragsstrafe, nicht das Recht der sofortigen Kündigung wegen Verfehlungen des Miethers, des Gesellschafters, der Dienstverpflichteten, nicht das Recht der Versicherungsgesellschaft, die Versicherung aufzuheben wegen Vertragsverletzung des Versicherten; nicht die Erhöhung des Kaufpreises oder des Zinsfußes bei Säumniß des Schuldners (so überall Dernburg II S. 220).

B.G.B.). Diese Vorschrift ist klar und giebt zu Bedenken keinen Anlaß (Planck Anm. 2 zu § 339). Es scheint nicht zulässig, dieser unzweideutigen Vorschrift gegenüber mit Kuhlenbeck (Anm. 2 zu § 339 B.G.B.) anzunehmen, daß die Zuwiderhandlung eine schuldhafte oder gar bewußte sein müsse. Aber andererseits muß mit Dernburg II S. 229 angenommen werden, daß die Strafe dann nicht verfällt, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet hat (vergl. Bolze 4 Nr. 589).

Anm. 7. Im Uebrigen aber, also bei Verpflichtungen positiver Art, soll die Strafe verwirkt werden, wenn der Schuldner in Verzug kommt (§ 339 B.G.B.), also wenn die Leistung trotz erfolgter Mahnung oder trotz Ablaufs eines für die Leistung bestimmten Kalendertages unterbleibt und zwar auf Grund eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat (§§ 284, 285 B.G.B.).

Anm. 8. Der § 339 B.G.B. trägt aber den zahlreichen Fällen nicht Rechnung, in denen die positive Leistung nicht kalendermäßig festgesetzt ist und in denen doch für eine Mahnung kein Raum ist, in denen in Folge dessen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angenommen werden muß, daß die bloße schuldhafte Pflichtverletzung, ohne besondere Mahnung, die Schadensersatzpflicht begründet (vergl. hierüber Anm. 11 zu § 347). So z. B. wenn in einem Vertrage stipulirt ist, für jeden Fall, wo der Milchlieferant unreine Milch liefert, habe er eine Vertragsstrafe von 100 Mk. zu zahlen. Ob die Milch rein ist oder nicht, kann in solchem Falle erst durch chemische Untersuchung festgestellt werden. Ist sie unrein, so wird sie zurückgewiesen. Für eine Mahnung ist gar kein Raum. Oder: der Socius einer o. H.G. macht eine Geschäftsreise und vereinbart mit seinen Socien, er wolle zur Vermeidung einer Vertragsstrafe von 100 Mk. für jeden Fall täglich Bericht geben. Auch hier ist die Vertragsstrafe verwirkt bei jedesmaligem Unterlassen eines Berichts.

Anm. 9. **Die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen der Vertragsstrafe** gestaltet sich wie folgt: Handelt es sich um eine Vertragsstrafe für Verletzung einer Unterlassungspflicht, so muß der Gläubiger das Bestehen der Hauptverpflichtung und der Strafverpflichtung und außerdem die Zuwiderhandlung beweisen (§ 345 B.G.B.).

Anm. 10. Handelt es sich um eine Vertragsstrafe wegen Verzuges, so hat der Gläubiger die Hauptverpflichtung und die Strafverpflichtung und daß der Schuldner gemahnt oder daß die Hauptverpflichtung kalendermäßig fixirt ist, zu beweisen. Der Schuldner hat demgegenüber entweder zu beweisen, daß er erfüllt hat (§ 345 B.G.B.) oder daß die Leistung unterblieben ist in Folge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat (§ 285 B.G.B.).

Anm. 11. Handelt es sich endlich um eine Vertragsstrafe wegen sonstiger schuldhafter Vertragsverletzung (oben Anm. 8), so hat der Gläubiger nur die Hauptverpflichtung und die Strafverpflichtung zu beweisen, alsdann hat der Schuldner entweder zu beweisen, daß er erfüllt hat (§ 345 B.G.B.) oder daß die Leistung unterblieben ist in Folge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat (Analogie des § 285 B.G.B.).

Anm. 12. 4. **Die Rechtsfolgen der Verwirkung der Vertragsstrafe.** Dieselben gestalten sich verschieden, je nachdem es sich um eine Vertragsstrafe für Nichterfüllung oder um eine solche für nicht gehörige Erfüllung handelt (§§ 340—342 B.G.B.).

a) **Bei der Strafe für Nichterfüllung** ist es der Entschließung des Gläubigers überlassen, ob er die verwirkte Strafe oder die Erfüllung verlangen will. Der Schuldner hat kein Recht, sich durch Belegung der Strafe von der Erfüllung zu befreien, die Vertragsstrafe ist keine Wandelpön. Der Gläubiger kann aber nicht beides nebeneinander verlangen, sondern er muß sich zwischen beiden Rechten schlüssig machen. Doch handelt es sich nicht um eine Wahlobligation nach §§ 262 ffg. B.G.B., sodaß der Schuldner nicht das Recht hat, den Gläubiger durch eine Fristbestimmung zur Erklärung der Wahl zu zwingen. Der Gläubiger kann sogar, selbst wenn er schon Erfüllung gefordert hat, statt der Erfüllung die Vertragsstrafe verlangen. Umgekehrt aber wird der Anspruch auf Erfüllung durch die Erklärung des Gläubigers, daß er die Strafe verlangt, ausgeschlossen. (Eine Ausnahme macht § 75 H.G.B., wo der Prinzipal nur die Vertragsstrafe wählen kann.)

Hat sich der Gläubiger für die Vertragsstrafe entschieden, so kann er neben der- Anm. 13.
selben, wie gesagt, nicht Erfüllung, wohl aber neben der Vertragsstrafe den weiteren Schaden geltend machen, der ihm durch die Nichterfüllung erwachsen ist, aber natürlich nicht vollen Schadensersatz neben der Strafe, vielmehr muß er sich auf den Anspruch auf Schadensersatz die Vertragsstrafe anrechnen lassen. Auch wird hierbei vorausgesetzt, daß dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach der betreffenden Rechtslage überhaupt zusteht, was z. B. nicht der Fall ist, wenn der Gläubiger auf Grund des § 326 B.G.B. wegen der Nichterfüllung den Rücktritt gewählt hat. Auch der Anspruch auf Verzugszinsen wird in dieser Weise von der Vertragsstrafe absorbirt, wenn dieselbe größer ist, als jener Anspruch; denn auch der Anspruch auf Verzugszinsen ist ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 288 B.G.B. (R.G. 9 S. 44); von dem Anspruch auf Prozeßzinsen nach § 291 B.G.B. gilt das nicht, dieser Anspruch entsteht neben der Konventionalstrafe (so auch nach früherem Recht R.G. 9 S. 44).

Durch die Geltendmachung des Erfüllungsversprechens allein wird, wie oben Anm. 14.
gezeigt, der Anspruch auf die Konventionalstrafe nicht ausgeschlossen, wohl aber durch die Annahme der Hauptleistung. Aber die Annahme einer Theilleistung nimmt dem Gläubiger das Recht auf die Vertragsstrafe nicht. Er kann immer noch die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung wählen. Insofern treten wir Planck (Anm. 3 zu § 340 B.G.B.) und Schollmeyer (Anm. 1b zu § 340) bei und Goldmann und Lilienthal S. 149 entgegen, welche in der theilweisen Nichterfüllung eine ungehörige Erfüllung sehen und deshalb nach erfolgter Theilleistung die Vertragsstrafe versagen. Aber die theilweise Nichterfüllung ist Nichterfüllung und durch die Nichterfüllung ist die ganze Strafe verwirkt (vergl. nach früherem Recht R.O.H. 22 Nr. 39). Deshalb ist es auch nicht zutreffend, wenn Planck (Anm. 3 zu § 340 B.G.B.) sagt: Wenn der Gläubiger sich nach erfolgter Theilleistung für die Vertragsstrafe entscheide, so müsse er die empfangene Theilleistung zurückgewähren. Dafür liegt gar kein Grund und Anhalt vor. Wohl aber werden wir den § 320 Abs. 2 B.G.B. anwenden und davon ausgehen müssen, daß bei Geringfügigkeit der ausgebliebenen Theilleistung die Geltendmachung der Vertragsstrafe gegen Treu und Glauben verstoßen würde, so z. B. wenn die Geldzahlung geleistet und nur das Porto oder das Bestellgeld abgeht.

b) **Bei der Strafe für nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung** kann der Anm. 15.
Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. Hat der Gläubiger nach der Rechtslage einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung, so kann er diesen insoweit geltend machen, als er durch den Betrag der Vertragsstrafe nicht gedeckt wird.

Annahme der Erfüllung schließt hier das Recht auf die Vertragsstrafe Anm. 16.
aus, außer wenn der Gläubiger — was dieser zu beweisen hat (Dernburg II S. 231) — sich das Recht auf die Strafe vorbehalten hatte. Der Vorbehalt kann formlos erfolgen. Auch kann durch Parteiabrede dieses Erforderniß beseitigt werden (R.O.H. 11 S. 442; Bolze 11 Nr. 287; vergl. unten Anm. 27). Bei Uebersendung durch einen Mittelsmann, etwa durch die Post, genügt sofortige Erklärung nach Empfang. Erklärung des Vorbehalts nach Verwirkung der Strafe und vor der Annahme der Erfüllung genügt (Bolze 16 Nr. 333).

c) Eine Abweichung von den zu a und b aufgestellten Regeln tritt dann Anm. 17.
ein, wenn eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme als Vertragsstrafe versprochen ist. In diesem Falle wird durch die Erklärung, daß die Vertragsstrafe verlangt werde, der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen (§ 342 B.G.B.). Es würde, wenn das nicht bestimmt wäre, zu Unzuträglichkeiten und Weitläufigkeiten führen, wollte man dem Gläubiger gestatten, in solchem Falle zunächst die nicht in Geld bestehende Vertragsleistung zu verlangen und alsdann den darüber hinausgehenden Schaden zu liquidiren. Die Sachleistung müßte zu diesem Zwecke erst abgeschätzt werden, was zu unsicheren Ergebnissen führen würde. Hier kann daher

Gläubiger, wenn er einen Anspruch auf Schadensersatz hat, zwar diesen geltend machen, auch wenn er diesen geltend gemacht hat, noch zu dem Verlangen auf die Vertragsstrafe übergehen; aber wenn er einmal erklärt hat, er wolle die Vertragsstrafe geltend machen, so ist damit der Anspruch auf Schadensersatz beseitigt.

Anm. 18. 5. **Die Höhe der Vertragsstrafe.**

a) An sich unterliegt die Vereinbarung über die Höhe der Vertragsstrafe keinen Beschränkungen. Nur wenn sie beim Hinzukommen weiterer Momente den Charakter der Unsittlichkeit (z. B. wucherischer Ausbeutung) annimmt, so wird sie ungiltig (§ 138 B.G.B.). Ob dann der ganze Vertrag ungiltig wird, darüber siehe oben Anm. 4.

Anm. 19. b) **Aber das Gesetz statuirt gegenüber der verwirkten Strafe ein richterliches Ermäßigungsrecht auf Antrag des Schuldners.**

α) Für die Ausübung des richterlichen Ermäßigungsrechts ist maßgebend eine ganze Reihe von Gesichtspunkten, unter denen aber das Interesse des Gläubigers obenan steht. Zu berücksichtigen ist dabei jedes Interesse des Gläubigers, nicht bloß ein greifbarer Vermögensschaden, auch ein Affektionsinteresse, auch ein ideales kann in Betracht kommen, aber immerhin muß es ein verständiges Interesse sein, bloße Launen und Kapricen verdienen im Rechtsverkehr keine Berücksichtigung. Auch der Umstand, daß die Vertragsstrafe ein Zwangsmittel sein und die Vertragstreue fördern soll, kommt in Betracht, und der Richter muß sich daher hüten, durch allzu leichtes Eingehen auf die Ermäßigungsbitte des Schuldners die Vertragsuntreue zu befördern. Auch ob der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig handelte und welcher Grad der Fahrlässigkeit vorliegt, kommt in Betracht. Aber auch die Vermögenslage des Schuldners darf nicht außer Betracht bleiben, obwohl wieder als Gegengewicht in Betracht kommt, daß der Schuldner sich selbst durch seine Vertragsverletzung in eine seine Vermögensverhältnisse bedrückende Lage gebracht hat.

Anm. 20. Im Einzelfalle das Richtige zu treffen, ist eine schwere, fast allzu schwere Aufgabe des Richters. Doch ist auch der Gesetzgeber von der Erwartung ausgegangen, daß der deutsche Richter von dem Ermäßigungsrecht keinen zu weitgehenden Gebrauch machen werde. Es muß schon ein ganz krasser Fall vorliegen, etwa in der Weise, daß gar kein ersichtliches Interesse des Gläubigers an einer so exorbitanten Strafe oder daß eine Bedrückung des Schuldners vorliegt, welche die ganze Existenz des Schuldners nachtheilig zu beeinträchtigen geeignet ist, so z. B. wenn der Inhaber eines Etablissements sich von seinem Kommis eine Konkurrenzklausel unterschreiben läßt bei Vermeidung einer Strafe von 100000 Mark. Das würde in den meisten Fällen die ganze Existenz des Kommis nachtheilig beeinträchtigen und wohl auch die Interessen des Gläubigers weit übersteigen.

Anm. 21. β) Die Geltendmachung des Ermäßigungsrechts erfolgt durch Einrede gegen die Klage auf Zahlung der Konventionalstrafe oder durch selbstständige Klage auf Herabsetzung. Die letztere hat nicht den Charakter einer Feststellungsklage (Goldmann und Lilienthal S. 149). Von Amtswegen darf die Herabsetzung nicht erfolgen. Die Beweislast für die Uebermäßigkeit hat der Schuldner (Dernburg II S. 228).

Anm. 22. γ) Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Entrichtet ist die Strafe streng genommen nur, wenn der Anspruch erfüllt ist (also, wenn die geschuldete Strafleistung bewirkt ist oder der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt angenommen hat, §§ 362, 364 B.G.B.). Aber es folgt weiter aus der Natur der Sache, daß das Ermäßigungsrecht auch dann nicht besteht, wenn das Schuldverhältniß sonst erloschen ist (z. B. durch berechtigte Hinterlegung oder durch Aufrechnungserklärung). Auch hier wird man davon sprechen können, daß die Strafe entrichtet sei. Die Strafe gilt nicht als entrichtet, wenn ein selbstständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 B.G.B. ab-

gegeben wird, auch nicht, wenn ein Wechsel über die Vertragsstrafe gegeben wird; denn im Zweifel gilt dies nicht als Erfüllung (§ 364 B.G.B.). Das Gleiche gilt, wenn ein Schuldanerkenntniß im Sinne des § 781 B.G.B. und § 350 H.G.B. abgegeben wird; auch hier greift § 364 B.G.B. Platz, während § 812 Abs. 2 B.G.B. hieran nichts ändert. Nach diesem letzteren Paragraphen gilt allerdings der Anerkenntnißvertrag als Leistung, aber nur im Sinne der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung. Es soll damit nicht gesagt werden, daß die Hauptverbindlichkeit als erfüllt gilt durch Abschließung eines Anerkenntnißvertrages, vielmehr wird diese Annahme ausgeschlossen durch § 364 B.G.B. Auch durch die Annahme einer Anweisung gilt die Vertragsstrafe nicht als entrichtet. Wohl aber ist natürlich die Strafe entrichtet durch Einlösung des Wechsels oder der Anweisung und sei es auch an den dritten gutgläubigen Besitzer. Wenn hierbei d. h. bei der Veräußerung der Urkunde Seitens des Strafgläubigers dolos vorgegangen ist, hat er dem Schuldner den Schaden zu ersetzen (§ 826 B.G.B.).

Leistung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urtheils ist keine Entrichtung.

Ist die Strafe theilweise entrichtet, so kann die Herabsetzung des noch rückständigen Theiles verlangt werden, dabei kann der noch rückständige Theil unter Umständen vom Richter ganz gestrichen werden.

δ) **Nach unserem § 348 H.G.B. fällt das Ermäßigungsrecht weg, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Vertragsstrafe versprochen hat.** Anm. 23

αα) Ein Kaufmann muß die Vertragsstrafe versprochen haben, mag es nun ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 sein. Doch muß es ein Vollkaufmann sein (§ 351). Ueberall greift aber hier auch die Vorschrift des § 5 Platz: auch hier kann derjenige, dessen Firma eingetragen ist, nicht geltend machen, daß sein Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe ist. Auch wer sonst als Kaufmann gilt, muß sich dies hier entgegenhalten lassen (vergl. den Exkurs zu § 5).

Ob aber der Kaufmann zur Zeit der Verwirkung hiernach noch als Kaufmann zu betrachten ist, ist gleichgiltig. Ebenso ist es gleichgiltig, ob der andere Theil Kaufmann ist. Ist er es nicht, so greift § 348 doch Platz, wenn der Versprechende Kaufmann ist; ist der andere Theil Kaufmann, so greift der § 348 doch nicht Platz, wenn der Versprechende nicht Kaufmann ist.

ββ) Im Betriebe seines Handelsgewerbes muß er die Vertragsstrafe versprochen haben. Ueber die weite Ausdehnung des Begriffs „Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe" siehe Anm. 9 flg. zu § 343. Der Paragraph hätte nach dem System des neuen H.G.B. überhaupt anstatt: „Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist," dahin gefaßt werden können: Eine Vertragsstrafe, deren Versprechen sich als ein Handelsgeschäft darstellt. Denn ein Handelsgeschäft ist ja nach § 343 nur dasjenige Geschäft, welches ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt. Selbstverständlich greift hier auch die Vermuthung des § 344 Abs. 1 und auch die verstärkte Vermuthung des § 344 Abs. 2 Platz (eine von einem Kaufmann schriftlich versprochene Vertragsstrafe gehört fiktiv und nicht bloß im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes). Anm. 24.

Die Frage, ob ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Strafe versprochen hat, wird besonders kritisch bei Strafgedingen, welche sich an die Konkurrenzklausel beim Kauf eines ganzen Geschäfts knüpfen. Hier wird die Frage beantwortet werden müssen, ob der Erwerb eines Geschäfts auf Seiten des Erwerbers ein durch einen Kaufmann bethätigtes Handelsgeschäft ist. Wir haben das bejaht (vergl. Anm. 26 zu § 343; vergl. auch Anm. 30 zu § 22). Anm. 25.

γγ) Treffen diese Voraussetzungen zu, so fällt nur das im § 344 B.G.B. normirte richterliche Ermäßigungsrecht weg, nicht auch Anm. 26.

sonstige Ermäßigungsrechte, welche in anderen Gesetzen gegeben sein sollten, z. B. nicht dasjenige, welches in § 4 des Gesetzes vom 16. Mai 1894 über die Abzahlungsgeschäfte gegeben ist.[1])

Anm. 27. 6. **Die Bestimmungen über die Vertragsstrafe sind zum Theil dispositiv, zum Theil zwingenden Charakters.** Dispositiv sind die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Vertragsstrafe: Es kann entgegen dem Gesetze vereinbart werden, daß die Vertragsstrafe auch ohne Verzug und auch ohne Verschulden eintreten soll, und umgekehrt, daß bei der Verletzung einer Unterlassungspflicht nur schuldhaftes Zuwiderhandeln die Vertragsstrafe zur Entstehung bringen soll. Dispositiv sind ferner die Bestimmungen über die Folgen der Vertragsstrafe: Es kann vereinbart werden, daß der Schuldner sich durch Zahlung der Vertragsstrafe von der Erfüllung befreien kann (Wandelpön) — ein Beispiel Anm. 30 zu § 22 —, es kann bei der Vertragsstrafe für Nichterfüllung vereinbart werden, daß neben der Erfüllung die Vertragsstrafe verlangt werden kann, oder auch neben vollem Schadensersatz, es kann umgekehrt bei der Vertragsstrafe für ungehörige Erfüllung vereinbart werden, daß der Gläubiger nur entweder die gehörige Erfüllung oder die Vertragsstrafe zu wählen hat; es kann der Vorbehalt bei der Annahme dort für unnöthig erklärt werden, wo das Gesetz ihn für nöthig erklärt, und dort für nöthig, wo das Gesetz ihn für unnöthig erachtet.

Anm. 28. Dagegen ist die Bestimmung über das richterliche Ermäßigungsrecht zwingenden Charakters. Es kann also nicht im Voraus vereinbart werden, daß dem Schuldner das Ermäßigungsrecht nicht zustehen soll. Ein nachträglicher Verzicht auf dasselbe aber ist zulässig d. h. ein Verzicht nach Verwirkung.

Anm. 29. 7. **Weitere Einzelheiten über die Vertragsstrafe.**

a) **Auslegung.** Vertragsstrafen können zwar nicht ausdehnend interpretirt werden (R.G. 26 S. 165), aber der wahre Wille der Parteien und die Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte sind auch hier die obersten Regeln (vergl. Anm. 2 ffg. zu § 346).

Anm. 30. b) **Cessibilität der Vertragsstrafe.** Der Anspruch auf die verfallene Vertragsstrafe kann selbstständig cedirt werden, der auf die nicht verfallene kann wegen ihres accessorischen Charakters (vergl. oben Anm. 3) nicht selbstständig cedirt werden (R.G. 15 S. 213). Umgekehrt geht mit dem Hauptanspruch der Anspruch auf die noch nicht verfallene Konventionalstrafe mit über (arg. § 401 B.G.B.), und kann auch nicht zurückbehalten werden. So auch Oertmann § 399 Ziffer 2 b, anders Dernburg II S. 222. Zweifelhaft ist, ob auch der Anspruch auf die verwirkte Vertragsstrafe diesen accessorischen Charakter hat. Wir würden das letztere verneinen, weil durch die Verwirkung der Anspruch selbstständig geworden ist.

Anm. 31. c) **Verjährung der Vertragsstrafe.** Ist der Hauptanspruch verjährt, so ist auch der Strafanspruch verjährt, da nach § 224 B.G.B. mit dem Hauptanspruch auch die Ansprüche auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen verjähren. Das kann aber nicht mehr gelten, wenn die Vertragsstrafe verwirkt ist. Dann ist sie eben keine Nebenleistung mehr und von dem Hauptanspruch nicht mehr abhängig.

Anm. 32. d) **Die Konventionalstrafe im Konkurse des Schuldners.** Wird der Vertrag von dem Konkursverwalter nicht erfüllt, weil derselbe von seinem Eintrittsrechte nicht Gebrauch macht (§ 17 K.O.), so ist auch in diesem Falle die Konventionalstrafe verwirkt (R.G. 26 S. 90; Jäger K.O. Anm. 47 zu § 17).

Anm. 33. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Wird aus früher begründeten Schuldverhältnissen eine Konventionalstrafe vor oder auch nach dem 1. Januar 1900 verwirkt, so findet das alte Recht An-

[1]) Dasselbe fällt nur dann weg, wenn der Versprechende ein registrirter Kaufmann ist (§ 8 des Gesetzes). Dabei behält es sein Bewenden und unter dem registrirten Kaufmann ist nicht etwa jede Person zu verstehen, welche registrirt ist und nach § 5 H.G.B. als Kaufmann gilt. Denn dieser Paragraph gilt hier nicht (vergl. Art. 2 Abs. 2 E.G. zum H.G.B.), weil das H.G.B. die sonstigen Reichsgesetze unberührt läßt. Deshalb ist unter einem registrirten Kaufmann im Sinne dieser Gesetzesstelle ein wirklicher Kaufmann zu verstehen, der außerdem noch registrirt ist.

wendung (Art. 170 E.G. z. B.G.B.), wobei natürlich die im Art. 171 gemachte Ausnahme für Dienst- und Miethsverträge gilt. Auch das Ermäßigungsrecht des § 343 B.G.B. hat nicht rückwirkende Kraft (anders Habicht, Einwirkung des B.G.B. S. 190).

Exkurs zu § 348.

Die Draufgabe und das Reugeld.

I. **Die Draufgabe** (arrha, Handgeld, Angeld, Draufgeld).

1. **Die Vorschriften über die Draufgabe sind aus dem H.G.B. gestrichen.** An Stelle des Art. 285 des alten H.G.B. sind die §§ 336—338 B.G.B. getreten, die im Wesentlichen mit der Vorschrift des alten H.G.B. übereinstimmen. Anm. 1.

2. **Die Draufgabe gilt nach gesetzlicher Vorschrift als Zeichen des Abschlusses des Vertrages.** (§ 336 B.G.B.). Das heißt: sie soll ein Beweismittel für den Abschluß des Vertrages sein. Der Gegenbeweis, daß trotz der Draufgabe die Einigung der Parteien nicht erfolgt ist, ist natürlich zulässig. Gelingt er, so kann die Draufgabe zurückgefordert werden (812 B.G.B.). Anm. 2.

3. **Die Draufgabe hat im Zweifel nicht die Bedeutung eines Reugeldes** (§ 336 Abs. 2 B.G.B.). Die Vereinbarung der Parteien, auch die Verkehrssitte oder eine Rechtssitte kann der Draufgabe einen anderen Charakter geben (§ 157 B.G.B.) Ueber das Reugeld unten Anm. 6. Anm. 3.

4. **Die Draufgabe ist nicht eine Zugabe.** (§ 337 B.G.B.). Sie muß auf die von dem Geber geschuldete Leistung angerechnet oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrages zurückgegeben werden. Desgleichen muß sie zurückgegeben werden, wenn der Vertrag wieder aufgehoben wird (§ 337 B.G.B.), und selbstverständlich, wenn der Vertrag nichtig wird. Wenn jedoch die von dem Geber geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich wird, oder wenn der Geber die Wiederaufhebung des Vertrages verschuldet hat, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten (§ 338 B.G.B.). Dadurch erhält sie eine weitere Bedeutung, als die des bloßen Zeichens des Vertragsabschlusses. Sie soll infolge dieser Vorschrift ein Druck auf die Vertragserfüllung sein. Sie hat also eine ähnliche Funktion wie die Vertragsstrafe. Immerhin ist sie keine solche und die Vorschriften über die Vertragsstrafe finden auf die Draufgabe keine Anwendung, insbesondere nicht das richterliche Ermäßigungsrecht. Anm. 4.

Verlangt dagegen der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen bezw. zurückzugeben, auch dann, wenn der Geber die Nichterfüllung vertretbar verschuldet hat. Anm. 5.

II. **Das Reugeld.** Anm. 6.

1. Für verschiedene Fälle kann ein Reugeld vereinbart werden. Den Charakter eines Reugeldes kann die Konventionalstrafe haben, wenn die Parteien ihr diesen Charakter geben (Anm. 27 zu § 348), desgleichen die Draufgabe (oben Anm. 3). Es kann aber auch der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes selbstständig vereinbart werden.

Für alle Vereinbarungen eines Reugeldes bestimmt § 359 B.G.B., daß, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung des Rücktritts entrichtet wird, und der andere Theil die Erklärung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, die Rücktrittserklärung unwirksam sei. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhafte Verzögerung (§ 121 B.G.B.), über den Begriff „Entrichtung" siehe Anm. 22 zu § 348.

2. **Von handelsrechtlicher Wichtigkeit ist eine besondere Art der Reugeldvereinbarung, die Prämie.** Sie erscheint als Vorprämie und als Rückprämie. Anm. 7.

Die Vorprämie. Wer heute ein Werthpapier zu bestimmtem Kurse kauft, mit der Verpflichtung, es später (ultimo) abzunehmen, der wird dabei von der Hoffnung ge-

leitet, daß der Kurs zur Zeit der Abnahme (am Stichtage) gestiegen sein wird, so daß er in der Lage sein wird, das abzunehmende Papier theurer loszuschlagen, als er es eingekauft hat. Er läuft aber Gefahr, daß der Kurs nicht steigen, sondern fallen werde. Alsdann würde er nicht Gewinn, sondern Verlust haben, weil er verpflichtet ist, die Waare abzunehmen, und sie nur zu geringerem Preise verkaufen könnte, als sie ihn kostet. Dieses Risiko zu begrenzen, dient die Prämie, d. h. die Abmachung, daß er gegen Zahlung einer bestimmten Summe (Prozentsatz) berechtigt ist, sich von dem Vertrage, von der Abnahme- und Zahlungspflicht loszumachen. Der Käufer kann dann nicht mehr verlieren als die Wandelpön, die Vorprämie.

Anm. 8. Die Rückprämie. Wer heute zu einem bestimmten Kurse Papiere, die er nicht besitzt, verkauft, mit der Verpflichtung, sie später (ultimo) zu liefern, thut dies in der Hoffnung, daß die Papiere bis zum Lieferungstage im Kurse sinken werden, sodaß er in der Lage sein werde, sie am Stichtage billiger einzukaufen, sich billig zu decken. Er läuft dabei aber die Gefahr, daß die Papiere seiner Hoffnung entgegen im Kurse steigen werden. Alsdann müßte er, da er gezwungen ist, sie zum Zwecke der Erfüllung seiner Lieferungspflicht einzukaufen, mehr dafür zahlen, als er selbst erzielt hat. Dieses Risiko zu begrenzen, dient die Rückprämie. Er erhält dadurch das Recht, gegen Zahlung einer bestimmten Summe (Prozentsatz) sich von der Lieferungspflicht freizumachen. Er kann dann nicht mehr verlieren als die Wandelpön, die Rückprämie.

§ 349.

Dem Bürgen steht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu. Das Gleiche gilt unter der bezeichneten Voraussetzung für denjenigen, welcher aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt eine vereinzelte Vorschrift über die Bürgschaft.** Dieselbe betrifft den Ausschluß der Einrede der Vorausklage für die Bürgschaft des Vollkaufmanns im Betriebe seines Handelsgewerbes.

Allein die Bürgschaft, im Handelsverkehr häufig Garantie genannt, ist hier eine so wichtige Vertragsart, daß ihre Grundsätze überhaupt beleuchtet werden müssen. Die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen wird in diesem Zusammenhange erörtert werden (vergl. unten Anm. 22).

Wir überschreiben hiernach die Erläuterung des vorliegenden Paragraphen:

Die Lehre von der Bürgschaft.

Anm. 1. 1. Die Vorschriften über die Bürgschaft sind enthalten in den §§ 765—778 B.G.B. Dazu tritt für das Handelsrecht noch die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen und die des § 350 (bezw. § 351) H.G.B. über die Form.

Anm. 2. 2. **Begriff der Bürgschaft.** Sie besteht in der dem Gläubiger eines Dritten gegenüber übernommenen Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. (§ 765 B.G.B.).

a) Sie setzt voraus die Verbindlichkeit eines Dritten, die auch eine künftige, auch eine bedingte sein kann. Sie ist hiernach eine accessorische Verbindlichkeit. Besteht die Hauptverbindlichkeit nicht, oder kommt sie nicht zur Existenz, so besteht auch die Bürgschaft nicht. Insoweit gilt das Gleiche, wie bei der Vertragsstrafe. Es werden daher die verschiedenen Ungiltigkeitsfälle der Hauptverbindlichkeit, wie wir sie in der Lehre von der Vertragsstrafe aufgezählt haben, hier ebenfalls wichtig (vergl. Anm. 3 zu § 348).

Anm. 3. Natürlich kann aber auch der Bürgschaftsvertrag aus selbstständigen Gründen ungiltig sein. Auf den Bestand der Hauptverbindlichkeit

kann dies im Einzelfalle von Erheblichkeit sein, so z. B. wenn der Gläubiger nur unter der Bedingung, daß die Bürgschaft geleistet wird, Kredit gegeben hat.

b) Sie besteht in der Uebernahme der Verpflichtung, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Anm. 4.

α) Für diese Uebernahme hat das B.G.B. im § 766 **eine Form** vorgeschrieben, nämlich die schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung. Es ist nicht etwa ein zweiseitiger schriftlicher Vertrag erforderlich, vielmehr ist nur die Erklärung des Bürgen schriftlich zu fixiren und dieses Schriftstück dem Andern zu „ertheilen", d. h. sie muß dem andern Theil zugehen, wozu Aushändigung, aber auch Vorzeigung genügt, aber auch mindestens erforderlich ist (Cosack, Bürgerliches Recht Band I S. 185). Selbstverständlich muß die so ertheilte Bürgschaftserklärung von dem Gläubiger auch angenommen werden, sonst würde ja kein Vertrag zu Stande kommen (§ 305 B.G.B.), aber die Annahmeerklärung ist formlos giltig. Daß die bloße Vorzeigung der Bürgschaftsurkunde genügt, ist für den Handelsverkehr von großer Wichtigkeit. Hier wird, zumal bei Anbahnung außergerichtlicher Akkorde, sehr häufig eine für alle zustimmenden Gläubiger bestimmte Bürgschaftsurkunde ausgestellt, dem Schuldner ausgehändigt und den Gläubigern bei der Bewerbung um ihre Zustimmung vorgezeigt. Dies genügt (vergl. Bolze 18 Nr. 515). Daß insbesondere die Ertheilung der Bürgschaftserklärung durch Vermittelung des Schuldners genügt, darüber siehe unten Anm. 9; auch das genügt, daß man die Bürgschaftsurkunde dem Schuldner einhändigt, damit dieser sie einem von ihm zu suchenden Gläubiger übergiebt (R.G. 11 S. 248; Dernburg II S. 178).

In welcher Weise die Erklärung schriftlich fixirt werden muß, ob insbesondere und wie ein Vertreter die Urkunde zeichnen kann, um die Erfordernisse einer schriftlichen Erklärung herzustellen, darüber siehe Anm. 34 flg. zu § 350. Anm. 5.

Der Mangel der Form kann nicht geltend gemacht werden, nachdem die Bürgschaftsverpflichtung erfüllt und — bei theilweiser Erfüllung — soweit sie erfüllt ist (§ 766 Satz 2 B.G.B.). Wann Erfüllung vorliegt, darüber siehe Anm. 22 zu § 348. Anm. 6.

Für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift eine Ausnahme gemacht, die weit enger ist als die des früheren H.G.B. Während nach diesem jede Bürgschaft, welche auf einer Seite ein Handelsgeschäft war, von der Form befreit war (Art. 317, 277 H.G.B.), kann sich nach dem neuen H.G.B. nur derjenige, auf dessen Seite die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, ohne Beobachtung der Form giltig verbürgen, und auch dieser nur dann, wenn er ein Vollkaufmann ist (§§ 350, 351 H.G.B.). Ein Handelsgeschäft ist die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sie erklärt hat (§ 343 H.G.B.). Das Gesetz hätte ebenso gut und vielleicht noch präciser im § 350 sagen können: Wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt. Anm. 7.

Dafür, wann auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft vorliegt, bezw. wann der Fall vorliegt, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt, sind die §§ 343 und 344 mit den dort gegebenen Erläuterungen maßgebend. (Vergl. über diese Formfrage Näheres Anm. 3 u. 4 zu § 350). Anm. 8.

Unter diesen Voraussetzungen ist auch die mündliche Bürgschaft giltig. Hierfür genügt es auch, wenn die Bürgschaft dem Schuldner gegenüber erklärt, für den Gläubiger bestimmt und diesem ausgerichtet ist (R.G. 31 S. 266). Anm. 9.

β) **Inhaltlich** ist für die Bürgschaftserklärung nicht etwa Ausdrücklichkeit der Erklärung vorgeschrieben (vergl. R.O.H. 16 S. 412). Als genügende Bürgschaftserklärung kann es z. B. aufgefaßt werden, wenn gesagt wird: „Ich will dafür sorgen, daß die Schuld bezahlt oder daß die Sache abgemacht wird", zumal wenn der Anm. 10.

Gläubiger dadurch dem Hauptschuldner gegenüber zur Kreditirung (R.O.H. 16 S. 412) oder nach Kreditirung zu irgend einer Konzession bewogen wird (Bolze 8 Nr. 528) z. B. zur Zurücknahme einer gerichtlichen Maßregel (vergl. auch R.G. 31 S. 266). Eine genügende Bürgschaftserklärung erfordert die Bezeichnung der Hauptforderung nach ihrem Rechtsgrunde nicht, wenn nur sonst erhellt, auf welche Hauptforderung sie sich bezieht (R.O.H. 6 S. 277; Bolze 19 Nr. 607). Die Uebernahme der Wechselbürgschaft (Giro, Aval) ist nicht zugleich die Uebernahme der zivilrechtlichen Bürgschaft, der Girant oder Avalist ist nicht zugleich Garant; doch kann dies beabsichtigt sein (R.G. 4 S. 10; Bolze 15 Nr. 254; R.G. 40 S. 58; vergl. Staub W.O. § 8 zu Art. 81).

Anm. 11. 3. **Umfang der Haftung des Bürgen.** Ist die Bürgschaft für eine giltige Hauptverbindlichkeit giltig übernommen, so haftet der Bürge. Der Umfang seiner Haftung bestimmt sich nach dem Bestande der Hauptverbindlichkeit. Auch hierin zeigt sich der accessorische Charakter der Bürgschaft (vergl. oben Anm. 2). In präciser Weise drückt dies § 767 B.G.B. dahin aus, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist.

a) Die Haftung des Bürgen verändert sich, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners verändert wird, insbesondere erstreckt sie sich auf die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung (das letztere ist wohl zu beachten), ferner aber auch auf Verzugs- und Prozeßzinsen, auch auf die bis zur Zahlung laufenden Vertragszinsen, denn diese gehören zum jeweiligen Bestande der Forderung (vergl. § 1210 B.G.B.).

Anm. 12. Dagegen wird die Verpflichtung des Bürgen durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Uebernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert, so z. B. wenn ein anderer Leistungsort oder ein früherer Leistungstermin vereinbart wird. Wohl aber wird durch ein solches selbstständiges Rechtsgeschäft die Verpflichtung des Bürgen verringert, wenn die des Hauptschuldners verringert wird. Hier greift wiederum die Regel Platz, daß für die Verbindlichkeit des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. So z. B. wenn der Gläubiger dem Hauptschuldner Stundung bewilligt hat. Die in solchem Falle weiter laufenden Zinsen treffen auch den Bürgen, soweit sie die Höhe der Verzugszinsen nicht übersteigen; denn in dieser Höhe würden sie den Bürgen auch ohne die Stundung treffen. Beim Bürgen auf Zeit liegt die Sache auch in dieser Hinsicht anders (vergl. unten Anm. 27 und 28).

Anm. 13. Alles das gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen. Insbesondere haftet auch dieser für die Kosten der Rechtsverfolgung des Hauptschuldners; denn der Gläubiger hat nur ein Recht, von der Vorausverfolgung des Hauptschuldners Abstand zu nehmen, nicht eine solche Verpflichtung dem Bürgen gegenüber.

Anm. 14. b) Daraus, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit für das Maß der Haftung des Bürgen entscheidend ist, folgt auch, daß der Bürge alle diejenigen Einreden erheben kann, welche dem Hauptschuldner zustehen. Und auch dadurch verliert er sie nicht, daß der Hauptschuldner darauf verzichtet (§ 768 Abs. 2 B.G.B.). So kann er z. B. einwenden, daß der Hauptschuldner die Hauptverbindlichkeit bezahlt habe, oder daß die Hauptverbindlichkeit verjährt ist (vergl. R.G. 34 S. 158). Alles dies gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen (vergl. unten Anm. 21).

Diese Regel erleidet jedoch mehrere Modifikationen:

Anm. 15. α) Stirbt der Hauptschuldner, so kann der Bürge nicht einwenden, daß der Erbe nur beschränkt haftet (§ 768 B.G.B.). Anders wenn sich der Bürge für eine Nachlaßschuld verbürgt, d. h. für eine Schuld, die z. Z. der Bürgschaftsübernahme eine Nachlaßschuld war (Cosack, Bürgerliches Recht I S. 566).

Anm. 16. β) Die Einrede der Kompensation. Eigene Gegenforderungen kann der Bürge natürlich zur Aufrechnung stellen, nicht aber die Gegenforderungen des Hauptschuldners,

es sei denn, daß dieser die Aufrechnung schon erklärt hätte, denn dann wäre die Hauptverbindlichkeit schon getilgt. Wohl aber kann der Bürge „die Befriedigung verweigern, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Verbindlichkeit des Hauptschuldners befriedigen kann." (§ 770 B.G.B.) Ueber diese „Befriedigungsverweigerung" siehe Anm. 8 zu § 129.

γ) Die gleiche Befriedigungsverweigerung steht dem Bürgen zu, wenn und solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (§ 770 B.G.B.). Vergl. Anm. 7 zu § 129. Anm. 17.

δ) Auf einen vom Hauptschuldner abgeschlossenen Zwangsvergleich kann sich der Bürge nicht berufen (§ 193 K.O.). Anm. 18.

c) Der Bürge hat daneben natürlich noch diejenigen Einwendungen, welche ihm persönlich gegen den Gläubiger zustehen, z. B. auch den Einwand der Aufrechnung mit einer eigenen Gegenforderung (oben Anm. 16); den Einwand des Erlasses, der Stundung der Bürgschaftsverbindlichkeit ꝛc. Sehr häufig wird die Bürgschaft inhaltlich begrenzt, insbesondere dahin, daß man nur bis zu einem bestimmten Betrage haften will. Der Bürge haftet in solchem Falle für die ganze Schuld, aber nur bis zu einem bestimmten Betrage. Er wird von seiner Bürgschaftsschuld befreit, wenn er diesen Betrag zahlt, aber nicht dadurch, daß der Schuldner ihn zahlt; denn dann haftet der Bürge immer noch für den unbezahlten Rest der Hauptschuld, da er ja, wenn auch nur bis zu einem bestimmten Betrage, für die ganze Schuld haftet. Zahlt ein solcher Bürge den ganzen Betrag für welchen er haftet, erst nach der Konkurseröffnung, so kann der Gläubiger gleichwohl die ganze Hauptforderung im Konkurse des Gemeinschuldners anmelden (§ 68 K.O.; R.G. 9 S. 27 u. 77; 14 S. 172; Volze 11 Nr. 938; Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 56), und neben ihm kann der Bürge seine Regreßforderung nicht anmelden (vergl. unten Anm. 39). Anm. 19.

d) **Außerdem aber hat der Bürge regelmäßig noch den Einwand der Vorausklage.** Der Bürge haftet regelmäßig nur subsidiär (§§ 771—773 B.G.B.) Anm. 20.

α) Der Gläubiger hat hiernach regelmäßig die Verpflichtung, zunächst gegen den Hauptschuldner vorzugehen und gegen diesen die Zwangsvollstreckung zu versuchen. Erst dann, wenn dies ohne Erfolg geblieben ist, kann er den Bürgen in Anspruch nehmen. Doch gewährt ihm das Gesetz hierbei einige Erleichterungen und befreit ihn ganz davon, wenn die Erfolglosigkeit anzunehmen ist. (Genaueres in §§ 772 und 773 B.G.B.).[1])

---

[1]) Dieselben lauten:

§ 772. Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden.

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Werth der Sache gedeckt werden.

§ 773. Eine Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist;

Anm. 21. β) Der Gläubiger hat überhaupt nicht die Verpflichtung, zunächst gegen den Hauptschuldner vorzugehen oder die Nutzlosigkeit dieses Versuchs zu beweisen, wenn der Bürge sich als Selbstschuldner verbürgt hat. Die selbstschuldnerische Uebernahme der Bürgschaft bedeutet eben den Verzicht auf die Vorausklage. Im Uebrigen bleibt dieselbe eine Bürgschaft und behält insbesondere den accessorischen Charakter derselben, sodaß auch der selbstschuldnerische Bürge in demselben Maße haftet, wie der Hauptschuldner (insbesondere auch für die Kosten der gegen den Hauptschuldner gerichteten Rechtsverfolgung, vergl. oben Anm. 13) und sich derselben Einwendungen bedienen kann, wie dieser (vergl. oben Anm. 14 ffg.). Aber die Einrede der Vorausklage, die dem gewöhnlichen Bürgen zusteht, ist ihm versagt.

Anm. 22. **Hier setzt unser § 348 H.G.B. ein. Er bestimmt, daß, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage ihm nicht zusteht,** es sei denn, daß der Bürge nur Minderkaufmann wäre (§ 351). Anders ausgedrückt: Der Vollkaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Bürgschaft übernimmt, ist selbstschuldnerischer Bürge.

Anm. 23. Dafür, wann die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, bezw. wann die Uebernahme einer Bürgschaft durch einen Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorliegt, ist maßgebend § 343 mit den dort auseinandergesetzten weitgehenden Anschauungen über die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, ferner § 344 mit den dort aufgestellten beiden Vermuthungen, auch § 5, und zwar hier in doppelter Hinsicht, einmal nach der Richtung, daß der Eingetragene nicht einwenden kann, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe, und zweitens nach der Richtung, daß der Eingetragene nicht einwenden kann, sein Gewerbe sei kein Vollhandelsgewerbe. Dem Einwande gegenüber, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe, greift wiederum auch hier § 15 Platz.

Anm. 24. Wenn z. B. Jemand, der überhaupt kein Gewerbe betreibt, dessen Firma aber noch eingetragen ist, sich verbürgt, so hat er den Einwand der Vorausklage nicht. Denn gegen ihn greift § 15 Platz und seine Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte, es sei denn, daß der Dritte wußte, daß der Bürge weder Kaufmann sei, noch als solcher gelten wolle. Oder: wenn ein ins Firmenregister eingetragener Minderkaufmann sich schriftlich verbürgt, so ist er selbstschuldnerischer Bürge; denn daß er nur Minderkaufmann ist, kann er wegen § 5 nicht einwenden, und wegen § 344 Abs. 2 wird die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe fingirt.

Anm. 25. Auch wer sonst im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, muß sich als Kaufmann behandeln lassen und kann, wenn er hierbei sich verbürgt, den Einwand der Vorausklage nicht erheben (vergl. den Exkurs zu § 5).

Anm. 26. Selbstverständlich ist, daß auch der Vollkaufmann sich die Einrede der Vorausklage ausbedingen und nur mit dieser Maßgabe die Bürgschaft übernehmen kann. Das muß dann aber besonders geschehen. In der Uebernahme der Ausfalls- oder Schadloshaltungsbürgschaft liegt die Erklärung nach dieser Richtung (R.O.H. 13 S. 176; O.L.G. Dresden in in G.Z 40 S. 485; Hahn § 9 zu Art. 281; Regelsberger bei Endemann II S. 523).

Anm. 27. γ) **Besonderes gilt für die Bürgschaft auf bestimmte Zeit** (§ 777 B.G.B.). Hier hat der Gläubiger die Verpflichtung, die Einziehung der Forderung unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung gemäß § 777 B.G.B. zu betreiben, (wozu, wenn die Forderung z. Z. noch nicht fällig ist, die Pflicht zur Herbeiführung der Fälligkeit

---

4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

gehört, Cosack, Bürgerliches Recht I S. 568), das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Versäumt der Gläubiger eine dieser Verpflichtungen, so wird der Bürge frei. Erfüllt er sie, so bleibt der Bürge verhaftet und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit zur Zeit der gedachten Anzeige hatte.

Hat der Bürge die Haftung auf bestimmte Zeit selbstschuldnerisch übernommen, Anm. 28.
so hat der Gläubiger die Verpflichtung, dem Bürgen sofort nach Ablauf der bestimmten Zeit die Anzeige zu machen, daß er ihn in Anspruch nehme. Unterläßt der Gläubiger diese Anzeige, so wird der Bürge frei. Macht er die Anzeige, so haftet der Bürge, und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit zur Zeit der Anzeige hatte. Eine Verpflichtung, den Hauptschuldner nunmehr in Anspruch zu nehmen, besteht auch jetzt nicht.

In beiden Fällen besteht keine Verpflichtung des Gläubigers, den Bürgen Anm. 29.
auch nunmehr wirklich sofort gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Vielmehr haftet der Bürge, und er hat es ja in der Hand, seiner Haftung durch Erfüllung ein Ziel zu setzen.

Diese Regeln gelten nicht, wenn die Bürgschaft für eine erst in Zukunft zu Anm. 30.
begründende Hauptschuld übernommen ist. Vielmehr ist hier durch freie Auslegung zu ermitteln, in welcher Absicht der Bürge seine Haftung zeitlich begrenzt hat. Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß der Bürge nur hat sagen wollen, er wolle bloß für solche Schulden haften, die innerhalb der Zeit begründet werden (so zutreffend Cosack, Bürgerliches Recht I S. 568).

4. **Hat der Gläubiger gegenüber dem Bürgen eine Verpflichtung zur Beobachtung einer Diligenz in Bezug auf die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner?** Anm. 31. Die Frage muß im Allgemeinen verneint werden. Nur dem Bürgen auf Zeit gegenüber ist der Gläubiger verpflichtet, die Forderung unverzüglich beizutreiben (oben Anm. 27). Daraus folgt, daß im Uebrigen der Gläubiger diese Verpflichtung nicht hat. Die Verpflichtung des selbstschuldnerischen Bürgen ist ja fällig mit der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit. Der Bürge kann nunmehr seiner Haftung ein Ziel setzen durch Erfüllung. Der gewöhnliche Bürge aber hat zwar den Einwand, daß erst dann gegen ihn vorgegangen werden kann, wenn gegen den Hauptschuldner vergeblich vorgegangen ist. Aber eine Verpflichtung, in bestimmter Zeit gegen diesen vorzugehen, hat der Gläubiger nicht, außer in dem Falle der Verbürgung auf bestimmte Zeit. Das geht aus § 777 B.G.B. per arg. e contr. deutlich hervor. (Anders das frühere Recht Windscheid § 478 Anm. 10, dagegen freilich R.G. in Seufferts Archiv Bd. 42 Nr. 208; § 328, I 14, A.L.R.; § 1466 des Sächsischen B.G.B.). Daraus folgt weiter, daß der Gläubiger dem Schuldner, für den keine Verbürgung auf bestimmte Zeit übernommen ist, auch durch Rechtsgeschäfte Nachsicht gewähren kann, ohne dadurch das Recht aus der Bürgschaft zu verlieren, etwa durch den Einwand, daß sich inzwischen die Verhältnisse des Hauptschuldners verschlimmert haben. Denn auch für derartige Verschlimmerungen haftet eben der Bürge und der Gläubiger hat abgesehen von dem Falle der Bürgschaft auf bestimmte Zeit keine Verpflichtung, gegen den Hauptschuldner streng vorzugehen.

Giebt der Gläubiger Vorzugs- oder Sicherungsrechte (Hypothek, Pfandrecht, Mit- Anm. 32.
bürgschaft) auf, so wird auch dadurch der Bürge nicht ohne Weiteres frei, sondern nur, soweit der Bürge aus dem aufgegebenen Rechte seinerseits hätte Ersatz erlangen können. Die Rechte des Gläubigers gehen nämlich auf den zahlenden Bürgen über (§ 774 B.G.B.; unten Anm. 37).

Auf ganz anderem Gebiete liegt die Frage, ob der Bürge haftet, wenn die Ent- Anm. 33.
stehung der Hauptverbindlichkeit auf Vorsatz oder Versehen des Gläubigers zurückzuführen ist. Hier hat das R.G. (29 S. 143) z. B. angenommen, daß derjenige, der sich für einen Kassenbeamten verbürgt hat, nicht haftet, wenn dessen Kontrolirung versehentlich

vom Gläubiger unterlassen ist. Dasselbe muß auch für das Recht des B.G.B. gelten. Hier ist noch die Analogie des § 254 B.G.B. ein unterstützendes Argument.

Anm. 34. 5. **Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner.**

a) Der Bürge hat gegen den Hauptschuldner keinen allgemeinen Befreiungsanspruch. Er kann nicht etwa vom Hauptschuldner ohne Weiteres verlangen, daß dieser ihn befreie. Doch kann sich dies aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, auf Grund dessen er die Bürgschaft übernommen hat, ergeben und das Gesetz giebt aus wichtigen Gründen dieses Recht dem Bürgen dann, wenn er zum Hauptschuldner im Verhältniß eines Beauftragten steht, sei es, daß er von vornherein beauftragt war, die Bürgschaft zu übernehmen oder daß er die Bürgschaft als Geschäftsführer ohne Auftrag übernommen, aber wegen der Uebernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner erlangt hat. Als solche wichtige Gründe gelten die Gefährdung des Regreßanspruchs durch wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners, der Verzug des Hauptschuldners, die Verurtheilung des Hauptschuldners durch vollstreckbares Urtheil (Näheres § 775 B.G.B.).[1])

Anm. 35. Was hier vom Auftrage gesagt ist, muß auf die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Werkvertrag und Dienstvertrag, wenn dieselben auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind) ausgedehnt werden, obgleich § 675 B.G.B. diese Ausdehnung nicht ausdrücklich ausspricht. Denn nicht die Unentgeltlichkeit ist der Grund der Bestimmung, sondern die Uebernahme der Bürgschaft als die Besorgung eines fremden Geschäfts. Die Vorschrift bezog sich auch ursprünglich (im ersten Entwurfe des B.G.B.) auf das Auftragsverhältniß, wie es damals konstruirt war, bei welchem nicht die Unentgeltlichkeit, sondern das Moment der Geschäftsbesorgung für Fremde das wesentliche Merkmal des Auftrages war.

Auch der selbstschuldnerische Bürge hat alle diese Rechte (R.G. 8 S. 262).

Anm. 36. b) **Nach Befriedigung des Gläubigers** kann der Bürge Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen. Seine Regreßansprüche richten sich zunächst nach dem Verhältnisse, welches zwischen ihm und dem Hauptschuldner besteht. Hat er hiernach keine Regreßansprüche, so fällt der Regreßanspruch fort.

Anm. 37. Anstatt seinen Regreßanspruch in dieser Weise zu begründen, kann der Bürge auch die Forderung des bezahlten Gläubigers gegen den Hauptschuldner geltend machen. Denn dieselbe geht auf den zahlenden Bürgen über (§ 774 B.G.B.) und zwar mit den Vorzugs- und Sicherungsrechten, mit welchen sie ausgestattet ist (§§ 776, 401, 412 B.G.B.). Doch darf diese Art des Regreßanspruchs weder dem Hauptschuldner, noch dem Gläubiger zum Nachtheil gereichen. Dem Schuldner nicht; deshalb hat der Hauptschuldner auch bei dieser Art der Regreßerhebung alle Einwendungen, welche ihm aus dem Rechtsverhältnisse mit dem Bürgen zustehen. Dem Gläubiger; deshalb darf

---

[1]) Derselbe lautet:

§ 775. Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Uebernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Aenderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urtheil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

der Bürge durch die Geltendmachung der auf ihn übergegangenen Rechte den zum Theil befriedigten Gläubiger wegen seines Restes nicht weiter zurückdrängen, als dies in dem Falle geschehen würde, wenn sich sämmtliche Rechte noch in der Hand des Gläubigers vereinigt befänden, besonders im Konkurse oder in der Subhastation.

Der Gläubiger ist übrigens zufolge § 402 B.G.B. auf Grund dieses gesetzlichen Ueberganges der Rechte verpflichtet, dem Bürgen eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde und alle zur Verfolgung nöthigen Aufschlüsse, Beweismittel und Urkunden zu ertheilen. Anm. 38.

6. **Weitere Einzelfragen.** Anm. 39.

a) **Ueber den Erfüllungsort bei der Bürgschaft** siehe im Exkurse zu § 372.

b) **Im Konkurse des Hauptschuldners** hat der Bürge, der den Hauptgläubiger befriedigt hat, insoweit er dadurch den Gläubiger nicht benachtheiligt, die Rechte eines Konkursgläubigers und kann daher seine Regreßforderung zum Konkurse des Hauptschuldners anmelden. Er kann es dann nicht, wenn er nur bis zu einem bestimmten Betrage haftet, denn in solchem Falle hat der Gläubiger trotz der Zahlung durch den Bürgen das Recht der Anmeldung der vollen Forderung und neben ihm kann der Bürge im Konkurse des Hauptschuldners als Gläubiger nicht auftreten (R.G. 14 S. 172, siehe oben Anm. 19). Auch vor der Bezahlung des Gläubigers kann er seinen Regreßanspruch im Konkurse geltend machen, diesen aber nicht neben dem Hauptgläubiger (R.G. 14 S. 172). In denjenigen Fällen, in denen hiernach der Bürge seine Regreßforderung zum Konkurse nicht anmelden darf, geht er durch den Zwangsvergleich des Regreßanspruchs gegen den Hauptschuldner wegen desjenigen Betrages verlustig, den er über die Akkordquote hinaus an den Gläubiger zahlen muß (R.G. 14 S. 172).

c) **Mehrere Mitbürgen** haften dem Gläubiger als Gesammtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht durch einen gemeinschaftlichen Akt übernommen haben (§ 769 B.G.B.). Unter einander haften sie sich auf Ersatz des Gezahlten gemäß § 426 B.G.B. d. h. nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses, eventl. zu gleichen Antheilen. Auch für diesen Regreß kann die auf den zahlenden Bürgen übergegangene Forderung des Gläubigers benutzt werden (vergl. oben Anm. 37). Anm. 40.

7. **Ein bürgschaftsähnliches Verhältniß ist der Kreditauftrag** (§ 778 B.G.B.) d. h. der einem Andern ertheilte Auftrag, einem Dritten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu geben. Im Allgemeinen sind hierfür die Normen für den Auftrag maßgebend, insbesondere auch die Formlosigkeit des Auftrages. Auch kann ein solcher Auftrag beliebig widerrufen und gekündigt werden. Erfüllt der Beauftragte den Auftrag und erleidet er dabei Schaden, so kann er nach § 670 B.G.B. vollen Ersatz für seine Aufwendungen begehren. Darin liegt also eine Garantiehaftung des Auftraggebers. Für diese Garantiehaftung sollen aber nach § 778 B.G.B. die Vorschriften über die Bürgschaft gelten. Deshalb hat ein solcher Auftraggeber regelmäßig die Einrede der Vorausklage und ferner dieselben Einwendungen, die dem Hauptschuldner zustehen (oben Anm. 14 ffg.). Natürlich ist ihm die Einrede der Vorausklage in den oben bezeichneten Ausnahmefällen, wozu insbesondere auch der Thatbestand unseres § 349 H.G.B. gehört, versagt. (Daß § 349 hier Platz greift, kann wohl nicht zweifelhaft sein, obwohl sein Wortlaut nur von der wirklichen Bürgschaft spricht). Was hier vom Auftrag gesagt ist, gilt auch für die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Dienstvertrag und Werkvertrag, wenn sie auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind). Vergl. oben Anm. 35. Anm. 41.

8. **Ein anderes bürgschaftsähnliches Verhältniß ist die Delkrederehaftung.** Hierüber siehe beim Kommissionsgeschäft. Anm. 42.

9. **Noch ein anderes bürgschaftsähnliches Verhältniß ist der Garantievertrag** (über denselben siehe Stammler im civilistischen Archiv 69 S. 1 ffg.; Unger in Iherings Jahrbüchern 33 S. 229). In einem allgemeinen Sinne versteht man darunter jede Erklärung, durch welche man schlechthin das Risiko einer geschäftlichen Transaktion übernimmt. Insbesondere aber wird dieser Ausdruck angewendet, wenn es sich um die Unterstützung eines geplanten Unternehmens handelt, z. B. um die Schaffung der Mittel für eine Ausstellung, oder um Anm. 43.

die Dividendengarantie einer Aktiengesellschaft. Der Garantievertrag wird abgeschlossen zwischen dem Garanten und dem zu unterstützenden Unternehmer. Nur wenn ausdrücklich zu Gunsten der Gläubiger oder sonst Betheiligter kontrahirt wird, können für diese Rechte entstehen.

Anm. 44. Der Garant haftet auch für unvorhergesehene Ausfälle, wohl aber kann er einwenden, daß der Unternehmer bei Ausführung des Unternehmens die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen habe. (Vergl. auch Oertmann Anm. 2d zu § 676 B.G.B.)

Ueber die Dividendengarantie siehe insbesondere Anm. 3 zu § 215; ein interessantes Beispiel der Garantie eines Ausstellungsunternehmens ist enthalten in der Entsch. des R.G. vom 18. Januar 1899 in J.W. S. 211 (betreffend den Prozeß des Komités der Berliner Gewerbeausstellung von 1896 gegen die Garantiefondszeichner).

Anm. 45. **Zusatz. Uebergangsfrage.** Für Bürgschaften, welche vor dem 1. Januar 1900 übernommen würde, ist das frühere Recht maßgebend (Art. 170 E.G. z. B.G.B.). Ist die Bürgschaft vor dem 1. Januar 1900, die Schuld erst nachher entstanden (z. B. bei Bürgschaft für eine künftige Schuld), so ist für die Bürgschaft das alte, für die Schuld das neue Recht maßgebend und das Gleiche gilt umgekehrt. Ebenso richtet sich das Verhältniß zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen nach demjenigen Rechte, unter dessen Herrschaft dieses Verhältniß entstanden ist (vergl. Habicht, Einwirkung des B.G.B. S. 243).

Exkurs zu § 349.

Rath, Empfehlung und Auskunft.

Anm. 1. 1. **Gesetzliche Vorschriften** über Rath und Empfehlung giebt das H.G.B. nicht und auch das B.G.B. enthält nur eine Vorschrift negativen Inhalts.

Der § 676 B.G.B. lautet:

> § 676. Wer einem Anderen einen Rath oder eine Empfehlung ertheilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältniß oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rathes oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

Anm. 2. 2. **Rath, Empfehlung und Auskunft als Handelsgeschäfte.** Rath, Empfehlung und Auskunft interessiren für die Zwecke unseres Kommentars nur, wenn und soweit sie Handelsgeschäfte sind. In dieser Beziehung ist zu sagen:

Handelsgrundgeschäfte nach § 1 Abs. 2 sind sie nicht. Keine der dort aufgeführten Geschäftsarten, deren regelmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bildet, liegt vor. Die Inhaber der Auskunftsbureaux sind daher nicht Kaufleute kraft Gewerbes.

Anm. 3. Handelsgrundgeschäfte nach § 2 können Rath und Empfehlung natürlich sein. Sie sind dies, wenn sie den Gegenstand eines gewerblichen Unternehmens bilden, welches nach Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem Falle muß der Inhaber des gewerblichen Unternehmens seine Firma eintragen lassen und ist dann Kaufmann. In dieser Lage befinden sich die größeren Auskunftsbureaux nach dem 1. Januar 1900.

Anm. 4. Ist nun der Inhaber eines Gewerbes auf Grund des § 2 Kaufmann geworden, so sind die zu seinem Betriebe gehörigen Geschäfte Handelsgeschäfte (§ 343) und diese Zugehörigkeit wird nach § 344 sogar präsumirt, bei seinen Schuldscheinen sogar fingirt. Die von einem solchen Gewerbeinhaber ertheilten Auskünfte fallen in ganz eminentem Sinne unter die Präsumtion des § 344 Abs. 1, nicht aber unter die Fiktion des § 344 Abs. 2; denn sie sind, auch wenn sie schriftlich ertheilt werden, keine Schuldscheine.

Anm. 5. Außerdem aber sind die von jedem anderen Kaufmann, er mag es kraft Gewerbes nach § 1 sein oder kraft des Betriebes irgend eines Gewerbes und Eintragung nach § 2, gleichviel, welchen Gegenstand das Unternehmen hat, ertheilten Rathschläge und Empfehlungen auf Grund des § 343 Handelsgeschäfte, wenn sie zum Betriebe seines

Handelsgewerbes gehören, und präsumtiv gehören sie zufolge des § 344 dazu. Das bezieht sich sowohl auf den entgeltlichen Rath (R.G. vom 5. November 1894 in J.W. S. 591), als auch auf den unentgeltlichen Rath (vergl. R.G. 20 S. 194). Denn auch dieser wird erfahrungsgemäß Geschäftsfreunden ertheilt, um sich die Anwartschaft auf gleichartige Gegendienste zu sichern und dadurch das eigene Handelsgewerbe zu fördern. Aber es greift auch hier die Vorschrift des § 5 Platz: bei einem Gewerbetreibenden, dessen Firma eingetragen ist, kann von keiner Seite eingewendet werden, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe. Er gilt also als Kaufmann und seine Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte und zwar präsumtiv (§§ 343, 344). Die von einem solchen Gewerbetreibenden ertheilten Rathschläge und Empfehlungen sind also präsumtiv Handelsgeschäfte und nur dann sind sie es nicht, wenn bei der Ertheilung die Nichtzugehörigkeit zum Gewerbebetriebe erkennbar war (Anm. 3 zu § 344). Endlich aber gilt auch derjenige als Kaufmann, der sich als Kaufmann im Rechtsverkehr gerirt (Exkurs zu § 5), und auch von dessen Rathschlägen, Empfehlungen und Auskünften gilt das oben Gesagte.

3. **Unter welcher Voraussetzung wird für Rath, Empfehlung und Auskunft gehaftet?** Hier müssen zwei Fälle unterschieden werden: Anm. 6.

a) **Der Fall, wo der Rath oder die Empfehlung ohne Vertragsverhältniß ertheilt wird.** Die Ertheilung eines Raths oder einer Empfehlung ist an sich kein Vertragsverhältniß. Auch wenn die Ertheilung auf Grund einer Anfrage erfolgt, liegt kein Vertrag vor. Denn Frage und Antwort sind an sich noch kein Vertrag. Das war schon früher angenommen worden (R.O.H. 19 S. 196) und wird durch den § 676 B.G.B. (oben Anm. 1) bestätigt. Denn aus diesem geht hervor, daß die Rathsertheilung allein noch kein Vertragsverhältniß begründen soll. Aber gleichzeitig geht aus diesem Paragraphen hervor, daß die Ertheilung von Rath und Empfehlung noch keine unerlaubte Handlung ist. Selbst wenn der Rathende dabei ein Versehen begeht, liegt der Thatbestand des § 823 B.G.B. noch nicht vor. Denn in diesem Paragraphen ist keineswegs eine allgemeine Schadensersatzpflicht für Fahrlässigkeit statuirt und der § 676 B.G.B. hatte, wie die Motive II S. 534 hervorheben, gerade den Zweck, die „in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts noch nicht verschwundene Ansicht, es müsse auch für culpa, mindestens für culpa lata eingestanden werden, zurückzuweisen." Es wird daher nicht allgemein für fahrlässige Rathsertheilung auf Schadensersatz gehaftet und damit sind auch die im preußischen Recht bestehenden Haftungen für grobe fahrlässige Empfehlung (Haftung des Sachverständigen § 219, I, 13 und Haftung für ein schriftliches Zeugniß über die Bonität eines Kreditsuchenden § 212 I 14 A.L.R.) gefallen (vergl. Planck Anm. 2 zu § 676 B.G.B.)

Vielmehr wird nach dem neuen Recht für außerkontraktlichen Rath nur gehaftet, wenn die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung vorliegen. Ein doloser Rath enthält dieselbe stets und begründet daher stets die Haftung auf Schadensersatz. Davon gehen auch die Motive II S. 554 aus und mit Recht. Denn wenn derselbe auch vielleicht nicht die widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechts und auch nicht die Verletzung eines zum Schutze des Berathenen bestehenden Schutzgesetzes enthalten mag, sodaß § 823 B.G.B. nicht Platz greift, so liegt jedenfalls der Thatbestand des § 826 B.G.B. (vorsätzliche Schadenszufügung durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung) vor. Anm. 7.

Arglistig, dolos, handelt dabei der, der etwas als seine Ueberzeugung hinstellt, von dessen Wahrheit er nicht überzeugt ist, auch wenn ihm nicht gerade die Unwahrheit bekannt ist; (Bolze 20 Nr. 402). Arglistig handelt in Folge dessen auch der, der eine Thatsache aus der Luft greift; denn von dieser kann er nicht überzeugt sein (vergl. auch Bolze 12 Nr. 384). Anm. 8.

Wegen der Haftung für den Dolus der Gehilfen siehe unten Anm. 27 und 28.

b) **Der Fall, wo der Rath oder die Empfehlung oder die Auskunft auf Grund eines Vertragsverhältnisses ertheilt wird.** Das kann in verschiedener Weise geschehen: Anm. 9.

α) So, daß der Rath oder die Empfehlung den Gegenstand eines

eigenartigen selbstständigen Vertrages bilden. Der Rath oder die Empfehlung oder die Auskunft werden gegen Vergütung geleistet. Das sind die Geschäfte der Auskunftsbureaux. Ein solcher Vertrag ist ein Werkvertrag. (§ 631 B.G.B.). Denn Gegenstand des Werkvertrages kann jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein. In Frage könnte noch der Dienstvertrag kommen. Allein es wird von den Auskunftsbureaux nicht die Ermittelungsthätigkeit als solche verlangt, sondern das Ergebniß der Ermittelung (Endemann, Einführung § 174 Note 44; Planck Vorbemerkung II 2 zu § 631 B.G.B.).

Anm. 10. Hat der Rathende oder Empfehlende oder Beauskunftende die Unrichtigkeit des Raths zu vertreten, so haftet er auf Schadensersatz (§§ 635, 276 B.G.B., § 278 B.G.B.; wegen der Haftung für Gehilfen siehe unten Anm. 27 u. 28). Der Berathene kann allerdings statt dessen auch Wandlung (Rückgängigmachung des Vertrags) oder Minderung (Herabsetzung der Vergütung) verlangen. Aber meist werden diese beiden Rechte nicht in Frage kommen, sondern nur der Anspruch auf Schadensersatz. Dabei wird die im § 634 B.G.B. vorgesehene Fristbestimmung zur Beseitigung des Mangels gemäß Abs. 2 dieses Paragraphen nicht erforderlich sein, weil, wenn durch die Befolgung des falschen Raths oder der falschen Empfehlung bereits ein Schaden entstanden ist, ein besonderes Interesse des Bestellers an der sofortigen Geltendmachung des Anspruchs vorliegt, auch der Mangel nicht mehr beseitigt werden kann.

Anm. 11. Zu vertreten hat der Rathende oder Empfehlende seinen Rath oder seine Empfehlung, wenn Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt (§ 276 B.G.B.). Zur Fahrlässigkeit gehört, wenn der Rathende Kaufmann ist, die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 346 H.G.B.). Außerdem hat der Rathende oder Empfehlende auch die Versehen seiner Gehilfen zu vertreten; hierüber siehe unten Anm. 27 u. 28.

Anm. 12. *β*) Der Rath oder die Empfehlung kann auch in untrennbarem Zusammenhange mit einem anderen Vertrage stehen.

Dies ist zunächst der Fall, wo der Kommissionär dem Kommittenten hinsichtlich derjenigen Geschäfte, deren Ausführung dem Kommissionär aufgetragen werden soll, mit seinem Rathe zur Seite steht, z. B. wenn ein Bankier seinem Kunden bestimmte spekulative Operationen anräth. Er fungirt hierbei als Kommissionär und haftet für den ertheilten Rath nach den Regeln des Kommissionsgeschäfts (R.G. 19 S. 100). Wie aus der Erl. zu § 384 hervorgeht, haftet der Kommissionär dem Kommittenten für den hierbei erwachsenen Schaden.

Anm. 13. Ein solcher Zusammenhang liegt ferner vor, wenn das Vertragsverhältniß allgemeinerer Natur ist, indem es auf den Abschluß einer Reihe von noch unbestimmten Geschäften gerichtet ist, mit anderen Worten, wenn der Rath oder die Empfehlung ertheilt sind innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung. (Wegen des Begriffs der Geschäftsverbindung siehe R.G. 28 S. 322). Das gilt insbesondere für den Bankier im Geschäftsverkehr mit seinen Kunden. Diese Geschäftsverbindung geht nicht bloß auf den Abschluß von Spekulationsgeschäften, sondern auch auf die Ertheilung von Rathschlägen dazu. Ein im Verfolg einer solchen Geschäftsverbindung ertheilter Rath ist als vertragsmäßiger Rath aufzufassen (R.G. 27 S. 124), woraus insbesondere die Haftung für versehentlichen Rath und die Verjährung der Ersatzansprüche nach Maßgabe vertragsmäßiger Ansprüche folgt. Zweifelhaft kann es sein, wie ein solcher Rath juristisch zu konstruiren ist. Wir sehen ihn als Werkvertrag an, obwohl ein besonderes Entgelt für solche Rathschläge nicht ertheilt wird, sodaß also auch hier die Schadensersatzpflicht bei vertretbarem Rathe besteht, während die Wandlung und Minderung naturgemäß hier fortfällt. (Vergl. oben Anm. 10). Uebrigens gilt das Gleiche auch dann, wenn ein Bankier mit einem Privatmann

ein einzelnes Kaufgeschäft abschließt; auch in diesem Falle ist die Rathertheilung ein Glied in dem Zweige des Bankgeschäftes und die Vortheile, die für den Bankier aus dem Geschäftsabschlusse entstehen, bilden zugleich das Entgelt für die Dienste, die er dem Kunden durch die Rathertheilung leistet (R.G. 42 S. 13); es liegt also ein vertragsmäßiger, gegen Entgelt ertheilter Rath vor, für dessen Folgen der Bankier nach dem oben Ausgeführten nach den Regeln des Werkvertrages haftet.

Anm. 14. Ferner gehört hierher der Fall, wo periodische Zeitschriften in ihrem Programm ankündigen, *sie wollen den Abonnenten Rathschläge über Börsentransaktionen oder medizinischen oder juristischen Inhalts ertheilen*. Der einzelne Rath ist dann ein auf Grund eines Werkvertrages ertheilter Dienst, die Vergütung liegt in dem Abonnementsbetrage, die Rechtsfolgen sind entsprechend, wie oben Anm. 10 auseinandergesetzt.

Anm. 15. *Die Empfehlung kann sich ferner eng anschließen an einen Kreditauftrag nach* § 778 B.G.B. Wer nicht bloß auf Anfrage oder ohne Anfrage einen Kreditsuchenden als kreditwürdig empfiehlt, sondern darüber hinaus auch noch den Auftrag ertheilt, den Kredit zu gewähren, haftet aus dem Auftrage nach § 778 B.G.B. (vergl. die Erläuterungen dieses Paragraphen in Anm. 41 zu § 349 H.G.B.). Zum Kreditauftrage gehört der animus obligandi, es muß ersichtlich sein, daß der Kreditgebende ein fremdes Geschäft, das des Empfehlenden, besorgen, in dessen Interesse handeln sollte, indem er Kredit gab. Ist dies der Fall, dann liegt ein Kreditauftrag vor; die Empfehlung ist ein integrirender Bestandtheil desselben, nur die Modalität, die Form, in welcher der Kreditauftrag ertheilt wurde. Der Empfehlende haftet in diesem Falle, wie ein Bürge, weil er einen Kreditauftrag ertheilt hat. Ob die Empfehlung an sich richtig oder, wenn sie unrichtig war, der Mangel von ihm zu vertreten ist, ist hierbei gleichgiltig; er haftet aus dem Kreditauftrage, wie ein Bürge, aber auch nur wie ein Bürge, also mit dem Einwande der Vorausklage, soweit nicht auf Grund des bürgerlichen Rechts oder des § 349 H.G.B. eine selbstschuldnerische Haftung eintritt (vergl. Anm. 41 zu § 349).

Anm. 16. War der Rath ein doloser, so haftet auch der Kreditauftraggeber auf Grund der unerlaubten Handlung, nicht bloß als Bürge. Denn der beim Vertragsabschlusse begangene Dolus stellt den Thatbestand einer selbstständigen unerlaubten Handlung dar (vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 58). Die Subsidiarität der Haftung fällt dann weg (vergl. unten Anm. 24).

4. **Die Modalitäten der Schadensersatzpflicht.** Sowohl bei Rath und Empfehlung auf Grund unerlaubten Handelns, als auch auf Grund der Verletzung eines Vertragsverhältnisses ist regelmäßige Rechtsfolge die Pflicht zum Ersatze des dem Berathenen erwachsenen Schadens, wie dies obige Ausführungen in Anm. 10 ergeben. Anm. 17.

Ueber diese Schadensersatzpflicht gilt nun Folgendes:

a) *Der ursächliche Zusammenhang zwischen Empfehlung und Schaden.* Anm. 18. Hier gilt zunächst das, was wir schon im § 347 Anm. 21 betont haben: daß die Empfehlung nicht die einzige und nicht die nothwendige Ursache des Schadens zu sein braucht (R.G. 13 S. 66).

Im Verkehr zwischen Bankier und Kunden wird besonders wichtig die Frage: In wie weit ist der Kurs, der Stand und der Rückgang desselben für die Berechnung des Schadens maßgebend:

Anm. 19. Hier greift zunächst die Erwägung Platz, welche das Reichsgericht in Strafsachen (Bd. 23 S. 435) angestellt hat. Darnach ist der Kursstand dann nicht maßgeblich, wenn der Kunde das Papier zur dauernden Anlage, wegen der zu erwartenden Rentabilität, gekauft hat. Sein Schade besteht dann in der gegen seine berechtigten Erwartungen geringeren Ertragsfähigkeit. Wohl aber ist, wie ebenfalls das Reichsgericht a. a. O. erwägt, der Kursstand maßgeblich, wenn der Kunde das Papier als Spekulationspapier, als Handelswaare, zum Zwecke der Weiterveräußerung er-

werben wollte:[1]) es ist durch den Rath zum Ankauf kein Schade verursacht, wenn das erworbene Spekulationspapier zum Einkaufspreise oder gar mit Gewinn wiederverkäuflich war, selbst wenn in der Folgezeit der Kurs fiel.

Anm. 20. Freilich könnte es hiernach scheinen, als ob ein Bankier seinem spekulirenden Kunden so gut wie niemals für seinen Kursverlust hafte. Indessen ist dies doch immer dann der Fall, wenn der Bankier nicht bloß den Ankauf empfahl und die Richtung der Spekulation dem Kunden überließ, sondern sein schuldhafter Rath auch geeignet war, für die Richtung, in welcher sich die Spekulation bewegen sollte, bestimmend zu sein und dies in Wirklichkeit gewesen ist. Der in der Folgezeit eingetretene Kursverlust ist dann zwar eine Folge der eigenen Entschließungen des Kunden, jedoch solcher Entschließungen, die durch den Rath des Bankiers beeinflußt waren; der Kursverlust stellt sich alsdann als ein widriger Erfolg des Rathes dar, und soweit dies der Fall ist, haftet der Bankier.[2]) Z. B. der Bankier räth nicht bloß zum Kauf, sondern gleichzeitig, oder in der Folgezeit, das Papier so lange zu behalten, bis es einen bestimmten Kurs erreichen oder wieder erreichen werde.

Anm. 21. b) Darüber, daß der Schaden nicht voraussehbar zu sein braucht siehe Anm. 20 zu § 347.

Anm. 22. c) Ueber die Art, wie der Schade zu ersetzen ist, gelten die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. §§ 249 u. 250. Danach hat der Ersatzberechtigte ein Recht auf Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der falsche Rath nicht ertheilt worden wäre. Ist z. B. in Folge des falschen Rathes ein Werthpapier angeschafft, welches den erwarteten Kurs nicht erreicht hat, so kann der Berathene den Ersatz seiner Auslagen nebst Zinsen verlangen, muß aber das Werthpapier zurückgeben. Ist auf Grund des Rathes ein Kredit gewährt, so ist der kreditirte Betrag zu ersetzen (vergl. hierüber unten Anm. 24).

Daß zum Ersatz des Schadens auch der entgangene Gewinn gehört, und was darunter zu verstehen ist, darüber siehe Anm. 14—20 zu § 347.

Anm. 23. d) Ueber die Folgen des konkurrirenden Versehens siehe § 254 B.G.B. (vergl. Anm. 12 zu § 347). Konkurrirendes Verschulden ist hier besonders die Benutzung der Auskunft nach längerer Zeit oder zur Gewährung eines allzuhohen Kredits.

Anm. 24. 5. **Die Frage, ob eine Vorausklage nothwendig ist,** wird wichtig bei der Empfehlung von Kreditsuchenden. Die Frage ist zu verneinen. Ausgenommen ist der Fall, wo der Empfehlende wie ein Bürge haftet, nämlich beim Kreditauftrage, und auch hier fällt die Vorausklage weg, wenn gemäß § 349 oder aus sonstigem Grunde die Bürgschaft eine selbstschuldnerische ist. Es braucht jedoch der Ersatzverpflichtete Schadensersatz nur zu leisten gegen Abtretung der Ansprüche, welche dem Berathenen gegen den Kreditsuchenden zustehen (§ 255 B.G.B.). Indessen ist damit dem Berechtigten nicht verwehrt, einen Vergleich mit dem Schuldner zu schließen. Wenn dieser der Sachlage nicht widerspricht und dadurch nicht etwa ein konkurrirendes Versehen begründet wird, welches die Schadensersatzpflicht beeinflußt (vergl. Anm. 12 zu § 347), so besteht dieselbe trotz des Vergleiches ungeschmälert fort (R.O.H. 19 S. 116).

Anm. 25. 6. **Wem wird gehaftet?** Die einfache Antwort hierauf ist: dem, dem der Rath oder die Empfehlung ertheilt ist. Mag der Rathende diesem auf Grund des Vertrages oder des unerlaubten Handelns haftbar sein, so kann doch ein Dritter, der auf Grund des unrichtigen Rathes gehandelt und dadurch Schaden erlitten hat, regelmäßig kein Recht auf Schadensersatz herleiten. Würde z. B. die Firma A. bei der Firma B. um Rath fragen, etwa im Auftrage der Firma C., aber ohne dieses Auftragsverhältniß der Firma B. mit-

---

[1]) Wann Spekulationsabsicht, wann Anlageabsicht vorliegt, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Anlageabsicht liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Kunde den Kredit des Bankiers in Anspruch genommen hat. Wer sein Geld anlegt, legt soviel an, als er bezahlen kann. Wer mehr Papiere kauft, als er bezahlen kann, spekulirt.

[2]) Konkurrirendes Versehen des Kunden kann hier modificirend eingreifen (vergl. Anm. 12 zu § 347).

zutheilen, so würde, gleichviel, ob die Firma B. der Firma A. aus dem Vertrage oder aus unerlaubter Handlung haftet, die Firma C. hieraus Rechte nicht haben. Denn mit dieser steht sie in keiner Rechtsbeziehung. Sicherlich gilt das bei fahrlässiger Unrichtigkeit. Aber auch bei doloser Unrichtigkeit gilt nichts Anderes. Auch hier liegt keine widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechts, und auch keine Verletzung eines zwischen der Firma B. und der Firma C. bestehenden Schutzverhältnisses vor, sodaß § 823 in keiner Weise anwendbar ist. (Die entgegengesetzte Entscheidung des R.O.H. 19 Seite 196 kann für das neue Recht nicht gebilligt werden.) Nur dann läge die Sache anders, wenn die Firma B. wußte, daß die Firma C. die Empfehlung benutzen und darnach handeln will, und sie gleichwohl einen dolosen falschen Rath ertheilen würde. Denn dann würde die Haftung aus § 826 B.G.B. wegen vorsätzlicher Schädigung durch eine wider die guten Sitten verstoßende Handlung folgen.

Eine weitere, streng genommen hierher nicht gehörige Frage ist, ob auch der „Angefragte", d. h. der Dritte, über dessen Verhältnisse die Erkundigung und die Empfehlung oder Auskunft lautet, einen Schadensersatzanspruch hat, wenn die über ihn gegebene Auskunft falsch abgegeben ist. Die Frage ist wie folgt zu beantworten: Bei wissentlich falscher Auskunft kann Verletzung des § 187 Str.G.B. vorliegen. Es können auch die §§ 6 und 7 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vorliegen (Aufstellung kreditschädigender Behauptungen zum Zwecke des Wettbewerbes oder wider besseres Wissen). Endlich aber kann § 824 B.G.B. vorliegen, wonach derjenige, der der Wahrheit zuwider eine Thatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines Anderen zu gefährden oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, dem Anderen den daraus entstandenen Schaden auch dann zu ersetzen hat, wenn er die Unwahrheit nicht kennt, aber kennen muß (d. h. aus Fahrlässigkeit, in Folge Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bezw. der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht kannte). Allein wenn nur der Thatbestand des § 824 vorliegt, so fällt die Schadensersatzpflicht nach § 824 Abs. 2 fort, wenn die Thatsache nicht wider besseres Wissen behauptet ist und der Behauptende oder der Empfänger an der Empfehlung ein berechtigtes Interesse hat. Durch diesen § 824 Abs. 2 ist besonders den Auskunftsbureaux ein Schutz gewährt. Dieselben können wegen bloß fahrlässig irriger Auskünfte von dem Angefragten nicht in Anspruch genommen werden, auch wenn denselben dadurch ein Schaden erwachsen ist. Denn an solcher Mittheilung hat der Empfänger ein berechtigtes Interesse, jedenfalls dürfen sie ein solches voraussetzen, und letzteres wird zur Anwendung des Abs. genügen müssen. Anm. 26.

7. **Für wessen Handlungen wird gehaftet?** Es mag hierbei daran erinnert werden, daß die Vereine oder juristischen Personen (auch die Aktiengesellschaften und die Aktien-Kommanditgesellschaften, welche letzteren wir ja als juristische Personen ansehen) für die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter haften, also auch für falschen Rath und falsche Empfehlungen, die diese in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter ertheilen, und zwar sowohl bei vertraglichem Rathe, als bei außervertraglichem (vergl. Anm. 34 im Exkurse zu § 58; Anm. 35 zu § 232; Anm. 74 zu § 320; R.G. 27 S. 118). Das Gleiche gilt für die Haftung der o. H.G. und der einfachen Kommanditgesellschaft für die Rechtshandlungen ihrer vertretungsbefugten offenen Gesellschafter, also auch von den durch diese Namens der Gesellschaft ertheilten Rathschlägen und Empfehlungen, sowohl vertraglichen wie außervertraglichen (vergl. Anm. 2 zu § 126 und Anm. 2 zu § 170; R.G. 20 S. 190). Daß Rath und Empfehlung zum Handelsbetriebe gehören, darüber oben Anm. 5. Anm. 27.

Wird der Rath oder die Empfehlung nicht von gesetzlichen Vertretern, sondern von Hilfspersonen ertheilt, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze, die wir in Anm. 26 ffg. im Exkurse zu § 58 auseinandergesetzt haben, und die, wie dort auseinandergesetzt ist, verschieden sind, je nachdem es sich um einen außerkontraktlichen oder um einen kontraktlichen Rath handelt. Anm. 28.

8. **Für die Verjährung** ist wieder entscheidend, ob vertragsmäßige oder vertragslose Empfehlung vorliegt. In letzterem Falle tritt die Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubten Anm. 29.

Handlungen ein (R.G. 27 S. 124), d. h. die Frist von drei Jahren seit Kenntniß des Schadens und des Schadenstifters, von dreißig Jahren ohne diese Kenntniß (§ 852 B.G.B.).

Anm. 30. Bei vertragsmäßiger Empfehlung aber kommt es auf die Verjährungsfristen an, welche für das betreffende Vertragsverhältniß in Frage kommen. Da nach den Ausführungen in Anm. 9 u. 13 meist ein Werkvertrag vorliegt, so tritt meist die Verjährungsfrist von sechs Monaten nach § 638 B.G.B. in Kraft. Dieselbe bezieht sich jedoch nicht auf den Fall arglistiger Empfehlung, wie dieser Paragraph ergiebt. In diesem Falle besteht vielmehr die ordentliche Verjährung von dreißig Jahren.

Anm. 31. 9. **Der Ausschluß der Haftung** kann erfolgen durch Vereinbarung mit dem Anfragenden. Zu solchem Ausschluß besteht eine leicht erklärliche Neigung auf Seiten des Empfehlenden und Beauskunftenden. Der Handelsverkehr gebraucht dabei die Worte: „Ohne Obligo“ oder „Ohne Präjudiz“.

Handelt es sich um einen vertraglichen Rath, so ist zu bemerken:

Anm. 32. Die Haftung für eigenen Vorsatz kann überhaupt nicht ausgeschlossen werden, wohl aber die Haftung für Vorsatz der Gehilfen und gesetzlichen Vertreter, die Haftung für Fahrlässigkeit, auch für eigene und grobe, kann ausgeschlossen werden (§§ 276, 278 B.G.B.); vergl. auch Anm. 22 zu § 347. Die Haftung wird nun, soweit hiernach zulässig, durch die obengedachte oder ähnliche einseitige Zusätze ausgeschlossen, wenn solcher Zusatz gemacht wird, ehe ein Vertragsverhältniß über Ertheilung des Raths perfekt war. Daher schließt der gelegentlich gegen Vergütung Angefragte seine Haftung, soweit zulässig, aus, wenn er den Rath mit jenem Zusatze ertheilt. Das gilt auch für Personen, die in Geschäftsverbindung stehen, obwohl bei diesen die Geschäftsverbindung als Vertragsverhältniß gilt (vergl. oben Anm. 3). Denn wenn auch die Geschäftsverbindung die Möglichkeit von Rathsertheilungen in sich schließt, so ist es doch noch rechtzeitig, wenn der um Auskunft Befragte sich auf die konkrete Ausdehnung der Geschäftsverbindung nur mit der Maßgabe einläßt, daß er für Versehen nicht haftet. Das gilt besonders für Bankiers. Auskunftsbureaux dagegen müssen, wenn sie ihren Abonnenten gegenüber von der Haftung für eigene und fremde Fahrlässigkeit und für den Vorsatz ihrer Gehilfen befreit sein wollen, dies bei Eingehung des Abonnements, etwa durch Aufnahme in die Geschäftsbedingungen, ausmachen. Sonst gilt der Abonnementsvertrag geschlossen unter der Bedingung der Haftung nach Maßgabe der Gesetze und ein bei Ertheilung des einzelnen Rathes gemachter Vorbehalt ist wirkungslos. Ist nun der Rath ertheilt mit dem zulässigen Zusatze: „Ohne Obligo“ oder „Ohne Präjudiz“, so will damit der Rathende zum Ausdruck bringen, daß er seine Verantwortlichkeit, soweit, als dies nach dem Gesetze zulässig, ausschließen will und wenn der andere Theil den in dieser Weise ertheilten Rath entgegennimmt und befolgt, so ist er damit einverstanden und es haftet alsdann der Rathende nicht für eigene Fahrlässigkeit und nicht für den Vorsatz seiner Gehilfen und gesetzlichen Vertreter.

Anm. 33. Handelt es sich um einen außerkontraktlichen Rath, so wird für Versehen ja überhaupt nicht gehaftet (vergl. oben Anm. 6). Die Haftung wegen eigener arglistiger Empfehlung kann aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ausgeschlossen werden, das wäre eine gegen die guten Sitten verstoßende Vereinbarung und deshalb nach § 138 B.G.B. nichtig. Auch folgt die Nichtigkeit aus der Analogie des § 276 Abs. 2 B.G.B., dessen direkte Anwendbarkeit allerdings nicht möglich ist, weil derselbe sich nur auf die Erfüllung bestehender Verpflichtungen, auf Leistungen, die kraft eines Schuldverhältnisses geschuldet werden, bezieht (vergl. § 241 B.G.B.). Die gleiche Analogie führtd ahin, eine Vereinbarung nach der Richtung für giltig zu erachten, daß für Vorsatz der Gehilfen nicht gehaftet wird, sodaß, wenn ein außerkontraktlicher Rath, also insbesondere eine der im Handelsverkehr so üblichen gelegentlichen Auskünfte über die Bonität ertheilt wird, der Zusatz „ohne Obligo“ bewirkt, daß, wenn der Firmeninhaber selbst die Auskunft ertheilt, die Haftung für arglistige Empfehlung dadurch nicht ausgeschlossen wird, wohl aber die Haftung für arglistige Empfehlung, wenn dieselbe Seitens der Hilfspersonen des Firmeninhabers ertheilt wird, und auch wenn dieselben Seitens der gesetzlichen Vertreter des Firmeninhabers, also auch insbesondere der Vorstände von Aktiengesellschaften ertheilt

wird. Denn auch die Folgen vorsätzlicher Handlungen dieser können zu Gunsten des Vertretenen im Voraus ausgeschlossen werden (vergl. Anm. 22 zu § 347).

10. **Uebergangsfrage.** Ist der Rath oder die Empfehlung vor dem 1. Januar 1900 ertheilt, so haftet man nach früherem Recht, ist er nach dem 1. Januar 1900 ertheilt, so haftet man nach neuem Recht, wenn es sich um Haftungen auf Grund unerlaubten Handelns handelt (Art. 170 E.G. zum B.G.B.), dagegen nach altem Recht, wenn es sich um einen Rath handelt, ertheilt auf Grund eines vorher abgeschlossenen Vertragsverhältnisses. Nur der innerhalb einer Geschäftsverbindung ertheilte Rath (Anm. 13) wird hier eine Ausnahme machen müssen. Hier ist das juris vinculum nicht fest genug, um anzunehmen, daß sämmtliche einzelnen Geschäfte, welche die Geschäftsverbindung zeitigt, unter die Herrschaft desjenigen Rechts zu stellen sind, unter welchem die Geschäftsverbindung eingegangen ist. Anm. 34.

Für die Verjährung ist Art. 169 E.G. z. B.G.B. maßgebend (siehe Anm. 8 zu § 160).

§ 350.

Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntniß auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1, des § 780 und des § 781 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

Der vorliegende Paragraph statuirt drei Formfreiheiten d. h. Ausnahmen von Formvorschriften, welche im B.G.B. enthalten sind. Einleitung.

Es erscheint jedoch erforderlich, bei dieser Gelegenheit die Lehre von der Form der Handelsgeschäfte im Zusammenhange zu erläutern, und in diesem Zusammenhange werden auch die den Gegenstand des vorliegenden Paragraphen bildenden drei Formvorschriften oder vielmehr Formfreiheitsvorschriften behandelt werden (vergl. unten Anm. 3, 8 u. 12).

Wir überschreiben hiernach die Erläuterung des vorliegenden Paragraphen:

Die Form der Handelsgeschäfte.

I. **Das Prinzip der Formfreiheit und die Ausnahmen.** Anm. 1.

1. **Grundsatz ist, daß die Handelsgeschäfte zu ihrer Giltigkeit keiner Form bedürfen.** Indessen ist dies kein den Handelsgeschäften eigenthümlicher Grundsatz, wie etwa die frühere Vorschrift des Art. 317. Vielmehr wohnt schon dem B.G.B. der allerdings nicht ausgesprochene Grundsatz inne, daß die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte von der Beobachtung einer Form regelmäßig nicht abhängig ist. Deshalb brauchte im neuen H.G.B. dieser Grundsatz nicht besonders ausgesprochen zu werden. Er gilt hier, weil er schon im B.G.B. gilt.

   Allein aus dieser Art der Behandlung der Sache folgt zugleich, daß auch diejenigen Ausnahmen von der Formfreiheit auf Handelsgeschäfte Platz greifen, welche für den bürgerlichen Rechtsverkehr gelten. Daraus folgt:

2. **Diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Giltigkeit das Bürgerliche Gesetzbuch an die Beobachtung einer Form knüpft, bedürfen grundsätzlich auch dann der vorgeschriebenen Form, wenn sie Handelsgeschäfte sind.** Anm. 2.

   Hier kommen hauptsächlich in Betracht:

   a) **Der Bürgschaftsvertrag.** Derselbe ist nach § 766 B.G.B. nur giltig, wenn die Bürgschaftserklärung schriftlich ertheilt ist. Nur wenn die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist und der Bürge Vollkaufmann ist, ist sie nach unserem § 350 H.G.B. und dem folgenden § 351 formlos giltig.

      a) Regelmäßig ist also schriftliche Ertheilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Daß hierzu nicht etwa ein zweiseitiger schriftlicher

Vertrag gehört, und wie diese schriftliche Ertheilung erfolgen muß, besonders auch durch einen Vertreter, darüber siehe unten Anm. 34 ffg.

Daß Erfüllung hier den Formmangel heilt, darüber siehe Anm. 6 zu § 349.

Anm. 3. β) Für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift eine Ausnahme gemacht, die weit enger ist, als die des früheren H.G.B. Während nach diesem jede Bürgschaft, welche auf einer Seite ein Handelsgeschäft war, von der Form befreit war (Art. 317, 277), kann sich nach dem neuen H.G.B. nur derjenige, auf dessen Seite die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, ohne Beobachtung der Form giltig verbürgen, und auch dieser nur dann, wenn er ein Vollkaufmann ist (§§ 350, 351 H.G.B.). Ein Handelsgeschäft ist die Bürgschaft auf Seiten des Bürgen dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sie übernommen hat (§ 343 H.G.B.). Das Gesetz hätte ebenso gut und vielleicht noch präciser im § 350 sagen können: Wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt.

Anm. 4. Dafür, wann auf Seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft vorliegt, bezw. wann der Fall vorliegt, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt, sind die §§ 343 und 344 mit den dort gegebenen Erläuterungen maßgebend. Es gilt insbesondere die im § 343 dargestellte weite Ausdehnung des Begriffs „Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe“ (Anm. 9 ffg. zu § 343), und es gelten ferner die im § 344 aufgestellten Vermuthungen für diesen Begriff. (Die von einem Kaufmann mündlich übernommene Bürgschaft ist präsumtiv Handelsgeschäft, jedoch nicht nothwendig; vergl. im Falle nichthandelsgeschäftlicher Bürgschaft durch einen Kaufmann Anm. 27 zu § 343; die von einem Kaufmann schriftlich übernommene Bürgschaft ist fiktiv ein Handelsgeschäft, denn dann liegt ein Schuldschein vor). Es gilt aber auch die Vorschrift des § 5. Dieselbe wird hier nicht bloß nach der Richtung wichtig, daß der Eintragung gegenüber von keinem Theile eingewendet werden kann, der Eingetragene betreibe kein Handelsgewerbe, sondern auch nach der Richtung, daß nicht eingewendet werden kann, sein Gewerbe sei kein Vollhandelsgewerbe und es greife daher § 351 Platz. Wenn daher jemand ein Minderhandelsgewerbe betreibt, aber eingetragen ist, so ist seine mündliche Bürgschaft giltig. Beim Versagen der Fiktion des § 5 wird ferner gegen den Eingetragenen wichtig, daß er auf Grund der Eintragung als Vollkaufmann gilt, weil auf Grund der Eintragung angenommen werden muß, daß er als Kaufmann gelten will und nur demjenigen kann auf Grund des § 15 eingewendet werden, der Eingetragene betreibe überhaupt kein Gewerbe, sei also kein Kaufmann, der wußte, daß der Eingetragene weder Kaufmann ist, noch als solcher gelten will. Auch wer durch sonstiges Auftreten im Rechtsverkehr als Vollkaufmann gilt (Exkurs zu § 5), muß dies gegen sich gelten lassen, und seine Bürgschaft ist ohne Form giltig. Das kann freilich zweifelhaft sein, weil die Formvorschriften den Schutz des Kontrahenten gegen sich selbst, gegen seine eigene Leichtfertigkeit bezwecken. Allein hier wie auch sonst geht der Schutz des Verkehrs vor.

Anm. 5. γ) Zusätzlich sei hier bemerkt, daß Näheres über die Bürgschaft (ihre Voraussetzungen und Wirkungen ꝛc.) zu § 349 von uns behandelt ist.

Anm. 6. b) **Das abstrakte Schuldversprechen.** Nach §§ 780, 782 B.G.B. ist zur Giltigkeit eines Vertrages, durch welchen eine Leistung in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll, schriftliche Ertheilung des Versprechens erforderlich. Diese Form ist nur dann nicht erforderlich, wenn das Schuldversprechen auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleichs ertheilt ist. Eine Heilung des Formmangels durch Erfüllung findet hier nicht statt.

Anm. 7. α) Ueber das Erforderniß der schriftlichen Ertheilung gilt das unten Anm. 34 ffg. gesagte, insbesondere auch für den Fall, daß die Erklärung durch Vertreter erfolgt.

β) Ebenso gilt hier auf Grund unseres § 350 H.G.B. und des § 351 H.G.B. für den Handelsverkehr die gleiche Ausnahme, wie bei der Bürgschaft: Das Schuldversprechen bedarf keiner Form, wenn es auf Seiten des Schuldners ein Handelsgeschäft ist und der Versprechende Vollkaufmann ist oder als solcher gilt. Näheres hierüber oben Anm. 3 u. 4. Anm. 8.

γ) Zusätzlich sei bemerkt, daß weitere Vorschriften über das abstrakte Schuldversprechen weder im B.G.B., noch im H.G.B. enthalten sind. Hierüber sei besonders zweierlei bemerkt: Es ist anzunehmen, daß das reine Schuldversprechen auch bedingt abgegeben werden kann (Cosack, Bürgerliches Recht I S. 582). Es ist ferner anzunehmen, daß der Schuldner einwandsweise auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zurückgehen kann. Wir nehmen dies besonders deshalb an, weil der Gesetzgeber auch bei den zur Cirkulation bestimmten kaufmännischen Verpflichtungsscheinen dieses Zurückgehen zuläßt, wie § 364 H.G.B. ergiebt, und sogar beim Wechsel, dem abstraktesten Schuldversprechen, welches die Gesetze kennen. (Art. 82 W.O.). Dernburg II S. 198 will nur auf Grund des § 812 Abs. 2 B.G.B. (dem noch § 821 B.G.B. hinzugefügt werden könnte), Einreden zulassen. Allein diese Gesetzesvorschrift ist nicht dazu bestimmt, die gegen die Geltendmachung abstrakter Schuldversprechen zulässigen Einreden zu erschöpfen, sondern läßt nur bei Gelegenheit der Regelung des Anspruchs auf Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung diesen Anspruch und bezw. diese Einrede auch gegenüber der Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens zu. Würde man gegen das abstrakte Schuldversprechen nur auf Grnnd dieser Konstruktion Einreden zulassen, so wäre gegenüber der Geltendmachung eines vorzeitig gegebenen abstrakten Schuldversprechens ein Einwand überhaupt nicht zulässig (§ 813 B.G.B.). Allein hier wie beim Wechsel wird man annehmen müssen, daß immer dann ein Einwand zulässig ist, wenn die Geltendmachung des formalen Rechts sich als doloser Mißbrauch des wahren Rechts darstellt (Staub, W.O. §§ 14 u. 33 zu Art. 82). Wird freilich das Schuldversprechen nach Entstehung des Schuldverhältnisses und in Kenntniß der Einwendungen gegeben, so liegt darin ein Verzicht auf dieselben. Aber das ist auch bei anderen abstrakten Versprechen (Verpflichtungsschein, Wechsel) nicht anders. Dagegen muß angenommen werden, daß der Cessionar sich die Einwendungen, die dem Schuldner gegen den Cedenten persönlich zustehen, entgegenhalten lassen muß. Denn das Schuldversprechen soll zwar nach § 781 B.G.B. eine selbstständige Verpflichtung begründen; aber das bedeutet nicht, daß dadurch eine von der ursprünglichen causa völlig losgelöste Obligation begründet werden soll. Es soll damit nur, wie Dernburg II S. 198, zutreffend sagt, ein Mittel gegeben werden, um das wahre Recht in bequemster und raschester Weise zur Geltung zu bringen. Zu diesem Zwecke gewährt es einen neuen Klagegrund, der selbstständig, ohne Zurückgehen auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, geltend gemacht werden kann. Allein auch der Wechsel, auch der kaufmännische Verpflichtungsschein begründen selbstständige Verpflichtungen in diesem Sinne, und doch ist noch nie bezweifelt worden, daß auch bei ihnen der Schuldner die ihm gegen den Gläubiger zustehenden, aus der zu Grunde liegenden causa entspringenden Einreden, nicht blos diesem, sondern auch seinem Cessionar entgegenhalten kann (vergl. Erl. zu § 364), und nur dem Indossamente wird eine weitergehende, rechtsverstärkende und einredevernichtende Wirkung von den Gesetzen beigelegt. Es ist nicht ersichtlich, daß das B.G.B. in dem abstrakten Schuldversprechen des § 780 ein eigenartiges, in seiner Abstraktheit und Selbstständigkeit sogar den Wechsel und den kaufmännischen Verpflichtungsschein übertreffendes Verpflichtungsverhältniß schaffen wollte (vergl. Cosack, Bürgl. Recht II S. 589). Daß im Falle des § 405 B.G.B. (Abtretung der Forderung unter Vorlegung der darüber ausgestellten Urkunde) der Einwand des Scheins und des vertragsmäßigen Ausschlusses der Abtretung versagt ist, ist selbstverständlich. Anm. 9.

Die Beweislast für das Vorliegen von Einwendungen trifft überall den Schuldner.

Haften übrigens dem Schuldversprechen Mängel an, welche gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen, so ist dasselbe nicht bloß ope exceptionis, sondern ipso jure nichtig. So entbehrt ein Schuldversprechen zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Differenzschuld der Klagbarkeit (§ 762 B.G.B.), desgleichen ein Schuldversprechen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit auf Zahlung eines Ehemaklerlohnes (§ 656 B.G.B.), ein gegen die guten Sitten verstoßendes Schuldversprechen ist nichtig (§ 138 B.G.B., der dem widersprechenden § 817 B.G.B. vorzuziehen ist) — so überall Dernburg II S. 198—200.

Anm. 10. c) **Das Schuldanerkenntniß.** Nach § 781 Satz 1 und § 782 B.G.B. ist zur Giltigkeit eines Vertrages, durch welchen das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird, schriftliche Anerkennungserklärung erforderlich und, wenn für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben ist, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form. Ist also zur Begründung des Schuldverhältnisses die gerichtliche oder notarielle Beurkundung nöthig, so ist auch der Anerkenntnißvertrag nur in dieser Form giltig. Ebenso wenn zweiseitige Schriftlichkeit zur Begründung des Schuldverhältnisses gehört. Denn auch in diesem Falle erfordert die Begründung des Schuldverhältnisses eine andere Form, als „schriftliche Ertheilung der Erklärung."

Die Formvorschrift fällt weg, wenn das Anerkenntniß auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleichs abgegeben wird. (Der Formmangel wird nicht, wie bei der Bürgschaft, durch die Erfüllung geheilt).

Anm. 11. α) Ueber das Erforderniß der schriftlichen Ertheilung der Anerkenntnißerklärung gilt das unten Anm. 34 ffg. Gesagte, insbesondere auch über den Fall der Abgabe eines Anerkenntnisses durch einen Vertreter. Ueber die anderen Formen siehe unten Anm. 42 ffg.

Anm. 12. β) Ebenso gilt für den Handelsverkehr die gleiche Ausnahme, wie bei der Bürgschaft: Ist das Anerkenntniß ein Handelsgeschäft auf Seiten des Schuldners und ist oder gilt dieser als Vollkaufmann, so bedarf das Anerkenntniß keiner Form. Näheres hierüber Anm. 3 u. 4. Die Ausnahme bezieht sich aber nicht auf den Fall, daß für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form, als die schriftliche Ertheilung vorgeschrieben ist. In diesem Falle greift wiederum die Regel Platz; denn unser § 351 befreit nur von der Form der § 780 Abs. 1 B.G.B.

Anm. 13. γ) Näheres über den Anerkenntnißvertrag siehe bei Cosack Bürgerliches Recht I S. 577. Nach Dernburg II S. 196 unterscheiden sich Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß nicht in ihrem Wesen, sondern nur im Ausdruck. Dies erachten wir als zutreffend. Wir verweisen hierfür noch auf § 812 Abs. 2 B.G.B., der vom Schuldanerkenntniß spricht und zweifelsohne auch das abstrakte Schuldversprechen meint, wie dies auch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen ergiebt. Die oben Anm. 9 erörterten materiellen Grundsätze gelten daher auch hier.

Anm. 14. δ) Zusätzlich mag hinzugefügt werden, daß das negative Schuldanerkenntniß, d. h. der Vertrag, durch welchen der Gläubiger anerkennt, daß das Schuldverhältniß nicht besteht, einer Form überhaupt nicht bedarf (§ 397 Abs. 2 B.G.B.). Das wird insbesondere praktisch werden bei allgemeinen negativen Anerkenntnissen, d. h. bei dem Anerkenntnisse, daß dem einen Theil gegen den anderen keinerlei Forderungen mehr zustehen (Generalquittung).

Anm. 15. d) **Grundstücksübereignungsverträge.** Nach § 313 B.G.B. bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, (doch wird der Mangel dieser Form geheilt durch die Auflassung und Eintragung). Die Vorschrift ist weit enger, als die des früheren Art. 275. Nach letzterem waren „Verträge über unbewegliche Sachen" keine Handelsgeschäfte und dadurch der Formfreiheitsvorschrift des Art. 317 entzogen. Nach jener Vorschrift des B.G.B. ist aber nur ein solcher Vertrag, durch welchen sich

jemand zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke verpflichtet, der schweren Form unterworfen, nicht auch andere Verträge über unbewegliche Sachen, wie dies weiter unten noch näher dargelegt werden soll. Der Grundstücksübereignungsvertrag aber ist überhaupt ungiltig, wenn er nicht formell abgeschlossen wird. Es wird nicht, wie früher bei Auslegung des Art. 275 (vergl. unsere 5. Aufl. § 4 zu Art. 275) angenommen wurde, die Form etwa nur dann erfordert, wenn der Hauptgegenstand eines verschiedene Punkte enthaltenden Vertrages eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung ist. Vielmehr ist die Uebernahme einer solchen Verpflichtung stets nur in jener höheren Form möglich und, wenn sie nicht in jener Form bethätigt ist, schlechtweg ungiltig (vergl. auch Dernburg II S. 176). Ob diese partielle Ungiltigkeit die Ungiltigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht, ist nach § 139 B.G.B. d. h. danach zu beurtheilen, ob der ganze Vertrag auch ohne diesen ungiltigen Theil geschlossen worden wäre. Auch eine auf Abschluß eines Grundstücksübereignungsvertrages abzielende Offerte muß gerichtlich oder notariell beurkundet sein, um bindend zu sein (Dernburg II S. 176; vergl. §§ 128 u. 152 B.G.B.).

Auch für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift keinerlei Ausnahme gemacht, auch nicht für Gesellschaftsverträge, wie letzteres von uns schon an anderen Stellen betont worden ist (vergl. Anm. 27 zu § 105; Anm. 14 zu 161; Anm. 22 zu § 335; Anm. 9 im Exkurse zu § 342). Auch ist bei dieser Gelegenheit wiederum darauf aufmerksam zu machen, daß auch der Eigenthumsübereignungsvertrag, obwohl auch im Handelsverkehr seine Giltigkeit an eine schwere Form geknüpft ist, dennoch ein Handelsgeschäft ist, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgeschäfts ihn abschließt, und auch ein Handelsgrundgeschäft sein kann, zwar nicht nach § 1, weil keines der dort bezeichneten Geschäfte den Handel mit Grundstücken zum Gegenstande hat, wohl aber nach § 2. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß nicht bloß der obligatorische Grundstücksübereignungsvertrag, sondern auch die Ausführung desselben, die Bewirkung der Uebereignung selbst, an eine sehr schwere Form geknüpft ist, und zwar in dieser Hinsicht konform mit dem früheren Recht, nämlich an die Auflassung und Eintragung. Andererseits aber wird der formlose Uebereignungsvertrag durch Auflassung und Eintragung giltig. Ferner ist die Vollmacht zum Abschluß eines Grundstücksübereignungsvertrages formlos giltig (§ 167 Abs. 2 B.G.B.; Dernburg II S. 176). Anm. 16.

e) **Andere Verträge über unbewegliche Sachen sind dieser Form oder einer anderen Form nicht unterworfen, auch nicht, wenn es sich um eine Grundstücksbelastung handelt.** Denn der obligatorische Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, sein Grundstück mit einer Hypothek, mit einer Grundschuld oder einer Rentenschuld zu belasten, (das sogenannte pactum de pignorando) ist formlos giltig. Dagegen ist die Ausführung dieser Verträge, die Bewirkung dieser Belastung selbst, an Formen gebunden (die Einigung, die vor der Eintragung nur bei Beobachtung gewisser Formen giltig ist, und die Eintragung, § 873 B.G.B.). Soweit es sich um Grundstücksbelastungen handelt, liegt hierin eine Abweichung vom früheren Recht insofern vor, als nach dem letzteren auch die pacta de pignorando bei Grundstücken als Verträge über unbewegliche Sachen dem landesrechtlichen Formenzwange unterlagen, was jetzt fortfällt. Dagegen liegt keine Abweichung vom früheren Recht insofern vor, als es sich um die Ausführung dieser Verträge, um die Bewirkung der Belastung selbst handelt. Diese sind nach gegenwärtigem Recht ebenso wie nach früherem Recht den singulären Formvorschriften des bürgerlichen Rechts unterworfen. Daß die obligatorischen Verträge auf Verpfändung von Grundstücken formlos giltig sind, ist deswegen von praktischer Bedeutung, weil der so Verpflichtete, wenn er sich weigert, die zur Bewirkung der Eintragung erforderliche formelle Erklärung abzugeben, hierzu durch richterliches Urtheil gezwungen werden kann, und das Urtheil gilt dann als Abgabe der Erklärung (§§ 894 ffg. C.P.O.).

Auch sonst sind Verträge über unbewegliche Sachen denkbar und Anm 17.

in der Praxis des früheren Rechts behandelt worden. Dieselben waren nach früherem Recht nicht Handelsgeschäfte und deshalb dem landesrechtlichen Formenzwange unterworfen. Nach dem neuen Recht giebt es für sie keine Form (bis auf die Miethe von Grundstücken, die wir unten Anm. 22 behandeln). Vor allem gehören dazu die **Werkverdingungsverträge über Grundstücke,** die Verträge, durch welche jemand es übernimmt, ein Grundstück zu bebauen, oder einen Grundstückstheil herzustellen, also die Geschäfte der Bauunternehmer und Bauhandwerker, insbesondere auch der Uebernehmer von Straßenpflasterungen, der Erbauung von Eisenbahnkörpern ꝛc. Solche Verträge sind also formlos giltig.

Anm. 18. Auch das Abkommen, durch welches ein Grundstücksübereignungsvertrag vor seiner Ausführung aufgehoben wird, ist an keine Form gebunden. Denn es ist zwar ein Vertrag „über ein Grundstück", aber kein Vertrag, durch welchen sich Jemand verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen. — Desgleichen ist die Form des § 313 B.G.B. nicht nöthig, wenn der Käufer eines Grundstücks seinen Anspruch auf Auflassung abtritt (Dernburg II S. 176).

Anm. 19. f) **Die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden.** Nach dem früheren Recht war, wenn ein Handelsgeschäft vorlag, die Abtretung von Rechten formlos, auch von im Grundbuch eingetragenen Rechten (vergl. unsere 5. Aufl. § 2 zu Art. 275). Jetzt gilt für Handelsgeschäfte nichts Besonderes und es greifen die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts Platz. Danach ist für den obligatorischen Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, eine Forderung oder ein Recht zu übertragen, für das pactum de cedendo, eine Form niemals erforderlich, die Forderung mag sich noch so hoch beziffern, sie mag verbrieft sein oder es mag sich um ein im Grundbuch eingetragenes Recht handeln. Dagegen ist die Abtretung selbst, der dingliche Vertrag, durch welchen der Uebergang des Rechts bewirkt wird, nicht immer formfrei. Hier ist vielmehr für die Briefhypothek vorgeschrieben Ertheilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form (vergl. hierüber unten Anm. 34) oder Eintragung der Abtretung in das Grundbuch, wozu aber in beiden Fällen die Uebergabe des Hypothekenbriefs hinzutreten muß, bei der Buchhypothek erfolgt die Abtretung durch Einigung und Eintragung, für die Uebertragung der Grundschuld gilt dasselbe (§§ 1154, 1192 B.G.B.).

Anm. 20. **Die gleichen Grundsätze greifen Platz für die Verpfändung von Rechten** (§ 1274 B.G.B.), also auch hier Formfreiheit des pactum de pignorando und ferner regelmäßige Formfreiheit der Pfandrechtsübertragung selbst, wozu bei Forderungen Anzeige an den Schuldner hinzutreten muß (§ 1280 B.G.B.) und nur ausnahmsweise Formvorschrift bei der Pfandübertragung an Hypotheken und Grundschulden.

Anm. 21. **Daß hier überall die obligatorischen Verträge formlos giltig sind, hat die praktische Bedeutung,** daß auf Grund eines solchen Vertrages die Abgabe der zum Uebergange des Rechts erforderlichen formellen Erklärungen und die hierzu erforderliche Uebergabe der Urkunden (Hypotheken-, Grundschuldbriefe) durch richterliches Urtheil erzwungen werden kann. Dabei gilt die Erklärung als abgegeben mit der Rechtskraft des Urtheils und die das Recht verbriefende Urkunde als übergeben mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (§§ 814 flg. C.P.O.).

Anm. 22. g) **Miethverträge über Grundstücke, Wohnräume oder andere Räume, wenn sie auf länger als ein Jahr geschlossen werden,** bedürfen der schriftlichen Vertragsform (es ist das der einzige Fall, wo das B.G.B. zweiseitige Schriftform vorschreibt). Das Gleiche gilt von Pachtverträgen. Ist die Schriftform nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen; er kann jederzeit unter Einhaltung der im § 565 B.G.B. bezeichneten Fristen, jedoch nicht für eine frühere Zeit, als für den Schluß des ersten Jahres, gekündigt werden (§§ 566, 580, 581 B.G.B.).

Anm. 23. Diese Formvorschrift gilt auch für solche Miethverträge über Grundstücke und Räume, welche Handelsgeschäfte sind, also besonders für Verträge, durch welche ein Kaufmann Geschäftsräume miethet. (Solche Verträge waren

übrigens nach dem alten H.G.B. keine Handelsgeschäfte, da sie Verträge über unbewegliche Sachen waren, und deshalb waren sie auch nach dem alten H.G.B. dem landesrechtlichen Formenzwange unterworfen; vergl. unsere 5. Aufl. § 5 zu Art. 275.)

Desgleichen gilt diese Formvorschrift auch für die Erpachtung von Grundstücken zum Zwecke der Ausbeutung (zur Ziegelfabrikation, zum Steinbruch, zum Austorfen, zur Abholzung, zum Rübenbau, zur Bernsteingräberei). Von diesem Gesichtspunkte wird der schon an anderer Stelle (Anm. 35 u. 36 zu § 1) betonte Unterschied zwischen Pachtung des Grundstückes zum Zwecke der Ausbeutung und Kauf der den Gegenstand der Ausbeutung bildenden Gegenstände wiederum wichtig. Wer einen Steinbruch pachtet, schließt einen Pachtvertrag über die unbewegliche Bodensubstanz ab, pachtet ein Grundstück; wer die zu brechenden Steine kauft, kauft bewegliche Gegenstände. Pachtung ist anzunehmen, wenn Vertragserfüllung und Preis von dem Umfange der zu machenden Ausbeute unabhängig sind (vergl. insbesondere hierüber R.G. 6 S. 9; R.G. in Strafsachen 27 S. 263). Nur soweit eine Pachtung vorliegt, greift die hier fragliche Formvorschrift Platz. Dagegen ist die Pachtung eines Restaurationsbetriebes in einem Circus während der Vorstellung der Formvorschrift nicht unterworfen, weil der Betrieb, nicht der Raum, Gegenstand des Geschäfts ist (vergl. Bolze 12 Nr. 271). Anm. 24.

Wohl aber fallen vermischte Geschäfte, zu deren Inhalt unter Anderem auch die miethsweise Ueberlassung eines Lokals gehört, insoweit unter die Formvorschrift, z. B. das Miethen eines Geschäftslokals nebst Inventar (vergl. Bolze 21 Nr. 294), der Verkauf eines Geschäfts unter gleichzeitiger Vermiethung der Geschäftsräume. Gleichgiltig ist dabei, ob die Vermiethung der Räume den Hauptgegenstand der Willenserklärung bildet oder nur einen nebensächlichen. Derjenige Theil des Geschäfts, der die Ueberlassung der Räume zum Gegenstande hat, unterfällt jedenfalls der Formvorschrift. Welchen Einfluß diese beschränkte Giltigkeit des auf längere Zeit geschlossenen Miethsvertrags auf das ganze kombinirte Geschäft ausübt, ist nur von Fall zu Fall zu beurtheilen. Der § 139 B.G.B. ist dabei nicht anwendbar, d. h. es wird nicht im Zweifel das ganze Geschäft nichtig, da ja auch ein Theil nicht nichtig wird. Vielmehr läßt sich eine Regel darüber, ob das ganze Geschäft giltig bleibt oder hinfällig wird, hier nicht aufstellen. Anm. 25.

Aufhebungen und Aenderungen von Miths- und Pachtverträgen sind formlos giltig.

h) **Anweisungen, deren Annahme und Uebertragung** (§§ 783, 784, 792). Hierüber siehe § 363. Anm. 26.

i) **Verträge, durch welche sich Jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Theil desselben zu übertragen,** oder mit einem Nießbrauch zu belasten, müssen gerichtlich oder notariell beurkundet werden (§ 311 B.G.B.). Diese Vorschrift ist für das Handelsrecht nicht ohne Bedeutung. Sie wird besonders praktisch bei der Uebertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft (vergl. Anm. 15 zu § 303), auch bei der Uebertragung eines Geschäfts und insbesondere einer o. H.G. Darüber siehe Anm. 12 zu § 22. Anm. 27.

k) **Schenkungsverträge** (§ 518 B.G.B.). Auch hier ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens erforderlich und es wird daran nichts dadurch geändert, daß das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. (Der Mangel der Form wird aber durch die Erfüllung geheilt.) Darüber, ob die Zusagen von Weihnachtsgeschenken oder Neujahrsgratifikationen an Handlungsgehilfen hiernach giltig sind, siehe Anm. 24 zu § 59. Anm. 28.

l) **Gewisse erbrechtliche Verträge,** die aber für das Handelsrecht ohne praktische Bedeutung sind (§§ 312 Abs. 2; 2348; 2371). Anm. 29.

3. **Einzelne Formvorschriften enthält auch das H.G.B.:** Einseitige Schriftlichkeit bei der Zeichnung der Aktien (§ 189 Abs. 2, § 323 H.G.B.), bei kaufmännischen Verpflichtungsscheinen (§ 363 H.G.B.), einseitige Schriftlichkeit bei der Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung der A.G. (§ 252 Abs. 2), gerichtliche oder notarielle Form in den §§ 182, 188 Abs. 2, 190, 259 und 321. Anm. 30.

Anm. 31. 4. **Auch andere Reichsgesetze enthalten Formvorschriften.** So z. B. § 15 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung für die Veräußerung von Geschäftsantheilen und die auf solche Veräußerung abzielenden Verträge; § 93 Abs. 2 der Rechtsanwaltsgebührenordnung für die Vereinbarung höherer als der gesetzlichen Gebühren. Diese Formvorschriften gelten neben dem H.G.B. schon wegen Art. 2. Abs. 2 E.G. zum H.G.B., und zwar auch für Handelsgeschäfte.

Anm. 32. **Die für gewisse Börsengeschäfte vorgeschriebene Auswechselung von Schlußscheinen ist dagegen keine Formvorschrift** (§§ 10, 19 des Reichsgesetzes vom 27. 4. 1894), da sie sich auf die Giltigkeit der Verträge nicht bezieht. Die Geschäfte sind auch ohne Schlußscheine verbindlich.

Anm. 33. 5. **Ferner bleibt es den Parteien überlassen, beliebig viele weitere Ausnahmen von der Regel der Formfreiheit zu machen und die Giltigkeit jedes ihrer Rechtsgeschäfte von der Beobachtung einer Form abhängig zu machen,** und zwar können sie dies in doppelter Weise thun, entweder so, daß in einem an sich giltig geschlossenen Rechtsgeschäft für spätere mit demselben in Verbindung stehenden Rechtsgeschäfte z. B. in einem Miethvertrage für die Kündigung oder Verlängerung eine gewisse Form vorgeschrieben wird (Fall des § 125 Satz 2 B.G.B.) oder so, daß die Parteien, die über einen bestimmten Vertrag verhandeln, die Beurkundung des beabsichtigten Vertrages vereinbaren (Fall des § 154 Abs. 2 B.G.B.). Natürlich können sie hierbei nur solche Formen vereinbaren, welche das Rechtssystem überhaupt kennt. In welcher Weise die so vereinbarten Formen erfüllt werden und welche Folgen die Nichterfüllung hat, darüber siehe weiter unten Anm. 47 u. 60.

II. Worin bestehen die einzelnen Formen?

Anm. 34. A. **Die gesetzlich vorgeschriebenen Formen.**

1. **Die Ertheilung der schriftlichen Erklärung oder die einseitige Schriftform.** Dieselbe wird, wie gezeigt, insbesondere praktisch regelmäßig bei der Bürgschaft (oben Anm. 2), dem abstrakten Schuldversprechen (oben Anm. 6), dem Schuldanerkenntniß (oben Anm. 10), bei der Abtretung von Hypotheken und Grundschulden (oben Anm. 19), bei der Aktienzeichnung (oben Anm. 30) und bei der Ertheilung der Vollmacht zur Stimmabgabe in der Generalversammlung (oben Anm. 30), bei der Anweisung, deren Annahme und Uebertragung (oben Anm. 26). Die Form wird hier in der Weise erfüllt, daß der sich verpflichtende Theil die Verpflichtungserklärung schriftlich fixirt und dieses Schriftstück dem Anderen „ertheilt", d. h. sie dem Anderen zugehen läßt, wozu Aushändigung, aber auch Vorzeigung genügt (Cosack, Bügerliches Recht Bd. I S. 185). Selbstverständlich muß die so ertheilte schriftliche Erklärung von dem anderen Theil auch angenommen werden, sonst würde ja kein Vertrag vorliegen, aber die Annahmeerklärung bedarf eben keiner Form.

Anm. 35. Wie erfolgt nun die schriftliche Fixirung der Verpflichtungserklärung? Die Urkunde muß gemäß § 126 B.G.B. eigenhändig von dem Aussteller durch Namensunterschrift (oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens)[1]) unterzeichnet werden.

Anm. 36. Es muß also eine Unterschrift und eine Unterzeichnung sein, d. h. sie muß den Text decken und abschließen. Ein nicht unterschriebener Nachtrag erfüllt dagegen diese Form nicht (R.G. 36 S. 241). Ob aber die Unterschrift zeitlich der Abfassung des Textes vorausgeht oder nachfolgt, ist ohne Belang (Goldmann und Lilienthal S. 118). Abredegemäße Blankettausfüllung ist nicht ausgeschlossen (Rehbein I S. 156; so auch nach früherem Recht R.G. 27 S. 269; 32 S. 70).

Anm. 37. Sie muß eine Schrift sein. Stempelung und Faksimilirung ist im Allgemeinen nicht zulässig, nur ausnahmsweise ist Faksimilirung zugelassen im § 793 B.G.B. bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber und im § 181 H.G.B. bei Unterzeichnung von

---

[1]) Das Handzeichen kann übrigens nicht bloß der wählen, der schreibensunkundig ist, sondern auch der, der aus sonstigem Grunde, z. B. weil er Schmerzen in der Hand hat, nicht schreiben kann, und auch der, der nicht schreiben will.

Aktien und Interimsscheinen. Druck und Schreibmaschine genügen nicht. Dagegen ist es gleichgiltig, von wem der Text der Urkunde geschrieben und ob er überhaupt geschrieben oder gedruckt ist ꝛc.

Sie muß eigenhändig ausgestellt werden. Der Aussteller darf sich eines Werk- Anm. 38.
zeuges hierzu nicht bedienen. Ist er am Schreiben verhindert, so steht ihm der Weg der Handzeichen zu Gebote. Aber Unterzeichnung durch einen Vertreter ist zulässig (vergl. § 167 Abs. 2 B.G.B.). Es fragt sich nun aber, welchen Namen der Vertreter zu unterschreiben hat. Nach unserer Ansicht darf er sowohl seinen eigenen, als auch den des Machtgebers unterschreiben. Denn stellt der Vertreter die Urkunde aus, so ist er Aussteller der Urkunde und es ist nur vorgeschrieben, daß der Aussteller „eigenhändig durch Namensunterschrift" zu unterzeichnen hat, es ist nicht vorgeschrieben, wessen Namensunterschrift zu leisten ist. Und es zwingt nichts zu der Annahme, daß der Vertreter nur seinen Namen, nicht den des Machtgebers unterzeichnen dürfe; nur muß natürlich die Vollmacht sich auch auf die Unterzeichnung des Namens des Machtgebers erstrecken, was z. B. bei der Prokura und der Handlungsvollmacht nach §§ 51 und 57 H.G.B. zweifellos der Fall ist. Uebereinstimmend mit uns Cosack, Bürg. Recht I S. 225 und Neumann, Handausgabe Anm. 2a zu § 126. Goldmann und Lilienthal (S. 119) und Rehbein (I S. 156) fordern dagegen zur Giltigkeit der schriftlichen Form, daß der Bevollmächtigte seinen eigenen Namen unterschreibt, eine Bevollmächtigung dahin, daß der Vertreter den Namen des Machtgebers unterschreibt, halten sie für rechtlich unzulässig, die Vorschriften der §§ 51 und 57 H.G.B. erachten sie für handelsrechtliche Ausnahmen. Dies kann aber Alles nicht zugegeben werden. Es würde das einen Bruch mit anerkannten Grundsätzen des bisherigen Rechts bedeuten. Denn die obersten Gerichte haben für das bisherige Recht den diesseitigen Standpunkt aus allgemeinen Rechts- und Vernunftsgründen längst vertreten (R.O.H. 5 S. 263 und R.G. 4 S. 307). Nichts zwingt anzunehmen, daß die neue Kodifikation diesen Bruch beabsichtigt hat. In den Materialien ist er nicht angedeutet und durch die Worte des Gesetzbuchs nicht geboten. Dazu kommt, daß die §§ 51 und 57 H.G.B. keineswegs eine handelsrechtliche Abweichung von civilrechtlichen Grundsätzen statuiren wollen, wenigstens ist hierfür kein Anhalt geboten, sondern daß sie lediglich, wie früher die Art. 44 und 49, eine Ordnungsvorschrift geben wollen, welche die Befugniß des Vertreters, den Namen des Machtgebers zu unterzeichnen, voraussetzt. Sie sind weit entfernt, Giltigkeitsvorschriften zu sein.

Hinzugefügt mag hier werden, daß die Vollmacht zur Abgabe schriftlicher Anm. 39.
Erklärungen in mündlicher Form giltig ist (§ 167 Abs. 2 B.G.B.), desgleichen die Zustimmung (§ 182 B.G.B.).

Es ist ferner zu erwähnen, daß die gesetzliche Schriftform nicht gewahrt wird durch Anm. 40.
telegraphische Uebermittelung der Willenserklärung, auch wenn die Urschrift von dem Absender unterschrieben ist. Das ergiebt sich aus § 127 B.G.B. Auch die Briefform ist gemäß diesem § 127 B.G.B. für die Wahrung der schriftlichen Form nicht gestattet, gleichwohl gilt die Form als gewahrt, wenn der Brief den Erfordernissen des § 126 entspricht. (Ueber die Briefform bei zweiseitiger Schriftlichkeit siehe unten Anm. 45).

Endlich ist im Hinblick auf die bisherigen landesgesetzlichen Formvorschriften zu Anm. 41.
erwähnen, daß für Blinde und Taubstumme, für Analphabeten, für Personen, die der Sprache nicht mächtig sind, in welcher die Urkunde abgefaßt ist, keine besonderen Formvorschriften gelten. Daß solchen Personen die allgemeinen Anfechtungsgründe wegen Irrthums ꝛc. zustehen, ist selbstverständlich (Rehbein I S. 157).

2. **Der schriftliche Vertrag oder die zweiseitige Schriftlichkeit.** Dieselbe wird praktisch bei Anm. 42.
den Miethsverträgen über Grundstücke und Räume (oben Anm. 22), bei der Vereinbarung zwischen Anwalt und Partei über höhere als gesetzliche Gebühren (oben Anm. 31). Die zweiseitige Schriftlichkeit erfordert:

a) Eigenhändige Unterzeichnung durch Namensunterschrift, wie bei der einseitigen Schriftform. Es greift daher hier dasselbe Platz, wie oben Anm. 34 flg. auseinandergesetzt ist, insbesondere darüber, daß die Unterschrift, nicht auch der Text

geschrieben sein muß, daß sie sich als Unterschrift darstellen, also den Text decken muß, daß sie eigenhändig vom Aussteller geleistet sein muß, und was aus diesem Erforderniß für die Unterzeichnung durch Vertreter folgt. Es muß ferner auch hier hinzugefügt werden, daß die Vollmacht und die Zustimmung formlos giltig sind (vergl. oben Anm. 39).

Anm. 43. b) Außerdem muß die Unterzeichnung der Parteien entweder auf derselben Urkunde erfolgen oder es muß jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnen.

Anm. 44. c) Endlich aber müssen die Parteien sich ihre schriftlichen Erklärungen gegenseitig zugänglich machen und zwar nach den allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen der Verträge. Werden daher die Unterschriften unter Anwesenden geleistet, so wird der Vertrag mit der Unterzeichnung aller auf der einen oder der jeder einzelnen Partei auf der für die andere Partei bestimmten Urkunde wirksam. Sind aber die Parteien abwesend, so muß die Unterschrift jeder Partei der anderen „zugehen". Wie bei der einseitigen Schriftform hierzu für erforderlich und für genügend erachtet wurde, daß das vom Aussteller unterschriebene Schriftstück dem anderen Theil ausgehändigt oder mindestens vorgelegt wird, so muß hier für genügend erachtet, aber auch gefordert werden, daß das Schriftstück, nachdem es von dem einen Theil unterschrieben ist, dem anderen Theil ausgehändigt oder wenigstens vorgelegt wird. Es kann Goldmann und Lilienthal (S. 120) nicht beigetreten werden, wenn sie sich damit begnügen, daß der Unterzeichner von der Thatsache der Unterzeichnung dem anderen in irgendwelcher Form Mittheilung macht; dadurch geht ihm die schriftliche Erklärung nicht zu. Andererseits verlangt Rehbein I S. 155 zu viel, wenn er dem Anschein nach Austausch der Urkunden, also Aushändigung der beiden Urkunden immer an den anderen Theil fordert.

Anm. 45. d) Ueber Telegraphie und Briefwechsel gilt hier Folgendes: Daß telegraphische Uebermittelung nicht genügt, geht aus § 127 B.G.B. deutlich hervor. Fast wäre man versucht, anzunehmen, daß auch Briefwechsel nicht genügt. Indessen ist doch die Auswechselung von Briefen dann genügend, wenn dieselben den Erfordernissen schriftlicher Urkunden nach § 126 B.G.B. entsprechen, also die gegenseitige Bestätigung durch gleichlautende Briefe. Dagegen ist die Form nicht gewahrt, wenn die Briefe nicht gleichlauten, z. B. die Bestätigung in erheblich von einander abweichenden Redewendungen enthalten (z. B. das Acceptationsschreiben lautet: Wir empfingen Ihr Geehrtes von gestern und acceptiren den Inhalt desselben in allen seinen Theilen) oder wenn die Briefe noch andere Angelegenheiten behandeln, so daß sie den Charakter von urkundlichen Fixirungen verlieren und den der brieflichen Mittheilungen annehmen.

Anm. 46. 3. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (vergl. § 128 B.G.B., §§ 167—182 F.G.). Nähere Darlegungen hierüber überschreiten die Zwecke dieses Kommentars. Nur das mag bemerkt werden, daß auch hier die Vollmacht und die Zustimmung der vorgeschriebenen Form nicht bedürfen (siehe oben Anm. 39). Für den Grundbuchverkehr vergl. jedoch §§ 29 ffg. der Grundbuchordnung.

Anm. 47. B. **Ist die Form rechtsgeschäftlich vorgeschrieben,** so gelten im Zweifel dieselben Vorschriften. Das ist im § 127 B.G.B. zwar nur für die schriftliche Form gesagt, gilt aber in gleicher Weise auch für die sonstigen Formen. Indessen soll die telegraphische Uebermittelung für die rechtsgeschäftlich bestimmten schriftlichen Formen genügen, sowohl bei der einseitigen Schriftlichkeit, als bei der zweiseitigen, falls nicht etwa die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Das Telegramm braucht nicht unterschrieben zu sein (Goldmann und Lilienthal S. 120, Rehbein I S. 158, anders Cosack, Bürg. Recht I S. 191). Ebenso genügt bei einseitiger Schriftlichkeit die Briefform, die ja auch bei der gesetzlich vorgeschriebenen einseitigen Schriftlichkeit genügt (oben Anm. 40). Hier soll sie aber auch bei zweiseitiger Schriftlichkeit genügen (§ 127 B.G.B.). Auch genügt es, daß der eine Theil telegraphirt, der andere schreibt.

Alle diese Vorschriften sind zwar nur gegeben für den Fall, daß durch ein giltiges Rechtsgeschäft im Voraus bestimmt ist, welche Formen die daran sich schließenden Rechtsakte haben sollen (Fall des § 125 Satz 2 B.G.B.), die Vorschriften des § 127 sind aber analog anwendbar auf den Fall des § 154, in welchem die Parteien bei den Unterhandlungen über einen Vertrag vereinbaren, daß der beabsichtigte Vertrag beurkundet werden soll: Auch hier ist im Zweifel anzunehmen, daß die gesetzlichen Formen zu beobachten sind, auch hier ist im Zweifel anzunehmen, daß die telegraphische Uebermittlung genügt, und bei Verträgen der Briefwechsel bezw. der Wechsel von Telegramm und Brief. Anm. 48.

III. Die Folgen der Beobachtung der Form.

A. Die Hauptfolge der Beobachtung der Form ist die Giltigkeit des Geschäfts. Dieser triviale Satz braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Aber die Abfassung eines Geschäfts in formeller Weise hat auch noch eine andere Bedeutung. Anm. 49.

B. **Das formell abgefaßte Geschäft hat die Vermuthung der Vollständigkeit für sich.** Anm. 50.

1. **Der rechtliche Grund dieses Rechtssatzes.** Wird eine Erklärung schriftlich ertheilt und angenommen, wird gar ein Vertrag in zweiseitiger Schriftlichkeit fixirt und beurkundet, oder wird endlich gar ein Vertrag notariell oder gerichtlich beurkundet, so muß nach der Erfahrung des Verkehrs für die Regel angenommen werden, daß die beurkundeten Erklärungen den vereinbarten Inhalt des Rechtsgeschäfts vollständig enthalten. Denn die Beurkundung hat doch den Zweck, die Vereinbarung so zu fixiren, daß ein Streit über ihren Inhalt möglichst ausgeschlossen und in viel höheren Maße vermieden werde, wie dies bei der bloß mündlichen Vereinbarung möglich ist. Das gesprochene Wort verfliegt, scripta manent.

Nun ist allerdings der Satz, daß das formal abgefaßte Geschäft die Vermuthung der Vollständigkeit für sich hat, weder vom B.G.B., noch vom H.G.B. ausgesprochen. Aber die frühere Rechtsprechung hat denselben konstant ausgesprochen, er entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen und vernünftiger Auffassung des Rechtslebens und ist daher für das neue Recht von Neuem aufzustellen (vergl. Neumann, Handausgabe Anm. IV zu § 125 B.G.B., Rehbein I S. 159; vergl. auch unsere Allg. Einl. Anm. 58ffg. Für das frühere Recht siehe die in unserer 5. Auflage § 8 zu Art. 317 citirte Judikatur, besonders R.O.H. 16 S. 191; Bolze 16 Nr. 234. Anm. 51.

2. **Aus diesem Grundsatze ergeben sich folgende Konsequenzen:** Anm. 52.

a) Vorherige Besprechungen, selbst vorherige Abreden, gelten als schließlich fallen gelassen (R.O.H. 10 S. 103; 16 S. 191; Bolze 6 Nr. 316). Auch von solchen Besprechungen und Abreden, die in die Zeit der Beurkundung selbst fallen, gilt dies. Erfahrungsgemäß wird auch hier während der schriftlichen Fixirung von Vereinbarungen viel hin und her gesprochen und verabredet; aber die Erfahrung lehrt auch, daß regelmäßig auch solche gleichzeitigen Besprechungen als schließlich fallen gelassen gelten, wenn sie in den Akt der Beurkundung nicht aufgenommen sind.

b) Doch ist der Gegenbeweis zulässig, daß solche vorherigen oder nebenherigen Abreden trotz der Nichtaufnahme in die Urkunde gelten sollten. Es ist in diesem Falle in plausibler Weise gegenbeweislich darzulegen, daß die Abrede neben dem schriftlichen Vertrage gelten soll, obwohl sie in die Urkunde nicht aufgenomen wurde; der bloße Beweis, daß die Abrede vorher oder nebenher getroffen wurde, reicht dazu nicht aus (vergl. R.O.H. 11 S. 433; 17 S. 227; Bolze 16 Nr. 234; R.G. vom 15. Dezember 1896 in J.W. 1897 S. 88). Anm. 53.

c) Wird dieser Gegenbeweis geführt, so hat dies eine verschiedene Folge, je nachdem es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene Form oder um eine von den beiden Parteien bestimmte Form oder lediglich um eine thatsächlich angewendete Form handelt. Anm. 54.

α) Ist die Form gesetzlich vorgeschrieben, so wird durch die Führung des zu b gedachten Gegenbeweises der Vertrag im Zweifel nichtig. Gleichgiltig ist dabei, ob Anm. 55.

es sich um Haupt- oder Nebenpunkte handelt. Denn nach § 154 B.G.B. ist der Vertrag im Zweifel solange nicht zu Stande gekommen, als bis sich die Parteien über alle diejenigen Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur der einen Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte. Diese Einigung muß, wenn eine Form gesetzlich vorgeschrieben ist, in dieser Form erfolgen. Diese Regel soll nun aber nur im Zweifel gelten. Es ist also die Replik zulässig, daß der beurkundete Vertrag trotz der Nichtaufnahme eines Punktes, über welchen eine Einigung vorher oder nebenher getroffen worden ist, gelten solle. Aber dann darf dieser Punkt natürlich nur ein Nebenpunkt sein. Mangelnde Aufnahme eines wesentlichen Punktes vernichtet den Vertrag. Und über jenen Nebenpunkt gelten dann die gesetzlichen Vorschriften als naturalia negotii. Das Gleiche gilt, wenn die Parteien den Vertrag als geschlossen ansehen, obgleich sie sich über einen Punkt nicht geeinigt haben (§ 155 B.G.B.) oder, wie hier ergänzungsweise hinzugefügt werden muß, obgleich sie sich über einen Punkt zwar geeinigt, denselben aber dem formellen Vertrage nicht einverleibt haben. Dieser Fall wird meist vorliegen. Die Parteien sehen in solchem Falle den beurkundeten Vertrag als geschlossen an, kein Theil denkt daran oder hat ein Interesse daran, den Vertrag wegen der Auslassung des Nebenpunktes als nichtig zu betrachten, sie behandeln demgemäß den Vertrag als geschlossen, handeln demgemäß, und nur wenn es sich um den nichtaufgenommenen Nebenpunkt handelt, da will derjenige, dessen Interesse hierbei berührt wird, diesen Nebenpunkt trotz seiner Nichtaufnahme in den Vertrag zur Geltung bringen. Das ist aber nach § 155 B.G.B. nicht angängig. Vielmehr gilt in solchem Falle das urkundlich Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde, wie er niedergeschrieben ist, und über die nicht beurkundeten Punkte gelten die gesetzlichen Bestimmungen (vergl. auch Goldmann und Lilienthal S. 122). Ueber die §§ 154 u. 155 B.G.B. siehe noch bei uns den Exkurs zu § 361.

Anm. 56. β) Ist die Form von den beiden Parteien bestimmt, sei es, daß sie durch ein vorhergegangenes Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist (§ 125 Abs. 2 B.G.B.) oder bei dem Abschlusse eines Vertrages seine Beurkundung vereinbart wurde (§ 154 Abs. 2 B.G.B.), so hat die Führung des oben Anm. 53 gedachten Gegenbeweises den Erfolg, daß die Abrede neben dem Vertrage gilt. Denn der Gegenbeweis ist ja nur in der Weise zulässig, daß die Abrede neben dem beurkundeten Vertrage gelten solle, und bei einer auf dem Willen der Parteien beruhenden Form haben es die Parteien in der Hand, diese Abweichung zu bestimmen.

Anm. 57. γ) Ist die Form nur thatsächlich angewendet, ohne gesetzlich oder rechtsgeschäftlich bestimmt zu sein (z. B. wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes dem Gläubiger eine schriftliche Bürgschaftsurkunde übersendet, ohne daß die Urkunde verlangt wurde; oder wenn zwei Parteien einen Kaufvertrag über 1000 Mille Cigarren in zweiseitiger Schriftlichkeit beurkunden), so gilt das nebenher mündlich Vereinbarte selbstverständlich ebenfalls daneben.

Anm. 58. d) Die Vermuthung der Vollständigkeit der Urkunde greift dann nicht Platz, wenn nicht eine richtige Beurkundung vorliegt, d. h. nicht die Errichtung einer präsumtiv, alle Bedingungen umfassenden Urkunde vorliegt, wenn z. B. nach vorhergegangener mündlicher Verhandlung eine bloße Acceptation brieflich erklärt ist (R.O.H. 25 S. 306).

Anm. 59. e) Ganz verschieden von dieser Frage ist die, ob zum Zwecke der Auslegung der urkundlich fixirten Willenserklärung auf die vorgängigen oder nebenherigen mündlichen Besprechungen und Abreden zurückgegangen werden kann. Diese Frage ist einfach zu bejahen (R.O.H. 2 S. 187; 5 S. 29; Bolze 16 Nr. 316 und 317).

IV. Folgen der Nichtbeobachtung der Form.

1. Wird die gesetzliche Form nicht beobachtet, d. h. wird das Geschäft in seinen wesentlichen Punkten ohne die vorgeschriebene Form abgeschlossen, so liegt Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vor (§ 125 B.G.B.). Auch durch formlose Genehmigung wird es nicht giltig. Vielmehr ist die Bestätigung eines nichtigen Geschäfts als erneute Vornahme zu beurtheilen, sie erfordert also alle Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts selbst, also auch die Erfüllung der gesetzlichen Form (§ 141 Abs. 1 B.G.B.). Die formlose Zustimmung zu einem wegen Formmangels nichtigen Geschäft ist wirkungslos. Daran ändert auch § 182 Abs. 1, 2 B.G.B. nichts; dieser setzt ein formell giltiges Rechtsgeschäft voraus, das der Genehmigung eines Dritten zur Wirksamkeit bedarf. Grundsätzlich heilt auch die Erfüllung den Formmangel nicht. Aber hiervon macht das B.G.B. Ausnahmen. Nach § 313 B.G.B. machen Auflassung und Eintragung den formlosen Veräußerungsvertrag über ein Grundstück giltig: nach §§ 518 Abs. 2 und 2301 B.G.B. wird der Formmangel des Schenkungsversprechens durch die Bewirkung der Leistung geheilt; nach § 766 B.G.B. wird der Formmangel der Bürgschaftserklärung durch Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit geheilt. Anm. 60.

Fernere Ausnahmen von dem Grundsatze der Nichtigkeit der ohne gesetzliche Form abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind: Nach § 566 B.G.B. hat der Miethsvertrag über ein Grundstück, wenn er auf mehr als ein Jahr formlos geschlossen ist, beschränkte Wirkung (vergl. oben Anm. 22), und nach § 1154 B.G.B. wird die für die Abtretung von Briefhypotheken vorgeschriebene Form der schriftlichen Ertheilung durch Eintragung in das Grundbuch ersetzt (siehe oben Anm. 19). Anm. 61.

Liegt ein gemischtes Geschäft vor, d. h. ein Geschäft, bei welchem ein Theil der Vereinbarungen einer gesetzlichen Form nicht bedarf, wohl aber ein anderer Theil, so ist nach § 139 B.G.B. zu beurtheilen, welchen Einfluß die partielle Nichtigkeit, auf das Geschäft hat (vergl. oben Anm. 15). Hat die Verletzung der Form nicht Nichtigkeit, sondern nur beschränkte Wirkung zur Folge, wie beim Miethsvertrage über Grundstücke, so entscheidet über die Wirkung des ganzen Geschäfts der auszulegende Wille der Parteien im Einzelfall. (vergl. oben Anm. 25). Anm. 62.

2. Ist die von den Parteien bestimmte Beurkundung nicht erfolgt, so gilt im Zweifel ebenfalls Nichtigkeit des Geschäfts (§ 125 Satz 2; § 154 Abs. 2 B.G.B.). Aber das Gegentheil kann aus den Intentionen der Parteien hervorgehen und wird sehr oft hervorgehen. Wenn insbesondere auf Grund der formlosen Abmachungen der eine Theil zur Veranstaltung oder Aenderung seiner wirthschaftlichen Verhältnisse veranlaßt wird, so ist als Willensmeinung der Parteien anzunehmen, daß der Vertrag perfekt geworden ist und die Form nur der Sicherheit und der Ordnung wegen bestimmt ist. Es wird z. B. ein Vorstandsmitglied engagirt, die Bedingungen werden vereinbart und zugleich bestimmt, daß ein schriftlicher Vertrag hierüber abgeschlossen werden soll, der engagirende Theil aber veranlaßt den Engagirten, auf Grund der mündlichen Abmachungen seine gegenwärtige Stellung zu kündigen. Anm. 63.

Grundsätzlich wird das nichtige Geschäft auch hier durch Erfüllung nicht giltig. Meist wird aber in der Erfüllung und Annahme derselben hier die Abrede liegen, daß das Geschäft nunmehr ohne Form giltig sein soll. Anm. 64.

V. Uebergangsfragen.

1. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Form der Rechtsgeschäfte sich regelt nach denjenigen Gesetzen, welche gelten zur Zeit, wo das Geschäft errichtet wurde (vergl. Art. 11 E.G. z. B.G.B.). Für die rechtsgeschäftlich bestimmte Form ist dasjenige Gesetz maßgebend, unter dessen Herrschaft dieser Wille rechtsgeschäftlich zum Ausdruck kam. Anm. 65.

Anm. 66. 2. Die in den Landesrechten vorgeschrieben gewesenen Formen, die durch das alte H.G.B. aufgehoben waren, bleiben auch auf denjenigen Gebieten aufgehoben, die jetzt durch E.G. zum B.G.B. dem Landesrechte vorbehalten sind. Das ist besonders wichtig für Verlags- und Versicherungsverträge (vergl. Art. 75 u. 76 ffg. E.G. z. B.G.B.). Soweit diese Verträge Handelsgeschäfte waren — und das war meist der Fall —, waren sie durch Art. 317 H.G.B. von den landesrechtlichen Formvorschriften befreit. Diese Formfreiheit besteht fort, obgleich das alte H.G.B. beseitigt ist, da ein aufgehobenes Gesetz nicht dadurch auflebt, daß das es aufhebende Gesetz seinerseits aufgehoben wird — R.G. 19 S. 176 — (vergl. Staub in der Deutschen Juristenzeitung Band 2 S. 422; Keyßner ebenda Bd. 4 S. 232; dagegen Lehmann ebenda Bd. 2 S. 241). In Preußen ist dies zur Beseitigung der entstandenen Kontroverse durch Art. 5 A.G. z. H.G.B. ausdrücklich ausgesprochen.

§ 351.

Die Vorschriften der §§ 348 bis 350 finden auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden keine Anwendung.

Der vorliegende Paragraph verbietet die Anwendung der §§ 348—350 auf Minderkaufleute.

Anm. 1. 1. Die §§ 348—350 sind von der Anwendung auf Minderkaufleute ausgeschlossen. An sich würden dieselben auf Minderkaufleute Anwendung finden. Denn auch der Minderkaufmann ist Kaufmann, seine Geschäfte sind Handelsgeschäfte. Es treffen daher die Kriterien der §§ 348—350 auf ihn zu (vergl. Anm. 17 zu § 4).

Anm. 2. Sie sollen aber nach dem vorliegenden Paragraphen keine Anwendung finden, und deshalb kann ein Minderkaufmann die Herabsetzung einer von ihm verwirkten Vertragsstrafe verlangen (§ 348), als Bürge die Einrede der Vorausklage erheben, wenn ihm dieselbe nicht aus sonstigen Gründen versagt ist (§ 349) und sich nur in den Formen des bürgerlichen Rechts durch Bürgschaft, abstraktes Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß giltig verpflichten (§ 350).

Anm. 3. Uebrigens haben wir auf diese Einschränkungen schon bei den einzelnen Paragraphen aufmerksam gemacht.

Anm. 4. 2. **Auf die im § 4 bezeichneten Gewerbetreibenden** finden diese Paragraphen keine Anwendung. Selbstverständlich aber finden sie auf die im § 6 Abs. 2 bezeichneten Vereine Anwendung d. h. auf diejenigen Vereine, welche nach § 6 Abs. 2 ohne Rücksicht auf den Gegenstand ihres Unternehmens die Eigenschaft von Kaufleuten haben (Aktiengesellschaften, Aktienkommanditgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung), obwohl nach § 6 Abs. 2 die Rechte und Pflichten derselben nur durch die Vorschriften des § 4 unberührt bleiben. Es liegt nur ein mangelhafter Ausdruck des klaren Gesetzeswillens vor: § 6 Abs. 2 will einfach sagen, daß solche Vereine keine Minderkaufleute sind.

Anm. 5. Außerdem aber finden natürlich auch hier die Grundsätze über die Geltung als Vollkaufmann in Folge Auftretens als solcher im Rechtsverkehr Anwendung (Exkurs zu § 5).

Uebrigens haben wir auch hier bei den einzelnen Paragraphen bereits das Nähere ausgeführt (vergl. Anm. 23 zu § 348; Anm. 25 zu § 349; Anm. 4 zu § 350).

§ 352.

Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, mit Einschluß der Verzugszinsen, ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf vom Hundert für das Jahr. Das Gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen sind.

Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen.

Der vorliegende Paragraph giebt Sonderbestimmungen über die Höhe der gesetzlichen und der vertragsmäßigen Zinsen für das Handelsrecht.

1. **Er behandelt die Höhe der Zinsen.** Die Frage, in welchem Falle eine gesetzliche oder vertragsmäßige Zinspflicht eintritt, wird durch den vorliegenden Paragraphen nicht berührt. Hierüber gelten andere Vorschriften (vergl. § 353 und Erläuterung dazu). Anm. 1.

2. **Die gesetzlichen und die vertragsmäßigen** Zinsen werden ihrer Höhe nach behandelt. Anm. 2.

a) **Die gesetzlichen Zinsen.** Nach bürgerlichem Recht beträgt der Zinsfuß für die gesetzlichen Zinsen 4 % (§ 246 B.G.B.). Dieser gesetzliche Zinssatz wird nun für das Gebiet des Handelsrechts auf 5 % erhöht, jedoch nicht etwa in der Weise, daß in Handelssachen überhaupt oder auch nur bei Handelsgeschäften überhaupt der gesetzliche Zinsfuß 5 % beträgt. Vielmehr soll dieser höhere Zinsfuß nur gelten:

α) (Abs. 2) In denjenigen Fällen, in welchen das H.G.B. eine gesetzliche Zinspflicht ausspricht, ohne die Höhe des Zinsfußes zu benennen. Insofern ist die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen eine Hilfs- oder Blankettvorschrift. Das H.G.B. hätte ebenso gut in diesen einzelnen Fällen sagen können, der Zinsfuß betrage 5 %. Anm. 3.

Die einzelnen Fälle sind: Anm. 4.

§ 110 Abs. 2 (Verzinsung von Geld, welches der offene Gesellschafter für die Gesellschaft aufgewendet hat),

§ 111 (Verzinsung von geschuldeten Einlagen und unbefugten Gesellschaftsentnahmen bei der o. H.G.),

§ 218 (Verzinsung von schuldigen Aktionäreinlagen),

§ 353 (Verzinsung der Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit),

§ 354 Abs. 2 (Verzinsung von Darlehen, Vorschüssen und Verwendungen der Kaufleute),

§ 355 (Kontokurrentzinsen),

§ 687 (Bodmereischuldzinsen).

β) (Abs. 1). Wenn in Handelssachen andere Gesetze zur Anwendung gelangen, welche eine gesetzliche Zinspflicht enthalten, so ist der Zinsfuß ebenfalls 5 %, gleichviel, ob in den anderen Gesetzen der Zinsfuß überhaupt nicht oder anders bestimmt ist. Doch gilt dies nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften, also, wenn bei Entstehung der Forderung beide Theile Kaufleute sind oder als solche gelten. Anm. 5.

αα) Vorschriften anderer Gesetze, um welche es sich hier handelt, sind z. B. § 291 B.G.B. (Prozeßzinsen), § 256 B.G.B. (Verzinsung des Verwendungsanspruchs), § 347 B.G.B. (Verzinsung dessen, was auf Grund des Rücktritts zurückzugewähren ist), § 668 B.G.B. (Verzinsung eigenmächtig verwendeten Geldes durch den Beauftragten) und damit zusammenhängend § 675 (Verzinsung solchen Geldes durch den Werkmeister und Dienstverpflichteten bei Geschäftsbesorgungen) und § 713 (Verzinsung solchen Geldes durch geschäftsführende Gesellschafter); ferner § 820 (Bereicherungszinsen). Anm. 6.

Hauptsächlich aber ist die Vorschrift des Abs. 1 unseres Paragraphen gerichtet gegen §§ 246 und 288 B.G.B., wonach der gesetzliche Zinsfuß, auch der Verzugszinsen, im bürgerlichen Rechtsverkehr nur 4 % beträgt. Bei beiderseitigen Handelsgeschäften soll er 5 % betragen. Anm. 7.

Selbstverständlich ist damit die Bestimmung des § 288 Abs. 2 B.G.B. (der in Verzug gerathene Schuldner hat auch den weiteren Schaden zu ersetzen) für beiderseitige Handelsgeschäfte nicht beseitigt. Das hebt die Denkschrift (S. 197) ausdrücklich hervor.[1] Anm. 8.

---

[1] Aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes kann bei allgemein steigendem Zinsfuß auch ein höherer Prozentsatz der Verzugszinsen gefordert werden. Das Gesetz hat nur denjenigen Zinsfuß fixirt, den der Gläubiger als Minimum fordern kann. Die Höhe dieses Zinssatzes entsprach seiner Wahrnehmung, daß der übliche Zinsfuß auf diese

Anm. 9. Ferner aber gilt, was die Denkschrift nicht hervorhebt und zweifelhafter ist, auch der § 288 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. trotz unseres § 352 auch für beiderseitige Handelsgeschäfte. Dieser Paragraph bestimmt, daß, wenn der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen kann, diese während des Verzuges fortzuentrichten sind. Zwar ist der Wortlaut unseres § 352 unserer Auffassung nicht günstig. Denn derselbe lautet kategorisch dahin, daß „die Höhe der gesetzlichen Zinsen mit Einschluß der Verzugszinsen" bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 % beträgt. Die hier in Rede stehenden Zinsen sind aber auch Verzugszinsen. Allein der gesetzgeberische Gedanke spricht für unsere Auffassung und der Wortlaut ist mit ihr nicht gerade unvereinbar. Der Gedanke ist der und der Wortlaut kann dahin gedeutet werden, daß an die Stelle des in anderen Gesetzen bestimmten Normalsatzes der Zinsen ein Zinsfuß von 5 % treten soll.

Anm. 10. ββ) Nur für beiderseitige Handelsgeschäfte gilt der höhere Zinsfuß des vorliegenden Paragraphen. Es müssen also beide Theile Kaufleute sein, gleichviel, ob Vollkaufleute oder Minderkaufleute (vergl. Anm. 17 zu § 4), und es genügt, daß sie als solche gelten (z. B. auf Grnnd des § 5 oder auf Grund des § 15 oder aus sonstigen Erwägungen (vergl. den Exkurs zu § 5), und es müssen ferner auf beiden Seiten Geschäfte sein, die der betreffende Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen hat, wobei der § 343 und die dort dargestellte weite Ausdehnung des Begriffes Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe in Betracht kommt und wobei ferner die im § 344 aufgestellten Vermuthungen für die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe Platz greifen, insbesondere auch § 344 Abs. 2, sodaß, wenn ein Kaufmann einem Anderen einen Schuldschein giebt, die auf Grund des Schuldscheins zu zahlenden Verzugszinsen 5 % sind (desgleichen die auf Grund des Schuldscheins zu zahlenden Vertragszinsen, wenn der Schuldschein keinen andern Zinssatz enthält; dies gehört jedoch zu Anm. 13).

Anm. 11. Als beiderseitiges Handelsgeschäft muß auch der Fall gelten, daß ein von einem Kaufmann gegebenes Order- oder Inhaberpapier durch Indossament oder Uebergabe von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben wird. Zwar ist dies nur für das kaufmännische Retentionsrecht angenommen worden (R.G. 9 S. 45), aber die Gründe treffen auch hier zu.

Anm. 12. γ) Zusätzlich ist zu bemerken, daß für Wechselschulden die Höhe der gesetzlichen Zinsen 6 % beträgt und zwar für den Fall, daß der Wechsel zu einem

---

Stufe sinken kann. Aber gleichzeitig hat der Gesetzgeber durch den § 288 Abs. 2 B.G.B. Fürsorge getroffen, daß der Gläubiger bei steigendem Zinsfuße nicht Schaden erleide und dadurch das „unerbauliche Schauspiel" eintrete, daß der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners von Dritten Geld auf Schaden nimmt (Dernburg II S. 156). Zwar kann der Kaufmann von seinem in Verzug befindlichen Schuldner nicht denjenigen Prozentsatz verlangen, den er in seinem Geschäftsbetriebe an Reingewinn erzielt (z. B. eine Aktiengesellschaft, welche 20 % Dividende vertheilt, nicht ohne Weiteres 20 %) da er sich ja das Geld auf andere Weise gegen den üblichen Zinsfuß verschaffen kann (Dernburg II S. 71 Anm. 3). Aber den zur Zeit üblichen Zinsfuß kann der Gläubiger verlangen, weil davon auszugehen ist, daß er, wenn er das Geld in seinem Geschäftsbetriebe entbehren kann, es mindestens zu demjenigen Zinsfuße verwerthen kann, der allgemein auf dem Geldmarkt gezahlt wird, und wenn er es in seinem Geschäftsbetriebe braucht, er es sich zu diesem Zinsfuß verschaffen muß. Wollte man dem Gläubiger diesen allgemeinen Anspruch versagen und ihm statt dessen (mit Dernburg II S. 159) den positiven Beweis auferlegen, daß er das Geld zu dem höherem Zinssatz hätte verwerthen können, so würde man hier anders verfahren als sonst. Bei verkäuflichen Waaren nimmt man an, daß man davon ausgehen kann, der Kaufmann könne sie angemessen verwerthen (vergl. Anm. 17 zu § 347). Warum soll man das Gleiche nicht auch bei der Verwerthung von Geld annehmen? Zumal doch Geld noch umsatzfähiger ist, als Waaren (vergl. hierüber ausführlicher Staub in der deutschen Juristenzeitung Bd. 5 Nr. 3).

Wechselregresse berechtigt nach Art. 50, 51, 81 Satz 2; dann aber gegen alle Wechselverpflichteten (vergl. Staub W.O. §§ 13 und 16 zu Art. 50), und für den Fall, daß nur ein Anspruch gegen den Acceptanten vorliegt, aber kein Regreßanspruch, nach Gewohnheitsrecht (vergl. Staub W.O. § 12 zu Art. 50). Das bleibt auch für die Zukunft bestehen: soweit die Wechselordnung selbst einen höheren Zinsfuß bestimmt, deshalb weil die Vorschriften der übrigen Reichsgesetze durch das H.G.B. nicht berührt werden (Art. 2 Abs. 2 E.G. z. H.G.B.) und auch nicht durch das B.G.B. (Art. 32 E.G. z. B.G.B.), soweit aber das Gewohnheitsrecht den höheren Zinsfuß bestimmt, weil nach Art. 2 E.G. zum B.G.B. im Sinne der Einführungsgesetze unter Gesetz jede Rechtsnorm zu verstehen ist, insbesondere auch das Gewohnheitsrecht. So auch Dernburg II S. 53.

b) **Die vertragsmäßigen Zinsen.** Auch hier bestimmt das B.G.B. (§ 246), daß sie, wenn sie durch Rechtsgeschäft nicht bestimmt sind, 4 % betragen sollen. Für beiderseitige Handelsgeschäfte ist auch dieser Zinssatz durch unseren § 352 auf 5 % erhöht, bei einseitigen Handelsgeschäften bewendet es bei dem Satze von 4 % des B.G.B. Anm. 13.

Ueber den Begriff beiderseitiger Handelsgeschäfte siehe oben Anm. 10.

Sonstige Vorschriften über die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen sind im H.G.B. nicht gegeben.

a) Es ist nicht bestimmt, welcher Zinssatz höchstens zulässig ist. Eine solche Vorschrift hatte Art. 292 des alten H.G.B. aufgestellt. Jetzt ist sie fortgefallen, weil sich aus § 246 B.G.B. ergiebt, daß die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen an eine ziffermäßige Beschränkung überhaupt nicht gebunden ist. Das B.G.B. kennt indessen zwei andere Beschränkungen der Zinsfreiheit, und diese gelten, da für den Handelsverkehr nichts Abweichendes bestimmt ist, auch für Handelsgeschäfte, auch wenn beide Theile Kaufleute sind, nämlich: Nach § 247 B.G.B.[1]: das durch Vereinbarung unbeschränkbare Recht der sechsmonatlichen Kündigung von mehr als sechsprozentigen Geldschulden nach Ablauf von sechs Monaten (außer bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber), und ferner nach § 138 B.G.B.:[2] das Gebot der Nichtigkeit bei wucherischen Zinsvereinbarungen. (Das Zinsfreiheitsgesetz vom 14. November 1867 und der § 3 des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880 in der Fassung des Gesetzes vom 19. Juni 1893 sind in Folge dieser beiden Vorschriften des B.G.B. überflüssig geworden und deshalb aufgehoben, Art. 39 und 47 E.G. z. B.G.B.). Anm. 14.

β) Es ist nicht bestimmt, daß bei Handelsgeschäften die Zinsen in ihrem Gesammtbetrage das Kapital übersteigen dürfen. Die Vorschrift war überflüssig, weil das B.G.B. ein entsprechendes Verbot nicht kennt: Es ist also auch schon nach bürgerlichem Recht gestattet, Zinsen zu verlangen, auch wenn dieselben in ihrem Gesammtbetrage das Kapital übersteigen. Anm. 15.

Zusatz 1. Rückständige Zinsen, auch Vorzugszinsen, auch vorbedungene Zinsen, verjähren in Anm. 16.

---

[1]) § 247 B.G.B. lautet:

Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Vorschriften gelten nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

[2]) § 138 B.G.B. lautet:

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.

4 Jahren (§ 197 B.G.B.), aber außerdem verjähren sie mit der Hauptforderung (§ 224 B.G.B.). Zinsen als Schadensersatz (Anm. 8 Note 1) verjähren nur in letzterer Art (Dernburg II S. 159).

Anm. 17. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Wie aus der obigen Darstellung hervorgeht, hat das neue H.G.B. den handelsrechtlichen Zins von 6% auf 5% herabgesetzt und dabei noch in Abänderung des früheren Rechts bestimmt, daß die gesetzlichen Zinsen, insbesondere die Verzugszinsen, nicht wie früher bei Handelsgeschäften überhaupt, also auch von einseitigen Handelsgeschäften, sondern nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften den gegen den civilrechtlichen Zinsfuß erhöhten Satz von 5% erreichen sollen. Bei einseitigen Handelsgeschäften betrug also der Zinsfuß früher 6%, jetzt 4%, bei zweiseitigen Handelsgeschäften früher 6%, jetzt 5%.

Für die Uebergangszeit gilt für alte Schuldverhältnisse der alte Zinsfuß. Denn die Zinsen gehören nach den Anschauungen des B.G.B. zum jeweiligen Bestande der Forderung (§ 1210 B.G.B.). Die Zinspflicht ist also ein Bestandtheil des Schuldverhältnisses. Es findet daher Art. 170 E.G. z. B.G.B. Anwendung. Die Zinspflicht *entsteht* nicht täglich von Neuem, sondern ihr *Umfang* vergrößert sich mit jedem Tage, ja sogar mit jedem Augenblicke, aber die *Pflicht*, den sich fortwährend vermehrenden Betrag der Zinsen zu *bezahlen*, hat ihren Rechtsgrund in dem einmal entstandenen Schuldverhältnisse. Sonst könnte man ja auch sagen, daß die Dienstpflicht und die Miethszinspflicht täglich von Neuem entstehen, und der Art. 171 E.G. z. B.G.B. wäre überflüssig und unlogisch. Alles das gilt auch von Verzugszinsen, und auch dann liegt die Sache hier nicht anders, wenn der Verzug erst unter der Herrschaft des neuen Rechts eingetreten ist. Denn die Folgen des Verzuges sind nach demjenigen Rechte zu beurtheilen, welches für das Schuldverhältniß überhaupt gilt (Dernburg II S. 8). Verzugszinsen sind lediglich eine Art des Schadensersatzes (§ 288 Abs. 2 B.G.B.) und wer Schadensersatz fordert, macht keine selbstständige causa geltend, sondern realisirt das Schuldverhältniß selbst nach einer bestimmten Richtung (R.G. 10 S. 180). Für alte Schuldverhältnisse ist aber nach Art. 170 E.G. z. B.G.B. das alte Recht maßgebend, gleichviel, ob es sich um Rechtsfolgen handelt, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts eingetreten waren oder um solche, die erst nachher eintreten. Einen *solchen* Unterschied macht der Art. 170 nicht. Ist dies alles richtig, so kann die Rückwirkung der neuen Zinsvorschrift nicht deshalb angenommen werden, weil das B.G.B. aus wirthschaftlichen Erwägungen, wegen Sinkens des Zinsfußes zur Zeit seiner Emanation, den gesetzlichen Zinssatz herabgesetzt hat. Denn das ist ein Grund für die Neuerung, kein Grund für die Rückwirkung. Uebereinstimmend Lehmann in G.Z. 48 S. 93 und 98; Heinitz, Kommentar zum Stempelsteuergesetz, 2. Aufl. S. 204 und 205; Stranz und Gerhard, Kommentar zum preuß. Ausführungsgesetz zum B.G.B. Anm. 5 zu Art. 10; vergl. auch Staub in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 42; anders Motive zum preuß. Ausführungsgesetz zum B.G.B. S. 14; Habicht, Einwirkung S. 161 flg.).

§ 353.

Kaufleute unter einander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Zinsen von Zinsen können auf Grund dieser Vorschrift nicht gefordert werden.

Der vorliegende Paragraph stellt eine gesetzliche Zinspflicht auf für Forderungen der Kaufleute aus beiderseitigen Handelsgeschäften.

Anm. 1. 1. **Kaufleute** unter einander haben dieses Recht, doch braucht die Kaufmannsqualität nur z. Z. der Entstehung der Forderung vorhanden zu sein (Bolze 5 Nr. 300). Für den Kaufmannsbegriff sind die §§ 1—4, aber auch die Präsumtionen und Fiktionen im § 5 und im Exkurse zu § 5 maßgebend: Also auch für den, der als Kaufmann gilt, gilt diese Zinspflicht.

Aus Anlaß eines praktischen Falles hat das Reichsgericht (14 S. 31) entschieden, daß, wenn es sich um deutsche Kaufleute handelt, es nicht darauf ankommt, ob das Handelsgeschäft nach deutschem oder ausländischem Recht zu beurtheilen ist.

Anm. 2. 2. **Für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften** gilt die Zinspflicht. Für den Begriff des Handelsgeschäfts ist maßgebend § 343 und der dort dargestellte weite Begriff

der Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, ferner die Präsumtion des § 344, insbesondere auch die des § 344 Abs. 2, so daß ein von einem Kaufmann ausgestellter und einem Kaufmann gegebener Schuldschein diesem Paragraphen ohne Weiteres verfällt.

Anm. 3. Auf die Natur der Forderung kommt es im Uebrigen nicht an. Es kann der Anspruch aus einem Zahlungsversprechen herrühren oder auf Schadensersatz aus irgend einem Rechtsgrunde gerichtet sein (R.G. 20 S. 122). Auch dann liegt eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften vor, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ein von einem Kaufmann ausgestelltes Inhaber- oder Orderpapier erwirbt (vergl. hierüber Anm. 11 zu § 352).

Anm. 4. Nur dagegen wendet sich der Satz 2 unseres Paragraphen, daß durch den vorliegenden Paragraphen eine Zinspflicht von fälligen Zinsen statuirt werden sollte. Das soll nicht der Fall sein. Wenn also § 248 Abs. 1 B.G.B. eine im Voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, im Allgemeinen für nichtig erklärt, und wenn die §§ 289 und 291 B.G.B. Verzugszinsen und Prozeßzinsen von Zinsen absprechen, so hat es hierbei auch bei beiderseitigen Handelsgeschäften sein Bewenden. Und ebenso können bei beiderseitigen Handelsgeschäften nicht bloße Fälligkeitszinsen vom Tage der Zinsenfälligkeit gefordert werden; denn nach Satz 2 unseres Paragraphen soll eben bei einer Zinsschuld die Fälligkeit die Zinspflicht nicht begründen. Aber andererseits hat es auch sein Bewenden dabei, wenn aus anderen Vorschriften eine Pflicht, Zinsen zu verzinsen, folgt (§ 355 H.G.B., Kontokurrent).

3. **Vom Tage der Fälligkeit ab** sollen die Zinsen verlangt werden können. Das alte H.G.B. hatte noch hinzugefügt: „ohne Verabredung und Mahnung". Das ist auch jetzt noch zutreffend und es ist hinzuzufügen, daß die Zinspflicht eintritt, auch ohne daß der Schuldner in Verzug gelangt (Denkschrift S. 197) und ohne daß er überhaupt seine Verpflichtungen schuldhaft nicht erfüllt. Die Fälligkeit allein begründet die Zinspflicht. Es liegen also weder Verzugszinsen, noch Vertragszinsen, sondern eine Art gesetzlicher Zinsen vor. Mit Unrecht nehmen Hahn und Förtsch zu Art. 289 Verzugszinsen als vorliegend an. Anm. 5.

Anm. 6. Die Fälligkeit aber soll nur der späteste Zeitpunkt für den Beginn der Zinspflicht sein. Frühere Zeitpunkte des Beginnes des Zinsenlaufes, die auf anderen Gründen beruhen, gelten darnach fort, so bei vereinbarten Zinsen, so aber auch bei gesetzlichen Zinsen, z. B. bei dem Zinsrecht des Kaufmanns aus seinen Darlehen, Vorschüssen und anderen Verwendungen vom Tage der Leistung (§ 354 Abs. 2 H.G.B.). — Vergl. auch die gesetzlichen Zinspflichten des bürgerlichen Rechts, unten Anm. 11.

Anm. 7. Wann die Fälligkeit eintritt, richtet sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Die bedingte Forderung wird mit dem Eintritte der Bedingung, die betagte, d. h. die, für deren Wirkungen ein Anfangstermin festgesetzt ist, mit dem Eintritt dieses Termins, die unbedingte und unbefristete sofort fällig (§§ 158, 163, 271 B.G.B.). Wenn für eine fällig gewordene Forderung nachträglich Stundung ertheilt wird, so fällt damit auf Grund unserer Vorschrift die Zinspflicht für die Dauer der Stundungsfrist nicht fort (R.O.H. 23 S. 392; R.G. bei Puchelt Anm. 6 zu Art. 289). Indessen nimmt doch die Verkehrssitte hier oft das Gegentheil an. Wenn z. B. ein Kaufmann einen allgemeinen Akkord nachsucht und dadurch mit oder ohne theilweisen Erlaß seiner Schulden das Recht zur Abzahlung in einzelnen Raten erwirkt, um auf diese Weise seine geschäftlichen Verhältnisse zu reorganisiren, so wird der Wegfall der Zinspflicht für die Zwischenzeit angenommen.

Anm. 8. Holschulden mit bestimmtem Verfalltage (z. B. Order- oder Inhaberpapiere) sind hiernach vom Verfalltage an zu verzinsen. Denn die Präsentation gehört nicht zur Fälligkeit und auf den Verzug kommt es nach dem oben Anm. 5 Gesagten nicht an. Die Entscheidung des R.O.H. 22 S. 301 kann nicht für zutreffend erachtet werden. Darüber, wie sich der Schuldner von der Zinspflicht in solchen Fällen befreien kann, siehe unten Anm. 10.

4. **Die Höhe der hier normirten Zinsen** ist 5% (vergl. § 352). Ist die Schuld aus anderen Gründen höher zu verzinsen, so behält es dabei sein Bewenden (vergl. oben Anm. 6). Anm. 9.

Anm. 10. 5. **Die Zinspflicht fällt fort, wenn der Gläubiger in Verzug kommt oder der Schuldner berechtigt deponirt.** Wenn der Gläubiger in Verzug kommt, so ist eine verzinsliche Geldschuld fortan nicht mehr zu verzinsen (§ 301 B.G.B.). Wenn der Schuldner hinterlegt, weil er aus irgend einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde (z. B. wegen Abwesenheit des Gläubigers) oder in Folge unverschuldeter Unwissenheit über die Person des Gläubigers (z. B. bei Order- oder Inhaberpapieren oder beim Streite Mehrerer über die Legitimation) seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann, so fällt die Zinspflicht ebenfalls weg (§§ 372, 379 B.G.B.), aber das gilt nicht schon dann, wenn der Schuldner wegen der Hindernisse in der Person des Gläubigers, Abwesenheit, Legitimationsbedenken ꝛc. die Verpflichtung einfach unerfüllt läßt. Nur wenn der Gläubiger in wirklichem Annahmeverzuge ist, ist Hinterlegung nicht erforderlich, um den Zinsenablauf abzuschneiden; im Annahmeverzuge ist er aber, abgesehen von dem Falle des § 296 B.G.B., nur, wenn ihm die Leistung angeboten wurde und er sie nicht annahm (§ 293 B.G.B.); daß sie ihm aus irgend einem anderen Grunde nicht angeboten werden konnte, begründet keinen Annahmeverzug, sondern ein sonstiges Erfüllungshinderniß.

Anm. 11. **Zusatz 1. Außer der in unserem Paragraphen statuirten gesetzlichen Zinspflicht** greifen auf dem Gebiete des Handelsrechts, also nicht bloß für beiderseitige, sondern auch für einseitige Handelsgeschäfte, **die mannigfachen gesetzlichen Zinspflichten des bürgerlichen Rechts Platz.** Dahin gehören insbesondere die Verzugszinsen, die Prozeßzinsen, die Zinsen für Aufwendungen ꝛc., die wir in Anm. 4 zu § 352 aus anderem Anlaß aufgezählt haben.

Anm. 12. Die Höhe des Zinsfußes ist in diesen Fällen bei einseitigen Handelsgeschäften 4 % (denn in diesem Falle greifen die §§ 246, 288, 291 B.G.B. Platz) und bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 % (denn in diesem Falle greift § 352 H.G.B. Platz).

Anm. 13. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Für die Frage, ob die Zinspflicht des vorliegenden Paragraphen Platz greift, ist entscheidend, wann die Forderung entstanden ist, nicht, wann der Tag der Fälligkeit eintritt. Ist die Forderung entstanden vor dem 1. Januar 1900, so greifen die alten Zinsregeln Platz (vergl. Art. 170 E.G. z. B.G.B. und Anm. 16 zu § 352).

§ 354.

Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür auch ohne Verabredung Provision und, wenn es sich um Aufbewahrung handelt, Lagergeld nach den an dem Orte üblichen Sätzen fordern.

Für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen kann er vom Tage der Leistung an Zinsen berechnen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt dem Kaufmann einen gesetzlichen Anspruch auf Entgelt für Mühewaltungen, Abnutzungen, Darlehen und Vorschüsse.** Der Kaufmann stellt in der Regel seine Thätigkeit (Zeit ist Geld) und seine Vermögensgegenstände nicht umsonst in den Dienst Anderer, rechnet vielmehr auf Vergütung. Das weiß jeder, oder muß wenigstens jeder, ob Kaufmann oder Nichtkaufmann, wissen, der mit dem Kaufmann in geschäftliche Beziehungen tritt. Das Gesetz geht daher nicht zu weit, wenn es dem Kaufmann den Anspruch auf Entgelt auch ohne Vereinbarung zuspricht.

Anm. 1. 1. **Wem steht dieser Anspruch zu? Demjenigen, der in Ausübung seines Handelsgewerbes** die hier in Rede stehenden Dienste leistet.

a) Forderungsberechtigt ist also nur der Kaufmann. Der frühere Art. 290 hatte dies ausdrücklich gesagt. Unser Paragraph sagt allgemeiner: „Wer" in Ausübung seines Handelsgewerbes ꝛc. Allein ein Handelsgewerbe ausüben kann eben nur der Kaufmann. Für den Begriff des Kaufmanns kommen die Vorschriften der §§ 1—4 in Betracht. Insbesondere kommen auch dem Minderkaufmann die Vortheile dieses

Paragraphen zu Gute (R.O.H. 10 S. 243; vergl. Anm. 17 zu § 4). Aber auch derjenige, der zwar nicht Kaufmann ist, aber doch als solcher gilt, kann sich auf den vorliegenden Paragraphen berufen, sei es, daß ihm die Fiktion des § 5 zur Seite steht, oder daß er aus sonstigen Gründen als Kaufmann gilt (vergl. den Exkurs zu § 5).

Maßgebend ist aber überall der Zeitpunkt der Leistung. Hört der Anm. 2.
Leistende auf, Kaufmann zu sein, und macht er den Anspruch geltend zu einer Zeit, wo er nicht mehr Kaufmann ist, so wird dadurch der Anspruch nicht alterirt, insbesondere hört dadurch der Lauf der Zinsen gemäß Abs. 2 nicht auf (Bolze 5 Nr. 300).

b) In Ausübung seines Handelsgewerbes muß der Dienst geleistet sein. Obwohl Anm. 3.
im früheren Art. 290 gesagt war: „In Ausübung des Handelsgewerbes", jetzt dagegen: „in Ausübung seines Handelsgewerbes", so ist damit sachlich nichts geändert. Jetzt wie früher ist erforderlich und ausreichend, daß die Thätigkeit im Sinne der allgemeinen Vorschriften des § 343 zum Handelsgewerbe dessen, der Dienste leistet, gehört, und es kommt hierbei die weite Ausdehnung des Begriffes Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe in Betracht, die wir in Anm. 9 flg. zu § 343 dargestellt haben. Jetzt wie früher ist nicht etwa erforderlich, daß der Dienst in die charakteristische Thätigkeit des betreffenden Handelsgewerbes fällt (für das frühere Recht vergl. R.O.H. 7 S. 363; Bolze 9 N. 231). Jetzt wie früher greifen auch die Vermuthungen des § 344 Platz. Fällt dagegen der Dienst aus dem Rahmen der gewerblichen Thätigkeit heraus, so findet unser Paragraph keine Anwendung. Cosack S. 139 führt als Beispiel an, ein Apotheker sei nicht provisionsberechtigt, wenn er die Verheirathung eines Kunden vermittelt. Das Beispiel ist nicht gut gewählt, weil eine Heirathsvermittlungsgebühr gesetzlich verpönt und deshalb auch hier versagt ist (vergl. unten Anm. 7). Sieht man aber davon ab, so fällt diese Thätigkeit in der That aus der gewerblichen Thätigkeit des Apothekers heraus, weil bei Apothekern nicht anzunehmen ist, daß sie auf solche Weise ihren Geschäftsbetrieb fördern wollen. Anders, wenn ein Apotheker einem Kunden ein Darlehn gewähren würde.

c) Ob der andere Theil Kaufmann oder Nichtkaufmann ist, ist gleichgiltig.

2. **Wofür steht der Anspruch zu?** Für Geschäftsbesorgungen und Dienste, für Darlehen, Anm. 4.
Vorschüsse und andere Verwendungen.

a) **Geschäftsbesorgungen und Dienste.** Es muß ein besonderer Dienst sein, den der Kaufmann dem Anderen leistet.

α) Ein besonderer Dienst. Es darf nicht ein solcher Dienst sein, der schon in der anderweiten Vergütung (im Kaufpreise, im Frachtgelde) abgegolten ist, etwa geringfügige Leistungen bei Erfüllung des Vertrages, wie z. B. die Verpackung, die jedoch, wenn es sich z. B. um Glaswaaren handelt, eine besondere Aufmerksamkeit, Vorsicht und Mühe erfordern kann und alsdann im Kaufpreise nicht mit als vergütet gilt (R.O.H. 3 S. 115).

β) Dem Anderen muß er geleistet sein. Handelt der Kaufmann lediglich in eigenem Anm. 5.
Interesse (oder im Interesse eines Dritten), so braucht der andere Theil nichts zu zahlen, selbst wenn die Thätigkeit ihm zu gute kommt (R.G. vom 25. September 1893 in J.W. S. 489; Hahn § 1 zu Art. 290; Förtsch Anm. 2 zu Art. 290). Aber daß die Handlung auch dem eigenen Interesse des Handelnden dient, beseitigt den Anspruch auf Vergütung nicht (R.G. 1 S. 284; Fall von zur Disposition gestellter und retinirter Waare). Deshalb kann dem Pfandschuldner für den Verkauf des Pfandes Provision berechnet werden (Bolze 12 Nr. 474). Das Gleiche muß gelten bei den Veräußerungen der §§ 373 und 379 H.G.B.

γ) Der Anspruch fällt fort, wenn die Dienste nach der Verkehrssitte Anm. 6.
nicht vergütet zu werden pflegen. Alsdann greifen die §§ 153, 157 und 242 B.G.B. ein und beseitigen den gesetzlichen Anspruch auf Vergütung. So wird z. B. für die Vorbereitung einer Geschäftsvermittelung, wenn das Geschäft sich zerschlägt, nichts vergütet (R.O.H. 16 S. 34; vergl. Anm. 15 im Exkurse zu

§ 92). So werden ferner Schreibgebühren (auch geringe Porti) bei geschäftlichen Mittheilungen eines Kaufmanns nicht vergütet. Das Gleiche gilt von Auskünften über die Vermögensverhältnisse eines Kreditsuchenden, die im geschäftlichen Leben aus Gefälligkeit ertheilt werden, wenn die befragte Firma kein Auskunftsbureau ist.

Anm. 7. Der Anspruch auf Vergütung fällt ferner fort bei solchen Thätigkeiten, für welche die Vereinbarung eines Entgelts gesetzlich unzulässig ist, so z. B. bei Heirathsvermittelungen wegen § 656 B.G.B. Dies muß schon deshalb angenommen werden, weil auch hier nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte anzunehmen ist, die Nichtzahlung entspreche den Intentionen der Parteien. Jede andere Konstruktion dieser Annahme erübrigt sich daher.

Anm. 8. δ) Beispiele für Geschäftsbesorgungen und Dienste, welche unter den vorliegenden Paragraphen fallen, sind überflüssig. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß auch die Ueberlassung von Waaren zum Gebrauch, die Eröffnung eines Kredits, die Uebernahme eines Risikos darunter fällt. Zur Uebernahme eines Risikos gehört z. B. die Hergabe von Gefälligkeitsaccepten, die Uebernahme der Bürgschaft (R.O.H. 11 S. 248), die Saldoziehung, wenn darin eine selbstständige Vorschußgewährung zu erblicken ist (R.O.H. 16 S. 34; 22 S. 73). Daß für den Verkauf eines Pfandes und für sonstige Zwangsveräußerungen Provision gefordert werden kann, darüber siehe oben Anm. 5.

Anm. 9. Das Gesetz hebt unter den Dienstleistungen besonders hervor die Aufbewahrung. Hier bezieht sich die Vergütung nicht bloß auf die Benutzung des Raumes, sondern auch auf die Verantwortlichkeit des Aufbewahrers. Sie muß daher auch dann geleistet werden, wenn der Kaufmann die Gegenstände bei sich selbst lagern läßt (R.G. 1 S. 286), auch dann, wenn dieselben einen ganz geringfügigen Raum einnehmen. Andererseits kann der Kaufmann dann kein Lagergeld fordern, wenn jemand ohne sein Vorwissen seine Räume zur Lagerung benutzt, weil hier kein dem anderen Theil gewährter Dienst vorliegt (R.O.H. 23 S. 95). Hier kann höchstens Schadensersatz berechnet werden. Näheres über die Fälle, wann Lagergeld gefordert werden kann, siehe unten Anm. 13.

Anm. 10. b) **Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen.** Vorschüsse sind etwas anderes, als Darlehen. Unter Vorschüssen sind Vorausleistungen auf zu erfüllende Verträge zu verstehen, z. B. wenn der Verkaufskommissionär dem Kommittenten den Kaufspreis für die Waare bezahlt, ehe der Verkauf noch erfolgt (vergl. Bolze 3 Nr. 339), oder wenn der Prinzipal dem Kommis das Gehalt im Voraus zahlt, oder wenn der Besteller dem Lieferanten ganz oder theilweise zahlt, damit der Fabrikant im Stande sei, die Waare fabriziren zu können. Auslagen sind solche, die der Beauftragte, oder derjenige, der auf Grund eines Werkvertrages oder Dienstvertrages die Geschäfte eines anderen besorgt, für den Auftraggeber macht. Andere Verwendungen sind z. B. die des Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 683 B.G.B.).

Anm. 11. 3. **Worin besteht der Anspruch? In einer Vergütung für den geleisteten Dienst,** die geschuldet wird auch ohne Verabredung, weil das Gesetz diese Vergütung dem Kaufmann zubilligt. Die Vergütung wird bei Dienstleistungen Provision, bei Aufbewahrungen insbesondere Lagergeld, bei Darlehen und sonstigen Auslagen Zinsen genannt.

a) Die Provision wird gewöhnlich in Prozenten des Werthes oder des Preises desjenigen Gegenstandes berechnet, auf welchen die Dienstleistung gerichtet war. Maßgebend für die Höhe ist der ortsübliche Satz. Taxen, durch die der Satz festgelegt wird, sind hiernach in erster Linie entscheidend (vergl. unten Anm. 14). Wo aber ein solcher Satz nicht besteht, da verbleibt es doch bei dem gesetzlichen Provisionsanspruch und es tritt richterliches Ermessen ein. Wenn es aber ortsüblich ist, für gewisse Dienste keine Provision zu zahlen, so cessirt der gesetzliche Anspruch auf Vergütung (vergl. oben Anm. 6).

Hat der Leistende einen Preis bestimmt, so ist er hieran gebunden Anm. 12.
und darf ihn nicht nachträglich erhöhen, wenn der andere Theil den Anspruch oder auch nur die Höhe bestreitet, es sei denn, daß es sich seinerseits nur um eine Vergleichsofferte gehandelt hat (R.O.H. 11 S. 249).

Das Lagergeld insbesondere wird auch dann geschuldet, wenn der Auf- Anm. 13.
bewahrende auch ein eigenes Interesse verfolgt, z. B. ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht geltend macht (vergl. oben Anm. 5). Immerhin muß die Waare als eine solche betrachtet werden, die eine fremde ist und bleibt, was nicht der Fall ist, wenn sie in der Absicht des Erwerbes erbeten ist, z. B. beim Kauf auf Probe (Regelsberger bei Endemann II S. 497 Note 8) oder bei der Uebersendung zur Ansicht, was sich aber durch den Rücknahmeverzug des Verkäufers ändert. Doch kommt es auf die Eigenthumsfrage nicht an. Vorausgesetzt ist nur, daß der Kaufmann in einem solchen Rechtsverhältnisse zur Sache steht, daß deren Aufbewahrung ihm gegenüber sich als eine Dienstleistung für den Anderen darstellt. Es kann hiernach auch der Verkäufer beim Abnahmeverzuge des Käufers Lagergeld fordern (Bolze 11 Nr. 403; 16 Nr. 414; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 480), und ebenso der Käufer, nachdem er die Waare zur Disposition des Verkäufers gestellt hat (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 556).

Weitere Fälle, wann Lagergeld gefordert werden kann, siehe oben Anm. 9.

Ueber die Höhe des Lagergeldes entscheidet der ortsübliche Satz, in Ermangelung Anm. 14.
desselben richterliches Ermessen. Wenn aber nach Ortssitte ein Lagergeld in gewissen Fällen nicht gefordert wird, so cessirt der gesetzliche Anspruch auf das Lagergeld (vergl. oben Anm. 11).

b) Die Zinsen. Dieselben sind keine Verzugszinsen, sondern ein gesetzlich vorgesehenes Anm. 15.
Aequivalent für die Benutzung fremden Kapitals. Dieser Zinsanspruch geht weit hinaus über denjenigen, welchen § 353 zubilligt. Denn nach dem letzteren Paragraphen laufen die Zinsen erst vom Tage der Fälligkeit und nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften, hier laufen sie vom Tage der Leistung und es genügt, wenn die Leistung ein Handelsgeschäft auf Seiten des Leistenden ist. Wenn die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen Platz greifen, so fällt die Anwendung des § 353 natürlich fort.

Der Anspruch ist ein aus dem Gesetze hervorgehender, vom Verzuge des Anm. 16.
Schuldners keineswegs abhängender, wie ja schon daraus hervorgeht, daß die Zinspflicht schon beginnt mit der Leistung durch den Gläubiger, also sogar schon vor der Fälligkeit. Dagegen fällt, wie jede Verzinsung einer verzinslichen Geldschuld, so auch die Verzinsung der vorliegenden weg, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gelangt oder wenn der Schuldner aus gerechtem Grunde deponirt (vergl. über diese Fälle der Unterbrechung des Zinslaufs Anm. 10 zu § 353). Die theilweise abweichende Entscheidung des R.O.H. 18 S. 137, welche den Lauf der Zinsen durch ein vergebliches Erfüllungsangebot nicht aufhalten will, trifft jetzt nicht mehr zu.

Der Lauf der Zinsen hört dadurch nicht auf, daß der Gläubiger Anm. 17.
aufhört, Kaufmann zu sein, sei es, daß er sein Handelsgewerbe aufgiebt, oder daß seine Forderung auf einen Rechtsnachfolger übergeht, der nicht Kaufmann ist (Bolze 5 Nr. 300; vergl. oben Anm. 2).

Die Höhe der Zinsen ist 5% (§ 352).

Zusatz 1. Der vorliegende Paragraph bezieht sich bloß auf den Fall mangelnder Ver- Anm. 18.
einbarung. Durch Abrede kann überall eine anderweite Belohnung vereinbart werden. Die partikularrechtlichen Beschränkungen in Bezug auf die zu vereinbarende Höhe sind beseitigt (vergl. Anm. 12 im Exkurse zu § 92).

Zusatz 2. Beweislast. Fordert der Kaufmann ortsübliche oder angemessene Vergütung Anm. 19.
und wendet der andere Theil Preisvereinbarung ein, so hat der Letztere zu beweisen. Das in unserer Allgemeinen Einleitung Anm. 32 für den Kaufpreis ausgeführte Gegentheil greift hier nicht Platz. Hier hat der Kaufmann nicht zu beweisen, daß ihm die Preisbestimmung

überlassen ist. Denn hier giebt ihm das Gesetz von vornherein das Recht, einen billigen Anschauungen entsprechenden Preis zu fordern, auch wenn darüber nichts gesagt ist, ob und welchen Preis er zu fordern hat. Wer die Abweichung von der gesetzlichen Regel behauptet, muß sie beweisen. Das gilt hier wie sonst (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 ffg.).

Anm. 20. **Zusatz 3. Uebergangsfrage.** Es entscheidet einfach Art. 170 E.G. z. B.G.B. (auf alte Schuldverhältnisse findet das alte Recht Anwendung); insbesondere gilt dies auch von der Zinspflicht (vergl. Anm. 16 zu § 352).

§ 355.[1])

Steht Jemand mit einem Kaufmanne derart in Geschäftsverbindung, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Theil sich ergebenden Ueberschusses ausgeglichen werden (laufende Rechnung, Kontokurrent), so kann derjenige, welchem bei dem Rechnungsabschluß ein Ueberschuß gebührt, von dem Tage des Abschlusses an Zinsen von dem Ueberschusse verlangen, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind.

Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

Die laufende Rechnung kann im Zweifel auch während der Dauer einer Rechnungsperiode jederzeit mit der Wirkung gekündigt werden, daß derjenige, welchem nach der Rechnung ein Ueberschuß gebührt, dessen Zahlung beanspruchen kann.

Einleitung. **Die §§ 355, 356 und 357 geben Bestimmungen über das Kontokurrentverhältniß.** Dieselben sind weit ausführlicher, als der frühere Art. 291, der nur eine Vorschrift über das Recht des Zinseszinses beim Kontokurrentverhältniß und über die Abrechnungszeit enthielt. Im Uebrigen beruhten die Grundsätze über das Kontokurrentverhältniß auf Gewohnheitsrecht und Judikatur. Diese hatte dem Kontokurrentverhältniß die Natur eines besonderen Rechtsinstituts verschafft (R.O.H. 11 S. 143; R.G. 1 S. 18). Dasselbe wird jetzt vom Gesetze anerkannt.

Anm. 1. 1. **Wesen des Kontokurrentverhältnisses.** Der Grundgedanke des Kontokurrentverhältnisses (zu unterscheiden von der gewöhnlichen laufenden Rechnung; vergl. den Exkurs zu § 357) ist der: An sich ist es jedem Kontrahenten überlassen, auf welche von verschiedenen Forderungen er eine Zahlung leisten will, mit welcher der dem anderen Theil zustehenden Gegenforderungen er seine eigenen Forderungen aufrechnen und wie und wann er dieselben geltend machen will, ob alle zusammen oder einzeln. Oft entspricht es aber dem Zwecke oder der gedeihlichen Entwickelung einer Geschäftsverbindung nicht, wenn die beiderseitigen Einzelforderungen und Einzelleistungen jenen Sondercharakter behalten; vielmehr ist es oft zweckentsprechend, daß die Einzelleistungen ihren besonderen Beziehungen auf die Leistungen des anderen Theils entzogen und nur als Glieder eines Ganzen, nur als Theile der beiderseitigen am Schlusse der Rechnungsperiode festzustellenden Gesammtleistung in Betracht kommen. Diesen Erfolg können die Parteien durch Vereinbarung herstellen. Sie können übereinkommen, daß die einzelnen Zahlungen nicht auf eine bestimmte Forderung geleistet, die Einzelforderungen nicht mit bestimmten Gegenforderungen kompensirt, auch für sich allein nicht geltend gemacht werden sollen, daß vielmehr am Schlusse der Rechnung

---

[1]) Literatur: Grünhut in Endemann's Handbuch III S. 935—959; Levy, Lehre vom Kontokurrent, herausgegeben von Rießer, Freiburg 1884; Greber, Das Kontokurrentverhältniß, Freiburg 1893.

periodisch abgerechnet und so festgestellt werden soll, wer von beiden Theilen Gläubiger ist und wie viel er zu fordern hat. Eine auf solcher Grundlage begründete Geschäftsverbindung ist ein Kontokurrentverhältniß. — Mit der eben gegebenen Charakterisirung des Kontokurrentverhältnisses befinden wir uns im Einklange mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (R.G. 1 S. 19; 10 S. 53; 18 S. 247); in der Auffassung über die Wirkung des Anerkenntnisses gehen wir jedoch mit demselben auseinander; vergl. unten Anm. 5).

Es liegt hiernach in dem Kontokurrentvertrage eine Vereinbarung eigenthümlicher Art. Durch die gegenseitige Feststellung des Saldos werden die bisherigen Einzelforderungen getilgt und es tritt an die Stelle dieser eine neue Forderung anderer Art: das Guthaben aus dem festgestellten Saldo. Es tritt hiernach am Schlusse der Rechnungsperiode eine Novation ein, d. h. die Umwandlung der bisherigen Schuldverhältnisse in ein neues, ein Rechtsinstitut, welches auch dem neuen Recht bekannt ist (vergl. §§ 364 Abs. 2; 607 Abs. 2 B.G.B.; Dernburg II S. 271). Der Kontokurrentvertrag enthält daher die Vereinbarung einer am Schlusse der Rechnungsperiode vorzunehmenden Novation (unten Anm. 27). Diese Novationsabrede übt auf den Rechtscharakter der einzelnen Forderungen während der Dauer der Rechnungsperiode einen erheblichen Einfluß aus, wenn sie ihnen auch den Charakter wirklicher Forderungen nicht nimmt. Sie sind wirkliche Forderungen, aber solche, hinsichtlich deren die Tilgung durch Novation vereinbart ist (unten Anm. 41). Von selbst gelten hierdurch die beiderseitigen Leistungen als kreditirt bis zum Abschluß der Rechnungsperiode, und es mag dies als die vornehmste Folge der Novationsabrede, nicht aber darf es als das Wesen des Kontokurrentverhältnisses betrachtet werden (vergl. unten Anm. 7). Von selbst sind ferner durch die Novationsabrede die einzelnen Forderungen von selbstständiger Geltendmachung ausgeschlossen (vergl. unten Anm. 17). Anm. 2.

Diese Auffassung vom Wesen des Kontokurrentverhältnisses wird auch durch die gesetzliche Definition unseres Paragraphen bestätigt. Denn danach sollen die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen „durch Verrechnung“ und Feststellung des Saldos „ausgeglichen“ werden. Sowohl das Wort „Verrechnung“, als auch das Wort „ausgleichen“ lassen keinen Zweifel daran übrig, daß die beiderseitigen Ansprüche beseitigt werden sollen. Das Wort Verrechnung ist in der juristischen Sprache stets dazu verwendet worden, um die Tilgung, die Beseitigung von Ansprüchen zum Ausdruck zu bringen (vergl. R.G. 35 S. 288), und die Ausgleichung von Ansprüchen bedeutet ebenfalls die rechtliche Tilgung und Beseitigung derselben. Es kommt endlich noch hinzu, daß nach der Denkschrift (S. 198) der Zweck des Kontokurrentverhältnisses der ist: „Die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzelnen Forderungspostens zu ersetzen“. Anm. 3.

Freilich macht die Denkschrift (S. 199) bei der Begründung des § 356, wonach die für einzelne Posten bestellten Sicherheiten durch die Feststellung des Saldos nicht untergehen, eine hiermit in Widerspruch stehende bedenkliche Deduktion. Um die Bestimmung des § 356 zu rechtfertigen, sagt sie: „Eine eigentliche Aufrechnung der Einzelposten finde bei der Saldoziehung nicht statt; denn es ständen sich nicht nur wirkliche Forderungen gegenüber, und die gänzliche Ausgleichung erfolge buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst“. Das ist nach jeder Richtung unhaltbar. Zunächst ist es unlogisch, wenn die Denkschrift sagt, eine Aufrechnung finde nicht statt, weil sich nicht bloß wirkliche Forderungen gegenüberstehen. Darin liegt ein eigenthümlicher Gedankenfehler. Allerdings kann nicht bei allen Einzelposten eine Aufrechnung stattfinden, denn ein Theil derselben besteht in einfachen Zahlungen, nicht in Forderungen. Aber gerade der Hinblick auf diese anderen Posten hätte dem Verfasser der Denkschrift zeigen müssen, wie in der Saldofeststellung eine Tilgung liegt. Denn soweit die Einzelposten Zahlungen sind, ist es doch selbstverständlich, daß die bis zum Ablauf der Periode suspendirte Tilgungsfunktion derselben nunmehr eintritt. Denn wann sollte sie sonst eintreten? Und eine andere Funktion kommt einfachen Zahlungen nicht zu. Da nun aber die Posten der Rechnung nicht zum Theil getilgt, zum Theil ungetilgt bleiben können und sollen, sondern gerade umgekehrt eine Gesammtabrechnung stattfinden soll, so ergiebt sich hieraus, daß auch die wirklichen Anm. 4.

Forderungen zu der gegenseitigen Tilgungsoperation verwendet, also zur Aufrechnung benutzt werden. Statt dessen macht die Denkschrift einen unlogischen Schluß: Weil nicht alle Einzelposten zur Aufrechnung geeignet sind, deshalb — finde überhaupt keine Tilgung der Einzelposten statt und „die gänzliche Ausgleichung erfolgt buchmäßig nur durch Einstellung des Saldopostens selbst". Indessen wenn auch nicht alle Einzelposten zur Aufrechnung geeignet sind, so sind doch alle Posten zur Tilgungsoperation geeignet; mithin besteht kein Hinderniß, einen allgemeinen Tilgungsvorgang anzunehmen. Das Ergebniß der Denkschrift ist aber nicht nur unlogisch, sondern auch mit dem von ihr selbst aufgestellten Zwecke des Kontokurrents unvereinbar. Nach ihren eigenen Ausführungen ist der Zweck des Kontokurrentverkehrs der: „die aus einem dauernden Geschäftsverkehr sich ergebenden Beziehungen zu vereinfachen und die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Aufstellung eines einzelnen Forderungspostens zu ersetzen". Aber gerade dieser Zweck wird vereitelt und der umgekehrte Zustand wird gezeitigt, wenn trotz der Feststellung des Saldos die Einzelforderungen des Kontokurrents bestehen bleiben. Weder werden dann die gegenseitigen Ansprüche durch einen einzelnen Posten ersetzt, noch werden die Beziehungen dadurch vereinfacht. Bei einer zehn Jahre lang dauernden Geschäftsverbindung würde nach Feststellung des letzten Saldos das Ergebniß nicht das Bestehen eines einzigen Schuldpostens, sondern das Fortbestehen einer großen Menge von Einzelforderungen und außerdem von reinen Zahlungsposten sein, welche letzteren ihren Tilgungszweck nicht erfüllt, sondern ohne ihre tilgende Funktion zu erfüllen, ewig als bloße Buchungen in der Luft schweben würden. Das Ergebniß der Denkschrift ist aber ferner mit den von ihr selbst vorgeschlagenen und in das Gesetz übergegangenen Definitionen nicht vereinbar. Wie oben Anm. 3 dargethan, ist das Bestehenbleiben der einzelnen Posten unvereinbar mit den Worten Verrechnung und Ausgleichen. Würde sich wirklich das Wesen des Kontokurrents darin erschöpfen, daß die Parteien mit einander ziffermäßig ausrechnen und lediglich buchmäßig verzeichnen, wie viel sich für den einen Theil als Ueberschuß ergiebt, ohne daß aber in dieser Feststellung eine Erklärung mit der Kraft der Tilgung der alten Forderungen und der Schaffung eines neuen Schuldgrundes läge, so hätte es nicht heißen dürfen, daß die gegenseitigen Ansprüche in Rechnung gestellt und durch Verrechnung und Feststellung des Saldos ausgeglichen werden, sondern nur, daß die gegenseitigen Ansprüche in Rechnung gestellt und so festgestellt werde, welcher Ueberschuß sich für den einen oder den anderen Theil ergiebt. Die Denkschrift ist auf Irrwege gerathen, indem sie das Fortbestehen der Sicherheiten trotz Feststellung des Saldos juristisch konstruiren wollte, anstatt diese Konstruktion der Wissenschaft zu überlassen. Schlagend kann ihr die Unmöglichkeit ihres Ergebnisses nachgewiesen werden durch die einfache Frage: Bleiben denn, wenn die Abrechnung keinen Ueberschuß für einen Theil ergiebt, auch in diesem Falle die beiderseitigen Forderungen bestehen? Anscheinend ewig! Oder sind nicht vielmehr die Parteien nach ihrer Anschauung „quitt"? Wenn aber das Letztere der Fall ist, dann soll es total anders sein, wenn sich bei der Abrechnung nicht eine Null, sondern ein Ueberschuß von 1 Mark für einen Theil ergiebt? Oder ist nicht vielmehr auch in diesem Falle anzunehmen, daß die Parteien im Uebrigen quitt sind, kein Theil dem andern etwas schuldig ist, und nur noch A. dem B. 1 Mark? Unzweifelhaft ist das Letztere richtig. Dann aber liegt ebenso unzweifelhaft eine Novation vor. Wenn erst zugegeben werden muß, daß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen zur gegenseitigen Tilgung benutzt werden, dann ist das Vorliegen einer Novation zwingend. Denn da die Abrechnung und Aufrechnung der einzelnen Leistungen nicht auf einen bestimmten Einzelposten erfolgt, sondern alle Posten der einen Seite auf alle Posten der anderen Seite verrechnet wurden, so kann der anerkannte Saldo nicht als Rest einer der Forderungen des Aktivsaldeninhabers betrachtet werden. Es wäre nicht ersichtlich, von welchen Forderungen er der Rest sein soll. Denn nicht auf einzelne, sondern auf alle Forderungen des schließlichen Aktivsaldoinhabers sind die Aktivposten des anderen Theiles abgerechnet worden. Der anerkannte Saldo setzt sich aber auch nicht etwa zusammen aus ratirlichen

Resten der einzelnen Forderungen des Aktivsaldeninhabers. Denn die Absicht bei der Saldofeststellung geht nicht dahin, die Forderungen des Kontokurrents zum Theil zu tilgen und solche kleine Forderungspartikelchen übrig zu lassen, damit diese in ihrer Gesammtheit die Forderung aus dem Aktivsaldo bilden. Das wäre das gerade Gegentheil von vereinfachen, das wäre eine juristische und rechnerische Komplikation ungeheuerlichster Art, und liegt dem Gedankengang der Interessenten durchaus fern. Sollen aber sämmtliche Forderungen getilgt, keine derselben und auch kein Theil derselben weiter bestehen, gleichwohl aber demjenigen, für welchen ziffermäßig sich ein Ueberschuß herausgestellt hat, in dieser Höhe eine Forderung zustehen, so ist der Rechtsgrund dieser Forderung die Abrechnung selbst und diese ist eine Novation, die Umwandlung der bisherigen Schuldverhältnisse in ein neues.

Vom Reichsgericht ist der Novationscharakter der Saldofeststellung, nachdem es früher denselben angenommen hatte (R.G. 10 S. 55), später abgelehnt worden (R.G. 18 S. 248). In dieser letzteren Entscheidung meint das R.G., daß es der Novation am Gegenstande fehle, weil die einzelnen Posten des Kontokurrents keine wahren Forderungen, sondern nur Rechnungsposten seien. Allein bloße Rechnungsposten, Zahlen ohne Begriff giebt es wohl in der Mathematik, aber nicht im Leben, im Geschäftsverkehr, in der Jurisprudenz. Die einzelnen Rechnungsposten sind theils Zahlungen, theils wirkliche und reine Forderungen, denen nicht die Qualität einer Obligation fehlt, sondern nur eine rechtliche Beschränkung insofern anhaftet, als sie nach dem Willen der Parteien nicht einzeln und nicht vor dem Ablauf des Kontokurrentverhältnisses geltend gemacht werden sollen (vergl. unten Anm. 41). Anm. 5.

Für die Novation sprachen sich nach früherem Recht aus Greber S. 117 und die von ihm citirten Brinkmann, Kuntze, Dernburg, Scherer, Buhl und Endemann. Goldschmidt System 4. Aufl. S. 205 nahm einen novationsähnlichen Rechtsakt an. Cosack S. 351 leugnet auch dies und erblickt in der Saldoanerkennung nur eine accessorische Stipulation; dagegen erblickt er in dem Vortrag des Saldos auf neue Rechnuug eine Novation, ihm folgt Förtsch Anm. 3 u. 4 zu Art. 291; gegen ihn Dernburg II S. 271. Dagegen verneint Dernburg a. a. O. nach neuem Recht den Novationscharakter der Saldofeststellung, weil dieselbe die bestehenden Sicherheiten unberührt läßt (§ 356). Doch ist diese Erscheinung mit dem Novationscharakter nicht unverträglich, da sie anders zu konstruiren ist (vergl. Anm. 1 zu § 356). Anm. 6.

Das Wesen des Kontokurrentvertrages kann aber nicht gefunden werden in einer gegenseitigen Kreditgewährung. Sicherlich nicht in dem Sinne, daß die Parteien verpflichtet wären, mit einander Rechtsgeschäfte abzuschließen; der Kontokurrentvertrag ist kein Krediteröffnungsvertrag. Aber auch nicht in dem Sinne, daß die Parteien verpflichtet wären, einander die Verbindlichkeiten aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften zu kreditiren. Allerdings da die einzelnen Leistungen für sich allein nicht geltend gemacht werden dürfen, sondern nur als Glieder des nach Ablauf der Rechnungsperiode sich ergebenden Ganzen zur Geltung kommen und im Endergebniß aufgehen sollen, so ergiebt sich daraus, daß sie auch zeitlich gebunden sind. Aber in dieser zeitlichen Gebundenheit, in welcher besonders Greber (S. 80) das Wesen des Verhältnisses erblickt, erschöpft es sich **nicht.** Denn sie läßt manche Erscheinungen des Kontokurrentverhältnisses, welche auch Greber annimmt, z. B. die Uncedirbarkeit und die Unpfändbarkeit der einzelnen Posten, unerklärt. Ja sie läßt die vornehmste Rechtsfolge des Kontokurrentverhältnisses, daß die einzelnen Rechnungsposten im schließlichen Endergebniß aufgehen und durch dasselbe als abgethan gelten sollen, unerklärt. Aus einer bloßen Stundungsabrede kann sie sich unmöglich „von selbst" (Greber S. 63) ergeben. Jene Rechtsfolge gilt vielmehr, weil sie vereinbart ist, und umgekehrt folgt die Stundung der Einzelforderungen aus dieser Vereinbarung von selbst. (Zust. Denkschrift S. 198.) Anm. 7.

Dem Kontokurrentvertrag wesentlich ist ferner, daß auf beiden Seiten Forderungen entstehen. Eine Geschäftsverbindung, bei welcher für den einen Theil Forderungen entstehen, der andere Theil nur Zahlungen leistet, ist kein Anm. 8.

Kontokurrent. Das war schon früher herrschende Meinung (R.O.H. 3 S. 149; R.G. 1 S. 19; 22 S. 151; O.L.G. Frankfurt in G.Z. 43 S. 349; Förtsch Anm. 2 zu Art. 291; Greber S. 2; Cosack 3. Aufl. S. 357) und muß auch jetzt gelten, da unser § 355 von beiderseitigen Ansprüchen spricht. (Cosack 4. Aufl. S. 354). Indessen braucht die gegenseitige Kreditirung nur beabsichtigt zu sein. Ob sie auch wirklich durchgeführt wird, ist nicht erheblich (Cosack S. 354). Insbesondere hört ein längere Zeit bestehender Kontokurrentverkehr dadurch nicht auf, seinen Charakter zu verlieren, daß im Laufe einer Periode nur der eine Theil Forderungen erwirbt, der andere Theil nur Zahlungen macht, oder auch dies nicht einmal.

Anm. 9. Endlich aber gehört zum Wesen des Kontokurrentvertrages, daß mindestens ein Theil Kaufmann ist oder als Kaufmann gilt, (wofür die §§ 1—5 und der Exkurs zu § 5 maßgebend sind). Auch daß der eine Theil Minderkaufmann ist, genügt (vergl. hierüber Anm. 14). Ueber den, der als Kaufmann gilt, siehe unten Anm. 14.

Anm. 10. Damit ist jedoch hier nur gesagt, daß die vom Gesetze aufgestellten Regeln über den Kontokurrentvertrag von selbst nur gelten, wenn ein Theil Kaufmann ist. Nicht unzulässig aber ist es, daß auch Nichtkaufleute einen Kontokurrentvertrag schließen, und es steht auch nichts entgegen, aus der Art einer Geschäftsverbindung eine stillschweigende Abrede dieses Inhalts zu entnehmen. Immer aber ist davon auszugehen, daß die gesetzlichen Folgen des Kontokurrentverhältnisses sich zunächst nur an dasjenige Kontokurrentverhältniß knüpfen, welches die gesetzlichen Voraussetzungen enthält. Dieselben gelten hier, wenn nichts Gegentheiliges vereinbart ist. Bei jedem sonstigen Kontokurrentverhältnisse dagegen gelten diese Rechtsfolgen nicht als gesetzliche, sondern lediglich als vereinbarte, also nur dann, wenn erhellt, daß die Intentionen der Parteien darauf gerichtet waren, diese Rechtsfolgen sollen auch für sie gelten. Und ferner ist zu bedenken, daß die die Rechte des Gläubigers behandelnde Bestimmung des § 357 nur auf ein Kontokurrentverhältniß zutrifft, welches den gesetzlichen Erfordernissen des § 355 entspricht, also nicht auf ein solches zwischen Nichtkaufleuten. Die Rechte der Gläubiger einem solchen Kontokurrentverhältnisse gegenüber bestimmen sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Anm. 11. Dagegen gehört es nicht zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Kontokurrentverhältnisses, daß die Einzelposten verzinslich sind. (Grünhut S. 947.) Zwar hat es den Anschein, als ob die Begriffsbestimmung unseres Paragraphen die Verzinslichkeit der Einzelposten als wesentliches Erforderniß des Kontokurrentverhältnisses betrachte. Allein es handelt sich nur um eine schlecht gewählte Redewendung. Wie die Denkschrift S. 198 ergiebt, sollte es nur Voraussetzung der gesetzlichen Verzinslichkeit des Saldopostens sein, daß auch die einzelnen Posten verzinslich sind, nur dann „erscheine es gerechtfertigt, die Saldoforderung als einen selbstständigen zinstragenden Posten zu behandeln". Aber ganz unverständlich wäre es, wenn der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, das eigenthümliche Rechtsinstitut des Kontokurrentverhältnisses und seine sonstigen gesetzlichen Folgen außer der Verzinslichkeit nur dort anzuerkennen, wo die Einzelposten verzinslich sind. Die Verzinslichkeit ist nur eine der möglichen Seiten des Kontokurrentverhältnisses, diese hat der Gesetzgeber von Gesetzeswegen nur eintreten lassen wollen, wenn die Einzelposten verzinslich waren. Aber die andere, weitaus wichtigere Seite dieses Instituts, die Suspendirung der Kompensation der beiderseitigen Ansprüche und der Tilgungsfunktion der beiderseitigen Zahlungen, sowie die völlige Beseitigung aller beiderseitigen Ansprüche und ihre Ersetzung durch ein festgestelltes Saldo haben mit der Verzinslichkeitsfrage nichts zu thun. Diese können eintreten und treten ein, wenn wegen Unverzinslichkeit der Einzelposten auch der Saldo nicht verzinslich ist; der Saldo ist dann kein selbstständiger zinstragender, wohl aber ein selbstständiger nicht zinstragender Posten. (Anders Cosack S. 347, der nach dem neuen H.G.B. in der Verzinslichkeit der Einzelposten eine wesentliche Voraussetzung des Kontokurrentverhältnisses erblickt.)

2. **Die Eingehung des Kontokurrentvertrages.** Sie erfolgt formlos, da eine Form nirgends vorgeschrieben ist, auch durch konkludente Handlungen (R.G. 18 S. 247), insbesondere auch durch faktische Uebung (R.O.H. 6 S. 256; 10 S. 99; 11 S. 142; Bolze 16 Nr. 337). Im Verhältniß zu Minderkaufleuten wird man freilich der bloß faktischen Uebung die Rechtswirkung des Abschlusses eines Kontokurrentvertrages nur mit Vorsicht beilegen können (R.O.H. 2 S. 443). Das erheblichste Kriterium einer durch faktische Uebung vereinbarten Kontokurrentverbindung liegt in der Zusendung periodischer Rechnungsabschlüsse (R.O.H. 10 S. 99; 12 S. 72); aber auch aus anderen Momenten kann die Vereinbarung geschlossen werden (R.O.H. 6 S. 256; 10 S. 99 Anm. *). Der Name Kontokurrent ist nicht absolut entscheidend (vergl. unten Anm. 13), desgleichen nicht das Vorliegen einer Debet- und einer Kreditseite und eines Saldos (R.G. 22 S. 150). Anm. 12.

Die Vereinbarung braucht nur dahin zu gehen, daß alle etwaigen Zahlungen und Forderungen nicht einzeln geltend gemacht, sondern periodisch abgerechnet und nur der Ueberschuß geltend gemacht werden soll. Eine Abrede über die Art der Kreditirung und der Zahlung und über die näheren Modalitäten derselben gehört nicht zum Inhalt und daher auch nicht nothwendig zur Perfektion des Kontokurrentvertrages. Daher wird z. B. ein Kontokurrentverhältniß giltig begründet, wenn die Parteien vereinbaren, daß sie in Kontokurrentverkehr treten wollen und dabei nur ein Theil von dem andern für das jedesmalige Guthaben Cigarren entnehmen werde, selbst wenn über die Sorte und den Preis der Cigarren nichts verabredet ist (R.O.H. 17 S. 218). Von selbst versteht es sich, daß auch unwesentliche Punkte zur Einigung gehören, wenn nach der Erklärung auch nur einer Partei hierüber eine Vereinbarung getroffen werden soll (§ 154 B.G.B.). Anm. 13.

3. **Die Kontrahenten des Kontokurrentvertrages.** Der eine Theil muß Kaufmann sein. Er kann auch Minderkaufmann sein (hierüber Anm. 12). Wie aber bereits oben Anm. 9 hervorgehoben, greifen die gesetzlichen Regeln des Kontokurrentverhältnisses auch dann Platz, wenn der eine Theil als Kaufmann gilt, und zwar zunächst, wenn er nach § 5 als Kaufmann gilt. Auch die Bestimmung des § 357, obwohl dieselbe für und gegen den Dritten sich richtet, greift auf das Verhältniß zum Gläubiger Platz, weil jeder sich auf die Eintragung berufen kann. Ferner aber finden die Regeln über das Kontokurrentverhältniß auch dann Anwendung, wenn der eine Theil in Folge Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt (Exkurs zu § 5). Auch hier steht nichts entgegen, aus der Geltung als Kaufmann die Folgerung zu ziehen, daß alle Regeln des Kontokurrentverhältnisses anwendbar sind. Insbesondere besteht dieses Bedenken nicht hinsichtlich des § 357, obwohl diese Bestimmung sich auf den Dritten bezieht. Denn sie gilt zu Gunsten des Dritten, und jeder, der dem Rechtsverkehr angehört, kann auf die im Auftreten als Kaufmann liegende allgemeine Erklärung zu seinen Gunsten sich berufen, soweit überhaupt der Parteiwille Rechtsfolgen zeitigen kann. Anm. 11.

Daß auch Nichtkaufleute einen Kontokurrentvertrag schließen können und mit welchem Erfolge, darüber siehe oben Anm. 10.

4. **Gegenstand des Kontokurrentvertrages** können alle Zahlungen und Forderungen einer Geschäftsverbindung sein (auch Miethsforderungen, vergl. unten Anm. 16). Natürlich nur Geldforderungen, (R.G. 2 S. 263). Welche es im einzelnen Falle sind, bestimmen die Vereinbarungen und die Umstände (R.O.H. 5 S. 42). Im Zweifel ist anzunehmen, daß sämmtliche auf den gewöhnlichen Geschäftsverkehr bezüglichen Geldverbindlichkeiten in den Kontokurrentnexus eintreten sollen (Greber S. 58). Es sind hiernach z. B. ausgeschlossen solche Verbindlichkeiten, deren Entstehung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht zu erwarten war, wie ungewöhnlich hohe Schadensersatzpflichten, ferner alle Werthe, welche mit einem besonderen, den Zielen des Kontokurrentvertrages widerstreitenden Auftrage übersandt werden, oder sonstige Verbindlichkeiten, deren Endzweck sich mit dem Wesen des Kontokurrentverkehrs nicht verträgt, z. B. das pactum de mutuo dando (Greber S. 58; vergl. Cosack S. 354). Daß eine Forderung nicht in der Person des Kontokurrentisten entstanden, sondern ihm erst cedirt worden ist, hindert nicht die wirksame Einsetzung in das Kontokurrent (R.G. 28 S. 34). Aus der Eigenart der An- Anm. 15.

sprüche wird von der Rechtsprechung (allerdings unter Widerspruch der Wissenschaft: Levy-Rießer S. 114—117; Greber S. 58; Denkschrift S. 198) mit Recht hergeleitet, daß Wechsel und kaufmännische Verpflichtungsscheine in der Regel nicht darunter fallen; solche Ansprüche können also in der Regel besonders geltend gemacht werden; daß bei Hergabe des Wechsels der Betrag desselben dem Geber in laufender Rechnung gutgeschrieben worden ist, ändert hieran nichts (R.O.H. 3 S. 145, 9 S. 245, 22 S. 337; Bolze 5 Nr. 548; O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 40 S. 490). Soweit die einzelnen Forderungen in den Kontokurrentvertrag nicht gehören, ist die separate Geltendmachung nicht bloß gestattet, sondern zur Vermeidung des Eintritts der Verjährung geboten. Aber die Wechselforderung kann natürlich in das Kontokurrentverhältniß auch aufgenommen werden durch besondere Verabredung (R.O.H. 22 S. 337), welche auch stillschweigend erfolgen kann (R.O.H. 5 S. 339). Die bloße Buchung innerhalb der Kontokurrentposten ist aber noch kein sicheres Anzeichen für diese Abrede, dieselbe kann auch nur provisorische oder ziffernmäßige Bedeutung für die Uebersicht der beiden Konten haben. Durch die Saldofeststellung sind auch die Wechselforderungen getilgt, die in den Kontokurrentverkehr aufgenommen sind (vergl. unten Anm. 27.)

Anm. 16. 5. **Die Wirkungen des Kontokurrentvertrages** beruhen in der rechtlichen Veränderung, den die einzelnen Forderungen durch den Anspruch auf periodische Abrechnung erleiden (vergl. oben Anm. 2).

a) Die einzelnen Forderungen können nicht früher geltend gemacht werden, als nach Schluß der Rechnungsperiode. Sie gelten daher sämmtlich als bis dahin kreditirt. Der Miether kann, wenn die Miethsforderungen in den Kontokurrentverkehr fallen, nicht mehr wegen unpünktlicher Miethszahlung exmittirt werden (Preuß. Obertribunal in Busch Archiv 34 S. 275). Der Verkäufer kann, nachdem er die verkaufte Waare dem mit ihm in Kontokurrentverkehr stehenden Käufer übergeben hat, wegen Zahlungsverzug des Käufers vom Kauf nicht mehr zurücktreten, denn der Kaufpreis ist „gestundet" (§ 454 B.G.B.). Die Verjährung der Einzelforderungen beginnt nicht, weil beim Bestehen eines Kontokurrentverhältnisses die Forderungen mit ihrer Entstehung in das Kontokurrent fallen und damit sofort als gestundet gelten bis zum Ende des Kontokurrentverhältnisses. Bis dahin ist die Verjährung gehemmt (§ 202 B.G.B.) Cosack S. 351 will dagegen in dem Falle, wo gemäß Abs. 3 unseres Paragraphen jederzeitige Kündigung des Kontokurrentverhältnisses gilt, die Verjährung mit der Entstehung der Forderung beginnen lassen, weil sie in diesem Falle durch Kündigung des Kontokurrents jederzeit fällig gemacht werden könnte (§ 199 B.G.B.). Dem können wir uns deshalb nicht anschließen, weil § 199 B.G.B. nur für den Fall gilt, daß die einzelne Forderung als solche durch Kündigung fällig gemacht werden kann. Hier aber wird nicht die einzelne Forderung gekündigt, sondern der Kontokurrentverkehr und durch das Ende desselben wird die bis dahin gestundete Einzelforderung fällig. Darin liegt keine Kündigung der Einzelforderung, sondern eine Begleiterscheinung des Kontokurrentablaufs. So würde z. B., wenn ein Dienstvertrag mit monatlicher Lohnzahlung und jederzeitigem Kündigungsrechte geschlossen würde, die jedesmalige Lohnforderung nicht täglich, sondern immer nur monatlich zu verjähren beginnen.

Anm. 17. b) Die einzelne Forderung kann nicht besonders geltend gemacht werden. Sie kann daher nicht zur Kompensation gegen eine einzelne Forderung des anderen Theils gestellt werden und die gesetzlichen Regeln über die Kompensation beim Vorhandensein verschiedener Forderungen cessiren. Insbesondere aber kann die einzelne Forderung nicht durch besondere Klage geltend gemacht werden (R.O.H. 2 S. 137; 16 S. 306; R.G. 28 S. 33) — vergl. jedoch wegen der Feststellungsklage unten Anm. 24 —, auch nicht besonders abgetreten werden (R.O.H. 10 S. 101; R.G. 22 S. 149), und demgemäß auch nicht separat gepfändet werden (R.G. 22 S. 149; Denkschrift S. 200). Es greift auch nicht etwa der § 851 Abs. 2 C.P.O. Platz, wonach eine Forderung, deren Uebertragung durch Vereinbarung ausge-

schlossen ist, insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden kann, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt. Denn hier ist die Uncedirbarkeit nicht vereinbart, sondern sie ist eine Folge der im Wesen des Kontokurrents liegenden Unmöglichkeit der selbstständigen Geltendmachung der Forderung. Deshalb ist sie nicht übertragbar, die Nichtübertragbarkeit beruht nicht auf selbstständiger hierauf gerichteter Abrede, sondern ist eine Rechtsfolge der Rechtsnatur, welche die Forderung durch die Einbeziehung in das Kontokurrentverhältniß angenommen hat. Uebrigens beweist der Ausweg, den § 357 H.G.B. giebt, daß der Gesetzgeber auf dem gleichen Standpunkte steht.

Was hier von den einzelnen Forderungen gesagt ist, gilt insbesondere auch von Anm. 18.
dem **auf neue Rechnung vorgetragenen Saldo.** Ist der Saldo festgestellt und wird er mit Zustimmung beider Theile auf neue Rechnung vorgetragen, sodaß hierin eine Fortsetzung des Kontokurrentverkehrs liegt (siehe unten Anm. 26 u. 27), so ist hiermit der Saldo ein einzelner Posten der neuen Rechnungsperiode geworden und ist, wie alle anderen Posten des Kontokurrents, gebunden durch die im Kontokurrentverkehr liegende Novationsabrede, also kreditirt bis zum Abschluß der Rechnungsperiode, und kann selbstständig nicht mehr eingeklagt werden (R.O.H. 16 S. 309; vergl. R.G. 10. S. 59; 18 S. 248; O.L.G. Jena in G.Z. 35 S. 259).

c) Die einzelne Zahlung gilt nicht als auf bestimmte Forderungen gemacht, auch Anm. 19
nicht auf den vorgetragenen Saldo, da dieser vielmehr durch den Vortrag seine selbstständige Bedeutung verloren hat (vergl. Anm. 18). — Oberstes Landesgericht München in G.Z. 35 S. 259. — Die allgemeinen Vorschriften über Anrechnung von Zahlungen beim Vorhandensein mehrerer Forderungen cessiren.

d) Dagegen bewirkt die bloße Einstellung in das Kontokurrent zunächst Anm. 20.
keine Novation (Goldschmidt 4. Aufl. S. 207; Greber S. 71). Die einzelnen Posten bleiben zunächst Forderungen aus Kauf, Darlehn, Kommission ꝛc., sie werden keine bloßen Rechnungsposten (vergl. oben Anm. 5). Es bleiben daher auch die Einreden aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß bis zur vollzogenen Abrechnung zulässig.

e) Auch ein besonderer Gerichtsstand wird durch die Eingehung des Konto- Anm. 21.
kurrentverhältnisses nicht begründet (R.O.H. 17 S. 125). Eine andere Frage ist, ob der Saldoanerkennungsvertrag einen besonderen Gerichtsstand begründet (hierüber Anm. 28).

6. **Die Feststellung des Saldos.**

a) **Der Anspruch auf Feststellung.** Anm. 22.

α) Zeit der Feststellung. Nach unserem Paragraphen findet die Abrechnung alljährlich statt, in der Geschäftswelt aber ist mehr die halbjährliche Abrechnung üblich. Es ist im Einzelfalle zu prüfen, in wie weit dieser Usus für die Auslegung des Parteiwillens von Bedeutung ist (§ 157 B.G.B.).

β) Inhalt des Anspruchs. Er besteht zwar nicht darin, daß der andere Theil Anm. 23.
die Rechnung aufmacht und den Saldo zieht — Grünhut S. 949 —. Ein Anspruch auf Aufmachung der Rechnung wird aber durch die Natur des Verhältnisses auch oft begründet sein, so hat z. B. diese Verpflichtung der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten, insbesondere der Bankier gegenüber dem Kunden, ferner nach Art. 4 des Wuchergesetzes in der Fassung vom 19. Juni 1893 jeder, der aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, für jeden Kunden. Der Anspruch auf Feststellung besteht darin, daß der andere Theil die von dem einen gelegte Rechnung anerkennt und dadurch die vereinbarte Novation vollzieht. Weigert sich der andere Theil, in dieser Weise bei der Feststellung des Saldos mitzuwirken, d. h. den gezogenen Saldo anzuerkennen, so kann er hierauf verklagt werden. Zur Begründung der Klage gehört die Aufstellung aller einzelnen Posten und der Beweis der Richtigkeit, soweit sie der Beklagte bestreitet (R.O.H. 9 S. 217; Bolze 14 Nr. 351) und soweit nach allgemeinen Grundsätzen dem Kläger die Be-

weislast obliegt d. h. er hat nur seine Forderungen zu begründen und zu beweisen (Cosack S. 350). Ist nach Maßgabe der den Kontokurrentvertrag begleitenden Abreden der Inhaber des Aktivsaldos zu weiterer Kreditirung nicht verpflichtet, so kann mit der Anerkennungsklage zugleich die Zahlungsklage verbunden werden. Auch kann in diesem Falle die Klage (sc. unter Aufstellung und Begründung aller einzelnen Posten) auch bloß auf Zahlung gerichtet werden. Das würde sich daraus ergeben, daß in dem Urtheile auf Zahlung implicite die an die Stelle der durch die Partei verweigerten Anerkennung tretende richterliche Feststellung des Saldos liegt (vergl. Greber S. 127). Doch folgt es ohne Weiteres aus unserem Paragraphen, dessen Absatz 3 bestimmt, daß, wenn die Rechnungsperiode durch gesetzliche Kündigung abläuft, der Inhaber des Ueberschusses dessen Zahlung beanspruchen kann; es ist selbstverständlich, daß das Gleiche gelten muß, wenn der Kontokurrentverkehr auf andere Weise endet.

Anm. 24. Unterliegen einzelne Posten der Entscheidung eines anderen Gerichts, als des ordentlichen, z. B. eines Schiedsgerichts, so muß die Richtigkeit derselben vorher an zuständiger Stelle festgestellt werden. (R.O.H. 9 S. 217.) Auch steht nichts entgegen, über einzelne streitige Posten Feststellungsklage zu erheben (Förtsch Anm. 3b zu Art. 391).

Anm. 25. b) **Der Vorgang der Saldofeststellung.** Sie erfolgt durch Aufstellung und Anerkennung des Rechnungsabschlusses. Sie geschieht formlos. Das ist zunächst unzweifelhaft, wenn der anerkennende Theil Vollkaufmann ist (§§ 350, 351, 344, 343 H.G.B.). Es trifft aber auch auf die von Minderkaufleuten und Nichtkaufleuten abgegebenen Anerkenntnisse zu. Denn das Anerkenntniß des Saldos eines Kontokurrentauszuges ist als ein „auf Grund einer Abrechnung" ertheiltes Anerkenntniß anzusehen, unterliegt also der Formbefreiungsvorschrift des § 782 B.G.B.

Anm. 26. Im Geschäftsverkehr spielt sich die Feststellung in der Weise ab, daß der eine Kontrahent die sämmtlichen Posten zusammenstellt, den Saldo zieht und dem andern Theil diesen Abschluß übersendet, während der andere Theil stillschweigend oder ausdrücklich den Saldo anerkennt. In der Uebersendung des Abschlusses liegt die Anerkennung ihrer Richtigkeit durch den Uebersender (R.O.H. 11 S. 141), er giebt hinsichtlich seiner Debetposten ein verpflichtendes Anerkenntniß ab, auf welches sich der andere Theil berufen kann, auch wenn derselbe die Kreditposten nicht anerkennt (Grünhut S. 949; Bolze 19 Nr. 220;[1]) vergl. Bolze 1 Nr. 914). Gleichzeitig liegt in der Uebersendung die Offerte zu dem in der gegenseitigen Feststellung liegenden Anerkennungsvertrage (R.O.H. 11 S. 141): mit der Anerkennung durch den andern Theil wird dieser Vertrag perfekt (R.O.H. 2 S. 117). Die Anerkennung kann auch durch konkludente Handlungen, auch durch bloßes Stillschweigen erfolgen (R.O.H. ebenda). Daß aber ein etwaiger Widerspruch allgemein sofort erfolgen müsse unter dem Präjudiz der Anerkennung, dahin hat sich ein Gewohnheitsrecht nicht gebildet (R.O.H. 3 S. 426; Cosack S. 350). Vielmehr ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, wann das Stillschweigen als Anerkenntniß gilt. Insbesondere ist angenommen worden, daß die Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nach Empfang der Abrechnung Anerkenntniß bedeutet (R.O.H. 2 S. 117; Bolze 11 Nr. 289), ja sogar auch dann, wenn gegen die Rechnung Monituren gemacht, diese aber von dem andern Theil zurückgewiesen worden sind (R.O.H. 7 S. 427), es sei denn, daß der monirende Theil sich die Geltendmachung seiner Monita vorbehält. Hierbei gilt als Fortsetzung des Geschäftsverkehrs nicht gerade bloß die Eingehung neuer Geschäfte, auch die Prolongation der bisherigen genügt (Bolze 11 Nr. 289). Die Absicht anerkennen zu wollen kann auch aus anderen Umständen hervorgehen, z. B. aus einem Gesuch um Stundung des Saldos (Bolze 2 Nr. 666).

[1]) In diesem Urtheil ist ausgeführt, daß man ein vom Gegner aufgestelltes Kontokurrent in der Weise seiner Klage zu Grunde legen kann, daß man einzelne Passivposten beanstandet und durch deren Anfechtung einen Aktivsaldo für sich herausrechnet.

c) **Die Wirkung der Saldofeststellung** ist, daß alle bisherigen Einzelforderungen (sie mögen in die Schlußrechnung aufgenommen sein oder nicht) als abgethan gelten und nur eine neue, auf selbstständigem Rechtsgrunde beruhende Forderung, das Saldoguthaben, besteht (Bolze 4 Nr. 802; 13 Nr. 343). Auch der aus der vorigen Rechnungsperiode vorgetragene Saldo ist dadurch definitiv abgethan und untergegangen (R.G. 10 S. 53). In dieser Wirkung liegt, wie oben Anm. 2 dargelegt, eine reine Novation, nicht eine bloße Schuldanerkennung (accessorische Stipulation). Anm. 27.

Aus dem festgestellten (nicht aus dem bloß gezogenen, vergl. Anm. 23, auch R.G. 32 S. 90) Saldo kann selbstständig geklagt werden. Der Rechtsgrund desselben ist die beiderseitige Feststellung, die Richtigkeit der ursprünglichen Posten braucht nicht dargethan zu werden (R.O.H. 3 S. 4; 10 S. 55). Es ist keinem Theil gestattet, auf die zu Grunde liegenden Posten zurückzugreifen (R.G. 28 S. 36); und es ist eine Klageänderung, wenn die auf die Saldofeststellung gestützte Klage nachträglich auf die einzelnen Posten gestützt wird (R.O.H. 10 S. 102). Für den Erfüllungsort ist nach § 269 B.G.B. der Wohnsitz bezw. die gewerbliche Niederlassung des Schuldners maßgebend, wenn nicht aus der Abrede oder den Umständen etwas anderes zu entnehmen ist. So ist z. B. bei einem Kontokurrentverhältnisse zwischen Kommissionär und Kommittenten auch für den Kontokurrentsaldo des ersteren die Niederlassung desselben der Erfüllungsort (R.G. vom 3. 5. 1899 bei Holdheim 8 S. 190). Enthalten gar die Geschäftsbedingungen, denen sich der Kommittent unterworfen hat, die Vereinbarung eines bestimmten Erfüllungsortes oder Gerichtsstandes, so gilt dies nach dem präsumtiven Willen der Parteien auch für die Klage aus dem anerkannten Saldo (anders Bolze 20 Nr. 731 d). Anm. 28.

Einwendungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Posten oder gegen die Vollständigkeit der anerkannten Rechnung allgemeiner Natur, etwa bloßes Bestreiten oder Hinweis auf unrichtig geführte Bücher des Saldoziehers halten nicht Stich. Auch die bloße Darlegung der Unrichtigkeit oder Weglassung einzelner bestimmter Posten genügt nicht, da nicht bloß ein Zugeständniß, sondern ein Anerkenntnißvertrag und eine Novation vorliegt. Dieses Anerkenntniß kann vielmehr nur angefochten werden unter den Voraussetzungen der Kondiktion (§§ 812, 821 B.G.B.; für das frühere Recht siehe R.O.H. 11 S. 276; O.L.G. Hamburg im G.Z. 40 S. 489; Grünhut S. 956) oder unter den allgemeinen Voraussetzungen des Irrthums, Betrugs, Zwanges, welche Anfechtungsgründe sich aber gegen den Anerkenntnißvertrag als solchen richten müssen (R.G. 2 S. 338). Die Klausel S. E. & O. erleichtert diese Anfechtung nicht, und nimmt der Saldofeststellung nicht ihre konstitutive Bedeutung (R.O.H. 11 S. 276). Anm. 29.

Hiernach beantwortet sich die Frage, ob und in wie weit eine Saldofeststellung angefochten werden kann wegen des Zugrundelegens ungiltiger Geschäfte. Die Anfechtung richtet sich im Allgemeinen nach den eben gedachten Voraussetzungen. Hat insbesondere der Anerkennende geglaubt, seine Verbindlichkeit sei giltig, so kann er das Anerkenntniß wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 Abs. 2, 814 B.G.B. anfechten. Bei gewissen Schuldverbindlichkeiten sind aber die abgegebenen Anerkenntnisse ohne Weiteres unverbindlich, nicht bloß unter den Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung, also insbesondere auch, wenn der Anerkennende die Ungiltigkeit der anerkannten Schuld kannte. Dies sind die über Spiel-, Wett- und Differenzschulden abgegebenen Anerkenntnisse (§§ 762, 764 B.G.B.), sowie die über ungiltige Börsentermingeschäfte abgegebenen Anerkenntnisse. (§ 66 des Börsengesetzes.) Anm. 30.

Wie nun, wenn dem festgestellten Saldo zum Theil giltige, zum Theil ungiltige Geschäfte zu Grunde liegen? Das Reichsgericht hat geschwankt, bald hat es in solchen Fällen das ganze Anerkenntniß für beseitigt erklärt (Bolze 17 Nr. 482), bald hat es den ganzen Saldo aufrecht erhalten (Bolze 19 Nr. 425). Wir meinen jedoch, daß hierdurch das Anerkenntniß theilweise beseitigt wird. Erfolgt die Anfechtung unter Anm. 31.

den Voraussetzungen der ungerechtfertigten Bereicherung, so erscheint eben der andere Theil insoweit bereichert, als die ungiltigen Schulden reichen, erfolgt sie wegen der absoluten Unverbindlichkeit des Anerkenntnisses gewisser ungiltiger Schulden (§§ 762, 764 B.G.B., § 66 Börsengesetzes), so ist eben das Anerkenntniß nur insoweit unverbindlich, als der Betrag dieser Schulden reicht, im Übrigen aber steht seiner Giltigkeit nichts entgegen. Kommt nach Abzug der ungiltigen Schulden für den anfechtenden Saldoschuldner noch ein Ueberschuß heraus, so kann er die Anerkennung dieses Saldos und die Zahlung desselben ebenso verlangen, wie wenn der Kontokurrent von vornherein für ihn einen Ueberschuß ergeben hätte.

Anm. 32. Die Verjährung des Anspruchs auf den festgestellten Saldo unterliegt nicht den kürzeren Fristen der einzelnen Posten, weil er auf selbstständigem Rechtsgrunde beruht, sondern den Fristen der ordentlichen Verjährung (Bolze 16 Nr. 144; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1242, vergl. Bolze 14 Nr. 351 c).

Anm. 33. 7. **Zinsen und Provisionen.** Wie oben Anm. 11 dargethan, ist ein Kontokurrentverhältniß auch dann vorhanden, wenn die Einzelposten nicht verzinslich sind. Regelmäßig sind sie es aber. Es bestand nämlich bisher ein Handelsgebrauch, daß, wenn zwei Personen mit einander ein Kontokurrentverhältniß eingehen, jeder Theil dem andern vom Tage jedes Kreditpostens Zinsen berechnen kann (Grünhut S. 942; R.O.H. 11 S. 143; Bolze 1 Nr. 918; vergl. R.G. 22 S. 151) und zwar für die ganze Dauer der Rechnungsperiode vom vollen Betrage jedes Postens. Dieser Handelsgebrauch wird sich durch die neue Gestaltung der Sache nur befestigen. Denn da das Gesetz das Kontokurrentverhältniß normaler Weise so gestaltet, daß die einzelnen Posten verzinslich sind, so muß nach Treu und Glauben angenommen werden, daß die Parteien, wenn sie nichts Gegentheiliges vereinbaren, einen Kontokurrentverkehr in dieser normalen Gestalt wollen. Wer, wie Cosack S. 353, diese Verkehrssitte leugnet, der gesteht die Verzinslichkeit der Einzelposten nur nach den sonst geltenden Grundsätzen über Verzinsungen zu, also insbesondere wenn der Kreditirende Kaufmann und die Leistung ein Darlehn oder Vorschuß ist (§ 354), oder beide Theile Kaufleute sind und ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt (§ 353); zwar sind die Forderungen nicht fällig, sondern sofort kreditirt, doch schließt dies den Zinsenlauf nicht aus (Anm. 7 zu § 353).

Anm. 34. Die Höhe dieser Zinsen war früher mangels Vereinbarung 6%, jetzt ist sie für denjenigen Theil, welcher Kaufmann ist, 5% (§§ 354, 352 H.G.B.), denn seine Kontokurrentleistungen sind sämmtlich als Vorschüsse zu betrachten, für den Nichtkaufman 4% (§ 246 B.G.B.).

Anm. 35. Aber die Parteien können auch etwas Anderes vereinbaren, also jede Verzinsung der Einzelposten ausschließen oder auch bestimmen, daß der Zinsfuß für beide Theile verschieden sein soll, wie dies häufig im Verkehr des Kunden mit dem Bankier der Fall ist (der Bankier erhält 5,6%, der Kunde 2,3%).

Anm. 36. Außer den Zinsen kann von denjenigen Posten, welche nach § 354 provisionspflichtig sind, die Provision gefordert werden. Das wird z. B. von denjenigen Zahlungen gelten, in welchen eine Kreditgewährung liegt, z. B. wenn der Bankier dem Kunden Zahlungen leistet, während sein Guthaben erschöpft ist; auch von einem vorgetragenen Saldo kann der Kaufmann Provision beanspruchen, wenn hierin eine Kreditirung liegt, zu welcher der Saldozieher an sich nicht verpflichtet war (R.O.H. 22 S. 72; R.G. vom 14. Januar 1897 in J.W. S. 116).

Anm. 37. Endlich können, wenn die Einzelposten verzinslich sind, (ganz oder zum Theil und gleichviel in welcher Höhe) vom Saldo Zinsen verlangt werden, und zwar 5% (§§ 355, 352 Abs. 2) vom Tage des Ablaufs der Rechnungsperiode, auch wenn der Saldo erst später anerkannt wird. Es liegt hierin eine Aufhebung des Zinseszinsverbotes auf diesem Gebiete (vergl. Anm. 4 zu § 353). Wird der Kontokurrentverkehr nach Ablauf der Rechnungsperiode nicht fortgesetzt, so können von dem Schlußsaldo nur einfache Zinsen berechnet, es können nunmehr nicht wieder periodisch aufgerechnet und so wiederum Zinseszinsen berechnet werden (R.O.H. 2 S. 444).

Wenn die Einzelposten nicht verzinslich sind, so versagt die vorliegende Vorschrift. Anm. 38.
In diesem Falle können Zinsen vom Saldo nur verlangt werden, wenn andere Rechtsgründe vorliegen. Ein solcher Rechtsgrund liegt im Verzuge, also wenn der Saldoinhaber Bezahlung desselben verlangt, nicht, wenn er dem anderen Theil die Fortsetzung des Kontokurrentverhältnisses anbietet (Vortrag auf neue Rechnung) und dieser darauf eingeht. Kaufleute unter einander können auch in diesem letztern Falle Zinsen vom Aktivsaldo verlangen, obwohl die einzelnen Posten nicht verzinslich sind. Denn ein festgestellter Saldo ist eine fällige Verbindlichkeit. Von der einmal eingetretenen Fälligkeit an aber können in solchem Falle Zinsen verlangt werden, eine nachträgliche Stundung hebt die Verzinslichkeit nicht auf (§ 353 und Anm. 7 dazu).

8. **Die Dauer des Kontokurrentvertrages.** Sie hängt von der Abrede ab. Im Zweifel aber Anm. 39.
steht jedem Theil jederzeitige Kündigung frei, wie unser Paragraph Abs. 3 vorschreibt. Aber sehr oft wird die entgegengesetzte Absicht obwalten, so insbesondere, wenn der eine Theil sich verpflichtet hat, dem anderen durch das Kontokurrent bis zu einem gewissen Zeitpunkt einen Kredit zu eröffnen (Denkschrift S. 198). Meist wird die Absicht obwalten, daß bis zum Ablauf der Rechnungsperiode das Verhältniß dauern soll. Wird während der Dauer der Rechnungsperiode nicht gekündigt, so nimmt es jedesmal mit Ablauf einer solchen ein Ende und es bleibt dem Belieben der Parteien überlassen, es weiter fortzusetzen (vergl. unten Anm. 40). Aber auch über eine Rechnungsperiode hinaus kann die Dauer von vornherein vereinbart werden (R.G. 25 S. 12). Ist die gesetzliche jederzeitige Kündigung durch Abrede ausgeschlossen, so kann doch aus wichtigen Gründen jederzeit gekündigt werden, wenn dies auch in dem Gesetze nicht ausdrücklich erwähnt ist. Als wichtiger Grund wird eintretende Kreditunsicherheit gelten (R.O.H. 23 S. 137; vergl. § 610 B.G.B.) oder auch schlechtes Renommee des anderen Theils (z. B. Bestrafung der Partei mit Zuchthaus).

Die Wirkung der gesetzlichen oder aus wichtigem Grunde geschehenen Kündigung oder des sonstigen Ablaufs des Kontokurrentverhältnisses ist sofortige Fälligkeit des Saldos (vergl. Abs. 3 unseres Paragraphen).

9. **Die Fortsetzung des Kontokurrentverkehrs nach Ablauf der Rechnungsperiode.** Mit Anm. 40.
Ablauf der Rechnungsperiode erreicht der Kontokurrentverkehr (wenn er nicht vorher gekündigt ist oder seine Dauer nicht auf längere Zeit vereinbart ist, (vergl. Anm. 39) sein naturgemäßes Ende. Die Parteien können ihn zwar fortsetzen, aber es hängt dies von ihrem Willen ab. Diese Fortsetzung wird gewöhnlich in der Weise in die Wege geleitet, daß der Saldozieher dem anderen Theil den Auszug übersendet nicht bloß mit der Bitte, ihn anzuerkennen, sondern ihn auch auf neue Rechnung vorzutragen. Ertheilt der andere hierzu seine Zustimmung, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen (vergl. hierüber oben Anm. 26), so ist der Kontokurrentverkehr fortgesetzt und damit der Saldo der erste Posten der neuen Rechnungsperiode geworden, mit allen denjenigen Eigenschaften, welche ein Einzelposten eines Kontokurrents hat (vergl. oben Anm. 18).

10. **Durch den Konkurs** eines der beiden Theile wird zwar der Kontokurrentverkehr auf- Anm. 41.
gehoben, aber es tritt nur ein vorzeitiger Rechnungsabschluß ein (R.G. 22 S. 149). Die einzelnen Forderungen und Zahlungen bleiben solche, welche in das Kontokurrentverhältniß fallen. Wechsel, welche in das Kredit des Kontokurrents aufgenommen sind und durch den Konkurs Noth leiden, können in das Debet gebucht werden, auch wenn die Fälligkeit erst nach dem Konkurse eintritt und zur Zeit des Konkurses daher die Rückbuchung nicht vorgenommen werden konnte. Hier liegt nicht die Buchung eines neuen Postens, sondern nur eine Richtigstellung des Kontos vor (Grünhut S. 967, auch unten Anm. 4 zu § 357; vergl. R.O.H. 9 S. 245). Hier zeigt es sich, daß die Posten des Kontokurrents nicht bloß arithmetische Ziffern sind, sondern wirkliche Forderungen und Zahlungen mit civilistischen Qualitäten, die in der mannigfachsten Weise ihre Wirkung äußern können. Im Zweifel können die protestirten Wechsel nach Belastung mit der Valuta auch behalten und geltend gemacht werden (vergl. R.G. 27 S. 142).

11. **Ueber Sicherungsrechte und Mitschuldner** siehe § 356. Anm. 42.

Anm. 43. 12. **Ueber die Rechte der Gläubiger der beiden Kontokurrentparteien** siehe § 357.

Zusatz 1. Uebergangsfrage. Solange der Kontokurrentverkehr auf Grund eines vorher getroffenen Uebereinkommens über den 1. Januar 1900 hinaus dauert, greifen noch die alten Regeln Platz (Art. 170 E.G. z. B.G.B.), bis auf § 357, welcher die Rechte der Gläubiger berührt und öffentlichen Rechtens ist. (Vergl. Lehmann in G.Z. 48 S. 98). Erreicht aber der Kontokurrentverkehr durch Kündigung oder Ablauf der vereinbarten Dauer oder Ablauf einer Rechnungsperiode sein Ende und setzen die Parteien ihn nunmehr fort, so unterwerfen sie sich damit bereits dem neuen Recht

Anm. 44. **Zusatz 2. Ueber die offene Rechnung und uneigentliche laufende Rechnung** siehe den Exkurs zu § 357.

§ 356.

Wird eine Forderung, die durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer Weise gesichert ist, in die laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.

Haftet ein Dritter für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung als Gesammtschuldner, so findet auf die Geltendmachung der Forderung gegen ihn die Vorschrift des Abs. 1 entsprechende Anwendung.

Der vorliegende Paragraph ordnet den Fortbestand von Sicherheiten und solidarischen Mithaftungen an, welche für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Einzelforderung bestehen.

Anm. 1. 1. **Juristische Konstruktion dieses Fortbestehens.** Die frühere Judikatur erklärte, daß durch das Saldoanerkenntniß Sicherheiten (Pfandrechte, Bürgschaften) und Mithaftungen zu Grunde gehen, weil durch die Saldofeststellung die Hauptverbindlichkeit aufgehoben werde (R.G. 10 S. 53; 18 S. 246). Die Judikatur war folgerichtig. Das Gesetz kann aber die logische Konsequenz durchbrechen. Das geschieht hier. Das Saldoanerkenntniß hebt die rechtliche Existenz der alten Forderung auch nach dem neuen H.G.B. auf; denn sie enthält eine Novation (vergl. Anm. 2 zu § 355). Dadurch würden die Pfandrechte und Bürgschaften und solidarischen Mithaftungen an sich untergehen (§§ 1252; 767; 422. B.G.B.). Gleichwohl sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die Sicherheiten, die für eine Einzelforderung des Kontokurrents bestellt sind, und die Mithaftungen fortbestehen. Das Gesetz hat dies auch in einem anderen Falle angeordnet: Die Pfandrechte, Bürgschaften und sonstigen Mitschuldnerschaften bleiben unverändert, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Zwangsvergleich herabgemindert ist. (§ 193 K.O.) Wie dies juristisch zu konstruiren ist, ist Sache der Wissenschaft. Die Konstruktion ist übrigens nicht schwierig. Die Bürgschaft wird zur selbstständigen Obligation, das Pfandrecht zur Sachbelastung nach Art der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Mithaftung zur Alleinhaftung. Dagegen ist es nicht nothwendig, den Fortbestand der getilgten Obligation quoad pignus anzunehmen wie dies die Denkschrift S. 199 thut. Diese Konstruktion spottet der Logik, ist mindestens sehr gekünstelt und muß abgelehnt werden, weil sie entbehrlich ist. Dernburg II S. 271 leugnet wegen des Fortbestandes der Sicherheiten sogar den Novationscharakter, die aufhebende Kraft der Saldofeststellung. Auch dies ist verfehlt, weil der Novationscharakter aus andern Gründen zwingend ist und der Fortbestand der Sicherheiten, wie gezeigt, trotzdem nicht der juristischen Konstruktion spottet.

Anm. 2. 2. **Die Sicherheiten und Mithaftungen bestehen also fort.** Der Gläubiger kann insoweit die Befriedigung aus ihnen suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken, d. h. er kann das Sicherungsrecht oder die Mithaftungen geltend machen, so weit er dies dürfte, wenn die Hauptforderung noch bestände, und zwar bis zu dem Betrage, welchen der Gläubiger aus dem Kontokurrentverkehr zur Zeit noch zu fordern hat. Ist die gesicherte Forderung geringer, so kann er nur diesen Betrag fordern;

ist der Kontokurrentsaldo geringer, so kann er nur diesen fordern. Den Einwand, die Hauptschuld sei untergegangen, kann der Mithafter nicht erheben, wohl aber die ihn sonst zustehenden Einwande. — Es bezieht sich dies auf den Fall, daß die Vorderung durch Pfand, Bürgschaft oder in anderer „Weise", also z. B. durch Hypotek, gesichert ist. Zur Gesammthaftung nach Abs. 2 gehört z. B. auch der Fall, daß aus einer im Kontekurensverkehr stehende o. H.G. ein Gesellschafter ausscheidet und als dann der Saldo festgestellt wird.

Auch der Vortrag des Saldos auf neue Rechnung hebt die Sicherheit und die Mithaftung nicht auf (wie Cosack S. 352 unzutreffend annimmt). Wenn daher mehrfach abgerechnet und das Kontokurrent-Saldo mehrfach anerkannt ist, so entscheidet der niedrigste Saldo, außer wenn die Forderung noch geringer ist (Denkschr. S. 199). Sind mehrere Forderungen, die den Gesammtbetrag des Saldos übersteigen, durch verschiedene Pfänder gesichert, so haftet jedes Pfand bis zur Höhe des Saldos, soweit die einzelne Forderung nicht hinter dem Betrage des letzteren zurückbleibt (Denkschr. S. 199). Anm. 3.

Zu Unrecht will Litthauer (Anm. a) den Saldo nicht entscheiden und Sicherheit und Mithaftung untergehen lassen, wenn die gesicherte Forderung nach den civilrechtlichen Regeln über die Anrechnung verschiedener Zahlungen und Gegenforderungen als getilgt erscheint. Sonst würde, meint er, eine nach diesen Regeln getilgt erscheinende Forderung zum Schaden der Sicherheitsbesteller oder Mithafter wieder aufleben, wenn nachträglich neue Belastungen auf dem Konto des Hauptschuldners gebucht werden. Allein wer für eine durch Kontokurrentabrede gebundene Forderung Sicherheit bestellt oder die Mithaftung übernimmt, der muß die Schicksale, welche diese Gebundenheit mit sich bringt, auch über die von ihm bestellte Sicherheit und über seine Mithaftung ergehen lassen. Die Bürgschaft und das Pfand haften nach ausdrücklichen Gesetzesvorschriften für den jeweiligen Bestand der Forderung, und nur spätere Rechtsgeschäfte, die der Gläubiger mit dem Hauptschuldner vornimmt, können die Haftungen des dritten Verpfänders nicht erweitern (§§ 767, 1210 B.G.B.). Die Unzulässigkeit der Anrechnung von Zahlungen und Gegenforderungen auf einzelne Forderungen des Kontokurrents beruht aber nicht auf einem solchen späteren Rechtsgeschäfte, sondern hat ihren Grund in dem bereits bestehenden Kontokurrentverhältnisse. Anders, wenn nach der Sicherheitsbestellung oder Mithaftungsübernahme ein Kontokurrentverhältniß zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger entstanden wäre. Das würde für die Haftung des von dritter Seite bestellten Pfandes oder des Bürgen oder des solidarischen Mithafters einflußlos sein und in diesem Falle würden der dritte Verpfänder und der Bürge und der Mitschuldner die späteren Zahlungen und Gegenforderungen nach allgemeinen Grundsätzen geltend machen können. Anm. 4.

4. **Auch sonst werden die Rechte und Pflichten eines Verpfänders, Bürgen und Mitschuldners, der für eine in den Kontokurrentverkehr fallende Forderung haftet, durch die Eigenart des Kontokurrentverhältnisses beeinfußt.** So kann z. B. der Gläubiger das Pfand und die Bürgschaft nicht geltend machen vor dem Ablauf der Kontokurrentperiode. Denn in der Kontokurrentabrede liegt eine Kreditirung, und den dadurch begründeten Einwand können auch diese mithaftenden Personen geltend machen. Auch nach Ablauf der Kontokurrentperiode kann die Forderung gegen diese mithaftenden Personen nur in derjenigen Höhe geltend gemacht werden, welche der Kontokurrentsaldo ergiebt, wenn dieser geringer ist als die gesicherte Forderung, sodaß die Regel des § 356 nicht bloß für den Fall der Feststellung des Saldos, sondern bei näherem Zusehen auch für den Fall gilt, daß die Feststellung des Saldos von dem anderen Theil verweigert wird. Anm. 5.

Eine fernere Beeinflussung der Mithaftung durch die Eigenart des Kontokurrentverhältnisses liegt darin, daß, wenn der Mithafter den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers trotz § 774 B.G.B. nicht auf den Bürgen übergeht; denn sie ist durch die Kontokurrentabrede von selbständigem Übergange ausgeschlossen. Anm. 6.

5. **Verschieden von der Sicherheit und Mithaftung für eine einzelne Forderung ist die Sicherheitsbestellung und Mithaftungübernahme für die Kontokurrentschuld als solche.** Ein

solcher Sicherheitsbesteller und Mitschuldner haftet einfach für den jedesmaligen Kontokurrentsaldo (R.O.H. 9 S. 185).

Zusatz. Übergangsfrage. Darüber s. Anm. 43 zu § 355.

§ 357.

Hat der Gläubiger eines Betheiligten die Pfändung und Ueberweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was seinem Schuldner als Ueberschuß aus der laufenden Rechnung zukommt, so können dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden. Geschäfte, die auf Grund eines schon vor der Pfändung bestehenden Rechtes oder einer schon vor diesem Zeitpunkte bestehenden Verpflichtung des Drittschuldners vorgenommen werden, gelten nicht als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift.

Pfändung der Rechte eines Kontokurrentkontrahenten durch seinen Exekutionsgläubiger.

Anm. 1. 1. **Die Pfändung einzelner Forderungen des Kontokurrents ist unzulässig** (R.G. 22 S. 148; vergl. Anm. 17 zu § 355).

Anm. 2. 2. **Die Pfändung des dereinstigen Saldos** ist zulässig. Sie ist im vorliegenden Paragraphen nicht erwähnt, wohl aber in der Denkschrift S. 200. Sie bedeutet die Pfändung desjenigen Saldos, der sich in dem nächsten Zeitpunkte ergeben wird, in welchem das Kontokurrentverhältniß sein Ende erreicht, sei es durch Kündigung gemäß § 355 Abs. 3 oder durch Kündigung aus wichtigem Grunde bei vereinbarter bestimmter Dauer des Verhältnisses oder endlich durch Ablauf der Rechnungsperiode. Die Rechte des Pfändungs- und Ueberweisungsgläubigers sind in diesem Falle nicht zweifelhaft: er hat die gleichen Rechte, wie sein Pfändungsschuldner. Auch Erhöhungen des Guthabens, die nach der Beschlagnahme eintreten, kommen einem solchen Pfändungsgläubiger zu statten (Denkschrift S. 200).

Anm. 3. 3. **Die Pfändung des gegenwärtigen Saldos.** Der Gläubiger hat nach dem vorliegenden Paragraphen ein Recht, welches von den Rechten seines Schuldners unabhängig ist: gleichviel, ob der Schuldner im gegebenen Falle ein Recht zur sofortigen Kündigung des Kontokurrents hat oder ob er, wenn er es hat, es geltend macht, hat sein Exekutionsgläubiger das selbstständige Recht, das gegenwärtige Saldoguthaben zu pfänden und sich überweisen zu lassen einen Betrag, der sich als Ueberschuß ergeben würde, wenn die Kontokurrentperiode im Augenblicke der Pfändung abliefe. Der Zeitpunkt der Pfändung ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 829 Abs. 3 C.P.O.).

Anm. 4. Das Gesetz drückt diese Rechtsfolge etwas umständlicher dahin aus, daß dem Gläubiger gegenüber Schuldposten, die nach der Pfändung durch neue Geschäfte entstehen, nicht in Rechnung gestellt werden können, daß aber solche Geschäfte, auf welche ein Recht oder eine Pflicht zur Zeit der Pfändung schon bestand, als neue Geschäfte im Sinne dieser Vorschrift nicht angesehen werden können. Besonders sollte damit zum Ausdruck kommen, daß Posten, für welche der Schuldner nur unter Vorbehalt erkannt ist, besonders Gutschriften für eingesandte, aber noch nicht eingelöste Rimessen dem pfändenden Gläubiger noch keinen endgiltigen Anspruch gewähren (Denkschrift S. 200), wie dies ja auch bei der Konkurseröffnung gilt (Anm. 41 zu § 355). Aber es sind noch andere Beispiele denkbar: das einer Einzelforderung zu Grunde liegende Geschäft wird nach der Pfändung angefochten und auf Grund der Anfechtung eine Leistung zurückgefordert. Dadurch verkürzt sich der Saldo und dies muß der pfändende Gläubiger anerkennen (Cosack S. 353).

Anm. 5. Natürlich kommen einem solchen Pfändungsgläubiger andrerseits auch Erhöhungen des Guthabens, die nach der Beschlagnahme entstehen, nicht zu statten (Denkschrift S. 200).

Zwischen den Parteien bewirkt eine solche Pfändung an sich nicht die Beendigung des Kontokurrentverhältnisses. Sie bewirkt hier lediglich, daß das Konto des Exekutionsschuldners mit der Pfändungssumme d. h. insoweit belastet wird, als der gegenwärtige Ueberschuß des Pfändungsschuldners und die Forderung, wegen deren gepfändet ist, sich decken. Im übrigen steht der Fortsetzung des Kontokurrentverhältnisses nichts entgegen. Oft wird aber die Thatsache solcher Pfändung und insbesondere die Möglichkeit ihrer Wiederholung ein wichtiger Grund zur Kündigung des Kontokurrentverhältnisses sein. Dieser muß aber ausgesprochen werden, wenn das Kontokurrentverhältniß vor seinem natürlichen Ablauf enden soll. Vereinbart kann werden, daß das Kontokurrentverhältniß im Falle der Pfändung sofort endet oder dem andern Theil ein Recht zur sofortigen Kündigung giebt. Anm. 6.

Zusatz 1. Uebergangsfrage. Hierüber siehe Anm. 43 zu § 355. Anm. 7.

Zusatz 2. Die Wirkungen freiwilliger Abtretung sind nicht immer dieselben, wie die einer Pfändung und Ueberweisung. (Wenn Litthauer zu § 357 den gegentheiligen Satz ausspricht, so ist dies irrig). Zwar unterliegt die einzelne Forderung des Kontokurrents der Abtretung ebensowenig wie der Pfändung (vergl. Anm. 17 zu § 355), zwar kann andrerseits der dereinstige Saldo ebenso abgetreten, wie gepfändet werden (vergl. oben Anm. 2), aber die Abtretung des gegenwärtigen Saldos analog der Pfändung (oben Anm. 3) ist wirkungslos d. h. es kann ein gegenwärtiger Saldo bei fortdauerndem Kontokurrent nicht abgetreten werden. Es kann eben nur abgetreten werden derjenige Saldo, der sich bei Beendigung des Kontokurrents ergeben wird. Anm. 8.

Exkurs zu § 357.

Die offene Rechnung oder uneigentliche laufende Rechnung.

1. **Der Unterschied vom Kontokurrentverhältniß.** Zum eigentlichen Kontokurrentverhältniß gehört, daß die einzelnen Posten nicht selbstständig geltend gemacht werden, sondern aufgehen sollen in dem am Schlusse der Rechnungsperiode sich ergebenden Saldo. Stehen nun zwei Parteien in gegenseitiger Geschäftsverbindung, jedoch ohne daß nach ihrem beiderseitigen Willen lediglich der Saldo des Rechnungsabschlusses die alleinige Forderung des Einen oder Andern bilden soll, so nennt man dieses Verhältniß uneigentliche laufende Rechnung. Ja es wird sogar häufiger laufende Rechnung schlechtweg genannt. Sie wird regelmäßig dort angenommen, wo eine dauernde Geschäftsverbindung darin besteht, daß der eine Theil kreditirt, der andere zahlt. Die Bezeichnung Kontokurrent ist dabei nicht entscheidend (Bolze 3 Nr. 587; R.G. 22 S. 150; Bolze 18 Nr. 357; L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 258), auch nicht die Beobachtung der Formen desselben (Debet und Kredit; Saldo; vergl. Anm. 12 zu § 355). Vielmehr liegt oft trotz dieser Bezeichnungen und Formen eine offene Rechnung und kein eigentliches Kontokurrent vor. Mit Unrecht will Rudorff S. 264 der offenen Rechnung als selbstständiger Rechtserscheinung neben dem eigentlichen Kontokurrent die Anerkennung versagen; dagegen Cosack S. 355. Anm. 1.

2. **Einzelne Grundsätze über die uneigentliche laufende Rechnung.** Anm. 2.

   a) Auch bei der laufenden Rechnung dürfen einzelne Posten nicht separat eingeklagt werden, weil immerhin aus der Art der Geschäftsverbindung sich der Wille der Parteien ergiebt, daß insofern alle Posten zusammenhängen, als die einzelnen Zahlungen nicht auf bestimmte Posten, sondern auf alle gemacht werden. Man würde dem Parteiwillen nicht gerecht werden, wenn man dem Gläubiger gestatten wollte, einen einzelnen Posten zur Geltendmachung herauszugreifen, und dem Beklagten den Beweis zu überlassen, daß er nach Lage der ganzen Geschäftsverbindung nichts mehr schuldig sei. Das hat das R.O.H. (12 S. 156 u. 20 S. 104) ausgesprochen, während das R.G. (in Bd. 22 S. 152; vergl. auch Bolze 2

Nr. 877 u. 878) diesen Standpunkt mit Unrecht bekämpft und nur dann solches Herausgreifen für unzulässig und das Aufmachen der ganzen Rechnung für erforderlich hält, wenn der Gläubiger rechnungslegungspflichtig ist (vergl. jedoch Bolze 4 Nr. 607). Stellt man sich auf den Standpunkt des Reichsgerichts, so ist zu bemerken, daß nach dem Wuchergesetze rechnungslegungspflichtig Derjenige ist, der aus Geld- und Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, gegenüber nicht eingetragenen Personen (Art. 4 des Gesetzes vom 19. Juni 1893). Rechnungslegungspflichtig ist ferner der Kommissionär gegenüber dem Kommittenten.

Wechselforderungen werden jedoch auch bei der laufenden Rechnung von der separaten Geltendmachung nicht ausgeschlossen sein (Bolze 4 Nr. 607).

Anm. 3. b) Dagegen ist es (mangels abweichender Vereinbarung) jedem Theile gestattet, die Geschäftsverbindung jederzeit abzubrechen und den sich ergebenden Saldo einzuklagen. Ein Anspruch auf Saldofeststellung besteht nicht.

Anm. 4. c) Der Saldo kann auch hier anerkannt werden und das Anerkenntniß bildet einen selbstständigen Verpflichtungsgrund (für das frühere Recht R.G. 2 S. 338; 26 S. 77; jetzt § 781 B.G.B.). Eine bestimmte Form ist nicht nöthig, da ein Anerkenntniß auf Grund einer Abrechnung vorliegt (§ 782 B.G.B.), wohl aber ist nöthig ein Verhältniß, welches über den Verpflichtungswillen keinen Zweifel läßt (R.G. vom 21. April 1894 in J.W. S. 281). Bloßes Schweigen unter Fortsetzung des Geschäftsverkehrs genügt nach richtiger Ansicht. Zwar wird dies in R.O.H. 3 S. 3 geleugnet, vergl. jedoch R.G. vom 28. Oktober 1884 in G.Z. 35 S. 261; ferner R.O.H. 14 S. 11. Ferner genügt Eintragung einer Abrechnung in ein Beibuch und fortgesetzte Benutzung durch den anderen Theil (R.O.H. 14 S. 261; 23 S. 165).

Anm. 5. Eine Novation liegt in dem Anerkenntnisse nicht, die einzelnen Posten behalten ihren selbstständigen rechtlichen Charakter (Bolze 18 Nr. 357), und eine für einen Einzelposten bestellte Sicherheit erlischt schon aus diesem Grunde nicht (Bolze 6 Nr. 451). Wohl aber liegt darin die Schaffung eines selbstständigen accessorischen Verpflichtungsgrundes. Darüber, wie dieser unter den allgemeinen Voraussetzungen des Irrthums, Zwangs, Betruges angefochten oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung beseitigt werden kann, in welchen Fällen das Anerkenntniß wegen Ungiltigkeit der zu Grunde liegenden Geschäfte ohne Weiteres nichtig ist, wie theilweise Ungiltigkeit wirkt, und wie es endlich mit der Verjährung des Anspruchs aus diesem Verpflichtungsgrunde steht, darüber gilt hier das Gleiche wie für das Saldoanerkenntniß beim eigentlichen Kontokurrent (vergl. daher Anm. 29 u. 30 zu § 355).

Anm. 6. d) Für die Verzinsung gilt die Vorschrift des § 355 nicht. Die periodische Summirung berechtigt nicht zur Forderung anderer Zinsen, als dies aus allgemeinen Regeln folgt (R.O.H. 3 S. 148).

§ 358.

Bei Handelsgeschäften kann die Leistung nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden.

Der vorliegende Paragraph erklärt die gewöhnliche Geschäftszeit als Erfüllungszeit.

Anm. 1. 1. **Die Bestimmung ist lediglich eine gesetzliche Auslegungsvorschrift** trotz ihres strengen Wortlauts („kann nur"). Für den bürgerlichen Rechtsverkehr hat man geglaubt eine solche entbehren zu können. Das B.G.B. enthält daher eine analoge Vorschrift nicht. Daraus folgt aber nicht, daß im bürgerlichen Rechtsverkehr jede schuldige Leistung den ganzen Tag und die ganze Nacht über bewirkt werden kann. Vielmehr muß hier gemäß §§ 157 und 242 B.G.B. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus den Umständen entnommen werden, wann eine Leistung gefordert und bewirkt werden kann.

Da der vorliegende Paragraph eine Auslegungsvorschrift ist, so weicht er, sobald erhellt, daß der Wille der Parteien damit nicht übereinstimmt. Sehr oft wird auch die Nachtzeit, ja sogar gerade die Nachtzeit als die allein geeignete Erfüllungszeit angesehen werden müssen, so z. B. bei Eisenbahntransporten, bei Nachtdroschken, Hilfeleistungen bei Umzügen, Reinigung des Geschäftslokals u. s. w. Anm. 2.

Selbstverständlich ist ferner, daß die außerhalb der Geschäftszeit bewirkte und angenommene Leistung giltig ist. Anm. 3.

2. **Bei Handelsgeschäften** gilt die Vorschrift, auch bei einseitigen. Sie gilt also dann, wenn das Geschäft von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen wurde (§ 343). Für den Begriff Kaufmann sind die §§ 1—5, einschließlich unseres Exkurses zu § 5, für den Begriff Handelsgeschäft der § 343 und die dort erörterte weite Ausdehnung des Begriffes Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, sowie die Vermuthungen des § 344 maßgebend. Anm. 4.

3. **Die gewöhnliche Geschäftszeit** richtet sich nach dem Ortsgebrauch und der Uebung der betreffenden Geschäftszweige. Bankiers schließen z. B. früher ihre Geschäfte als Waarenkaufleute, Großhändler früher als Kleinkaufleute. Dagegen ist die von dem Ortsgebrauch und den Gepflogenheiten des Geschäftszweiges abweichende Geschäftszeit des betreffenden berechtigten oder verpflichteten Handlungshauses nicht entscheidend. Wenigstens paßt auf sie nicht die gesetzliche Auslegungsregel des vorliegenden Paragraphen. Wohl aber kann sie unter Umständen für den abweichenden Parteiwillen entscheidend sein. Anm. 5.

§ 359.

Ist als Zeit der Leistung das Frühjahr oder der Herbst oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpuukt vereinbart, so entscheidet im Zweifel der Handelsgebrauch des Ortes der Leistung.

Ist eine Frist von acht Tagen vereinbart, so sind hierunter im Zweifel volle acht Tage zu verstehen.

1. (Abs. 1.) **Ueber die Bedeutung der Bezeichnung: das Frühjahr, der Herbst oder ähnliche Zeitbestimmungen** (Messezeit, Wiedereröffnung der Schiffahrt, Eisfreiheit, Zugefrieren, Schluß der Ernte u. s. w.) entscheidet der Handelsgebrauch, und zwar der Handelsgebrauch am Erfüllungsorte, worauf das Schwergewicht dieser Vorschrift ruht. Ist am Erfüllungsorte ein Handelsgebrauch nicht vorhanden, der zur Auslegung herangezogen werden könnte, so entscheiden die kalendermäßigen Fristen. Alsdann bedeutet die Verabredung „im Frühjahr zu liefern", daß die Lieferung vor dem 21. Juni zu geschehen hat, die Verabredung „Abladung per Sommer", daß die Abladung am 22. September beendet sein muß, „Erfüllung im Herbst" bedeutet Beendigung der Erfüllung am 21. Dezember (O.H. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 284). Anm. 1.

Die Vorschrift gilt für alle Handelsgeschäfte, auch für einseitige (vergl. hierüber Anm. 4 zu § 358).

2. (Abs. 2.) **Eine Frist von 8 Tagen soll im Zweifel als volle 8 Tage gelten.** Diese Auslegungsvorschrift war schon im alten H.G.B. enthalten (Art. 328). Im B.G.B. ist sie fortgelassen. Cosack (S. 148) hat hiernach ganz Recht, wenn er sagt, es sei eigenthümlich, daß 8 Tage nunmehr für Maurer 7 Tage, für Bäcker 8 dauern. Anm. 2.

Auch diese Vorschrift gilt für alle Handelsgeschäfte, auch einseitige (vergl. Anm. 4 zu § 358).

Exkurs zu § 359.

Die Vorschriften des B.G.B. über die Erfüllungszeit.

Anm. 1. Die beiden §§ 358 und 359 sind die beiden einzigen allgemeinen Vorschriften, welche das neue H.G.B. über die Zeit der Erfüllung giebt. Die übrigen Vorschriften des alten H.G.B. über die Erfüllungszeit (Art. 326—334) sind fortgelassen. Sie sind theils verändert, theils unverändert in das B.G.B. übergegangen.

Im Handelsverkehr spielen die Fragen nach der Erfüllungszeit eine so große Rolle, daß wir nicht umhin können, die Fragen auch hier zu behandeln. **Die Vorschriften des B.G.B. über die Erfüllungszeit gelten auch für das Handelsrecht** (Art. 2 E.G. zum H.G.B.). Soweit sich nach ihnen die Erfüllung von Handelsgeschäften bestimmt, **gelten sie für alle Handelsgeschäfte, auch einseitige.** (Ueber diesen Begriff vergl. Anm. 4 zu § 358).

Die hier zur Anwendung kommenden Grundsätze sind folgende:

Anm. 2. I. **Zeit der Erfüllung, wenn dieselbe nicht bestimmt ist.**

1. Hierüber bestimmt § 271 Abs. 1 B.G.B. Derselbe lautet:

> Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Der Paragraph stimmt überein mit Art. 326 des alten H.G.B.

Anm. 3. 2. Der vorliegende Paragraph stellt eine gesetzliche Dispositivregel auf. Dieselbe gilt so lange, bis die Parteien eine abweichende Frist vereinbaren. Daß dies geschehen und daß diejenige abweichende Frist vereinbart ist, aus welcher sich der Anspruch des Klägers als verfrüht ergiebt, hat derjenige zu beweisen, der die Abweichung von der gesetzlichen Regel bezw. die größere Abweichung von derselben behauptet (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 33 ffg.). Dieser Beweis kann dahin geführt werden, daß eine abweichende Frist ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist (dies ist durch die Worte ausgedrückt: Ist eine Zeit weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen). Er kann aber auch dahin geführt werden, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine gewisse Frist gilt, wie z. B. wenn bewiesen wird, daß in dem betreffenden Geschäftszweige eine 6monatliches Ziel gilt. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte kommen übrigens auch in Betracht bei Auslegung der über die Frist getroffenen Vereinbarung, also insbesondere als ergänzende Regel und als Auslegungsregel. Ueber diese doppelte Funktion der Verkehrssitte und über Beispiele nach diesen beiden Richtungen in Bezug auf die Fristabrede (z. B. nach Möglichkeit, nach Kräften, nach Belieben u. s. w.), siehe Anm. 17 zu § 346.

Anm. 4. 3. Das „sofort" ist übrigens ebenfalls dahin zu verstehen, daß soviel Zeit vergehen muß, um die zur Erfüllung erforderlichen Vorbereitungen zu treffen, zumal dann, wenn der Schuldner erst eine Aufforderung zu erwarten hatte, um die Leistung zu bewirken (R.O.H. 4 S. 353). So wurde z. B. in Bolze 12 Nr. 473 dem Kunden ein modicum tempus gewährt, als der Bankier seinen Bedingungen gemäß „umgehende" Verstärkung des Depots verlangte.

Anm. 5. 4. Die Bestimmung des vorliegenden Paragraphen handelt von der Fälligkeit, nicht vom Verzuge. Zum letzteren gehört der Regel nach noch eine Aufforderung zur Bewirkung der fälligen Leistung oder zur Entgegennahme der Leistung (§§ 284, 293 B.G.B.; für das frühere Recht R.O.H. 9 S. 345; R.G. 28 S. 331).

Anm. 6. 5. Die Pflicht „sofortiger Erfüllung" wird bei zweiseitigen Verträgen häufig eine sehr kritische Frage. Wann hat z. B. beim Kauf der Käufer zu erfüllen? Nach § 320 B.G.B. braucht kein Theil früher zu leisten, als bis der andere

seinerseits erfüllt hat? Wie ist aus diesem Dilemma herauszukommen? Hier helfen häufig Handelsgebräuche, die dem einen Theil die Pflicht auferlegen, zunächst seinerseits zu erfüllen, also vorzuleisten. Dahin gehört beim Kauf die Uebersendungspflicht. Näheres hierüber im Exkurse zu § 372.

II. **Die Zeit der Erfüllung, wenn eine solche bestimmt ist.** Selbstverständlich entscheidet in diesem Falle die bestimmte Zeit. Anm. 7.

Das B.G.B. fügt aber in § 271 Abs. 2[1]) hinzu, daß, wenn eine Zeit bestimmt ist, im Zweifel anzunehmen ist, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann. Damit ist der entgegengesetzte Grundsatz aufgestellt, als früher im Art. 334 H.G.B., nach welchem das Gesetz die Aufstellung einer Auslegungsregel oder einer Dispositivvorschrift nach dieser Richtung ablehnte. Die Vorschrift ist eine Auslegungsregel. Daraus folgt:

1. Der Gegenbeweis ist zulässig. Wird er geführt, so gilt die Zeitbestimmung nicht als zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt und es kann in diesem Falle auch der Gläubiger eine frühere Leistung ablehnen. Anm. 8.
2. Der Gegenbeweis kann geführt werden durch den Beweis einer ausdrücklichen oder einer stillschweigenden, aus den Umständen zu entnehmenden Vereinbarung oder auch durch Berufung auf eine abweichende Verkehrssitte. So wird z. B. bei einem verzinslichen Darlehn auf bestimmte Zeit nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte anzunehmen sein, daß der Gläubiger die frühere Zahlung ablehnen kann (Planck Anm. 2 zu § 271 B.G.B.; Dernburg II S. 117; vergl. auch § 609 Abs. 3 B.G.B). Ueber Usancen in Bezug auf Zahlungsfristen siehe die Berliner Aeltesten bei Dove u. Apt I S. 91. Anm. 9.

III. **Nichtberechtigung zum Abzug des Zwischenzinses für den Fall der Bezahlung einer unverzinslichen Schuld vor der Fälligkeit.** Anm. 10.

1. **In dieser Hinsicht bestimmt § 272 B.G.B.:**

Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt.

Derselbe stimmt überein mit dem früheren Art. 334 Abs. 2.

2. **Die Regel ist eine gesetzliche Dispositivvorschrift.** Das Gegentheil kann also vereinbart werden. Daß es geschehen, muß der beweisen, der sich auf die abweichende Vereinbarung beruft (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 33 ffg.). Anm. 11.
3. Der Gegenbeweis kann geführt werden durch den Beweis einer ausdrücklichen oder einer stillschweigenden abweichenden Vereinbarung oder durch den Beweis eines Handelsgebrauchs. Diesem gegenüber müßte der Gläubiger wieder beweisen, daß im vorliegenden Falle der Abzug verboten war. Anm. 12.
4. **Der Begriff Skonto spielt übrigens im Waarenverkehr eine große Rolle.** Er bedeutet hier bald eine Prämie für vorzeitige Leistung, bald eine Prämie für pünktliche Leistung, bald hat er mit der Zahlungsweise nichts zu thun und ist nur eine Modifikation des Kaufpreises. In den beiden ersteren Fällen (als Prämie für vorzeitige oder für pünktliche Leistung) heißt er Zahlungsskonto, im letzteren Falle, wo er ohne Rücksicht auf die Regulirungsweise in Abzug kommt, heißt er Waarenskonto. Der erstere Fall liegt z. B. vor, wenn als „Kondition" vereinbart ist: Kasse mit 2%, Ziel 3 Monate. Das bedeutet: der Käufer hat 3 Monate Frist, aber der Verkäufer legt doch Werth darauf, daß er das Geld sofort erhält; zahlt daher der Kunde sofort nach Lieferung, so soll er die Vergünstigung eines Zahlungsskontos von 2% haben. Der zweite Fall liegt z. B. vor, wenn als Kondition vereinbart ist: Ziel 3 Monate mit 2%. Das bedeutet: der Schuldner braucht erst nach 3 Monaten zu zahlen, der Gläubiger legt aber auf pünktliche Zahlung zur Verfallzeit Anm. 13.

---

[1]) Derselbe lautet:

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann.

Werth, und wenn der Schuldner zur Verfallzeit pünktlich zahlt, so soll er sich ein Zahlungsskonto von 2% des Fakturenbetrages als besondere Vergünstigung abziehen dürfen. Der dritte Fall liegt vor, wenn der Preis mit einem auf alle Fälle in Abzug kommenden Rabatt vereinbart wird. Ein Skonto von mehr als 4% wird präsuntiv nicht als Kassesskonto anzusehen sein. (Vergl. hier überall Berliner Aeltsten bei Dove u. Apt I S. 113).

Anm. 14. Die beiden ersten Fälle heißen, wie gesagt, Zahlungsskonto. Die Vereinbarung desselben muß der Käufer beweisen, da sie besondere Zusagen und Vergünstigungen enthält. Beim Waarenskonto dagegen liegt nur die Behauptung vor, der Preis sei anders vereinbart als der Kläger dies darstellt (R.O.H. 12 S. 84; Förster-Eccius § 124 Anm. 82; Förtsch Anm. 4 zu Art. 334). Hier hat der Verkäufer die Beweislast, es sei denn, daß der Käufer selbst nur behaupten will, der Waarenskonto sei ihm nachträglich bewilligt.

Anm. 15. Der Zahlungsskonto kommt in Wegfall, wenn nicht pünktlich gezahlt wird (Bolze 13 Nr. 272), nunmehr hat der Schuldner auch noch Verzugszinsen zu zahlen. Der Waarenskonto kommt bei unpünktlicher Zahlung nicht in Wegfall, aber Verzugszinsen hat er auch in diesem Falle zu zahlen (auf den Waarenskonto bezieht sich wohl nur die Entscheidung in Bolze 5 Nr. 646).

Anm. 16. IV. **Der Tag, an welchem die Frist beginnt.**

1. Darüber bestimmt § 187 B.G.B.:

> Ist für den Anfang einer Frist ein Ereigniß oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt.
>
> Ist der Beginn eines Tages der für den Anfang einer Frist maßgebende Zeitpunkt, so wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet. Das Gleiche gilt von dem Tage der Geburt bei der Berechnung des Lebensalters.

Anm. 17. 2. Der Tag ist hiernach gemäß Abs. 1 des § 187 B.G.B. für den gesammten Rechtsverkehr die kleinste Zeiteinheit (wie früher nach Art. 328 für den Handelsverkehr). In Folge dessen muß, wenn eine Frist mit einem Ereigniß oder einem in den Lauf eines Tages fallenden Zeitpunkte beginnt, der Tag, auf welchen das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt, entweder ganz oder gar nicht berechnet werden. Das B.G.B. entscheidet sich für Letzteres.

Anm. 18. Beispiele: Am Montag früh 8 Uhr wird Erfüllung innerhalb 4 Tagen vereinbart, es ist zu erfüllen spätestens Freitag Abend. Eine am 1. Januar 8 Tage nach dato ausgestellte Anweisung ist am 9. Januar fällig (der Tag der Ausstellung wird nicht gerechnet, 8 Tage sind nach § 359 acht volle Tage).

Anm. 19. Die Vorschrift gilt für den gesammten Rechtsverkehr, und zwar nicht bloß für Rechtsgeschäfte, sondern auch für die gesetzlich oder in richterlicher Verfügung bestimmten Fristen (§ 186 B.G.B.), insbesondere also auch für Fristen, die im H.G.B. gesetzlich bestimmt sind, und für Fristen, welche in handelsgerichtlichen Verfügungen bestimmt werden, und für Fristen, welche in Handelsgeschäften, zweiseitigen und einseitigen bestimmt werden.

Anm. 20. Die Vorschrift des Abs. 1 fällt weg, wenn es sich um eine nach Stunden bemessene Frist handelt. Doch ist auch hier zu bedenken, daß auch eine tagesweise gemeinte Frist oft stundenmäßig bezeichnet wird, z. B. 2 mal 24 Stunden (R.O.H. 12 S. 129).

Anm. 21. Die Vorschrift fällt aber überhaupt weg, wenn sich im speziellen Falle das Gegenteil als Wille ergiebt. Denn sie ist nur eine Auslegungsvorschrift (§ 186 B.G.B.). Wenn also für eine gesetzliche Frist aus dem Gesetze oder bei einer richterlichen Frist aus der gerichtlichen Verfügung, bei einer rechtsgeschäftlichen Frist aus dem Rechtsgeschäfte eine abweichende Bestimmung als gewollt sich ergiebt, fällt die Auslegungsvorschrift weg.

Anm. 22. 3. Nach Abs. 2 wird der erste Tag der Frist mitgerechnet, wenn der Beginn

des Tages für den Anfang der Frist maßgebend ist. Hier fällt die Nothwendigkeit, den Theil des Tages unberücksichtigt zu lassen, fort. — Der Tag der Geburt wird aber gleichfalls mitgerechnet, obwohl doch die Geburt ein in den Lauf des Tages fallendes Ereigniß ist.

V. Weitere Bestimmungen über Berechnung von Tages-, Wochen- und Monatsfristen. Anm. 23.

1. Hierüber bestimmen die §§ 188 und 189 B.G.B.

§ 188. Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist.

Eine Frist, die nach Wochen, nach Monaten oder nach einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume — Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr — bestimmt ist, endigt im Falle des § 187 Abs. 1 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereigniß oder der Zeitpunkt fällt, im Falle des § 187 Abs. 2 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht.

Fehlt bei einer nach Monaten bestimmten Frist in dem letzten Monate der für ihren Ablauf maßgebende Tag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages dieses Monats.

2. Der § 188 B.G.B. stimmt mit dem früheren Art. 328 im wesentlichen überein. Fortgelassen ist jedoch, daß eine Frist von 8 Tagen volle 8 Tage und daß eine Frist von 14 Tagen volle 14 Tage bedeutet. Das Erstere wird aber im § 359 H.G.B. gesagt (vergl. Anm. 2 zu § 359). Anm. 24.

3. Auch diese Vorschriften sind nur Auslegungsvorschriften (§ 186 B.G.B.). Sie weichen entgegenstehendem Parteiwillen, der aber von dem zu beweisen ist, der ihn behauptet (vergl. unsere Allg. Einl. Anm. 33 flg.). Anm. 25.

VI. Eine Auslegungsvorschrift über Bruchtheile von Jahren und Monaten giebt § 189 B.G.B. Anm. 26.

Unter einem halben Jahre wird eine Frist von sechs Monaten, unter einem Vierteljahre eine Frist von drei Monaten, unter einem halben Monat ein Frist von fünfzehn Tagen verstanden.

Ist eine Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen.

VII. Ueber Verlängerungsfristen bestimmt § 190 B.G.B. Anm. 27.

Im Falle der Verlängerung einer Frist wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet.

1. Auch hier liegt nur eine Auslegungvorschrift vor (§ 186 B.G.B.), die entgegenstehendem Parteiwillen weicht, welcher letztere von dem zu beweisen ist, der sich auf die Abweichung beruft.
2. Der Inhalt der Vorschrift ist ein doppelter: es soll der Verfalltag nicht mitgezählt werden, es soll aber ferner die neue Frist nicht vom Tage der Bewilligung, sondern vom Verfalltage an gerechnet werden (Hahn § 1 zu Art. 333). Anm. 28.
3. Der Anfang der neuen Frist ist der Beginn des ersten Tages derselben, da die alte Frist mit dem Ablauf des Tages endet (§ 187 Abs. B.G.B.: oben Anm. 17).
4. Endet die erste Frist an einem Feiertag, so ist nicht der nächstfolgende Werktag der Ablaufstag der ersten Frist, vielmehr beginnt am nächstfolgenden Tage des wirklichen Ablaufs die verlängerte Frist. Ein Fall des § 193 B.G.B. liegt nicht vor, da an diesem Ablaufstage eine Willenserklärung nicht abzugeben, eine Leistung nicht zu bewirken ist. Anm. 29.

VIII. Berechnung einer monatlichen oder nach Jahren bemessenen nicht zusammenhängenden Frist. Anm. 30.

Hierüber bestimmt § 191 B.G.B.

Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu dreißig, das Jahr zu dreihundertfünfundsechzig Tagen gerechnet.

Die Anwendung dieses Paragraphen dürfte nicht sehr häufig vorkommen. Beispiel: Es wird ein Geschäftsreisender engagirt mit der Bedingung, daß er 9 Monate im Jahre reisen solle.

Auch diese Vorschrift ist eine Auslegungsvorschrift (§ 186 B.G.B.).

Anm. 31. IX. **Bedeutung der Bezeichnung: Anfang, Mitte und Ende des Monats.** Hierüber bestimmt § 192 B.G.B.

Unter Anfang des Monats wird der erste, unter Mitte des Monats der fünfzehnte, unter Ende des Monats der letzte Tag des Monats verstanden.

Anm. 32. X. **Auslegungsvorschrift für den Fall, daß der Erklärungs- bzw. Erfüllungstag oder das Ende der Erklärungs- bezw. Erfüllungsfrist ein Sonn- oder Feiertag ist.**

1. Hierüber bestimmt § 193 B.G.B.

Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag.

Anm. 33. 2. Diese Bestimmung ist sehr wichtig. Insbesondere ist herauszuheben, daß sie nicht, wie Art. 329 und 330 des alten H.G.B., zwischen Erfüllungsterminen und Erfüllungsfristen unterscheidet, um in dem einen Fall den nachfolgenden, in dem andern den vorhergehenden Werktag zu substituiren, daß sie vielmehr in beiden Fällen den folgenden Werktag substituirt.

Anm. 34. 3. Die Erfüllungszeitpunkte und Erklärungszeitpunkte werden durch diese Vorschrift oft erheblich verschoben. Fällt z. B. der erste Weihnachtsfeiertag auf Montag, so wird der Erfüllungstag vom Sonntag auf den nächsten Mittwoch verlegt.

Anm. 35. 4. Welches die allgemeinen Feiertage sind, ist nach dem Rechte des Erfüllungsorts zu entscheiden. Es muß sich um staatlich anerkannte Feiertage handeln. Ein jüdischer Feiertag gilt, auch wenn beide Theile Juden sind, wo er nicht staatlich anerkannt ist, nicht als ein allgemeiner Feiertag im Sinne des § 193, wie z. B. der Sabbath, das Versöhnungsfest, das Neujahrsfest (R.O.H. 2 S. 411). In Preußen sind als allgemeine Feiertage gesetzlich anerkannt: Weihnachten, Ostern, Pfingsten (immer 2 Tage), Neujahr, ein Bußtag, Charfreitag und Himmelfahrtstag (vergl. Koch Anm. 442 zu § 48, I, 3 A.L.R.; Cabinetsordres vom 7. Oktober 1837 u. 22. Juli 1839). Ueber die allgemeinen Feiertage in den anderen Bundesstaaten siehe Staub, W.O. § 3 zu Art. 92.

Ueber den Inhalt der Vorschrift ist Folgendes zu vermerken:

Anm. 36. a) Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf Leistungen als auch auf Erklärungen z. B. auch auf Kündigungserklärungen, ferner auch auf Fristsetzungen, wie sie gerade in dem neueren Gesetzen so vielfach erwähnt werden.

b) Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf Termine als auch auf Fristen. (Vergl. Anm. 33), aber sie hat bei beiden verschiedene Bedeutung: Die Frist wird verlängert, der Termin wird verlegt. Bei der Frist bewirkt die Vorschrift, daß der letzte Tag der Frist nicht der Feiertag, auf welchen das Ende der Frist eigentlich fällt, sondern der nächstfolgende Werktag ist. Der Erfüllungs- oder Erklärungspflichtige hat daher das Recht, auch noch am folgenden Werktage zu erfüllen oder zu erklären. Aber er kann das natürlich auch an denjenigen Feiertage thun, der das eigentliche Ende der Frist ist. Der andere Theil kann die Entgegennahme der Erfüllung und Erklärung nicht ablehnen, weil sie an diesem Feiertage und nicht erst am nächstfolgenden Werktage erfolgt. Denn bei der Frist hat die Vorschrift zweifellos nur die Bedeutung einer Begünstigung des Erklärungspflichtigen. Unter Umständen wird die Entgegen-

nahme der Leistung oder Erklärung allerdings abgelehnt werden können, aber nicht auf Grund des vorligenden Paragraphen, sondern aus der Natur der Sache, auf Grund der Verkehrssitte gemäß § 157 B.G.B. oder weil der Feiertag nicht die gewöhnliche Geschäftszeit für solche Erfüllnngen und Erklärungen sein wird (§ 358 H.G.B.) Aber der vorliegende Paragraph enthält eine Vorschrift dieser Art nicht; das B.G.B. und das H.G.B. enthält überhaupt keine Vorschrift allgemeiner Art, wonach am Sonntag nicht erfüllt oder erklärt und beides nicht entgegengenommen zu werden brauchte.

Was nun den auf den Feiertag fallenden Erklärungstag betrifft, so wird dieser, wie gesagt, verlegt. Der nächstfolgende Werktag ist in solchen Fällen der Erfüllungs- oder Erklärungstag. Dies hat zur Folge, daß die vorher, also an dem betreffenden Feiertage selbst erfolgte Erklärung oder Erfüllung vorzeitig ist und daran knüpfen sich alle Folgen einer vorzeitigen Erfüllung oder Erklärung. Nicht immer ist in solchem Falle das an dem Feiertag erfolgende Erfüllungsangebot unwirksam, da ja der Schuldner unter Umständen auch vor dem bestimmten Termine erfüllen kann, nach § 271 Absatz 2 B.G.B. sogar im Zweifel stets. Der Schuldner kann also im Zweifel auch am ursprünglichen Erfüllungstage erfüllen, auch wenn das ein Feiertag ist, wenn nicht etwa, wie oben bei der Frist erwähnt, andere Bestimmungen entgegenstehen. Eine Bestimmung dahin, daß der Gläubiger die am Feiertag angebotene Leistung nicht anzunehmen braucht, können wir auch hinsichtlich des bestimmenten Erfüllungstages in vorliegenden § nicht erblicken (hier abweichend Hölder, Anm. 2 zu § 193 B.G.B.).

6. Die Vorschrift ist nur eine Auslegungsregel, sodaß sie dort keine Anwendung findet, wo dies der Natur des Geschäftes oder dem Parteiwillen nicht entspricht. Zu weit geht es, wenn Planck Anm. 1 zu § 193 B.G.B. annimmt, daß sie bei Fixgeschäften keine Anwendung findet. Aber wenn man sich für Sonntag eine Droschke bestellt, so muß sie natürlich am Sonntag geliefert werden. Wenn ein Restaurateur Bier zum Festtage bestellt, so muß es an diesem Tage geliefert werden. Umgekehrt wenn sich der Börsengebrauch bildet, daß das jüdische Versöhnungsfest kein Erfüllungstag ist, so behält es dabei sein Bewenden (vergl. die Bedingungen der Berliner Fondsbörse in G.Z. 37 S. 488). Anm. 37.

7. Auf diejenigen Fälle, in denen ein Sonn- oder Feiertag in den Anfang der Frist oder mitten in den Lauf der Frist fällt, bezieht sich § 193 B.G.B. nicht. Die Frist wird also in diesen Fällen nicht verlängert. — Darüber ob an einem Feiertage Erklärungen und Erfüllungen entgegengenommen werden müssen, enthält § 193 B.G.B. gleichfalls nichts (vergl. oben Anm. 36). Anm. 38.

§ 360.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Waare geschuldet, so ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß bei Gattungsobligationen, deren Gegenstand eine Waare bildet, eine Waare mittlerer Art und Güte zu leisten ist.

1. **Die Vorschrift bezieht sich nur auf ein Schuldverhältniß, dessen Gegenstand eine Waare bildet.** Der korrespondirende § 243 B.G.B. bezieht sich auf Sachen aller Art. Auf andere generische Leistungen, z. B. auf Dienste, beziehen sich beide Vorschriften nicht. Unter Waaren sind nur bewegliche Sachen zu verstehen. Ihnen werden im H.G.B. die Werthpapiere an die Seite gestellt (so im § 1, so im § 381). Die Werthpapiere gehören daher nicht zu den Waaren. Allein einen sachlichen Unterschied macht das nicht, da die allgemeine Vorschrift des § 243 B.G.B. zu dem gleichen Ergebnisse führt, wie unser Paragraph. Der § 243 B.G.B. lautet nämlich: Anm. 1.

> Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.
>
> Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältniß auf diese Sache.

Soweit Werthpapiere Gegenstand von Handelsgeschäften sind, ist nach dieser Vorschrift des B.G.B. ebenfalls Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten.

Anm. 2. 2. **Die Vorschrift ist eine Dispositivvorschrift.** Der frühere Art. 335 hatte dies zum deutlichen Ausdruck gebracht. („Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt".) Nach der Denkschrift S. 201 sollte die frühere Vorschrift sachlich nicht geändert, sondern einfach beibehalten werden. („Dieser Satz ist beizubehalten".)

Demgemäß gilt die Vorschrift nur dann, wenn nichts Abweichendes vertraglich bestimmt ist, sei es ausdrücklich oder stillschweigend. Auch durch eine abweichende Verkehrssitte wird die Vorschrift außer Kraft gesetzt (§ 242 B.G.B.; vergl. die Erläuterungen zu § 346 B.G.B.).

Anm. 3. Was die ausdrückliche Abrede betrifft, so ist wohl zu unterscheiden zwischen wirklichen Zusicherungen und vagen Anpreisungen und offenbaren Uebertreibungen (R.O.H. 4 S. 161), z. B. „Das Beste, was es überhaupt giebt". — Die stillschweigende Abrede anlangend, so ist oft der Preis für die Qualität maßgebend (R.O.H. 11 S. 438). — Daß auch die Verkehrssitte maßgebend ist, folgt aus allgemeinen Grundsätzen (§ 242 B.G.B.; Bolze 16 Nr. 415). Maßgebend ist die Verkehrssitte am Orte der Erfüllung (Bolze 16 Nr. 246). In Betracht kommt hier insbesondere die Klausel tel quel oder „die Waare falle, wie sie falle". Diese Klausel, welche beim Handel von Waaren, die unterwegs sind, angewendet wird, bedeutet, daß der Verkäufer auch die schlechteste Qualität liefern darf, doch so, daß sie als ordentliches Kaufmannsgut verladen sein muß, und daß sie ferner nicht beschädigt, verdorben und ungesund ist; auch können nach Handelsgebrauch geringere Beschädigungen und einiger Verderb durch die Klausel ebenso gedeckt werden wie geringere Qualitäten (R.G. 19 S. 31)[1]; andererseits ist der Verkäufer bei dieser Klausel verpflichtet, dem Käufer mitzutheilen, welche für den Entschluß des Käufers, die Waare zu erwerben, erheblichen Umstände ihm hinsichtlich der Qualität der Waare bekannt sind, wozu z. B. auch seine Kenntniß von der Abladung der Waare mit sog. Landbeschädigung gehören würde (Bolze 19 Nr. 540).

Anm. 4. 3. **Mangels abweichender Abrede oder Handelssitte ist Handelsgut mittlerer Art und Güte zu liefern.** Es ist zunächst Handelsgut zu liefern, d. h. nicht bloß Waare überhaupt, sondern solche, wie sie im redlichen Handelsverkehr allgemein gegeben und genommen wird (Goldschmidt S. 550). So ist z. B. die Lieferung von bestellten Kerzenlichtern nur dann Handelsgut, wenn sie in Pfunden verpackt sind (vergl. K.B. S. 115, wo betont ist, daß die Verpackung hierbei eine Rolle spielen kann); Prämienloose müssen gestempelt (R.O.H. 20 S. 418) und nicht schon verloost sein (R.O.H. 20 S. 387; L.G. Frankfurt in G.Z. 38 S. 194); Aktien müssen die noch nicht verfallenen Dividendenscheine und Talons aufweisen, Werthpapiere nicht als gestohlen bekannt gemacht, nicht für kraftlos erklärt (§ 437, Abs. 2 B.G.B; R.O.H. 11 S. 45) und börsenmäßig für lieferbar erklärt sein (R.G. 4 S. 196); Samen muß keimfähig sein (R.G. 13 S. 23); Roßhäute müssen vergerbbar sein. (R.O.H. 10 S. 351). Die mittlere Art und Güte bezieht sich nicht auf die Frage nach der Sorte. Bestehen von einer Waare mehrere Sorten, so muß die bestellte Sorte geliefert werden. Der Paragraph kommt nur dann in Frage, wenn in der bedungenen Gattung geliefert wurde und nur innerhalb der Gattung die Qualität streitig ist (R.O.H. 15 S. 415). Ueber mittlere Art und Güte entscheiden besonders die Handelsgebräuche am Orte der Erfüllung (vergl. Bolze 16 Nr. 246). Auch im Falle üblicher Beimischung fremder Substanzen kann das Vorhandensein mittlerer Art und Güte angenommen werden (R.O.H. 24 S. 234).

---

[1]) Gegen diese Formulirung des Reichsgerichts wendet sich Schlodtmann in G.Z. 34 S. 353 ff. Er weist an der Hand eines praktischen Falles überzeugend nach, daß es den kaufmännischen Anschauungen nicht entspricht, wenn das Reichsgericht den Grundsatz aufstellt, daß durch jene Klausel nur einiger Verderb gedeckt wird, daß vielmehr von Fall zu Fall, in den einzelnen Branchen, die Frage geprüft werden muß, ob nicht auch erheblicher Verderb, wenn nur die Waare Handelsgut bleibt, durch die Klausel gedeckt ist, wie dies in jenem Falle für den Handel mit Domingotabak festgestellt wurde.

4. **Die Vorschrift bezieht sich auf alle Handelsgeschäfte,** wird aber naturgemäß beim Kauf am meisten praktisch. Sie gilt auch für den Kauf zur Probe (Bolze 9 Nr. 388). Bei mehreren Sendungen bezieht sie sich auf jede von ihnen (R.G. 3 S. 101). Die Vorschrift bezieht sich ferner zunächst auf den Gattungskauf, wie ihr Text ergiebt, beim Spezieskauf aber greift unter Umständen analoge Anwendung Platz, z. B. wenn eine Besichtigung der Waare gar nicht oder nur in oberflächlicher Weise stattgefunden hat (R.O.H. 4 S. 36; 25 S. 235; Puchelt Anm. 8 zu Art 335). Anm. 5.

5. **Welche Folgen es hat, wenn die gelieferte Waare nicht die vertragsmäßige oder gesetzliche Qualität hat,** ist vom H.G.B. nicht bestimmt, richtet sich vielmehr nach dem B.G.B. (vergl. die Erl. zu § 377). Anm. 6.

6. **Ueber die Beweislast,** wenn streitig ist, welche Qualität vereinbart ist, gilt Folgendes: Anm. 7.
Der vorliegende Paragraph stellt eine gesetzliche Dispositivregel auf, wonach Gattungsschulden durch Lieferung von Waaren mittlerer Art und Güte zu erfüllen sind. Die gesetzliche Regel greift nicht Platz, wenn etwas Gegentheiliges vereinbart ist (vergl. oben Anm. 2). Aber sie greift solange Platz, bis etwas Gegentheiliges vereinbart ist, und im Prozesse greift sie so lange Platz, bis die gegentheilige Vereinbarung bewiesen wird. Demgemäß hat Derjenige zu beweisen, der aus der Vereinbarung einer besonderen Eigenschaft Rechte für sich herleitet, mag dies der Kläger oder der Beklagte sein. Zur näheren Begründung dieser Beweislast ist auf unsere ausführlichen Erörterungen in der Allg. Einl. Anm. 33 ffg. zu verweisen. Hinsichtlich der Beweislast bei der Gattungsschuld weicht diese unsere Auffassung von dem ab, was das R.O.H. 3 S. 346 annahm, natürlich auch von dem, was Stölzel in seiner Schulung für die civilistische Praxis (3 Aufl. S. 202) annimmt.

Stölzel legt gemäß seiner Theorie von dem Erfordernisse der Vollständigkeit der klägerischen Behauptungen dem Kläger die Beweislast auf, daß die bestellte Sache nicht nach der getroffenen Abrede die vom Besteller behaupteten besonderen Eigenschaften haben sollte (gegen die Stölzel'sche Theorie siehe auch noch R.G. 42 S. 157).

Ueber die Beweislast darüber, daß die gelieferte Sache die vertragsmäßigen Eigenschaften hat, siehe die Erl. zu § 377.

§ 361.

Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernungen, die an dem Orte gelten, wo der Vertrag erfüllt werden soll, sind im Zweifel als die vertragsmäßigen zu betrachten.

Der Paragraph trifft eine Auslegungsregel über Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung und Entfernung.

1. **Zunächst gilt die Bestimmung des Vertrages,** die, wenn nicht ausdrücklich erklärt, nach §§ 157 und 242 B.G.B. zu ermitteln ist. So hat das R.O.H. angenommen, daß in Oesterreich im Allgemeinen anzunehmen ist, daß Zahlung in Papiergeld gemeint ist, daß aber gegebenen Falles, wenn Preußen einen in Oesterreich zu erfüllenden Vertrag schließen, Zahlung in Metallgeld gemeint ist (R.O.H. 6 S. 87). Auch die bekannten Koupon-prozesse sind auf Grund der Auslegung des Vertrages zu Gunsten der Gläubiger entschieden worden. Verschiedene österreichische Industrieaktiengesellschaften hatten nämlich vor Erlassung des deutschen Münzgesetzes Papiere ausgegeben, in welchen Zahlungsorte nach Wahl des Inhabers in Oesterreich und Deutschland bestimmt wurden, mit der Maßgabe, daß an letzteren Orten die Zahlung in Thalern oder süddeutschen Gulden erfolgt. Nach der konstanten Judikatur der beiden Reichsgerichte haben diese Klauseln zur Folge, daß der Betrag der Schuld nach dem jetzigen deutschen Münzsystem zu berechnen ist, daß also die Verurtheilung der österreichischen Emittenten zur Zahlung in Gold gerechtfertigt ist. Die Gerichte haben dabei erwogen, daß das Recht des Erfüllungsorts jeden- Anm. 1.

falls dann maßgebend ist, wenn der Erfüllungsort gerade in Rücksicht auf die an demselben herrschenden Verhältnisse und speziell um dem Gläubiger einen ökonomischen Werth von einer bestimmten Geltung an diesen Orten zu gewähren, bestimmt bezw. zur Wahl gestellt ist (R.G. 6 S. 126; R.G. vom 28. Oktober 1893 im Sächsischen Archiv Band 3 S. 734, 735; vergl. auch R.O.H. 23 S. 205; 25 S. 41; R.G. 1 S. 23). Vorbehaltlose Annahme der Zahlung in österreichischer Währung beseitigt aber jeden Mehranspruch (Reichsgericht bei Puchelt Anm. 4 zu Art. 336), ebenso vorbehaltlose Annahme der veränderten Zinskoupons gegen die Talons (R.G. 14 S. 154).

Anm. 2. 2. **Eventuell gilt das Recht des Erfüllungsorts.** Ueber den Erfüllungsort vergl. den Exkurs zu § 372.. Unter Zeitrechnung versteht man die Verschiedenheit der Berechnung nach dem alten und neuen Styl (Beispiel: R.O.H. 15 S. 242) und auch die Berücksichtigung der Zeitdifferenz (Ortszeit, mitteleuropäische Zeit u. s. w.). Entfernungen sind diejenigen Bestimmungen über Meilen, Stunden und dergl., nach welchen mitunter bei Frachtgeschäften die Fracht berechnet wird (P. 590). Werth = Geldkurs. Soll nicht der Geldkurs, sondern der Wechselkurs maßgebend sein, so müssen dies die Parteien vereinbaren. Die Vertragsklausel: „freight payable at current exchange" hat diese Bedeutung (L.G. Oldenburg in G.Z. 38 S. 195). Ein in österreichischer Münze nach Böhmen zu übermachender Kaufpreis ist in österreichischer Münze zuzusprechen (R.O.H. 15 S. 330).

Anm. 3. **Zusatz. Ergänzend finden hier die §§ 244 und 245 B.G.B. Anwendung,** welche an die Stelle des früheren Art. 336 Abs. 2 H.G.B. treten. Dieselben lauten:

§ 244 B.G.B.:

> Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist.
>
> Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerthe, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist.

§ 245 B.G.B.:

> Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre.

Anm. 4. 1. Beide Vorschriften beziehen sich nur auf die Summenschuld, nicht auf den Fall, wo Geld als Spezies geschuldet wird, z. B. bei Leihe, Verwahrung, Fracht; auch nicht auf die Sortenschuld, welche auf ein bestimmtes genus, z. B. Siegesthaler, gerichtet ist. In letzterer Hinsicht greift § 243 B.G.B. Platz.

Anm. 5. 2. **Der § 244 B.G.B.** bezieht sich nicht auf den Fall, wo eine im Inlande zahlbare Geldschuld in Reichswährung ausgedrückt ist. Daß diese in Reichsmünzen zum Nennwerthe zu bezahlen ist, ergiebt sich aus dem Münzgesetze vom 13. Juli 1873, insbesondere aus Art. 14 § 1. Papiergeld und Banknoten brauchen nicht in Zahlung genommen zu werden (Gesetz vom 30. April 1874 § 5 und Bankgesetz vom 14. März 1875 § 2). — Der Paragraph bezieht sich auch nicht auf die Frage, in welcher Art eine im Auslande zahlbare Geldschuld zu erfüllen ist. Dies bestimmt sich nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts (Währung am Orte der Erfüllung).

Anm. 6. Der § 244 enthält vielmehr nur eine Dispositivvorschrift für den Fall, daß eine im Inlande zahlbare Geldschuld in ausländischer Währung ausgedrückt ist. Die Zahlung soll trotzdem in Reichswährung erfolgen können, d. h. der Schuldner darf sie so leisten, der Gläubiger muß sie auch in ausländischer Währung annehmen. Nur dann darf der Schuldner sie nicht in Reichswährung leisten, wenn die Zahlung in ausländischer Währung „ausdrücklich" bedungen ist. Es bedeutet das aber unseres Erachtens nichts anderes, als daß dies besonders zum Ausdruck gebracht sein muß, gleichviel, durch welches Mittel. Eine bloß durch Auslegungsregel gewonnene Auslegung kann

als ausdrückliche Willenserklärung niemals aufgefaßt werden, es sei denn, daß diese Auslegungsregel sich darauf bezieht, ob die betreffenden Thatsachen als ausdrückliche Erklärung zu betrachten sind.

Der für den Kurswerth maßgebende Zahlungsort bestimmt sich nach § 269 B.G.B. (vergl. unseren Exkurs zu § 372).

3. **Der § 245 B.G.B.** enthält eine Ausnahme von § 275 B.G.B. Denn wenn die vereinbarte Münzsorte nicht mehr vorhanden ist, so ist die Erfüllung unmöglich und der Schuldner würde nach § 275 B.G.B. von seiner Verpflichtung befreit werden. Der Paragraph findet nur dann Anwendung, wenn die Münze überhaupt nicht mehr im Umlaufe ist. Daß sie am Zahlungsorte nicht mehr im Umlaufe ist, genügt nicht. Für diesen Fall giebt das B.G.B. keine Bestimmung. Die Entscheidung erfolgt nach Maßgabe des § 244 B.G.B. (oben Anm. 5 u. 6). Anm. 7.

Auch darauf bezieht sich § 245 nicht, wie es zu halten sei, wenn Zwangskurs gilt. Solche Vorschriften haben öffentlich-rechtliche Bedeutung und bewirken, daß auch, wenn ausdrücklich effektiv Metallgeld vereinbart ist, doch Papiergeld genommen werden muß (vergl. die österreichische Judikatur bei Borchardt, Komm. z. Wechselordnung, 8. Aufl. Zus. 459).

Exkurs zu § 361.

Das Zustandekommen des Vertrages. Offerte und Annahme.

I. Vorbemerkung.

Das alte H.G.B. hatte diese Lehre in den Art. 318—323 ausführlich behandelt. Diese Vorschriften hatten sich aber derartig bewährt, daß sie im Großen und Ganzen in das B.G.B. aufgenommen wurden. Sie sind in den §§ 145—150, 663 B.G.B. wiedergegeben, wenn auch mit einigen Modifikationen. Gleichzeitig sind einige neue Bestimmungen zur Ergänzung der Lehre hinzugefügt worden, und außerdem hat das neue H.G.B. die Bestimmungen für das Handelsrecht erweitert durch den § 362 H.G.B. Anm. 2.

Die Lehre vom Zustandekommen des Vertrages, von der Offerte und Annahme, ist für das Handelsrecht so wichtig, daß eine Darstellung derselben in diesem Kommentar nicht umgangen werden kann. Es erfolgt diese Darstellung an der Hand der §§ 145—155 B.G.B. Alsdann wird der § 362 H.G.B. und im Anschluß an denselben der § 663 B.G.B. erläutert werden.

II. Die Erläuterung der §§ 145—155 B.G.B. Anm. 2.

A. § 145 B.G.B.

Wer einem Anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

Der vorliegende Paragraph spricht die allgemeine Regel aus, daß Derjenige, der einem Andern einen Antrag zur Schließung eines Vertrages macht, an den Antrag gebunden ist. Die Offerte hat also verbindliche Kraft. Die Regel widerspricht dem gemeinen Recht, stimmt aber überein mit Art. 319 des alten H.G.B. und §§ 90ffg., I, 5 A.L.R.

1. **Voraussetzung ist, daß Jemand einem Andern die Schließung eines Vertrages anträgt, also ein wirksamer Antrag.** Was gehört nun zu einem wirksamen Antrage? Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, muß also in derjenigen Weise gemacht sein, wie empfangsbedürftige Willenserklärungen überhaupt abgegeben werden, damit sie wirksam sind; und ferner muß er inhaltlich bestimmt und geeignet sein, angenommen zu werden und dadurch zum Vertragsabschlusse zu führen. Anm. 3.

Anm. 4. a) **Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.** Er muß daher, wenn der andere Theil anwesend ist, von ihm vernommen werden oder mindestens ihm so zugänglich gemacht werden, daß er ihn vernehmen konnte und nur in Folge seines bösen Willens nicht vernommen hat (Planck Anm. 1 zu § 130 B.G.B.; das Gesetzbuch selbst sagt hierüber bei Erklärungen unter Anwesenden nichts). Wenn der andere Theil aber abwesend ist, so muß der Antrag dem andern Theil zugehen. Das bestimmt § 130 B.G.B. für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen und deshalb braucht es für den Antrag nicht besonders gesagt zu werden.

Anm. 5. Zugegangen ist die Willenserklärung nicht bloß dann, wenn sie zur Kenntniß des anderen Theiles gelangt; es genügt, daß „Derjenige, für welchen die Willenserklärung bestimmt ist, in die Lage gesetzt wurde, daß er unter regelmäßigen Verhältnissen von der Willenserklärung sich Kenntniß verschaffen konnte" (Planck I S. 164). Als zugegangen gilt hiernach die schriftliche Erklärung, wenn das Schriftstück auf verkehrsübliche Weise in die Gewahrsam des Adressaten oder seines Stellvertreters gebracht ist. Bei Briefen und Telegrammen genügt der Einwurf in einen Postbriefkasten des Adressaten. Erfolgte jedoch die Einsteckung in den Briefkasten nach Schluß der Komptoirzeit, so gilt sie nicht als eine an demselben Tage erfolgte Benachrichtigung des Komptoirinhabers (O.L.G. Hamburg in G.Z. 35 S. 267). Sonst genügt es, wenn die briefliche Erklärung dem Adressaten oder einer Person, die zum Empfange von Briefen üblicherweise Vollmacht hat, übergeben wird (Familienangehörige, Dienstboten u. s. w., jedoch nicht so jugendliche Kinder, daß man ihnen das Bestellen von Briefen nicht anvertrauen darf).

Anm. 6. b) **Die Erklärung muß dazu bestimmt und geeignet sein, angenommen zu werden,** um dadurch zum Vertragsabschlusse zu führen. Wann dies der Fall ist, kann nur im Einzelfalle gesagt werden.

Sie ist dazu nicht bestimmt, wenn sie eine bloße Anfrage ist zum Zwecke der Information. Fragt man z. B. den Verkäufer an, wie hoch er das Pfund Zucker berechnen würde, und antwortet der Verkäufer hierauf, so ist zunächst noch kein Vertrag zustandegekommen. Weder jene Frage, noch diese Antwort waren eine Offerte. Bestellt der Anfragende jetzt, so ist dies die Offerte, auch wenn dabei jene Antwort „Offerte" genannt wurde.

Anm. 7. Die Erklärung des Antragenden ist nicht geeignet angenommen zu werden, wenn sie weder in sich selbst, noch in Verbindung mit sonstigen Umständen so bestimmt ist, daß sofortige Annahme erfolgen kann. Sie braucht nicht in sich selbst diese Bestimmtheit zu haben. Sie braucht nicht etwa in sich selbst alle wesentlichen Punkte der zu treffenden Vereinbarung, oder gar alle Punkte derselben zu enthalten (wie Planck Anm. 1 zu § 145 sagt), wenn nur aus ihr in Verbindung mit sonstigen Umständen hervorgeht, über welche Punkte die zu treffende Vereinbarung lauten soll. Wenn z. B. Jemand beim Hotelwirth eim Zimmer mit einem Bette bestellt, so enthält der Vertragsantrag nichts von dem Preise. Gleichwohl ist die Offerte geeignet, angenommen zu werden. Denn der fehlende Preis wird durch die Preise, die der Wirth in andern Fällen verlangt, ergänzt. Kommt durch den Wechsel mehrerer Briefe oder Telegramme ein Vertrag zustande, so wird der schließliche Antrag, dessen Annahme zum Vertrage geführt hat, wohl selten in sich selbst alle Punkte der zu treffenden Vereinbarung enthalten, wohl aber die erforderliche Bestimmtheit durch den Zusammenhalt der ganzen Korrespondenz sich ergeben und so die fehlende Bestimmtheit des letzten Antrages durch die vorhergehenden Briefe seine genügende Ergänzung finden. Z. B.: A. fragt, ob B. ihm 100 Pfund Zucker zum Preise von 1 Mark pro Pfund ablassen möchte. In diesem Falle bestelle er 100 Pfund. B. antwortet, daß er unbedingt 1 Mark 20 Pfg. verlangen müsse. A. erwidert, daß er höchstens 1 Mark 10 Pfg. gebe, in diesem Falle aber Frankosendung verlangen müsse. Hierauf depeschirt B.: Legen Sie 5 Pfg. zu, Drahtantwort. A. telegraphirt: Abgemacht. Hier stellt sich die Depesche des B. als der eigentliche Vertragsantrag, der zum

Vertragsabschlusse geführt hat, dar. Er enthält zwar in sich selbst gar keine Bestimmtheit, ist aber gleichwohl ein genügender Vertragsantrag, weil er durch die vorangehende Korrespondenz genügende Bestimmtheit und Deutlichkeit erhält.

Anm. 8 Die Offerte muß, um annahmefähig zu sein, so beschaffen sein, daß der andere Theil sofort acceptiren kann. Es ist zwar nicht nöthig, daß der andere Theil ein einfaches Ja sagen kann; es kann ihm auch eine Wahl gelassen werden (Planck Anm. 1 zu § 145 B.G.B.). Aber mindestens dies muß erfordert werden.

Anm. 9. Nicht erforderlich ist, daß die Offerte, um bestimmt und geeignet zu sein angenommen zu werden, an eine einzelne bestimmte Person oder auch nur an einzelne bestimmte Personen gerichtet ist. Allerdings muß dies regelmäßig der Fall sein. Im Gegensatz dazu sind die Anerbietungen, die dem Publikum gemacht werden,[1]) Offerten an Jedermann, wie sie in Versendung von Preislisten, Katalogen, Annoncen liegen, regelmäßig nicht dazu bestimmt, unmittelbar angenommen zu werden und zum Vertragsabschlusse zu führen, sind vielmehr regelmäßig als Aufforderungen zu Offerten zu betrachten. Ein Kaufmann, der Preislisten in großer Menge versendet, thut dies nicht in der Absicht, daß jeder Adressat eine acceptirende Erklärung abgiebt — er würde sonst oft in Verlegenheit gerathen —, sondern in der Absicht, zu Offerten einzuladen. Das entspricht der Verkehrsanschauung, und deshalb ist eine solche allgemeine Offerte eben wegen ihrer Allgemeinheit kein bindender Antrag im Sinne des § 145 B.G.B. Aber ausnahmsweise kann auch eine bindende Offerte an Jedermann vorliegen, wie z. B. beim Automaten.

c) **Wo der Vertrag an eine Form geknüpft ist,** muß schon die Offerte, um bindend zu sein, der Formvorschrift genügen. (Vergl. Dernburg II S. 176.) Daß der Antrag und die Annahme selbstständiger Beurkundung fähig sind, geht aus § 128 B.G.B. hervor. Hier ist dies zwar nur von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gesagt; aber damit ist die begriffliche Möglichkeit anerkannt. Bei der einseitigen Schriftlichkeit muß die Offerte dessen, dessen Erklärung schriftlich sein muß, schriftlich sein, bei der zweiseitigen Schriftlichkeit muß die Offerte schriftlich sein, von welchem Theile sie auch ausgeht, und die Offerte muß so beschaffen sein, daß sie in Verbindung mit der Annahme den Erfordernissen eines schriftlichen Vertrages nach § 126 B.G.B. entspricht. Es kann nicht mit Hölder Anm. 1 zu § 145 B.G.B. angenommen werden, daß vor der Vollendung der für die Willenseinigung bestimmten Form nicht nur kein Vertrag, sondern auch kein Antrag besteht. Mit uns übereinstimmend offenbar Rehbein I S. 222. (Vergl. Näheres über die Formvorschriften die Erl. zu § 350). Anm. 10.

2. **Unter diesen Voraussetzungen ist der Antrag bindend,** d. h. der Offerent muß es sich gefallen lassen, daß der von ihm gestellte Antrag angenommen und dadurch der betreffende Vertrag perfekt wird. Will er dies verhüten, so muß er seinen Antrag dadurch unwirksam machen, daß er ihn durch eine Erklärung, welche vor oder gleichzeitig mit dem Antrage Anm. 11.

[1]) Wenn solche allgemeine Anerbietungen an das Publikum (Preislisten, Annoncen, Kataloge) auch nicht Offerten im Rechtssinne sind, so sind sie doch nicht rechtlich belanglos. Wird im Hinblick auf sie verhandelt und abgeschlossen, so sind sie zur Auslegung des Vertrags heranzuziehen u. s. w. In der Regel muß hierbei angenommen werden, daß Alles, was in jenen Anerbietungen versprochen ist, in den hierauf geführten Verhandlungen als fortgesetzt zugesichert betrachtet wird und prästirt werden muß (R.O.H. 21 S. 195; Bolze 12 Nr. 452; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 860; vergl. R.G. 28 S. 29); andererseits aber muß auch der andere Theil Alles gegen sich gelten lassen, was in jenen allgemeinen Anerbietungen (Preislisten, Katalogen u. s. w.) enthalten ist. Doch hat letzteres auch seine Grenzen. Enthalten solche Kataloge ungewöhnliche Bestimmungen, die man in ihnen nicht gut vermuthen kann, z. B. Abweichung vom gesetzlichen Erfüllungsorte, Unterwerfung unter einen besonderen Gerichtsstand oder gar Ausschluß des Rechtsweges, so kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß derjenige, der sich auf sie wegen des Preises und der Qualität der Waare bezieht, sich auch solchen exceptionellen Bestimmungen unterwerfen wollte (vergl. auch Exkurs zu § 372).

ankommt, zurückzieht (§ 130 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Es genügt auch hier, daß der Widerruf dem andern Theil zugeht; ob er davon Kenntniß erhält, ist nicht erheblich (vergl. oben Anm. 5). Trifft der Widerruf aus irgend einem Grunde, z. B. wegen mangelnder Adresse später ein, als die zu widerrufende Erklärung, so ist der Widerruf zu spät erklärt und der Antrag bindend. Das spätestens gleichzeitige Eintreffen hat derjenige zu beweisen, der die Rechtswirksamkeit des Widerrufs behauptet.

Anm. 12. Eine andere Ausnahme scheint der vorliegende Paragraph zu machen; er bestimmt, daß der Antrag dann nicht bindet, wenn der Antragende die Gebundenheit ausgeschlossen hat. Allein das ist selbstverständlich. Ein Antrag ist nur dann bindend, nur dann ein Antrag im Sinne des Gesetzes, wenn er dazu bestimmt und geeignet ist, angenommen zu werden und dadurch den Vertragsabschluß herbeizuführen. Diese Eigenschaft verliert er, wenn er selbst die Erklärung enthält, daß der Antragende sich nicht binden will. Eine solche Erklärung liegt z. B. in dem Ausdrucke: „freibleibend" (R.O.H. 14 S. 81), oder „ohne Verbindlichkeit", „ohne Obligo". Wenn dem entgegen Endemann I § 69 I 1, Goldmann u. Lilienthal S. 111, Planck Anm. 3 zu § 145 annehmen, daß ein Antrag, in welchem die Gebundenheit ausgeschlossen ist, immer noch wirksam ist, insofern als er acceptirt werden kann, wenn er nicht bis zur Annahme widerrufen worden ist, so kann dem nicht beigetreten werden. Denn dann wäre ja der Antragende gebunden, wenn auch nicht so fest, wie im Regelfalle, und doch hatte der Antragende „die Gebundenheit ausgeschlossen". Der Hinweis auf § 130 B.G.B. ist nicht geeignet, die gegentheilige, mit den Gesetzesworten unvereinbare Auslegung zu stützen. Der § 130 B.G.B. giebt die allgemeine Vorschrift darüber, unter welchen Voraussetzungen eine unter Abwesenden abzugebende Erklärung, die wirksam sein soll, wirksam ist. Hier aber liegt eine Erklärung vor, die ihrem eigenen Inhalte noch nicht wirksam sein soll. Diese wird natürlich auch dann nicht wirksam, wenn sie dem anderen Theil zugeht. Auf sie findet § 130 B.G.B. keine Anwendung. (So auch R.O.H. 14 S. 81; Rehbein B.G.B. I S. 210, der mit Recht von solchen sog. Offerten sagt, sie seien keine Offerten.)

Anm. 13. Die Erklärung, daß die Gebundenheit ausgeschlossen ist, kann in dem Antrage in der verschiedensten Weise zum Ausdruck gebracht sein. Üblich ist der Ausdruck freibleibend (R.O.H. 14 S. 81). Aber auch jeder andere Vorbehalt, und mag derselbe auch einen Nebenpunkt betreffen, ist dazu ausreichend. Denn solange der Antrag nicht (aus sich selbst oder in Verbindung mit sonstigen Umständen) alle diejenigen Umstände, über welche die Vereinbarung lauten soll, derart enthält, daß er angenommen werden und dadurch unmittelbar zum Vertragsabschlusse führen kann, liegt kein bindender Antrag vor.

B. § 146 B.G.B.

Anm. 14. Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird.

Die Schicksale des Antrages sind entweder Erlöschen oder Annahme.

1. **Das Erlöschen des Antrages.**

a) **Der Antrag erlischt in zwei Fällen:** entweder durch Ablehnung oder durch nicht rechtzeitige Annahme.

Anm. 15. α) **Durch Ablehnung.** Auch dann, wenn die Frist zur Annahme noch nicht abgelaufen ist, erlischt der Antrag, wenn er abgelehnt wird. Die Ablehnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird nur dadurch wirksam erklärt, daß sie dem andern Theil zugeht, verliert aber ihre Wirksamkeit, wenn sie durch eine vorher oder gleichzeitig eingehende Erklärung widerrufen wird (vergl. oben Anm. 11).

Anm. 16. β) **Durch nicht rechtzeitige Annahme.** Was zur rechtzeitigen Annahme gehört, ist anderweit bestimmt (vergl. unten Anm. 18).

Anm. 17. b) **Die Wirkung des Erlöschens des Antrages** ist, daß der Antrag die Fähigkeit verliert, angenommen zu werden und dadurch zum Vertragsabschlusse zu führen. Der An-

tragende erhält nicht etwa bloß das Recht, den Antrag zu widerrufen, sondern der Antrag hört auf annahmefähig zu sein. Giebt der andere Theil nachträglich eine Acceptationserklärung ab, so ist dies eine neue Offerte (§ 150 B.G.B.; vergl. jedoch unten Anm. 47). Wird diese nicht acceptirt, so ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen und darauf kann sich auch der Absender der verspäteten Annahmeerklärung stützen. Doch kann freilich in dem Schweigen auf die verspätete Annahmeerklärung die Acceptation der neuen Offerte liegen und überaus häufig wird dies angenommen werden müssen. Denn die bei einem Vertrage verhandelnden Personen nehmen es sehr häufig nicht so genau mit der rechtzeitigen Acceptation. Sie verzögern häufig die Anwort über Gebühr und verlassen sich darauf, daß der andere Theil doch noch zufrieden sein wird mit der wenn auch verzögerten Acceptation. Sehr häufig wird man annehmen müssen, daß der Offerent, wenn er schweigt, mit diesen Gedanken einverstanden ist und der Vertrag daher durch sein Schweigen perfekt wird.

2. **Die Annahme und ihre Wirkung.** Wird der Vertrag rechtzeitig angenommen, so wird dadurch der Vertrag perfekt. Anm. 18.

a) **Wird der Vertrag rechtzeitig angenommen.** Wann dieses Erforderniß vorliegt, ist im vorliegenden Paragraphen nicht bestimmt, sondern anderweit. Aber nicht bloß in den §§ 147—149. Diese bestimmen nur für den Regelfall, daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt werden muß. Ausnahmsweise ist die Annahme auch ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden wirksam, wie aus §§ 151 und 152 B.G.B. hervorgeht. Und endlich ist darauf hinzuweisen, daß im Handelsverkehr unter Umständen auch Stillschweigen als Annahme zu deuten ist (hierüber Anm. 13 zu § 346). Über die Form der glatten Annahmeerklärung und ihren Unterschied von der Annahme unter Modifikationen siehe unten Anm. 49. — Die Annahmeerklärung kann, worauf hier ebenfalls hingewiesen werden mag, dadurch unwirksam gemacht werden, daß spätestens mit ihrem Eintreffen ein Widerruf derselben dem Offerenten zugängig gemacht wird (vgl. oben Anm. 11).

b) **Die Wirkung der rechtzeitigen und gehörigen Annahme** ist die Perfektion des Vertrags. Anm. 19.
Der Vertrag wird perfekt, und zwar in dem Zeitpunkte, in welchem die Annahmeerklärung wirksam erfolgt ist, also dem anderen Theil zugegangen ist. Die Perfektion wird nicht etwa, wie in dem alten H.G.B. Art. 321 zurückbezogen auf den Zeitpunkt, in welchem die Annahmeerklärung behufs der Absendung abgegangen ist.

c) **Die Beweislast,** daß gehörig und rechtzeitig acceptirt ist, hat Derjenige, der Rechte aus dem Vertrage als einem perfekten herleitet (vergl. hierüber unten Anm. 34). Anm. 20.

C. § 147 B.G.B.

Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Anm. 21.
Dies gilt auch von einem mittelst Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage.

Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

Der vorliegende Paragraph giebt Vorschriften darüber, wann der Antrag angenommen werden muß, um zum Vertragsabschlusse zu führen. Dabei werden der Antrag unter Anwesenden und der Antrag unter Abwesenden verschieden behandelt und bei beiden nur der Regelfall in Betracht gezogen, nämlich der, bei welchem der Antragende keine besondere Frist zur Acceptation gegeben hat. Dieser letztere Fall ist im § 148 B.G.B. besonders behandelt. Anm. 22.

1. (Abs. 1). **Der Antrag unter Anwesenden kann nur sofort angenommen werden.** Das greift natürlich nur dann Platz, wenn der Offerent keine Frist gegeben hat oder eine Fristsetzung sich nicht aus Umständen ergiebt; hierüber § 148 B.G.B.; unten Anm. 35). Anm. 23.

a) Ein Antrag unter Anwesenden liegt dann vor, wenn die beiden Personen, welche legitimirt sind, den Vertrag miteinander zu schließen, in unmittelbarem Meinungsaustausch sich befinden.

Anm 24. α) Unmittelbarer Meinungsaustausch ist, wie der vorliegende Paragraph klarstellt, auch dann vorhanden, wenn sich die beiden Verhandelnden mittels Fernsprechers unterhalten, dies natürlich ohne Rücksicht darauf, ob sie sich in derselben Ortschaft oder in verschiedenen, noch so sehr von einander entfernten Ortschaften befinden. Wie die Kontrahenten sonst den unmittelbaren Meinungsaustausch bewirken, durch Worte, Zeichen, Geberden oder auch schriftlich, (Letzteres z. B. dann, wenn eine Partei taub ist oder wenn dritte anwesende Personen keine Kenntniß von der Verhandlung haben sollen) ist gleichgiltig.

Anm. 25. β) Die Verhandlung muß zwischen den Personen stattfinden, welche legitimirt sind den Vertrag zu schließen. Nicht nothwendig ist, daß die Kontrahenten in Person verhandeln. Das hat der § 147 B.G.B. auch für die Verhandlung durch Fernsprecher trotz seines scheinbar entgegenstehenden Wortlauts nicht anordnen wollen. Verhandeln durch Bevollmächtigte genügt (R.O.H. 8 S. 397), nicht aber Verhandeln durch Vermittler, welche zum Abschlusse nicht bevollmächtigt sind (R.O.H. 7 S. 105). Die Vermittlung eines Antrages durch einen Boten reicht dazu nicht aus, um die Anwendbarkeit des Abs. 1 zu begründen, selbst wenn es sich um Bewohner derselben Stadt oder gar desselben Hauses handelt; vielmehr liegt in solchem Falle ein Verhandeln unter Abwesenden vor (L.G. Frankfurt in G.Z. 43 S. 359).

Anm. 26. b) Sofortige Acceptation ist erforderlich. Erfolgt sie nicht, so erlischt der Antrag nach § 146 B.G.B. (oben Anm. 14 ffg.). Eine persönliche Verhandlung über einen abzuschließenden Vertrag, die nicht durch eine Frage und eine Antwort sich erledigt, sondern mehrmaliges Hinundherreden erfordert, stellt sich hiernach juristisch dahin, daß zunächst offerirt und alsdann immer von neuem unter Bedingungen und Einschränkungen acceptirt, also abgelehnt und damit neu offerirt wird, bis schließlich die letzte derartige neue Offerte bedingungslos acceptirt wird und damit der Vertrag zustandekommt.

Anm. 27. In welcher Weise die Acceptation zu erfolgen hat, darüber bestimmen andere Vorschriften. Regelmäßig muß sie dem anderen Theil gegenüber erklärt werden. Oft genügt aber auch stillschweigende Erklärung (Anm. 14 zu § 346), unter Umständen aber auch Acceptation ohne Erklärung (§ 151).

Anm. 28. 2. (Abs. 2). **Der Antrag unter Abwesenden kann nur bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.** Die Vorschrift entspricht sachlich der bewährten Vorschrift des Art. 319 Abs. 1 des alten H.G.B.

a) Voraussetzung ist, daß ein Antrag unter Abwesenden vorliegt. Das ist der Gegensatz zum Antrag unter Anwesenden (vergl. daher oben Anm. 24).

b) Fernere Voraussetzung ist, daß der Offerent keine Frist gesetzt hat oder aus den Umständen eine solche nicht zu entnehmen ist. (Darüber § 148 B.G.B.; unten Anm. 35).

Anm. 29. c) **Unter diesen Voraussetzungen ist der Offerent so lange gebunden, bis er den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.** Was bedeutet das?

α) Der Offerent kann zunächst erwarten, daß seine Offerte rechtzeitig dem anderen Theil zugeht. Auch eine dem Offerenten bekannte Abwesenheit des anderen Theils ändert daran nichts, weil derselbe für seine Vertretung zu sorgen hat (R.O.H. 8 S. 80). Die Umstände des Falles können freilich das Gegentheil ergeben.

Anm. 30. β) Der Offerent kann ferner erwarten, daß der andere Theil sofort antwortet. Das bedeutet nicht die umgehende Absendung mit der nächsten Post. Vielmehr muß der Oblat zur geschäftsmäßigen Erledigung der Annahmeerklärung Gelegenheit haben (Prüfung der Offerte, Aufsetzen der Annahmeerklärung innerhalb der Geschäftsstunden, Beförderung zur Post) — R.O.H. 13 S. 164. — Unter Umständen, z. B. wenn die Offerte umständliche Kalkulationen, Einsicht von Büchern und Korrespondenzen erfordert, wird man dem Oblaten sogar eine längere Acceptationsfrist gewähren

müssen. Man denke auch an Behörden, Vormünder, Vorstände von Aktiengesellschaften. Länger aber, als regelmäßig erforderlich ist, um die Antwort zu expediren, braucht nicht gewartet zu werden. Hat, wenn auch ohne sein Verschulden, der andere Theil die Antwort länger verzögert, als unter regelmäßigen Umständen zur Erledigung erforderlich war, so erlischt der Antrag (vergl. jedoch oben Anm. 17).

γ) Der Offerent kann endlich erwarten, daß der andere Theil sich eines den Verhältnissen ensprechenden Korrespondenzmittels bedient. Hat der Offerent ein solches vorgeschrieben, z. B. Beantwortung durch Depesche, so ist das maßgebend. Andernfalls wird meist anzunehmen sein, daß der Oblat dasselbe Korrespondenzmittel zu wählen hat wie der Offerent. Doch ist das nicht absolut entscheidend. Jedenfalls aber ist nicht mehr, wie die Konferenz anno 1857 annahm, davon auszugehen, daß der Telegraph als außerordentliches Korrespondenzmittel nicht in Betracht kommt. Unter Umständen wird die telegraphische Beantwortung als das allein ordnungsmäßige Korrespondenzmittel zu gelten haben. So ist z. B. im Börsenverkehr telegraphische Antwort auf telegraphische Anfrage nöthig (vergl. auch R.O.H. 10 S. 378; Versicherungsvertrag). Anm. 31.

d) **Hat der andere Theil innerhalb dieser Zeit acceptirt,** so ist der Vertrag zu Stande gekommen. Der Offerent kann nicht in der Zwischenzeit bis zur Acceptationserklärung seine Offerte zurücknehmen. Das kann er nach § 130 B.G.B. nur bis zum Eintreffen seines Antrages. Anm. 32.

e) **Hat der andere Theil aber innerhalb der gedachten Frist nicht acceptirt,** so erlischt der Antrag und kann nicht mehr angenommen werden. (Näheres hierüber § 146 B.G.B., oben Anm. 17). Anm. 33.

3. **Beweislast.** Der Annehmende hat, wenn er aus dem Vertrage Rechte herleiten will, zu beweisen, daß er gehörig und rechtzeitig acceptirt hat, d. h. also, daß die Annahmeerklärung angekommen und rechtzeitig angekommen ist, (trotz der Zuverlässigkeit der Post spricht hierfür keine Vermuthung, R.O.H. 13 S. 46), oder daß er sie so rechtzeitig abgesendet hat, daß sie bei regelmäßiger Beförderung dem anderen Theil rechtzeitig zugegangen sein würde, auch der Offerent dies erkannt hat oder hätte erkennen müssen. (§ 149 B.G.B.; unten Anm. 42). Beschränkt er sich auf den letzteren Beweis, verzichtet er also auf den strikten Beweis, daß dem anderen Theil die Annahmeerklärung rechtzeitig zugegangen ist, so steht dem Offerenten der Beweis offen, daß er unverzüglich nach dem Empfange der Annahmeerklärung die Verspätung der Ankunft derselben angezeigt habe (§ 149 B.G.B.; unten Anm. 42). Diesen Gegenbeweis muß der Offerent in dem gedachten Falle führen (Planck Anm. 3 zu § 149 B.G.B.; Rehbein I S. 220). Im Gegensatz hierzu wollen Goldmann und Lilienthal S. 115 und Neumann Anm. 1c zu § 149 B.G.B. dem Oblaten den Gegenbeweis auferlegen, daß der Antragende nicht oder nicht ohne schuldhaftes Zögern die Verspätungsanzeige abgesendet habe. Indessen handelt es sich um eine Pflicht des Offerenten, deren Erfüllung derjenige zu beweisen hat, dem sie obliegt. Anm. 34.

D. § 148 B.G.B.

Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen. Anm. 35.

Der vorliegende Paragraph behandelt den praktisch sehr häufigen Fall, daß für die Annahme des Antrages eine Frist bewilligt ist.

1. **Der Fall ist wohl zu unterscheiden von der Frage, innerhalb welcher Frist die Annahmeerklärung nach § 147 Abs. 2 B.G.B. zu erfolgen hat.** Die Berücksichtigung der regelmäßigen Umstände, innerhalb deren die Antwort erwartet werden darf, schließt eine Art gesetzlicher Erklärungsfrist in sich. Der vorliegende Paragraph betrifft aber gerade den Fall, wo der Antragende entweder nicht so lange oder umgekehrt länger warten will, als sich nach den regelmäßigen Umständen eine Erklärung erwarten läßt. Anm. 36.

Anm. 37. 2. **Der Antragsteller will eine längere oder eine kürzere Frist setzen, als sich aus § 147 Abs. 2 B.G.B. ergiebt.** Die kürzere muß er spätestens mit dem Zukommen des Antrages setzen, die längere kann er auch später setzen. Wenn sie so kurz ist, daß eine rechtzeitige Antwort nicht mehr erfolgen kann, so verlängert sich nicht etwa die gesetzte Erklärungsfrist, vielmehr ist in solchem Falle der Antrag wirkungslos (R.G. 26 S. 8).

Anm. 38. 3. **Die Wirkung der Fristsetzung** ist, daß die Annahme wirksam innerhalb der Frist und nur innerhalb der Frist erfolgen kann. Da nun die Annahme, wie jede empfangsbedürftige Willenserklärung, erfolgt durch Zugehen derselben an den Offerenten (vergl. oben Anm. 4 u. 5), so muß sie so rechtzeitig vor Ablauf der Frist abgesandt werden, daß sie bis zum Ablauf der Frist beim Offerenten anlangt. Das kann nach dem Rechte des B.G.B. nicht mehr zweifelhaft sein, nach dem früheren Recht war es zweifelhaft, ist aber vom Reichsgericht im gleichen Sinne entschieden worden (R.G. vom 28. Januar 1899 in R.G. 43 S. 75, auch mitgetheilt in der Deutschen Juristenzeitung 4 S. 257: Die Offerte war dem anderen Theil bis zum 6. April „an der Hand gelassen", er hatte am 6. April die Annahme abgesendet, aber sie war erst am 7. April angekommen; das war zu spät).

Anm. 39. Eine verspätete Annahme ist hier, wie immer, eine neue Offerte (vergl. hierüber unten Anm. 48). Wird die Offerte vor dem Ablauf der Frist abgelehnt, so ist sie definitiv abgelehnt. Der andere Theil hat nicht das Recht, noch nachträglich bis zum Ablauf der Frist zu acceptiren (vergl. unten Anm. 53).

Eine Bitte um Fristverlängerung ist aber nicht Ablehnung in diesem Sinne (vergl. unten Anm. 52).

Anm. 40. 4. **Beispiele von kürzeren Fristsetzungen** liegen insbesondere immer dann vor, wenn sofortige Drahtantwort, heutige Drahtantwort, Depesche noch bis heute Abend ꝛc. gewünscht wird. Die Depesche muß in solchen Fällen in der betreffenden Zeit eintreffen, sonst ist die Annahme wirkungslos (R.G. 26 S. 8; Bolze 5 Nr. 387; 9 Nr. 202). Postwendende Antwort bedeutet das Verlangen brieflicher Antwort mit derjenigen nächsten Post, die so spät abgeht, daß sich in der Zwischenzeit noch ein Antwortbrief expediren läßt.

Anm. 41. 5. **Wegen der Beweislast** siehe oben Anm. 34.

E. § 149 B.G.B.

Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet.

Anm. 42. **Der vorliegende Paragraph behandelt den Fall, daß die rechtzeitig abgesandte Annahmeerklärung nicht rechtzeitig angekommen ist.** Eigentlich ist in solchem Falle die Annahmeerklärung verspätet und der Vertrag daher nicht zu Stande gekommen. Aber aus Billigkeitsgründen ist im Anschluß an den Art. 319 des alten H.G.B. anders entschieden worden, jedoch mit einer nicht unwichtigen Aenderung gegen Art. 319: Während dort die rechtzeitig abgesandte, aber verspätet angekommene Annahme schon dann als rechtzeitig angekommen galt, wenn der Offerent nicht zurücktrat, ist jetzt dieses objektive Erforderniß allein nicht ausreichend, um den Offerenten in diese ungünstige Lage zu bringen. Vielmehr muß noch hinzukommen, daß der Offerent erkannt hat oder hat erkennen müssen, daß die Annahme so rechtzeitig abgesandt wurde, daß sie bei regelmäßiger Beförderung rechtzeitig angekommen wäre.

Anm. 43. 1. **Der Fall des vorliegenden Paragraphen setzt also voraus,** daß die Annahme dem Offerenten zwar verspätet zugegangen ist, daß aber die Annahmeerklärung dergestalt abgesandt wurde, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde (objektives Erforderniß), und daß ferner der Antragende dies erkannt hat oder erkennen mußte, also aus Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (§ 122 Abs. 2 B.G.B.) — (subjektives Erforderniß). — Er muß es besonders dann erkennen, wenn Poststempel oder

Depeschenvermerke dies deutlich erkennen lassen, oder der betreffende Bote es ihm sagt. — Die Beweislast für diese Voraussetzung hat der Annehmende (vergl. oben Anm. 34).

2. **Unter dieser Voraussetzung hat der Offerent die Verpflichtung,** unverzüglich (d. h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 B.G.B.) nach Empfang der Annahmeerklärung den verspäteten Eingang dem anderen Theil anzuzeigen. Einer besonderen Rücktrittserklärung oder sonstigen Erklärung, daß man sich an die Offerte nicht halte, bedarf es nicht. Die Anzeige der Verspätung genügt und wird vom Gesetze dahin gedeutet. Auch braucht nur die Absendung der Anzeige zu erfolgen. Ob sie dem anderen Theil zugeht, ist gleichgiltig. — Die Beweislast für die Absendung und im Falle der Zögerung für die dieselbe entschuldigenden Umstände hat der Offerent (oben Anm. 34). Anm. 44.

3. **Erfüllt der Offerent diese Verpflichtung nicht,** macht er also die Anzeige überhaupt nicht oder verzögert er sie schuldhaft, so gilt die Annahme als nicht verspätet. Obwohl sie thatsächlich verspätet ist, wird es so angesehen, als sei sie nicht verspätet eingegangen. Der Vertrag gilt als zu Stande gekommen in dem Augenblicke, wo sie thatsächlich eingegangen ist. Dieser Zeitpunkt gilt als der des rechtzeitigen Eingangs der Annahmeerklärung. Anm. 45

4. **Macht dagegen der Offerent die Anzeige unverzüglich,** so ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen, obgleich der Annehmende seinerseits alles gethan hat, um die Annahmeerklärung rechtzeitig dem Offerenten zugehen zu lassen. Anm. 46.

F. § 150 B.G.B.

Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag. Anm. 47.

Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage.

Der vorliegende Paragraph handelt von der verspäteten Annahme und von der Annahme mit Modifikationen.

1. **Die verspätete Annahme.** Sie kann zur Perfektion des Vertrages nicht führen, wenigstens nicht durch sich selbst. Das ist in den vorangehenden Erläuterungen wiederholt betont (vergl. Anm. 33 und Anm. 39). Aber sie ist doch nicht bedeutungslos. Denn sie enthält nach dem vorliegenden Paragraphen eine neue Offerte. Erklärt sich der andere Theil, also der ursprüngliche Offerent, mit dieser neuen Offerte einverstanden, so ist der Vertrag auf Grund derselben zu Stande gekommen. Die Einverständnißerklärung muß natürlich ebenfalls nach Maßgabe der sonstigen Vorschriften über die Annahmeerklärung erfolgen. Indessen wird hier wichtig die Erfahrung, daß man sich im Rechtsverkehr mit Annahmeerklärungen nicht so beeilt, wie dies der Gesetzgeber in den hier fraglichen Vorschriften verlangt und voraussetzt, und daß der nicht nach den strikten Gesetzesvorschriften Annehmende sehr häufig davon ausgeht, daß der Offerent auch mit der verspäteten Annahmeerklärung zufrieden sein werde. Liegt der Fall so, durfte der verspätet Annehmende voraussetzen, daß der Offerent zufrieden sein und andernfalls dies mittheilen werde, so gilt die verspätete Annahme bezw. die darin liegende neue Offerte in Folge des Stillschweigens des anderen Theils als angenommen (vergl. hierüber oben Anm. 17). So wenn z. B. jemand im Frühjahr beim Hotelwirth eines Badeetablissements eine Wohnung für den Sommer bestellt, der Hotelwirth zunächst einen höheren Preis fordert, alsdann aber auf den Brief des Badegastes, der ihm einen geringeren Preis anbietet, eingehend, antwortet, er betrachte die Sache jetzt als abgemacht. Wenn diese letztere Antwort nach den gesetzlichen Vorschriften zu spät eingeht, vom Badegast aber nicht ablehnend beantwortet wird, so können beide Theile davon ausgehen, die Sache sei in der That abgemacht. Der Badegast hat durch Stillschweigen sein Einverständniß erklärt. Anm 43.

2. **Die Annahme unter Modifikationen,** oder wie das Gesetz sagt: Die Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Aenderungen, gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage. Anm. 49.

a) Um den Vertrag perfekt zu machen, muß die Annahmeerklärung eine vorbehaltlose Zustimmung zu allen Punkten der Offerte enthalten (R.O.H. 3 S. 280). Dazu ist aber nicht erforderlich, daß alle Punkte der Offerte wiederholt werden. Vielmehr genügt eine noch so kurze, aber die Zustimmung klar enthaltende Antwort (angenommen, abgemacht, einverstanden, gut). Ob die telegraphische Annahme mit dem Zusatz: „Brieflich Näheres" zur Perfektion genügt, soll nach R.O.H. 12 S. 290 und Rehbein I S. 221 der Einzelfall entscheiden. Wir möchten aber annehmen, daß darin niemals eine giltige Annahme zu erblicken ist; denn nur eine solche Annahmeerklärung genügt, aus welcher der Offerent mit Sicherheit entnehmen kann, der Oblat genehmige seine Offerte uneingeschränkt; soll aber ein Brief noch nachfolgen, so ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß derselbe nicht bloß unwesentliche Wünsche, sondern auch Bedingungen und Einschränkungen enthalten kann, die dem anderen Theil nicht genehm sind (zust. Endemann I § 69 III Anm. 11; vergl. Bolze 11 Nr. 204).

Anm 50. b) Eine Annahme unter Modifikationen ist Ablehnung.

α) Ob die Modifikation essentialia des Vertrages betrifft oder nur accidentalia, ob es sich z. B. um die Höhe des Preises oder um die Verpackung handelt, ist gleichgiltig. Sobald der Oblat nicht pure zustimmt, liegt eine Ablehnung mit neuer Offerte vor. Dagegen schaden nichts unerhebliche Zusätze, die den Charakter von Wünschen, nicht von Vertragsmodalitäten haben, z. B. ich erwarte gute Waare, prompte Bedienung, schleunige Effektuirung ꝛc. Ebenso schadet nichts eine Auslegung, die der Annehmende der Offerte oder seiner Annahme giebt, sofern dieselbe nur die richtige Auslegung ist.

Anm. 51. β) Eine bedingte Offerte muß hiernach mit der Bedingung angenommen werden. Wird die Bedingung abgelehnt, so ist die ganze Offerte abgelehnt (R.G. 28 S. 320).

Anm. 52. γ) In dem Erbitten einer Frist liegt nicht eine Ablehnung. Es liegt darin nicht die Erklärung, daß man sich innerhalb der Frist nicht entschließen könnte, sondern nur, daß man den Wunsch habe, sich die Sache noch länger zu überlegen. Wird der Wunsch abgelehnt, so kann die Frist durch rechtzeitige Annahmeerklärung noch immer gewahrt werden. Doch können die Umstände anders liegen.

Anm. 53. δ) Die Annahme mit Modifikationen bedeutet definitive Ablehnung. Es geht nicht an, daß nachträglich die Einschränkung zurückgenommen wird. Dies auch dann nicht, wenn die Frist zur Annahmeerklärung noch läuft. Der § 150 B.G.B. gilt auch für den Fall der befristeten Annahmeerklärung des § 148 B.G.B. Früher war dies zweifelhaft und das Reichsgericht (Urtheil vom 24. April 1892 in Seufferts Archiv 48 S. 14) hatte den Fall anders entschieden.

Anm. 54. c) Die Annahmeerklärung mit Modifikationen bedeutet aber auch eine neue Offerte. Für sie gilt in dieser Hinsicht dasselbe, wie von der verspäteten Annahme (vergl. oben Anm. 48). Vorausgesetzt ist dabei, daß die Beschränkungen der Annahmeerklärung bestimmt genug sind, um in Verbindung mit dem ursprünglichen Antrage als Grundlage für einen Vertragsschluß zu dienen (Cosack, Bürg. Recht I S. 168.) So ist z. B. die Erklärung: „Ich nehme an, aber nur zu niedrigerem Preise" keine neue Offerte, sondern nur eine Ablehnung.

G. § 151 B.G.B.

Anm. 55. Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zu Stande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

Der vorliegende Paragraph handelt von der Annahme ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden, wohl zu unterscheiden von der stillschweigenden Annahmeerklärung. Über die Letztere siehe den Zusatz (unten Anm. 63). Anm. 56.

1. **Tendenz der Vorschrift.** Es giebt viele Fälle im Rechtsverkehr, in welchen das Zustandekommen des Vertrages sich nicht nach der Schablone: Vertragserklärung und Annahmeerklärung abspielt, an welche sich dann die Ausführung des abgeschlossenen Vertrages schließt. Der raschlebige Verkehr weist zahlreiche Fälle auf, in denen derjenige, der eine Leistung wünscht, der Antragende, auf sofortige Bewirkung der Leistung rechnet. Er hat keinen Zweifel daran, daß der andere Theil auf den Vertrag eingehen und ihn sofort erfüllen wird, und regelmäßig wird in solchen Fällen nicht erst dem Antragenden angezeigt, daß man den Antrag acceptire. Man würde ihm ja sonst etwas mitteilen, woran er gar nicht zweifelt, und die Erfüllung unnöthig verzögern. Man verfährt vielmehr, wie der Antragende es erwartet: man bewirkt sofort die Leistung. Die Bewirkung der Leistung enthält die Annahme des Antrags oder wenn man will, die Annahmeerklärung, und sie wirkt als solche, ohne und ehe der andere Theil davon erfährt, daß die Leistung bewirkt sei.
2. **Voraussetzung ist, daß nach der Verkehrssitte die Erklärung der Annahme gegenüber dem Offerenten nicht zu erwarten ist.** (Der andere Fall des vorliegenden Paragraphen, daß der Antragende auf die Annahmeerklärung ihm gegenüber verzichtet hat, ist weniger praktisch, und bleibt hier im Uebrigen außer Betracht.) Anm. 57.

   Das ist z. B. der Fall bei Waarenbestellungen nach Preislisten oder Katalogen, bei Insertionsaufträgen (R.G. 2 S. 44; Bolze 2 N. 916), bei Aufträgen an Bankiers zu Börsengeschäften; bei Bestellung von Loosen beim Kollekteur (R.G. 36 S. 324). Anm. 58.
3. **In solchen Fällen kommt der Vertrag dadurch zu Stande,** daß der andere Theil eine Annahmeerklärung abgiebt, auch ohne daß er sie dem Offerenten gegenüber abgiebt. Die Annahmeerklärung ist in solchen Fällen der Verkehrssitte gemäß dadurch abgegeben, daß die Leistung sofort bewirkt wird, nicht schon dadurch, daß der andere Theil sich zur Bewirkung der Leistung entschließt oder damit beginnt, sondern dadurch, daß er sie bewirkt, vollendet. Die Annahme ist z. B. bei einer Waarenbestellung erfolgt durch Absendung der Waare, nicht schon durch Ausscheidung derselben aus dem Waarenlager, durch Verpackung und Adressirung. Darin liegt, wie Planck Anm. 4 zu § 151 B.G.B. sich ausdrückt, die definitive Bethätigung des Annahmewillens. Anm. 59.

   Daraus folgt, daß der Oblat die begonnene Leistung wieder redressiren und dadurch den Antrag unacceptirt lassen kann. Denn eben nur die Vollendung der Leistung ist die Annahme. Anm. 60.
4. **Bis wann muß die Annahmeerklärung abgegeben werden?** Nach dem Inhalte unseres Paragraphen entscheidet hierüber der Wille des Antragenden, mag dieser Wille aus dem Antrag selbst oder aus den Umständen zu entnehmen sein. Allein, daß in erster Linie der Wille des Antragenden entscheidet, ist selbstverständlich. Es fragt sich jedoch, was, wenn für den Willen des Antragenden kein besonderer Anhalt vorliegt, nach der Verkehrssitte als Regel anzunehmen ist? Darauf ist zu antworten, daß der Verkehrssitte gemäß der Fall der Annahme ohne Annahmeerklärung gegenüber dem Offerenten regelmäßig nur dann vorliegt, wenn man an der Acceptation nicht zweifelt und deshalb eine solche Erklärung gar nicht erst erwartet, wenn man vielmehr davon ausgeht, daß der andere Theil mit dem Antrage selbstverständlich einverstanden und die gewünschte Leistung deshalb sofort bewirken werde (vergl. oben Anm. 56). Man erwartet also die sofortige Leistung, und deshalb ist eine rechtzeitige Annahmeerklärung im Sinne des vorliegenden Paragraphen regelmäßig in der sofortigen Bewirkung der Leistung zu erblicken. Man acceptirt den Antrag dadurch, daß man die Leistung ohne Verzug in Angriff nimmt und bewirkt. Geschieht dies, so ist der Offerent bis zur Vollendung der Leistung an seinen Antrag gebunden. Er hört aber auf, gebunden zu sein, wenn die Leistung nicht so schleunig bewirkt wird, daß man dies als unverzügliche Ausführung bezeichnen kann. Anm. 61.
5. **Die Vollendung der Leistung ist eine gehörige Annahme auch dann, wenn sie mangelhaft erfolgt.** In solchen Falle ist der Antrag angenommen, der Vertrag zu Stande gekommen, Anm. 62.

aber mangelhaft erfüllt, und daraus ergeben sich selbstständige Rechtsfolgen, welche mit der vorliegenden Frage nichts zu thun haben.

Anm. 63. **Zusatz. Wohl zu unterscheiden von den Fällen des vorliegenden Paragraphen sind die Fälle, in denen die Acceptation im Schweigen liegt.** Dieses ist eine dem anderen Theil gegenüber abgegebene Annahmeerklärung. Wann Schweigen Annahme bedeutet, darüber siehe Anm. 13 u. 14 zu § 346, auch die Erläuterung zu § 362.

H. § 152 B.G.B.

Anm. 64. Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne daß beide Theile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zu Stande, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist. Die Vorschrift des § 151 Satz 2 findet Anwendung.

Anm. 65. **Der vorliegende Paragraph ordnet an, daß bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eines Vertrages die Beurkundung der Annahme genügt.** Eine Annahmeerklärung gegenüber dem Antragenden ist auch hier nicht erforderlich, um den Vertrag perfekt zu machen.

1. Der Paragraph findet nicht bloß dann Anwendung, wenn das Gesetz die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt, sondern auch dann, wenn die Parteien ohne gesetzliche Nothwendigkeit die gerichtliche oder notarielle Beurkundung wählen.

Anm. 66. 2. **Die Beurkundung der Annahme** muß natürlich so zeitig erfolgen, wie dies dem Willen des Antragenden entspricht. Das bedeutet, daß der § 151 Satz 2 B.G.B. Anwendung findet. Erfolgt sie später, so ist es eine verspätete Annahme, die aber zunächst noch keine neue Offerte ist, sondern erst, wenn sie dem Offerenten zugeht.

J. § 153 B.G.B.

Anm. 67. Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch verhindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.

Anm. 68. 1. **Der vorliegende Paragraph giebt eine Auslegungsregel:** Der Tod oder die eintretende Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers sollen nach dem Gesetz kein Hinderniß bilden, den vom lebenden oder geschäftsfähigen Antragsteller gestellten Antrag anzunehmen. Nur dann verliert der Antrag durch den Tod oder die eintretende Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers seine verbindliche Kraft, wenn ein solcher Wille des Antragenden anzunehmen ist.

Anm. 69. 2. Eine Auslegungsregel dahin, daß der Tod oder die eintretende Geschäftsunfähigkeit des anderen Theils den Antrag nicht annahmeunfähig macht, war geplant, ist aber nicht gegeben. Hier folgt alles aus den Umständen des Falles. Ganz abstrakt betrachtet, verliert jedenfalls der Antrag seine Annahmefähigkeit durch die gedachten Ereignisse nicht. Aber das Gesetz giebt auch keine Auslegungsregel nach dieser Richtung.

K. § 154 B.G.B.

Anm. 70. Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.

Anm. 71. **Der vorliegende Paragraph giebt zwei Vorschriften über die Perfektion des Vertrages, eine materielle und eine formelle.**

1. (Abs. 1). **Die materielle Vorschrift** besagt, was schon früher Rechtens war, ohne daß die Gesetze es ausgesprochen hatten, daß ein Vertrag nicht eher zu Stande kommt, als bis die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über welche die Vereinbarung nach der Erklärung einer der Parteien getroffen werden sollte. Die Vorschrift ist wohl geeignet, dem Irrthum vorzubeugen, als sei der Vertrag geschlossen, wenn man sich über die wesentlichen Punkte, die essentialia, geeinigt hat. Das wäre nicht richtig. Die Konsenserklärungen

müssen vielmehr alle diejenigen Punkte umfassen, welche von den Parteien, sei es auch nur von einer, als für sie wesentlich betrachtet und als solche hingestellt wurden. Der Kaufvertrag ist also nicht etwa perfekt, wenn über Preis und Waare eine Einigung erzielt ist, die von den Parteien angestrebte Einigung über andere Punkte, auf welche sie Werth legten, aber noch aussteht, wenn z. B. das Zahlungsziel, welches der sonst mit allem zufriedene Kauflustige beansprucht, dem Verkäufer so exorbitant erscheint, daß er es nicht bewilligen kann, oder wenn der Käufer mit Preis und Waare einverstanden ist, aber hinsichtlich der Verpackung noch besondere Bedingungen stellt, oder sich die Stellung besonderer Bedingungen noch vorbehält (Bolze 11 Nr. 204; 16 Nr. 217).

2. (Abs. 2.) **Die formelle Vorschrift** ist eine Auslegungsregel dahin, daß, wenn die Parteien Anm. 72.
die Beurkundung des beabsichtigten Vertrages vereinbaren, die Form im Zweifel Giltigkeitserforderniß, nicht bloß Beweismittel sein soll. Es muß sich um einen beabsichtigten Vertrag handeln. Nur für diesen Fall ist die Auslegungsregel gegeben. Die Abrede der Beurkundung muß also, damit der vorliegende Paragraph Platz greift, getroffen sein vor der Einigung oder zugleich mit der Einigung in continenti mit derselben. Bei einer Einigung im Gespräch wird man es nicht so genau nehmen, wenn auch die Abrede der Beurkundung sich an die sonstige Einigung erst anschließt. Es wird dann immer gesagt werden können, sie sei in continenti erfolgt.

Erhellt aber, daß die Parteien fest gebunden sein sollten, und ver- Anm. 73.
einbaren sie nachträglich, daß der Inhalt der Vereinigung auch beurkundet werden soll, so greift die Auslegungsregel des vorliegenden Paragraphen nicht Platz. Als Giltigkeitserforderniß kann solche Abrede im Einzelfall gleichwohl gemeint sein; das muß von Fall zu Fall ermittelt werden.

Gegenüber dem bisherigen Handelsrecht ist die Vorschrift dieses Absatzes neu (vergl. Anm. 74.
unsere 5. Aufl. § 7 zu Art. 317).

Zu bemerken ist, daß für die vereinbarte Beurkundung nicht immer dieselben Vorschriften gelten, wie für die gesetzlich vorgeschriebene Beurkundung (vergl. z. B. § 127 B.G.B.). Näheres zu § 350 H.G.B.

L. § 155 B.G.B.

Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, Anm. 75.
über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.

Der vorliegende Paragraph enthält eine Ausnahme von der Regel des § 154 B.G.B. Anm. 76.
Die Ausnahme ist ebenso wichtig, als verständig. Es kommt häufig vor, daß die Parteien sich über einen Punkt nicht einigen, den Vertrag gleichwohl als geschlossen ansehen, ihn ausführen und bethätigen. Es wäre ungerecht, wollte man hieraus einem Theil das Recht gewähren, nachträglich die mangelnde Einigung gemäß § 154 B.G.B. geltend zu machen. Deshalb bestimmt der vorliegende Paragraph, daß der Vertrag im Uebrigen gilt, d. h. es gilt alles Vereinbarte, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über jenen Punkt geschlossen sein würde.

Ueber jenen Differenzpunkt gilt dann das, was sich aus dem Gesetze Anm. 77.
ergiebt, es sei denn, daß die Umstände hier eine andere Regelung ergeben. In letzterer Hinsicht vergl. z. B. das Beispiel von Neumann, Handausgabe Anm. zu § 154 B.G.B. Haben die Parteien über einen Kaufvertrag verhandelt und sehen denselben als geschlossen an, obgleich sie sich darüber nicht geeinigt haben, ob das Kaufgeld mit 3 oder mit $3^1/_2$% verzinst werden soll, so wird man keinesfalls annehmen, daß 4% Zinsen zu zahlen sind, obgleich dies die gesetzliche Regelung ist.

M. Uebergangsfrage.

Ob ein Antrag wirksam und bindend ist, der vor dem 1. Januar 1900 gestellt ist, richtet Anm. 78.
sich nicht bloß nach dem alten Recht, sondern auch nach dem neuen Recht. Er muß nach altem

Recht wirksam und bindend sein; das neue Recht verleiht ihm sonst die Wirksamkeit nachträglich. Denn es ist ein Thatbestand, der unter das alte Recht fällt. Er muß aber auch nach dem neuen Recht wirksam und bindend sein; denn er soll ja erst unter dem neuen Recht angenommen werden; er muß also diese Fähigkeit nach dem neuen Recht haben. Das neue Recht entscheidet über die Gesammtheit der Voraussetzungen derjenigen Schuldverhältnisse, welche unter dem neuen Recht entstehen — Art. 170 E.G. zum B.G.B. — (vergl. Lehmann in G.Z. 48 S. 86). Danach ist z. B. die Frage zu beurtheilen, ob eine schriftliche Offerte zu einem Grundstückskauf, gemacht am 28. Dezember 1899, mit Erklärungsfrist auf 14 Tage, nach dem 1. Januar 1900 noch bindend ist und wie sie acceptirt werden muß, um den Vertrag perfekt zu machen. Die Antwort ist, daß die Offerte am 1. Januar 1900 ihre bindende Kraft verliert. Man kann dem gegenüber nicht sagen, der Antrag sei bereits ein Schuldverhältniß, welches nach Art. 170 E.G. zum B.G.B. nach den Regeln des alten Rechts beurtheilt wird, wenn es zur Zeit des alten Rechts gethätigt wird. Nach dem Sprachgebrauch und dem System des B.G.B. gehört der Antrag nicht zu den Schuldverhältnissen.

Anm. 79. Ist der Antrag hiernach nach altem und neuem Recht wirksam und bindend, so muß er nach den Regeln des neuen Rechts angenommen werden. Die Wirkungen des so entstandenen Schuldverhältnisses bestimmen sich alsdann nach neuem Recht. Denn es handelt sich um ein unter der Herrschaft des neuen Rechts entstandenes Schuldverhältniß, Art. 170 E.G. zum B.G.B. greift daher nicht Platz. Wenn Habicht (Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Schuldverhältnisse S. 134) das Gegentheil behauptet, weil dies dem Willen des Antragstellers entspreche, ein Antrag aber nur in dem Sinne angenommen werden könne, wie er gestellt sei, so ist darauf zu erwidern, daß es sich hier um solche Rechtswirkungen handelt, die außerhalb des Willens der Parteien liegen, die sie nicht gewollt, an die sie nicht gedacht haben. Soweit freilich der Antragsteller eine bestimmte Rechtsfolge erkennbar gewollt hat, ist selbstverständlich dieser Wille maßgebend, weil nach altem und nach neuem Recht der Wille der Parteien für den Vertragsinhalt entscheidend ist. Wie aber z. B., wenn der Vertrag nach altem Recht giltig, nach neuem Recht ungiltig ist? Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß das neue Recht entscheidet.

§ 362.

Geht einem Kaufmanne, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte von Jemand zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, so ist er verpflichtet, unverzüglich zu antworten; sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags. Das Gleiche gilt, wenn einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung von Geschäften von Jemand zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat.

Auch wenn der Kaufmann den Antrag ablehnt, hat er die mitgesendeten Waaren auf Kosten des Antragstellers, soweit er für diese Kosten gedeckt ist und soweit es ohne Nachtheil für ihn geschehen kann, einstweilen vor Schaden zu bewahren.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph statuirt Ausnahmefälle, in welchen Schweigen als Annahme der Vertragsofferte gilt.** Ob sonst noch Schweigen als Annahme gilt, ist hier nicht entschieden, darüber siehe Anm. 13. u. 14 zu § 346.

In Abs. 1 werden die Ausnahmefälle dargestellt und die Folgen des Schweigens festgesetzt, in Abs. 2 wird hinzugefügt, was Rechtens ist, wenn die Offerte abgelehnt wird.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Die Fälle, in welchen nach der vorliegenden Vorschrift Schweigen als Annahme gilt,** sind:

a) Erster Fall: Einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, geht ein Antrag über Be-

sorgung solcher Geschäfte von Jemandem zu, mit dem er in Geschäftsverbindung steht.

a) Der Antrag muß also gerichtet sein auf „Besorgung eines Geschäfts". Dieser im B.G.B. in der Lehre vom Antrage, vom Dienstvertrage und vom Werkvertrage, besonders in den §§ 662 und 675 B.G.B. gebrauchte Ausdruck ist geradezu eine Crux des neuen Rechts. Die Meinungen, was darunter zu verstehen ist, gehen weit auseinander. So viel ist sicher, daß, wenn § 675 B.G.B. sagt: „Auf einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" ꝛc., und dieser Relativsatz einen Sinn haben soll, die Geschäftsbesorgung nicht Dienste aller Art zum Gegenstande haben kann. Wir meinen nun, daß die Dienste rein thatsächlicher Art ausgeschieden werden müssen. Gemeint ist nach unserer Ansicht die Besorgung eines Rechtsgeschäfts für Rechnung eines Anderen, sei es im Namen des Anderen oder in eigenem Namen. Der mit der Besorgung eines Rechtsgeschäfts Betraute ist der Beauftragte im Sinne des § 662 B.G.B., der Mandatar, und wer gegen Entgelt die Besorgung eines Rechtsgeschäfts für einen Anderen übernimmt, schließt zwar einen Werkvertrag oder einen Dienstvertrag, aber einen solchen besonderer Art: er besorgt ein Geschäft für einen Anderen. Zieht man diese Grenze nicht, schließt man vielmehr auch die rein thatsächlichen Geschäfte in den Begriff der Geschäftsbesorgung ein, so entsteht völlige Unklarheit. S. z. B., wenn Cosack S. 508 annimmt, daß außer den rechtsgeschäftlichen Besorgungen auch diejenigen faktischen Besorgungen darunter fallen, welche rechtlich das Vermögen des anderen Theiles berühren. Unter Zugrundelegung dieses Gesichtspunktes gelangt Cosack dazu, die Waschfrau zur Geschäftsbesorgerin zu machen, den Arzt nicht. Berührt denn aber die Thätigkeit des Arztes nicht auch rechtlich das Vermögen des anderen Theils? Weniger als die Thätigkeit der Waschfrau, die dem Dienstempfänger ein Hemd wäscht? Auch ist man wohl berechtigt, bei Auslegung eines Gesetzbuches, welches unter der „Geschäftsfähigkeit" die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften versteht, unter der „Geschäftsbesorgung" die Besorgung von Rechtsgeschäften zu verstehen. Anm. 2.

Nicht gebilligt kann die Auffassung Hellwig's (Verträge auf Leistung an Dritte S. 517) werden: Geschäftsbesorgung sei die Entfaltung der Thätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit bestimmter Angelegenheiten, also die Thätigkeit, welche auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (rechtlicher oder thatsächlicher Art) gerichtet ist. Der Erfolg müsse auf vermögensrechtlichem Gebiete liegen. Hiernach wäre jeder Werkvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag, und doch spricht § 675 B.G.B. von Werkverträgen, welche eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, sodaß es auch andere Werkverträge geben muß. Und wie steht es mit den Dienstverträgen? Findet Hellwig das Kriterium des Geschäftsbesorgungsvertrages darin, daß sein Gegenstand ein bestimmter Erfolg ist, so scheiden alle Dienstverträge aus; denn Gegenstand dieser sind die Dienste, nicht der Erfolg derselben. Das würde aber dem § 675 B.G.B. widersprechen, denn dieser spricht ja von Dienstverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Findet Hellwig das Kriterium des Geschäftsbesorgungsvertrages aber darin, daß zwar der durch die Thätigkeit zu erzielende Erfolg nicht nothwendig Gegenstand des Vertrages ist, daß aber doch jedenfalls die Entfaltung der Thätigkeit auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges rechtlicher oder thatsächlicher Art gerichtet ist, so fallen nicht bloß alle Werkverträge darunter — was, wie schon gezeigt, dem § 675 B.G.B. widerspricht —, sondern auch alle Dienstverträge — was ebenfalls dem § 675 widerspricht. Denn das kann wohl von jedem Dienstvertrage gesagt werden, daß die Thätigkeit des Dienstverpflichteten „auf die Erledigung bestimmter Angelegenheiten, auf die Herbeiführung bestimmter Erfolge gerichtet" ist. Der Stiefelputzer, der Dienstmann, die Köchin, die Waschfrau, der Hausarzt, sie alle entfalten eine Thätigkeit, die auf die Erledigung bestimmter An- Anm. 3.

gelegenheiten, auf die Herbeiführung bestimmter Erfolge gerichtet ist: der Stiefelputzer hat die Angelegenheit des Stiefelputzens zu erledigen und seine Thätigkeit ist jedenfalls gerichtet auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, des Blankwerdens der Stiefel, die Köchin hat die Speisen schmackhaft zuzubereiten, auf die Erledigung dieser bestimmten Angelegenheit, auf die Herbeiführung dieses Erfolges ist die von ihr zu entfaltende Thätigkeit gerichtet, die Waschfrau hat meine Wäsche rein zu waschen, der Hausarzt soll mein krankes Kind gesund machen, alles wichtige und bestimmte Angelegenheiten, auf deren Erledigung, ganz bestimmte Erfolge, auf deren Herbeiführung die Thätigkeit dieser Personen gerichtet ist. Mit Unrecht stimmt daher Jäger (K.O. § 22 Anm. 10) den Ausführungen Hellwig's zu, obgleich er zugiebt, daß sie sich im Widerspruche mit der Systematik des Gesetzes befinden.

Anm. 4. Beispiele: Ein Auftrag zur Geschäftsbesorgung ist hiernach der einem Bankier ertheilte Auftrag zur Ausführung eines Börsengeschäfts, der einem Spediteur ertheilte Auftrag zur Abschließung von Frachtverträgen, der einem Makler ertheilte Auftrag zur Vermittelung eines Vertragsabschlusses (denn der Makler soll den anderen Theil zur Abgabe einer Offerte bewegen und die Offerte entgegennehmen, letzteres ist eine Geschäftsbesorgung), der einem Reisebureau ertheilte Auftrag zur Besorgung eines Rundreisebillets, nicht aber der demselben Bureau ertheilte Auftrag zur Zusammenstellung eines Rundreisebillets, das letztere ist ein rein faktischer Dienst; der einem Boten ertheilte Auftrag zur Abgabe eines Briefes, und sei es auch nur in den nächsten Postbriefkasten, ist ein Geschäftsbesorgungsauftrag, dagegen nicht der einem Schreiber ertheilte Auftrag zur Abschrift eines Briefes.

Anm. 5. Selbstverständlich gehören nicht dazu Aufträge sonstiger Art: Waarenbestellungen, Kaufangebote, (vergl. nach früherem Recht R.O.H. 5 S. 170; 7 S. 338; Bolze 3 Nr. 698; L.G. Chemnitz in G.Z. 40 S. 496). Indessen ist damit nicht gesagt, daß bei Waarenbestellungen das Schweigen niemals als Annahme gilt. Aus der Verkehrssitte, aus den Umständen des Falles wird, zumal zwischen Personen, die in Geschäftsverbindung mit einander stehen, kann auch hier oft das Gleiche sich ergeben.

Anm. 6. Ueberall handelt es sich bloß um den Auftrag zur Besorgung des Geschäfts, um die Ertheilung des Mandats, nicht auch um den Fall, wo der Geschäftsbesorger sich zur Besorgung eines Geschäfts erbietet und keine Antwort erhält. Dieser Fall ist hier nicht geregelt.

Anm. 7. β) Einem Kaufmann, dessen Gewerbetrieb die Besorgung von Geschäften solcher Art mit sich bringt, muß ein solcher Auftrag zugehen. Der Fall liegt also nicht vor, wenn einem Spediteur ein Maklerauftrag, einem Reisebureau ein Börsenkommissionsauftrag zugeht.

Welche Arten von Kaufleuten gemeint sind, d. h. wann der Gewerbebetrieb die Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, darüber siehe oben Anm. 3.

Anm. 8. Die Kaufmannsqualität kann übrigens auf § 1 oder auf § 2 oder auf § 3 Abs. 2 beruhen, es kann auch ein Minderkaufmann sein (vergl. Anm. 17 zu § 4), es genügt auch, wenn der Gewerbetreibende nicht Kaufmann ist, aber in Folge der Eintragung gemäß § 5 als Kaufmann gilt; ja es ist selbst genügend, daß er in Folge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt (Exkurs zu § 5).

Anm. 9. γ) Von Jemand, mit dem der Kaufmann in Geschäftsverbindung steht, muß ihm der Auftrag zugehen. Dieser „Jemand" braucht selbst nicht Kaufmann zu sein. Es genügt also, wenn auf Seiten des Geschäftsbesorgers ein Handelsgeschäft vorliegt. Es muß zwischen beiden Parteien eine Geschäftsverbindung bestehen. Ueber diesen Begriff siehe R.G. 28 S. 322. Die Geschäftsverbindung braucht nicht auf Besorgung von Geschäften solcher Art zu gehen.

b) Zweiter Fall: Ein Geschäftsbesorgungsauftrag geht einem Kaufmann zu von Jemandem, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. Anm. 10.

α) Ein Geschäftsbesorgungsauftrag muß es sein. Hierüber oben Anm. 3.

β) Einem Kaufmann muß er zugehen. Hierüber oben Anm. 8. Der Kaufmann braucht hier aber nicht ein Gewerbe zu betreiben, dessen Inhalt die Besorgung von Geschäften solcher Art oder überhaupt die Besorgung von Geschäften ist.

γ) Von Jemandem, dem gegenüber sich der Kaufmann zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat. Anm. 11. Wer der Antragende ist, ist gleichgiltig, es braucht kein Kaufmann zu sein.

Auch hier ist ersichtlich, daß es sich nur um den Fall handelt, wo dem Geschäftsbesorger der Auftrag zur Geschäftsbesorgung ertheilt wird, d. h. nur um den Fall, wo einem Kaufmann, der sich zur Besorgung von Geschäften erboten hat, nunmehr ein solcher Auftrag ertheilt wird. In diesem Falle ist Schweigen Annahme. Würde der betreffende Kaufmann sich zur Besorgung eines einzelnen Geschäfts erbieten und der andere Theil schweigen, so gälte das nicht als Annahme auf Grund des vorliegenden Paragraphen. Anm. 12.

2. (Abs. 1.) **In diesen beiden Fällen ist der Antragempfänger verpflichtet, unverzüglich zu antworten.** Unverzüglich bedeutet, hier wie immer, ohne schuldhafte Zögerung (§ 121 Abs. 2 B.G.B.). Zeit zur Ueberlegung muß er natürlich haben. — Daß er unverzüglich geantwortet hat, hat der Kaufmann, dem der Antrag gemacht wird, zu beweisen. Denn es ist seine Pflicht, sofort zu antworten und sein Zögern zu enschuldigen. — Die Absendung der Antwort genügt aber; sie reist dann auf Gefahr des Offerenten (Regelsberger bei Endemann II S. 452). Ist die Ablehnung bestimmt erfolgt, so kann das Schweigen auf den wiederholten Antrag nicht als Annahme gelten (R.O.H. 5 S. 170). Anm. 13.

Ueberall ist hierbei zu beachten, daß keine Pflicht zur Geschäftsbesorgung hier statuirt ist (R.O.H. 15 S. 273). Der Oblat kann ablehnen, nur muß er es ohne Zögern thun. Durch Handelsgebrauch kann aber eine solche Verpflichtung in gewissen Grenzen statuirt werden, z. B. zwischen Bankiers und Kunden, hier besteht die Pflicht des Bankiers zur Abschließung des zur Lösung des Engagements nöthigen Geschäfts, wenn der Kunde dasselbe verlangt und es für den Bankier kein neues Risiko involvirt (R.O.H. 15 S. 282; Bolze 12 Nr. 390). Anm. 14.

3. (Abs. 1.) **Erfüllt der Oblat die sofortige Antwortpflicht nicht,** so ist der angetragene Vertrag geschlossen. Das Schweigen gilt als Annahme und der ertheilte Auftrag, der angetragene Dienst- oder Werkvertrag ist perfekt. Der Geschäftsbesorger ist verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen zur Vermeidung aller derjenigen Rechtsfolgen, welche die Nichterfüllung eines solchen Vertrages nach sich zieht. Aber auch der Offerent ist gebunden. Denn das Schweigen „gilt" als Annahme und damit kann auch der Oblat rechnen. Anm. 15.

4. (Abs. 2.) **Verpflichtung des Oblaten im Falle der Ablehnung.** Treffen die Voraussetzungen des ersten Absatzes zu, so hat der Oblat selbst im Falle der Ablehnung Pflichten gegenüber dem Offerenten. Der Fall der Ablehnung liegt auch dann vor, wenn der Oblat unter Einschränkungen acceptirt. Anm. 16.

Die für den Fall der Ablehnung statuirten Rechtspflichten sind zwar hier nur für den Fall, daß Waare abgesendet wurde, normirt, sie sind aber analog auszudehnen auf alle sonstigen Fälle des vorliegenden Paragraphen. Immer hat, wenn nur die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, der ablehnende Oblat die Pflicht, den Offerenten vor Schaden zu bewahren, soweit es ohne eigenen Nachtheil geschehen kann. Anm. 17.

Die gedachte Fürsorgepflicht kann der Oblat dadurch erfüllen, daß er die ihm übersandten Gegenstände bei einem Dritten oder in einem öffentlichen Lagerhause niederlegt. Einer Ermächtigung des Gerichts bedarf er hierzu nicht. Der frühere Art. 323 Abs. 3, der dem Oblaten dieses Niederlegungsrecht mit Zustimmung des Gerichts gab, ist mit Recht gestrichen worden (Denkschrift S. 202). Will der Oblat weitergehende Maß- Anm. 18.

regeln ergreifen, etwa den Verkauf der Waare bei drohendem Verderben, so kann er dies allerdings eigenmächtig nicht thun, sondern nur unter Angehung des ordentlichen Prozeßgerichts, etwa im Wege der einstweiligen Verfügung.

Anm. 19. **Zusatz 1.** Der vorliegende § 362 H.G.B. steht mit dem § 151 B.G.B. (Anm. 55 im Exkurse zu § 361) nicht im Widerspruche. Dort ist gesagt, daß unter Umständen die Annahme genügt, wenn sie auch dem Offerenten gegenüber nicht erklärt wird. Hier wird ausnahmsweise das bloße Schweigen als genügende Annahmeerklärung hingestellt. Die Verschiedenheit der beiden Rechtssätze leuchtet ein. Der Rechtssatz des vorliegenden Paragraphen geht weiter und ist strenger. Beim § 151 B.G.B. wird immer noch eine Annahmeerklärung oder vielmehr eine Annahmehandlung erfordert, sie braucht nur dem Offerenten nicht kundgegeben zu werden. Unser Paragraph sieht von jeder Annahmeerklärung und jeder Annahmehandlung ab und begnügt sich mit dem bloßen Schweigen. Wo unser § 362 H.G.B. Platz greift, ist für den Thatbestand des § 151 B.G.B. kein Raum mehr.

Anm. 20. **Zusatz 2. Eine Ergänzung findet der Rechtssatz des vorliegenden Paragraphen im § 663 B.G.B.** Dieser statuirt eine unverzügliche Antwortpflicht für jeden, der zur Besorgung gewisser Geschäfte bestellt ist oder sich öffentlich dazu erboten hat. Der § 663 B.G.B. lautet:

> Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen. Das Gleiche gilt, wenn sich Jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat.

Auf Dienstverträge und Werkverträge, deren Gegenstand die Besorgung von Geschäften ist, ist der § 663 B.G.B. ebenfalls anwendbar (§ 675 B.G.B.).

Anm. 21. 1. **Der § 663 B.G.B. ist nur subsidiär anwendbar.** Nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 362 H.G.B. nicht Platz greifen, ist der § 663 B.G.B. anwendbar. Weist, was oft der Fall sein wird, der Thatbestand die Erfordernisse beider Paragraphen auf, so hat der § 362 H.G.B. den Vorzug (Art. 2 Abs. 1 E.G. z. H.G.B.). Das ist wichtig, weil nach dem vorliegenden Paragraphen die unterlassene Antwort Annahme bedeutet, nicht auch nach § 663 B.G.B. Hat sich z. B. ein Reisebureau, dessen Inhaber Kaufmann ist, Jemandem gegenüber zur Besorgung von Fahrscheinen erboten, und geht ihm nunmehr ein solcher Antrag zu, so erfüllt dieser Thatbestand alle Erfordernisse des § 362 H.G.B. und es kommt deshalb dieser Paragraph zur Anwendung; der Antrag auf Besorgung eines Rundreisebillets ist acceptirt, wenn er nicht unverzüglich abgelehnt wird, und das Reisebureau kann auf Ausführung dieses Auftrages verklagt werden. Zwar erfüllt dieser Thatbestand auch die Erfordernisse des § 663 B.G.B. Satz 2. Allein dieser Paragraph kommt nicht zur Anwendung.

Anm. 22. 2. **Liegen nun die Voraussetzungen des § 362 H.G.B. nicht vor, wohl aber die des § 663 B.G.B.** (d. h. öffentliches Bestellen oder öffentliches Anbieten oder direktes Anbieten zur Besorgung von Geschäften, und Ertheilung eines solchen Antrages) so ist der Geschäftsbesorger (über diesen Begriff siehe oben Anm. 3) zur unverzüglichen Anzeige der Ablehnung des Antrages verpflichtet. Lehnt er aber nicht unverzüglich ab, so kommt der Auftragsvertrag nicht etwa zu Stande. Daß das Schweigen als Annahme gilt, ist hier nicht angeordnet. Er verletzt nur eine ihm obliegende Rechtspflicht und daraus ergiebt sich, daß er dem andern Theil schadensersatzpflichtig ist, weil es allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, daß die Verletzung von Rechtspflichten zum Schadensersatz verbindlich macht (Denkschrift S. 202; Planck Anm. 4 zum § 663 B.G.B.; vergl. unsere Erläuterung zu § 347 H.G.B.).

Anm. 23. 3. Zu bemerken ist, daß der § 663 B.G.B. mit dem § 151 B.G.B. (Anm. 55 im Exkurse zu § 361) nicht im Widerspruch steht. Im letzteren Paragraphen ist angeordnet, daß nach der Verkehrssitte eine Annahme bethätigt werden kann ohne Erklärung gegenüber dem Offerenten. Der vorliegende Paragraph bestimmt hierüber

nichts. Er ordnet nicht an, daß das Schweigen Annahme ist, er ordnet auch nicht an, daß die Bewirkung der Leistung Annahme ist, er ordnet überhaupt nichts über die Annahme an, sondern behandelt vielmehr gerade den umgekehrten Fall, daß der Antrag nicht angenommen, sondern abgelehnt wird, und bestimmt, daß dies, die Ablehnung, unverzüglich angezeigt werden muß (vergl. Planck Anm. 1 § 663 B.G.B.). Unterläßt der Oblat dies, so gilt zwar der Antrag als abgelehnt, aber für den Schaden, der dem Offerenten dadurch erwächst, daß ihm die Ablehnung nicht unverzüglich angezeigt wurde, ist ihm der Oblat in dem Falle des vorliegenden Paragraphen verantwortlich (vorausgesetzt, daß nicht etwa der Fall des § 362 H.G.B. vorliegt und die unterlassene Ablehnungsanzeige daher als Annahme gilt).

Zusatz 3. Wegen der Uebergangsfrage bei Anwendung der §§ 362 H.G.B. und 663 B.G.B. siehe den Exkurs zu § 361 Anm. 78 u. 79. Anm. 24.

§ 363.

Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Dasselbe gilt von Verpflichtungsscheinen, die von einem Kaufmann über Gegenstände der bezeichneten Art an Order ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist.

Ferner können Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolizen durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph enthält die Vorschrift, daß gewisse Urkunden unter gewissen Voraussetzungen durch Indossament übertragen werden können. Diese Urkunden nennt man die handelsrechtlichen Ordrepapiere. Es giebt noch ein Ordrepapier, nämlich den Wechsel. Dieser ist von Gesetzeswegen Orderpapier d. h. auch dann, wenn er nicht ausdrücklich an Order lautet. Außerdem ist auch die Namensaktie von Gesetzeswegen ein Orderpapier.

Im ersten Absatz des vorliegenden Paragraphen werden die kaufmännischen Anweisungen und die kaufmännischen Verpflichtungsscheine, im zweiten die übrigen handelsrechtlichen Orderpapiere (außer der Namensaktie) erwähnt.

I. (Abs. 1.) **Die kaufmännische Anweisung.**

1. **Der Begriff der kaufmännischen Anweisung.** Anm. 1.

a) Die kaufmännische Anweisung ist eine Art der Anweisung. Unter dieser ist eine Urkunde zu verstehen, in welcher Jemand einen Anderen anweist, Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen Dritten zu leisten. Das ist nach § 783 B.G.B. der Begriff der Anweisung überhaupt. Ueberflüssig ist es hiernach, wenn unser § 363 nochmals hervorhebt, daß die Anweisung über die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen lauten muß; denn das muß ja jede Anweisung. Ueber den Begriff der Werthpapiere siehe Anm. 37—39 zu § 1.

b) Die Anweisung muß auf einen Kaufmann ausgestellt sein, damit sie eine kaufmännische, d. h. eine indossirbare ist. Ueber die Kaufmannsqualität siehe unten Anm. 19. Sie muß vorliegen zur Zeit der Ausstellung d. h. zur Zeit der Ertheilung der Anweisung und, soweit es sich um die Verpflichtung des Assignaten handelt, zur Zeit seiner schriftlichen Acceptation. — Der Aussteller der Anweisung kann auch ein Nicht- Anm. 2.

kaufmann sein. Nach dem alten H.G.B. Art. 301 war dagegen gerade die von einem Kaufmann ausgestellte Anweisung die kaufmännische Anweisung.

Anm. 3. c) Ferner muß die Anweisung so ausgestellt sein, daß die Leistung unabhängig von einer Gegenleistung ist. (Vergl. hierüber unten Anm. 21). Zum Begriffe der Anweisung überhaupt gehört das nicht. Sonstige Bedingungen sind zulässig (vergl. Bolze 1 Nr. 947).

d) Sie muß an Order gestellt sein. Hierüber siehe unten Anm. 23—25).

Anm. 4. 2. **Wenn die Anweisung alle diese Erfordernisse aufweist, also eine kaufmännische Anweisung ist, so ist sie indossabel.** Lediglich diese besondere Wirkung weist sie gegen diejenige Anweisung auf, welche die Erfordernisse einer kaufmännischen Anweisung nicht hat, sondern nur die Erfordernisse einer civilrechtlichen Anweisung. Während die Letztere nur durch schriftliche Cession unter Uebergabe der Urkunde übertragbar ist (§ 792 B.G.B.), ist die kaufmännische Anweisung durch ein Indossament mit seinen eigenthümlichen und stärkeren Wirkungen übertragbar. Die Uebergabe der Urkunde muß selbstverständlich hinzukommen (Anm. 5 zu § 222).

Ueber die Form und die Wirkungen des Indossaments siehe die folgenden §§ 364 und 365.

Anm. 5. Daß der Indossatar auch selbst wieder indossiren kann, liegt im Wesen der Indossirbarkeit. Aber hervorgehoben mag werden, daß diese Wirkung der Orderklausel auch dadurch nicht aufgehoben werden kann, daß der Indossant die Indossirbarkeit durch eine Klausel verbietet. Eine solche Klausel wäre ungiltig (Puchelt Anm. 6 zu Art. 303).

Selbstverständlich kann auch die kaufmännische Anweisung durch Cession und Uebergabe des Papiers übertragen werden gemäß § 792 B.G.B.

Anm. 6. 3. **Im Uebrigen hat die kaufmännische Anweisung die gleichen Wirkungen, wie die civilrechtliche Anweisung,** also insbesondere:

a) Der Anweisende kann dem Assignaten gegenüber die Anweisung widerrufen, so lange dieser sie nicht dem Assignatar gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat (§ 790 B.G.B.). Die Annahme aber ist, wie Oertmann (Anm. 3 zu § 790 B.G.B.) zutreffend darlegt, dem Assignaten jederzeit auch vor der Fälligkeit gestattet.

Anm. 7. b) Die Annahme der Anweisung erfolgt gemäß § 784 B.G.B. durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung. Sie kann auch bedingt erfolgen (Bolze 3 Nr. 616). Ist die Annahme nicht auf der Anweisung selbst, aber schriftlich geschehen, so kann es ein Schuldversprechen gemäß § 780 B.G.B. und als solches ebenfalls giltig sein; ist die Annahme mündlich erfolgt, so kann sie als Schuldversprechen gemäß §§ 780, 782 B.G.B., § 350 H.G.B. gillig sein.

Anm. 8. Ueber die Form der Anweisungsannahme ist im Uebrigen nichts vorgeschrieben. Es muß bloß die Annahme daraus hervorgehen. Es ist zwar nicht, wie im Art. 21 der Wechselordnung, vorgeschrieben, daß jede Erklärung, aus welcher nicht die Ablehnung der Annahme hervorgeht, genügt. Aber im Großen und Ganzen wird es auf dasselbe hinauslaufen. So wird z. B. die bloße Unterschrift genügen. Dagegen wohl nicht Vermerke, wie „Gesehen", Vidi (O.G. Wien bei Adler & Clemens Nr. 126).

Anm. 9. c) Die Annahme der Anweisung verpflichtet den Acceptanten gegenüber dem Assignatar. Sie erzeugt also ein direktes Schuldverhältniß zwischen dem Assignaten und dem Assignatar. Dem acceptirenden Assignaten sind gegenüber dem Assignatar nur solche Einwendungen gegeben, welche die Giltigkeit der Annahme betreffen, oder welche sich aus dem Inhalte der Anweisung oder der Annahme ergeben oder welche dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen (vergl. über diese Einwendungen im Einzelnen Anm. 5 ff. zu § 364). Alles dies folgt aus § 784 B.G.B. Die Einwendungen der letzteren Art, (welche dem Assignaten unmittelbar gegenüber dem Anweisungsempfänger zustehen) sind, wenn die kaufmännische Anweisung indossirt ist, dem Indossatar gegenüber nicht gegeben (§ 364 Abs. 2). Ist

die Annahme der Anweisung nicht dem Assignatar gegenüber, sondern einem späteren Erwerber der Anweisung gegenüber erfolgt, so sind natürlich Einwendungen, die dem Schuldner gegenüber dem Assignatar zustehen, schon nach bürgerlichem Recht nicht zulässig (§ 792 Abs. 3 B.G.B.). Erwirbt ein Dritter von diesem Erwerber die Anweisung, so sind, wenn die Anweisung durch Cession erfolgt, diesem gegenüber alle Einwendungen zulässig, welche gegenüber demjenigen zustehen, dem gegenüber die Annahme erfolgt ist (vergl. jedoch § 405 B.G.B.: Einwand des Scheins und des vertragsmäßigen Ausschlusses der Cedirbarkeit ist versagt), bei zulässiger Indossirung aber nur innerhalb der Grenzen des § 364 Abs. 2.

Dem Assignanten haften der Acceptant nicht direkt (anders beim Wechsel nach Art. 23 Abs. 2 W.O.). Anm. 10.

d) Der Anspruch des Assignatars gegen den Acceptanten verjährt in drei Jahren (§ 786 B.G.B.). Anm. 11.

e) Hervorzuheben ist, daß ein Regreßanspruch des Assignatars gegen den Assignanten auf Grund der Anweisung auch bei der kaufmännischen Anweisung nicht besteht. Zahlt der Assignat oder Acceptant nicht, so kann auf Grund der Anweisung gegen den Assignanten nicht Regreß genommen werden (R.O.H. 13 S. 313; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 493; O.G. Wien bei Adler & Clemens Nr. 474, 978). Es muß vielmehr auf das zu Grunde liegende obligatorische Verhältniß zurückgegangen werden. Das Gleiche gilt von dem Indossanten. Auch gegen diesen giebt es keinen Regreß auf Grund der Urkunde (vergl. unten Anm. 27). Anm. 12.

4. **Schließlich muß noch der Vollständigkeit wegen hinzugefügt werden, daß auch die civilrechtliche Anweisung im Handelsverkehr häufig vorkommt,** so immer dann, wenn ein Kaufmann eine Anweisung auf einen Nichtkaufmann ausstellt. Denn nach dem neuen H.G.B. ist nur die auf einen Kaufmann ausgestellte Anweisung eine kaufmännische Anweisung. Auf die civilrechtliche Anweisung greifen die oben zu 3 dargestellten Rechtsregeln Platz, außerdem aber fallen die Beschränkungen und Sonderregeln, welche für die kaufmännische Anweisung zu 1 aufgestellt sind, fort. Insbesondere kann die civilrechtliche Anweisung nicht bloß sonstige Bedingungen und Beschränkungen aufweisen, sondern auch von einer Gegenleistung abhängig gemacht sein. Anm. 13.

Endlich aber muß noch hinzugefügt werden, daß es außer der im B.G.B. geordneten schriftlichen Anweisung auch noch eine mündliche Anweisung im Rechtsverkehr giebt, und daß nicht anzunehmen ist, daß das B.G.B., indem es nur für die schriftliche Anweisung Regeln gab, der mündlichen die rechtliche Anerkennung versagen wollte. Das hebt Oertmann (Vorbemerk. vor § 783 B.G.B.) mit Recht hervor, und mit Recht fügt er hinzu, daß auf diese mündliche Anweisung die für die schriftliche Anweisung gegebenen Rechtsregeln analoge Anwendung finden, soweit sie nicht etwa auf die schriftliche Anweisung als solche zugeschnitten sind. Was insbesondere die Annahme der Anweisung betrifft, so kann die mündliche Annahme als solche nicht gelten, höchstens als Schuldversprechen gemäß § 783 B.G.B., § 350 H.G.B. Anm. 14.

5. **Die Anweisung im Konkurse des Assignanten.** Die Anweisung wird durch den Eintritt des Konkurses des Assignanten in ihrem Bestande nicht tangirt; es erlischt nicht etwa der in der Anweisung liegende „Auftrag" durch den Konkurs des Assignanten, § 23 K.O. findet keine Anwendung; die Anweisung ist keine Unterart des Auftrags, sondern ein Rechtsinstitut eigener Art, (Jäger K.O. Anm. 16—19 zu § 23; anders Seuffert Konkursprozeß S. 174 Anm. 7); der Assignat kann also trotz der Konkurseröffnung über das Vermögen des Anweisenden die Anweisung acceptiren und honoriren, auch wenn er von der Konkurseröffnung Kenntniß hat. Letzteres verneint Jaeger Anm. 4 zu § 8 K.O.; allein warum sollte man eine in ihrem Rechtsbestande nicht tangirte Anweisung nicht gefahrlos acceptiren und honoriren dürfen? Natürlich ist der Konkursverwalter des An- Anm. 15.

weisenden in derselben Weise befugt, die Anweisung zu widerrufen, wie der Gemeinschuldner selbst, d. h. vor der Acceptation bezw. vor der Einlösung der nicht acceptirten Anweisung, aber nicht nachher (§ 790 B.G.B.; Jäger K.O. § 23 Anm. 18).

Anm. 16. II. (Abs. 2.) **Der kaufmännische Verpflichtungsschein.**

1. **Begriff und Form des kaufmännischen Verpflichtungsscheins:**

a) Der kaufmännische Verpflichtungsschein ist keine Abart eines im B.G.B. geordneten Instituts. Insbesondere würde man fehlgehen, wollte man ihn als eine Abart des im § 780 B.G.B. geordneten abstrakten schriftlichen Schuldversprechens betrachten. Die kaufmännische Abart dieses Schuldversprechens ist vielmehr in den §§ 350, 351 H.G.B. enthalten, in welchen bestimmt ist, daß ein von einem Vollkaufmann abgegebenes abstraktes Schuldversprechen der Form überhaupt nicht bedarf.

Anm. 17. Der hier in Rede stehende Verpflichtungsschein aber ist im Gegentheil seinem Wesen nach ein Schein, ein schriftliches Versprechen, eine Urkunde[1]), und umgekehrt gehört zu seinem Wesen nicht, daß der Schuldgrund nicht angegeben ist (vergl. unten Anm. 22).

Anm. 18. Der kaufmännische Verpflichtungsschein ist daher ein handelsrechtliches Institut sui generis. Der Begriff ist enger, als der des Schuldscheins nach § 344 Abs. 2. Ein solcher Schuldschein ist schon ein Brief, in welchem ein Schuldanerkenntniß ausgesprochen ist. **Der kaufmännische Verpflichtungsschein soll einen selbstständigen Verpflichtungsgrund darstellen und muß deshalb seinem Inhalte nach dazu geeignet sein.** Er muß die Uebernahme einer selbstständigen Verpflichtung erblicken lassen (ich verpflichte mich, ich zahle; Sie können an meiner Kasse erheben ꝛc.). Ausdrücke wie, „ich erkannte Sie für" ꝛc., „ich habe mir angemerkt, daß Sie mich in Ihren Büchern belastet haben für" ꝛc., dürften der Regel nach nicht ausreichen; sie sind mehr Notifikatorien, Mittheilungen, als Uebernahmen selbstständiger Verpflichtungen.

Anm. 19. 2. **Die Erfordernisse des kaufmännischen Verpflichtungsscheins** (außer den in Anm. 17 u. 18 behandelten, aus dem Begriffe der schriftlichen Verpflichtungserklärung sich ergebenden) sind:

a) Erstes Erforderniß ist, daß ein Kaufmann ihn ausgestellt hat, d. h. daß ein Kaufmann sich zu der betreffenden Leistung verpflichtet hat. Es kann ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2, auch nach § 4 (Minderkaufmann — vergl. Anm. 17 zu § 4) sein. Auch genügt es, daß § 5 vorliegt (d. h. daß der Betreffende in das Handelsregister eingetragen ist, obwohl sein Gewerbe kein Handelsgewerbe ist). Auch das genügt, daß Jemand sich im Rechtsverkehr als Kaufmann gerirt (Exkurs zu § 5). — Die Kaufmannsqualität in diesem Sinne muß zur Zeit der Ausstellung vorhanden sein und ist im Bestreitungsfall von dem Gläubiger zu beweisen. Daß die Ausstellung des Verpflichtungsscheins zu einem handelsgewerblichen Zwecke erfolgen müsse, ist nicht erforderlich (Bolze 9 Nr. 304). Doch gilt ein von einem Kaufmann ausgestellter Verpflichtungsschein stets als im Handelsbetrieb gezeichnet, sofern sich nicht aus ihm selbst das Gegentheil ergiebt (§ 344 Abs. 2). Sollte sich aber auch aus der Urkunde die Nichtzugehörigkeit zum Handel ergeben, so würde doch ein kaufmännischer Verpflichtungsschein im Sinne unseres Paragraphen vorliegen, wenn ein Kaufmann der Aussteller ist (vergl. hierüber Anm. 7 zu § 364). — Kaufmännische Verpflichtungsscheine sind z. B. die von den Aktiengesellschaften ausgestellten sog. Prioritätsobligationen (R.G. 12 S. 92; O.L.G. Dresden in G.Z. 43 S. 355).

---

[1]) Die schriftliche Form wird gewahrt durch die Erfüllung der Erfordernisse einseitiger Schriftlichkeit gemäß Anm. 34 ffg. zu § 350. Selbstverständlich wird hier, wie immer, das Erforderniß der niederen Form durch die Erfüllung der höheren Form gedeckt. Es liegt also ein kaufmännischer Verpflichtungsschein auch dann vor, wenn die Ausstellung desselben in notarieller Form erfolgt oder wenn die Form des zweiseitigen schriftlichen oder notariellen Vertrages gewählt ist.

b) Zweites Erforderniß ist, daß der Inhalt der Leistung einen vertretbaren Charakter hat: Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen. (Ueber den Begriff der Werthpapiere siehe Anm. 37—39 zu § 1.) Auch auf alternative Leistungen kann der Schein gerichtet sein, aber es müssen beide Alternativen vertretbare Sachen betreffen. — Auf eine bestimmte Summe aber braucht er nicht zu lauten: er kann z. B. auch auf periodische, ihrem Betrage nach unbestimmte Leistungen gehen (Beispiel: Genußscheine auf 5% Dividende). Anm. 20.

c) Drittes Erforderniß ist, daß die Verpflichtung zur Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, und zwar in der Urkunde selbst. So z. B. entspricht ein Verpflichtungsschein dahin: „Ich verpflichte mich gegen Lieferung von 20 Wispel Weizen 1000 Mark zu zahlen" oder umgekehrt „gegen Zahlung von 1000 Mark 20 Wispel Weizen zu liefern" diesem Erfordernisse nicht. Unter den Begriff der Abhängigkeit von einer Gegenleistung fällt aber nicht die Bestimmung, daß nur gegen Aushändigung der Urkunde geleistet wird (R.O.H. 19 S. 278). Und ferner ist es dem Verbote nicht zuwider, wenn eine wahre Bedingung an die Leistung geknüpft ist, z. B. wenn ein bestimmter Prozeß gewonnen wird; es darf nur die Bedingung nicht in der Gegenleistung des Gläubigers bestehen (R.O.H. 24 S. 241; Bolze 10 Nr. 386). Dem hier fraglichen Erfordernisse genügen auch die sogenannten Besserungsscheine (vergl. z. B. Bolze 5 Nr. 207). Anm. 21.

d) Nicht erforderlich ist, daß die Urkunde den Verpflichtungsgrund angiebt oder das Empfangsbekenntniß der Valuta enthält. Es kann also ein abstraktes Leistungsversprechen sein. Andererseits ist die Giltigkeit eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins nicht davon abhängig, daß ein abstraktes Versprechen vorliegt (vergl. oben Anm. 17). Die causa kann angegeben sein, die Natur der Urkunde als verpflichtende und indossable Urkunde wird dadurch nicht alterirt (R.O.H. 8 S. 431; R.G. 12 S. 95; 32 S. 82). Auch irgend eine Formel, wie z. B. „Gegen diesen Schein zahle ich" ist nicht vorgeschrieben (R.G. 32 S. 82). Anm. 22.

e) Endlich ist erforderlich, daß die Urkunde an Order lautet. Nur dann ist sie ein kaufmännischer Verpflichtungsschein. Nur für diesen Fall sind in diesem und den folgenden Paragraphen besondere Rechtswirkungen angeordnet. Es bezweckt der vorliegende Paragraph nicht etwa, die Verpflichtungskraft eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins überhaupt zu statuiren. Diese kann an sich nach dem B.G.B. nicht bezweifelt werden, da auch das abstrakte schriftliche Schuldversprechen nach § 780 B.G.B. giltig ist. Früher konnte man dem entsprechenden Art. 301 die Deutung geben, daß derselbe die Verpflichtungskraft des kaufmännischen Verpflichtungsscheins überhaupt statuiren sollte (vergl. unsere 5. Aufl. § 6 zu Art. 301), der Zusammenhang der neuen Gesetzbücher verbietet diese Deutung. Anm. 23.

Der Verpflichtungsschein muß hiernach an Order lauten, und zwar er selbst. Aus der Urkunde selbst muß die Uebertragbarkeit durch Indossament hervorgehen (vergl. R.G. 13 S. 154). Das Wort „an Order" braucht natürlich nicht gebraucht zu sein. Gleichbedeutende Ausdrücke (z. B. an N. N. oder sonstigen getreuen Inhaber) haben dieselbe Wirkung (R.O.H. 21 S. 80; 23 S. 293). Stellen an eigene Ordre ist zulässig; doch hat der Schein in solchem Falle erst mit der Indossirung Wirkung. Anm. 24.

Wenn aber die Stellung an Order fehlt, so ist kein kaufmännischer Verpflichtungsschein im Sinne des vorliegenden Paragraphen vorhanden und er ist daher nicht indossabel. Das trotzdem erfolgte Indossament kann aber vielleicht als Cession gedeutet werden (Bolze 2 Nr. 827; 17 Nr. 327; R.G. vom 10. April 96 in J.W. S. 285), wenn es auch zu weit geht, mit Dernburg II S. 332 in einem ungiltigen Indossament schlechtweg eine Cession zu erblicken. (§ 140 B.G.B. stützt diese letztere Ansicht nicht; oft, aber nicht immer, werden die Parteien eventuell eine Cession gewollt haben.) Lautet der Schein überhaupt nicht auf einen Be- Anm. 25.

rechtigten, so ist er ungiltig, wie z. B. ein Gutschein, lautend: Gut für 100 Mark (R.G. 8 S. 35; 14 S. 102, Bolze 18 Nr. 365) Lautet er auf den Inhaber, so richtet sich die Frage seiner Giltigkeit nach anderen Grundsätzen (vergl. den Exkurs zu § 365).

Anm. 26. 3. **Die hier angeordnete Wirkung des kaufmännischen Verpflichtungsscheins ist die Indossabilität** (nicht etwa die Verpflichtungskraft überhaupt, vergl. oben Anm. 23). Der Schein kann natürlich auch durch Cession übertragen werden (Vergl. hierüber Anm. 29 Note 1). Aber er kann ebenso auch durch Indossament mit seinen eigenthümlichen erhöhten Rechtswirkungen übertragen werden.

Ueber Form und Wirkung des Indossaments siehe §§ 364, 365.

Anm. 27. Zu den Wirkungen des Indossaments gehört nicht, daß dem Indossatar gegenüber dem Indossanten ein Regreßanspruch zusteht. Der betreffende Art. der W.O. (Art. 14) ist im § 365 nicht mit für anwendbar erklärt (vergl. oben Anm. 12).

Anm. 28. Eine besondere Verjährung ist (anders als bei dem Anspruch aus der acceptirten Anweisung) hier nicht vorgeschrieben. Es besteht daher die ordentliche, 30jährige. Die kürzeren Verjährungsfristen der §§ 196, 197 B.G.B. greifen hier nicht Platz, auch dann nicht, wenn der Verpflichtungsschein die causa enthält und die Forderung ihrem Rechtsgrunde nach unter eine der kurz verjährenden Kategorien von Ansprüchen fällt. Denn der kaufmännische Verpflichtungsschein stellt eben die Uebernahme eines selbstständigen Verpflichtungsgrundes dar (vergl. oben Anm. 18).

Anm. 29. III. (Abs. 2.) **Die übrigen Orderpapiere des H.G.B.:** Die Konossemente der Seeschiffer, die Ladescheine der Frachtführer, die Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, sowie die Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen. Alle diese Urkunden können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Order lauten. Damit ist nicht gesagt, daß sie nur unter dieser Voraussetzung giltig sind. Nur ihre Indossabilität hängt von der Orderklausel ab. Andere Grundsätze entscheiden darüber, ob sie ohne Orderklausel giltig und durch Cession übertragbar sind. Natürlich sind sie auch dann, wenn sie mit der Orderklausel versehen sind, durch Cession übertragbar.[1]) Ueber sonstige Einzelfragen vergl. die obigen Erläuterungen.

Anm. 30. Andere Papiere, als die im vorliegenden Paragraphen aufgezählten (und der Wechsel) können aber nicht durch Indossament übertragen werden. Art. 304, der bezüglich der Indossirbarkeit anderer Urkunden die Landesgesetze entscheiden ließ, ist gestrichen. Nur bezüglich der Cheks gelten die landesgesetzlichen Vorschriften (Art. 17 und 21 E.G. z. H.G.B.) und bezüglich der Lagerscheine anderer Anstalten, als der im Abs. 2 unseres Paragraphen erwähnten (Art. 16 E.G. z. H.G.B.). Nur die Namensaktien sind noch zu erwähnen; dieselben sind gleichfalls von Gesetzeswegen Orderpapiere (§ 222 Abs. 3 H.G.B.). Eine Urkunde, aus welcher Jemand verpflichtet ist, ein Haus zu übereignen, könnte dagegen nicht an Order gestellt werden.

Anm. 31. **Zusatz. Die Transportwirkung der im Abs. 2 unseres Paragraphen genannten Dispositionspapiere.** Das Konnossement der Seeschiffer (§ 647), der Ladeschein der Frachtführer (§ 450) und die Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten (§ 424), haben außerdem dingliche Wirkungen in Bezug auf das Gut selbst. Ihr Erwerb hat für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen, wie die Uebergabe des Gutes selbst. Dies war schon früher von der Judikatur angenommen, ist aber jetzt in den eben citirten Paragraphen ausdrücklich ausgesprochen. Das Indossament hat hier die Wirkung der Uebergabe der Waare, der Umlauf des Papiers bewirkt den Umlauf der Waare.

Anm. 32. Die Uebergabe an den Erwerber des Papiers bedeutet hier die Uebergabe des Gutes (vergl. nach früherem Recht R.G. 32 S. 30). Welches Recht am Gute der neue Besitzer des

---

[1]) Im Falle der Cession stehen dem Schuldner alle Einwendungen zu, die ihm gegen den Cedenten zustanden (vergl. jedoch § 405 B.G.B.: Ausschluß des Einwandes des Scheines und der vereinbarten Uncedirbarkeit gegenüber dem gutgläubigen Cessionar).

Papiers erwirbt, ob Eigenthum oder Pfandrecht, hängt davon ab, in welchem Sinne ihm das Papier übertragen wird (R.G. 5 S. 79; 12 S. 78). Dabei begründet auch in Bezug auf die dingliche Wirkung der Erwerb des gehörig indossirten Papiers die Vermuthung des redlichen und gehörigen Erwerbes und die Rechtsfolgen solchen Erwerbes (R.G. 4 S. 147; 32 S. 30). Vergl. hierüber Anm. 10 zu § 365.

Es muß hierbei bemerkt werden, daß sich diese dingliche Wirkung nur erstreckt auf die Ueber- Anm. 33.
gabe des Dispositionspapiers an den Adressaten, an denjenigen, an welchen das Gut nach Inhalt des Papiers ausgeliefert werden soll, oder an den Indossatar des Papiers, (wozu natürlich derjenige gehört, der ein mit Blankogiro versehenes Papier durch bloße Uebergabe erwirbt), nicht auch an den Cessionar des durch das Papier verbrieften Anspruchs auf Herausgabe. Das ergiebt sich deutlich aus §§ 447, 450, 424, 647, 645 H.G.B. Allein andererseits muß bemerkt werden, daß die Transportwirkung des Indossaments nach neuerem Recht nicht mehr ein so sehr erheblicher Faktor ist, wie früher. Da nämlich die Aussteller solcher Dispositionspapiere durch die Uebernahme der betreffenden Waare in ihren Gewahrsam zum Eigenthümer der Waare und ersten Nehmer des Papiers in das Verhältniß eines unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren Besitzer treten, so kann auch ohne Indossament die Waare während des Transports veräußert und gutgläubig erworben werden (§§ 932, 935 B.G.B.), und auch verpfändet werden (§§ 1205 Abs. 2, 1207 B.G.B.), ersteres durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, also durch Cession des Transportpapiers, letzteres durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger und durch Anzeige der Verpfändung an den unmittelbaren Besitzer. Immerhin ist jedoch im Falle der Cession die Wirkung geringer, als bei dem analogen Erwerbe durch Indossament, indem z. B. der durch solche Abtretung erwerbende Cessionar das Gut nicht lastenfrei erwirbt, sondern belastet mit dem Rechte des unmittelbaren Besitzers, selbst wenn sich der gute Glaube auch darauf beziehen sollte (§ 936 Abs. 3 B.G.B.). Vergl. Anm. 10 zu § 365.

§ 364.

Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossirten Papier auf den Indossatar über.

Dem legitimirten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der quittirten Urkunde zur Leistung verpflichtet.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Hauptwirkung des Indossaments: Die Uebertragung der Rechte aus dem Papier und die Beschränkung der Einreden gegenüber dem Indossatar (Abs. 1 und 2). Daran knüpft sich die lose hiermit zusammenhängende Bestimmung des Abs. 3, daß der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten braucht. Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Durch das Indossament gehen alle Rechte aus dem indossirten Papier auf den Indossatar über.** Anm. 1.

   a) **Durch das Indossament.** Hinzukommen muß natürlich die Uebergabe der Urkunde. Dies ist von uns bereits bei der Namensaktie dargethan (vergl. Anm. 5 zu § 222). Vergl. dazu noch Cosack, Bürgerl. Recht II S. 355.

   b) **Die Wirkung des Indossaments (und der Uebergabe des Papiers) ist der Uebergang Rechte aus dem indossirten Papier.** Anm. 2. Der Indossatar erwirbt nicht bloß, wie der Cessionar, die Rechte des Cedenten, sondern die Rechte aus dem indossirten Papier. Sollte daher der Indossant in Wahrheit ein schwächeres Recht haben, als es aus der Urkunde hervorgeht (z. B. die nach dem Inhalt der Urkunde am 1. Januar 1901 fällige Schuld ist auf drei Jahre gestundet) oder sollte er gar kein Recht mehr aus der Urkunde haben (z. B. die Schuld ist bereits bezahlt), so geht trotzdem das Recht

aus dem indossirten Papier, nicht bloß, wie es dem Indossanten zusteht, auf den Indossatar über. (Näheres unten Anm. 5 ffg.).

Anm. 3. Das bezieht sich jedoch nur auf den reinen redlichen Indossatar. Wer nicht durch Indossament, (oder auf Grund eines Blankoindossaments), sondern nur durch Cession oder sonstige civilrechtliche Successionsart erwirbt; wer nur zum Schein durch Indossament erwirbt, in Wahrheit aber nur Inkassomandatar des Veräußerers ist; wer nicht redlich erwirbt, sondern wissend, daß dem Indossanten ein schwächeres Recht zusteht, alle diese Personen können jene Vollwirkungen des Indossaments nicht für sich geltend machen. (Näheres unten Anm. 13 ffg.).

Anm. 4. Alle diese Grundsätze finden ihre nähere Ausführung in dem Rechte der Einwendungen gegen die indossablen Papiere, also in derjenigen Rechtsregel, welche im Abs. 2 unsereres Paragraphen behandelt ist.

Wir gelangen daher zum Abs. 2: dem Recht der Einreden gegen die handelsrechtlichen Orderpapiere. Vorher wollen wir jedoch noch betonen, daß nur die Rechte aus dem indossirten Papier durch das Indossament übergehen, also nicht die außerhalb desselben stehenden Nebenrechte (Bürgschaft, Konventionalstrafe; vergl. Staub, W.O. § 4 zu Art. 10). Wegen der Hypothek siehe jedoch §§ 1187 ffg. B.G.B., wegen des Pfandrechts § 1250 B.G.B. Natürlich können die nicht von selbst mitübergehenden Nebenrechte mit abgetreten werden (R.G. 41 S. 173).

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Das Recht der Einreden gegen die handelsrechtlichen Orderpapiere.**

a) **Der Schuldner kann solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Giltigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.**

α) Die erste Klasse der Einreden sind diejenigen Einwendungen, welche die Giltigkeit der Erklärung betreffen.[1]) Dieselben berühren den objektiven Bestand der Obligation und brauchen aus der Urkunde nicht immer hervorzugehen. Sie können daher jedem Erwerber gegenüber geltend gemacht werden. Dahin gehört der Einwand, daß die Unterschrift von einer Person geleistet ist, die nicht berechtigt war, den Aussteller des Verpflichtungsscheins zu vertreten; ferner der Einwand der mangelnden Geschäftsfähigkeit (der Aussteller sei geisteskrank, minderjährig ꝛc.).

Anm. 6. An sich gehören auch die aus dem Mangel der Willenserklärung (Irrthum, Betrug, Zwang) hergeleiteten Einwendungen dazu. Denn auch sie betreffen die Giltigkeit der Erklärung in der Urkunde. Allein gegenüber dem Rechte aus einem indossirten Papier können nur solche aus Willensmängeln hergeleitete Einwendungen als in rem wirkend, den objektiven Bestand der Obligation berührend betrachtet und deshalb jedem Erwerber gegenüber zugelassen werden, welche aus dem Gesichtspunkte eines Verkehrspapiers diese Wirkung verdienen. Und das sind nur solche Einwendungen, durch welche geltend gemacht wird, man habe überhaupt eine Urkunde der betreffenden Art nicht unterschreiben wollen. Hat man aber eine Urkunde dieser Art unterschreiben wollen, und macht man nur geltend, man sei durch Irrthum oder Täuschung dazu bewogen worden, so ist das dem Verkehr, d. h. dem redlichen Indossatar gegenüber hier ebenso wenig stichhaltig, wie der Einwand des Irrthums oder Betrugs bei der Zeichnungserklärung gegenüber der gegründeten Gesellschaft (Anm. 20 zu § 186; Anm. 24 zu § 189); oder beim Wechsel (Staub, W.O. §§ 9 u. 25 zu Art. 82).

Anm. 7. β) Die zweite Klasse der zulässigen Einwendungen sind diejenigen Einwendungen, welche sich aus dem Inhalte der Urkunde selbst ergeben.[2]) Vornehm-

---

[1]) Nach Art. 82 der W.O., welcher nur zwei Klassen von Einwendungen enthält, gehört diese Art der Einwendungen zu denjenigen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen. Sie berühren den objektiven Bestand der Obligation und können daher jedem Papiererwerber entgegengehalten werden (vergl. Staub, W.O. § 1 zu Art. 82).

[2]) Vom Standpunkte des Art. 82 W.O. gehören auch diese Einwendungen zu denjenigen, welche aus dem Wechselrecht hervorgehen. (Staub, W.O. § 1 zu Art. 82).

lich gehören dazu die Mängel der Form der Urkunde, wenn z. B. die Anweisung nicht gehörig acceptirt ist, oder die Orderklausel mangelhaft ist. Weitere Beispiele: Der Verpflichtungsschein enthält die Quittung über die geschehene Zahlung, diese kann einem jeden Erwerber entgegengehalten werden. Ein Verpflichtungsschein stellt sich seinem Inhalte nach als Zinskoupon dar, der Anspruch auf Verzugszinsen würde mit dem aus dem Inhalte der Urkunde hergenommenen Einwande aus § 289 B.G.B., wonach Verzugszinsen von Zinsen nicht gefordert werden können, abgeschlagen werden können (R.O.H. 10 S. 213). Würde aus der Urkunde selbst hervorgehen, daß der Aussteller kein Kaufmann ist (z. B. obwohl ich kein Kaufmann bin, so verpflichte ich mich doch Herrn N. N. oder dessen Order; dagegen würde die bloße Bezeichnung als Landgerichtsrath nicht ausreichen, um zu sagen, die Urkunde selbst ergebe die Nichtkaufmannsqualität), so würde der Einwand der mangelnden Indossabilität aus der Urkunde selbst hervorgehen. Es würde sich als solcher Einwand aber nicht charakterisiren der Einwand, daß der in der Urkunde angegebene Schuldgrund in Wahrheit nicht besteht, daß z. B. das Darlehn, über welches der Verpflichtungsschein lautet, in Wahrheit nicht gegeben ist (R.G. 12 S. 99; 14 S. 101). Denn es geht ja nicht aus der Urkunde hervor, daß das Darlehn nicht gegeben ist, und deshalb kann dem redlichen Indossatar dieser Einwand nicht entgegengesetzt werden.

γ) Die dritte Klasse der Einwendungen bilden diejenigen, welche dem Schuldner dem legitimirten Besitzer gegenüber unmittelbar zustehen. Das bedeutet alle diejenigen Einwendungen, die zwischen dem jedesmaligen Papiergläubiger und dem Schuldner bestehen, ist der Letztere geltend zu machen nicht verhindert. Anm. 8.

Zwischen dem ersten Nehmer des Verpflichtungscheins und dem Schuldner sind alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß zulässig, auch wenn sie auf Abreden oder sonstigen Thatsachen beruhen, die nicht aus der Urkunde hervorgehen. Voraussetzung ist dabei, daß der Nehmer sich durch die Geltendmachung des Verpflichtungsscheins unrechtfertig bereichern würde (§§ 812 und 821 B.G.B.) oder daß diese Geltendmachung einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Mißbrauch des formalen Rechts bedeuten würde (vergl. Anm. 9 zu § 350). Denn auch der Verpflichtungsschein soll nur das wahre Recht verwirklichen, nicht dem Unrecht und Scheinrecht zum Siege verhelfen. Er soll nur das wahre Recht leicht und glatt verwirklichen. Giebt der Verpflichtungsschein die causa an, so braucht der Schuldner in diesem Falle sie nicht mehr darzulegen, sondern kann, hieran anküpfend, seine Einwendungen aus der causa geltend machen (Oberstes L.G. München in G.Z. 35 S. 261). Nur der Einwand, daß der Verpflichtungsschein nicht im Betriebe des Handelsgewerbes ausgestellt ist, ist auch dem ursprünglichen Nehmer gegenüber verschlossen (§ 344 Abs. 2); wohl aber kann dem ursprünglichen Nehmer der Einwand entgegengesetzt werden, daß der Aussteller kein Kaufmann ist. Wird dieser Einwand bewiesen, so fällt auch die Fiktion des § 344 Abs 2. Denn diese setzt die Kaufmannsqualität voraus. Dabei ist aber nicht außer Acht zu lassen, daß die in § 363 aufgeführten Orderpapiere nicht voraussetzen, daß sie sich auf den Handelsbetrieb des betreffenden Kaufmanns, auf den sie lauten, beziehen. — Auch die Aufrechnung mit andern Forderungen ist gegen den Anspruch aus dem Verpflichtungsschein zulässig. Erwirbt der ursprüngliche Nehmer den Schein wieder, so können ihm wieder alle ursprünglichen Einwendungen entgegengesetzt werden (R.O.H. 1 S. 60). Anm. 9.

Ebenso können jedem späteren Indossatar alle diejenigen Einwendungen entgegengesetzt werden, welche persönlich zwischen ihm und dem Schuldner bestehen. Hat z. B. der spätere Indossatar mit dem Schuldner einen Vergleich über die aus der Urkunde hervorgehende Verbindlichkeit abgeschlossen, hat er diesem die Schuld gestundet, steht dem Schuldner gegen den Indossatar eine Gegenforderung Anm. 10.

zu, alle diese Einwendungen kann der Schuldner ihm entgegensetzen, weil sie ihm unmittelbar gegen den legitimirten Besitzer zustehen. Ist der Indossatar in Konkurs gerathen oder ist sein Recht gepfändet worden, so sind dies Einwendungen, die dem Schuldner gegenüber dem jedesmaligen Gläubiger zustehen. Ferner aber ist es auch ein zulässiger persönlicher Einwand, wenn gemäß § 816 B.G.B. geltend gemacht wird, der Indossatar habe zwar redlich erworben, aber unentgeltlich, und müsse die Bereicherung doch wieder herausgeben, da der Vormann zur Verfügung über den Schein nicht befugt war.

Anm. 11. δ) Dagegen können alle diejenigen Einwendungen, welche unter diese drei Klassen von Einwendungen nicht gehören, dem Indossatar nicht entgegengehalten werden, also insbesondere nicht solche Einwendungen, welche dem Schuldner gegen irgend einen Indossanten zugestanden haben, wenn sie nicht etwa sich als solche darstellen, welche die Giltigkeit der Urkunde betreffen oder sich aus der Urkunde selbst ergeben. In dieser Beschränkung der Einwendungen besteht die erhöhte Wirkung, die rechtsverstärkende Eigenschaft des Indossaments, der Unterschied desselben von der Cession. Man kann das Resultat nicht dahin zusammenfassen: „Es sind hiernach alle Einreden zulässig, ausgenommen solche aus der Person eines Vorbesitzers“ (vergl. Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 97, Oertmann Anm 3c zu § 796 B.G.B.). Denn auch die aus der Person des Vorbesitzers herrührenden Einwendungen kann man geltend machen, wenn sie in dem hier erörterten Sinne die Giltigkeit der Urkunde selbst betreffen oder aus der Urkunde hervorgehen.

Anm. 12. ε) Welche Einwendungen im einzelnen hiernach zulässig sind, welche nicht, darüber lassen sich an dieser Stelle Einzelausführungen nicht machen. Aushelfen muß hier das im Wechselrecht Erörterte (vergl. daher Staub, W.O. zu Art. 82). Nur zur Veranschaulichung mag Folgendes dienen: Es kann dem Indossatar nicht entgegengehalten werden der Einwand der Zahlung, wenn auch an den Vormann Zahlung geleistet ist, es sei denn, daß auf der Urkunde selbst abquittirt worden ist. Es würde nicht zulässig sein der Einwand der Stundung, wenn auch der Vormann eine Stundung ausgesprochen hätte; nicht zulässig der Einwand, daß der Schein dem ersten Empfänger gegeben wurde für ein reines Differenzgeschäft oder ein unzulässiges Börsentermingeschäft; es würde nicht einmal zulässig sein der Einwand, der Schuldner habe den Verpflichtungsschein in Folge einer Täuschung des ersten Empfängers gegeben, sofern nur die Absicht vorwaltete, einen Verpflichtungsschein der betreffenden Art zu unterschreiben (oben Anm. 6).

Anm. 13. b) **Nur dem legitimirten Besitzer** der Urkunde gegenüber besteht diese Beschränkung in den Einreden, d. h. nur demjenigen gegenüber, der durch ein reines redliches Indossament Eigenthümer des Papiers und demgemäß Gläubiger der Rechte aus dem Papier geworden ist (vergl. Anm. 3).

α) Sie besteht zunächst nicht gegenüber demjenigen Gläubiger, der durch civilrechtlichen Erwerb das Papier erworben hat: durch Cession, durch Pfändung und Ueberweisung, durch Erbgang. Ein solcher Erwerber erwirbt nur die Rechte seines Vormannes, d. h. diejenigen Rechte, welche dieser durch seine Erwerbsart erworben hatte. Dagegen liegt in dem civilrechtlichen Erwerbe keine rechtsverstärkende Uebertragung. Es ist zwar die gewöhnliche Art, wie man sonstige Forderungen erwirbt, aber für handelsrechtliche Orderpapiere ist es ebenso eine anomale Succession, wie beim Wechsel (vergl. Staub W.O. § 3 zu Art. 82). Man kann auch hier von einer anomalen Ordrepapiersuccession sprechen, wie beim Wechsel von einer anomalen Wechselsuccession. (In gewissen Sinne hat freilich auch die Cession eines Verpflichtungsscheines rechtsverstärkende Kraft, da nach § 405 B.G.B. der Einwand, die Urkunde sei nur zum Schein ausgestellt oder die Cession sei vertragsmäßig ausgeschlossen, dem gutgläubigen Erwerber der Urkunde gegenüber nicht zulässig ist; vergl. Anm. 29 Note 1 zu § 363).

β) Sodann gilt jene Beschränkung in den Einreden nicht gegenüber Demjenigen, der das Papier hinsichtlich der Einwendungen unredlich erwirbt. Regelmäßig wird eine solche Unredlichkeit dann vorliegen, wenn der Erwerber wußte, daß dem Schuldner ein Einwand gegenüber dem Veräußerer zusteht. Ausnahmsweise braucht allerdings trotz dieses Wissens eine Unredlichkeit nicht vorzuliegen, so z. B. wenn der Verpflichtungsschein von dem Schuldner dem ersten Nehmer aus Gefälligkeit gegeben worden ist. Hier hat, wenn der erste Nehmer den Verpflichtungsschein einklagt, der Schuldner den Einwand, daß ihm gegenüber der Schuldner nicht verpflichtet sein sollte. Jeder Dritte kann aber den Schein erwerben wissend von diesem Einwande und doch redlich. Denn dem Dritten will ja gerade der Schuldner haften (vergl. Staub W.O. § 22 zu Art. 82). Es ist das eine Einwendung, welche eine ausschließliche Beziehung zu der Person des bisherigen Gläubigers hat. Auch bei der Cession giebt es solche höchst persönliche Einreden (Dernburg II S. 319). Anm. 14.

Wer hiernach unredlich erwirbt, ist doloser Indossatar. Solche Succession ist ebenfalls eine anomale und einem solchen Erwerber gegenüber stehen diejenigen Einwendungen zu, die dem Vormanne gegenüber zustanden und hinsichtlich deren dem Erwerber eine Unredlichkeit beim Erwerbe zur Last fällt. Anm. 15.

γ) Endlich aber bezieht sich die Beschränkung in den Einreden nicht auf eine dritte Klasse von Successionen. Wie der Wechsel, so können auch die handelsrechtlichen Orderpapiere durch ein verstecktes Inkassomandat = Indossament übertragen werden. Man muß dieses Institut hier ebenso für zulässig erklären, wie beim Wechsel (Staub, W.O. §§ 5 flg. zu Art. 17) und bei der Aktie (vergl. Anm. 13 flg. zu § 222). Aber man kann ihm natürlich auch hier nur diejenige Wirkung beilegen, die sich aus seinem Wesen ergiebt. Wer durch solches Indossament den Verpflichtungsschein erwirbt, erwirbt in Wahrheit nicht das Eigenthum am Papier, sondern nur den äußeren Anschein desselben. Er soll nach außen als Eigenthümer gelten, aber in Wahrheit macht er ein fremdes Recht geltend, und deshalb muß er sich auch diejenigen Einwendungen gefallen lassen, die dem Schuldner gegenüber dem Indossanten zustehen. Sein Recht ist ebenso schwach und ebenso stark, wie das Recht seines Indossanten; denn es ist ja in Wahrheit das Recht des Indossanten und nur der äußere Schein spricht für ein eigenes Recht. Der Schein muß aber der Wahrheit weichen, wenn diese aufgedeckt wird. Auch hier kann man füglich von einer anomalen Successionsart sprechen. Denn wenn das Institut auch üblich und zulässig ist, so ist es doch vom Standpunkte der Lehre vom Indossament eine anomale Successionsart (Anders Rudorff S. 267). Anm. 16.

c) **Ueber die Beweislast** wird gelten müssen, was im Wechselrecht von uns gelehrt wurde. Wer sich auf die Urkunde stützt, hat zunächst genug bewiesen. Wer dem gegenüber darthun will, daß trotzdem die aus der Urkunde hervorgehende Verbindlichkeit nicht besteht, hat alle diejenigen Thatsachen darzulegen, aus denen sich dies ergiebt (vergl. Näheres Staub, W.O. § 69 zu Art. 82). Anm. 17.

3. (Abs. 3). **Zahlung kann nur gegen Aushändigung der quittirten Urkunde verlangt werden.** Bei Theilzahlungen kann nur Abquittirung auf dem Papier verlangt werden. Anm. 18.

Was Art. 39 W.O. in dieser Hinsicht vorschreibt, entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Mehr kann der Schuldner nicht verlangen. — Aber der Gläubiger braucht Theilleistungen überhaupt nicht anzunehmen (§ 266 B.G.B., der Art. 38 W.O. ist analog nicht anwendbar). Bei verloren gegangenen Urkunden kann vorherige Amortisation verlangt werden. Ueber die Rechte des Gläubigers nach Einleitung des Amortisationsverfahrens siehe Anm. 12 zu § 365.

Zusatz 1. Ueber das Indossament zum Zwecke des Pfandrechts siehe Anm. 10 u. 21 flg. zu § 368.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Es muß geprüft werden, wann das betreffende Rechtsverhältniß entstanden ist. Danach richtet sich die Frage, welches Recht Anwendung findet (Art. 170 E.G. zum B.G.B.). Dabei kommt in Betracht, daß durch die Indossirung zwischen dem In- Anm. 19.

dossatar und dem Schuldner ein direktes Schuldverhältniß entsteht (R.G. 9 S. 46). Unzulässig scheint es, die für Schuldverschreibungen auf den Inhaber gegebene Uebergangsvorschrift des Art. 174 E.G. zum B.G.B. (wonach für die nach dem 1. Januar 1900 „ausgestellten", gleichviel wann ausgegebenen Schuldverschreibungen auf den Inhaber alle, für die vor dem 1. Januar 1900 „ausgestellten" Schuldverschreibungen auf den Inhaber die meisten Vorschriften des B.G.B. zur Anwendung gelangen) hier analog zur Anwendung zu bringen. Das ist eben eine Ausnahmevorschrift.

Zusatz 3. Ueber die Cession der Orderpapiere und ihre Wirkungen siehe Anm. 25 u. 26 Note 1, 29 Note 1 zu 363.

§ 365.

In Betreff der Form des Indossaments, in Betreff der Legitimation des Besitzers und der Prüfung der Legitimation sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Artikel 11 bis 13, 36, 74 der Wechselordnung entsprechende Anwendung.

Ist die Urkunde vernichtet oder abhanden gekommen, so unterliegt sie der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens. Ist das Aufgebotsverfahren eingeleitet, so kann der Berechtigte, wenn er bis zur Kraftloserklärung Sicherheit bestellt, Leistung nach Maßgabe der Urkunde von dem Schuldner verlangen.

Der vorliegende Paragraph giebt noch einige weitere Bestimmungen über das Indossament.

Anm. 1. 1. (Abs. 1). **Form des Indossaments.** Die Bestimmung hierüber ist getroffen durch Bezugnahme auf Art. 11—13 der Wechselordnung. Es würde zuweit führen, diese Gesetzesbestimmungen hier näher zu erläutern. Die Verweisung auf die Kommentare zur Wechselordnung muß hier genügen. Nur kurz sei erwähnt:

Anm. 2. a) Nach Art. 11 W.O. muß das Indossament auf der Urkunde oder einer Allonge geschrieben sein. Ein Indossament auf selbstständiger Urkunde ist ungiltig. Ob es als Cession gelten kann, ist besonders zu prüfen (vergl. Anm. 25 zu § 363).

Anm. 3. b) Nach Art. 12 W.O. ist auch das Blankoindossament zulässig. Dasselbe ist ein Indossament ohne Nennung des Indossatars.

Anm. 4. c) Nach Art. 13 ist es aber auch zulässig, daß die Urkunde auf Grund des Blankoindossaments durch bloße Uebergabe, ohne Indossament, durch sogenannte Blankotradition, weiter begeben wird.

Anm. 5. d) Hinzuzufügen ist aber, daß außer der Form des Indossaments auch noch die Uebergabe der Urkunde zur Wirksamkeit der Uebertragung erforderlich ist (Anm. 4 zu § 363).

Anm. 6. e) Und weiter ist hinzuzufügen, daß außer der Form und der Uebergabe auch noch ein giltiger Begebungsvertrag erforderlich ist, sowohl beim Indossament, als auch bei der Blankoübergabe (vergl. Staub W.O. § 3 zu Art. 9, besonders die dort zitirten Entscheidungen R.G. 2 S. 90; 5 S. 84; 35 S. 76). Indessen wird das Vorhandensein eines solchen, wie diese Entscheidungen hervorheben, vermuthet.

Anm. 7. 2. (Abs. 1). **Legitimation des Besitzers und Prüfung der Legitimation.** In dieser Hinsicht ist Art. 36 W.O. für maßgebend erklärt. Danach wird die Legitimation geführt durch eine zusammenhängende Kette von Indossamenten, deren Echtheit der Schuldner nicht zu prüfen braucht. In der Legitimationskette ist aber ein zivilrechtlicher Begebungsakt dem Indossament gleichartig. So kann auch eine Cession, eine Pfändung und Ueberweisung, ein Erbgang, eine Fusion zweier Aktiengesellschaften dazwischen liegen. Die Legitimationskette kann dadurch äußerlich, laut Urkunde, unterbrochen sein, während sie in Wahrheit nicht unterbrochen ist. (Näheres Staub W.O. zu Art. 36). Daß die Cession auf dem Papiere

beurkundet sein müsse — Dernburg II S. 329 —, ist nicht nöthig. Sie kann sogar auch mündlich erfolgen (vergl. nach früherem Handelsrecht R.G. 10 S. 197).

3. (Abs. 1). **Inbetreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe gilt Art. 74 der Wechselordnung.** Anm. 8. Danach wird der nach Art. 36 legitimirte Besitzer nur dann zur Herausgabe verpflichtet, wenn ihm beim Erwerbe des Wechsels böser Glaube oder grobe Fahrlässigkeit zu Last fällt. Der hiernach gutgläubige Erwerber braucht ihn nicht herauszugeben (und auch der Schuldner kann ihm den Mangel des materiellen Begebungsvertrags nicht entgegenhalten). Diese Vorschrift war nothwendig, weil die Vorschriften des B.G.B. und des H.G.B. über den redlichen Erwerb von Sachen (§§ 932—936 B.G.B. und § 366 H.G.B.) sich zwar auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere, nicht aber auf Orderpapiere beziehen.

Dieser Schutz reicht jedoch erheblich weiter als der auf den §§ 932 bis 936 B.G.B. und § 366 H.G.B. beruhende. Anm. 9. Denn der Art. 74 greift bei jedem gutgläubigen Erwerbe Platz, der gute Glaube mag sich auf das Vorhandensein des in Wahrheit nicht vorhandenen Eigenthums des Veräußerers beziehen, oder auf das Vorhandensein der in Wahrheit mangelnden Dispositions- und Vertretungsbefugniß desselben, oder auf das Vorhandensein der in Wahrheit mangelnden Geschäftsfähigkeit des Indossanten (vergl. hierüber Dernburg II S. 331), und alles dies ohne Rücksicht darauf, ob die Veräußerung durch einen Kaufmann in seinem Handelsgewerbe erfolgt ist oder nicht. Mit andern Worten: der gute Glaube heilt alle Mängel des materiellen Begebungsvertrages. Die §§ 932—936 B.G.B. und der § 366 H.G.B. dagegen reichen nicht soweit: der gute Glaube heilt hier schlechtweg nur das mangelnde Eigenthum des Veräußerers, der Mangel der Dispositions- oder Vertretungsbefugniß wird nur dann geheilt, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert, und der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers wird hier überhaupt nicht durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt. Ebenso ist der Schutz des Art. 74 W.O. auch insofern privilegirt, als er schlechtweg auf abhanden gekommene Orderpapiere Anwendung findet, wie das auf dem Gebiete der beweglichen Sachen ausnahmsweise bei Geld und Inhaberpapieren der Fall ist.

Den im § 363 Abs. 2 aufgezählten Dispositionspapieren muß hierbei eine be- Anm. 10. sondere Betrachtung gewidmet werden.

Bei ihnen hat, wie in Anm. 31 ff. zu § 363 auseinandergesetzt ist, die Uebergabe des Papiers dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Guts. In Folge dessen erwirbt der gutgläubige Indossatar des Papiers dasselbe Recht an dem Gute, welches er an dem Papiere erwirbt, und wird demgemäß auf Grund das in Anm. 9 erörterten weitgehenden Schutzes erheblich günstiger gestellt, als durch den Erwerb des Gutes gemäß §§ 932—936 B.G.B. und § 366 H.G.B. Wenn früher angenommen wurde (vergl. unsere 5. Aufl. § 4 zu Art. 305; R.G. 4 S. 149), daß der gutgläubige Erwerber des Dispositionspapiers nicht dasjenige Recht an dem Gute erwirbt, welches er an dem Papiere erwirbt, so kann dies nicht aufrechterhalten werden. Es würde dadurch die Inkongruenz entstehen, daß der gutgläubige Indossatar des Papiers unter Umständen zwar im Besitze des Papieres geschützt wird, nicht aber auch im Besitze der Waare, er würde unter Umständen ein dingliches Recht am Papier, nicht aber auch ein dingliches Recht an der Waare erwerben. So z. B. wenn der Indossatar geglaubt hat, der Indossant, der kein Kaufmann ist, sei zwar kein Eigenthümer, aber doch berechtigt, über die Waare zu verfügen. Der Indossatar würde in solchem Falle das Eigenthum am Papier nach § 365 Abs. 2 und Art. 74 W.O. erwerben, aber nicht das Eigenthum der Waare, weil die Voraussetzungen des § 932 B.G.B. und § 366 H.G.B. nicht Platz greifen. Oder wenn der Indossatar keinen Zweifel hatte, die das Indossament unterschreibende Person für geschäftsfähig zu halten, während sie in Wahrheit nicht geschäftsfähig ist; in diesem Falle würde weder § 932 B.G.B., noch § 366 H.G.B. Platz greifen, weil sich beide auf denjenigen guten Glauben nicht beziehen, welcher in dem Glauben an das Vorhandensein der in Wahrheit mangelnden Geschäftsfähigkeit besteht, wohl aber würde

Art. 74 W.O. Platz greifen, bei welchem der gute Glaube alle Mängel des materiellen Begebungsvertrags heilt; der Indossatar würde also nach der gegentheiligen Meinung das Papier zum Eigenthum erworben haben, nicht aber auch die Waare. Allein Inkongruenzen solcher Art wollen ja gerade die §§ 424, 450, 647 H.G.B. beseitigen: Indossament und Papierübergabe sollen ja hier gerade dieselben Wirkungen haben, wie die Uebergabe des Guts, d. h. es soll so angesehen werden, als sei nicht das Papier, sondern das Gut der Gegenstand des Rechtsaktes. — Die Wirkung und der Umfang des solchergestalt erzeugten gesetzlichen Schutzes reicht im Uebrigen ebenso weit, wie beim Schutz des redlichen Erwerbes bei der Veräußerung durch körperliche Uebergabe nach §§ 932 flg. B.G.B. und § 366 H.G.B.: d. h. der Papiererwerber erwirbt das Eigenthum des Gutes, auch wenn der Veräußerer es nicht war, und zwar frei von dem etwaigen Rechte eines Dritten, mit welchem die Sache belastet ist, vorausgesetzt, daß er hinsichtlich dieses Rechts des Dritten gutgläubig war. Hinsichtlich der Wirkung und des Umfanges des Schutzes kann daher auf unsere Erläuterungen zu § 366 verwiesen werden. Dabei ist insbesondere darauf aufmerksam zu machen, daß die Uebergabe des Dispositionspapiers hier so wirkt, wie die Uebergabe des Gutes, nicht bloß, wie ein Uebergabeersatz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Daraus folgt, daß auch die etwa von dem Schuldner an Dritte bestellten Rechte an der Sache, die dem unmittelbaren Besitzer an der Sache zustehenden Rechte, zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers ebenso erlöschen, wie bei der körperlichen Uebergabe nach § 932 B.G.B.; es bleibt nicht etwa, wie in dem Falle, daß die Veräußerung durch Cession des Herausgabeanspruchs erfolgt, das Recht des Dritten bestehen, auch wenn der Erwerber in Ansehung seiner gutgläubig ist; nicht § 936 Abs. 3, sondern § 936 Abs. 1 S. 1 B.G.B. findet entsprechende Anwendung. Wenn z. B. der Eigenthümer der Waare, über welche er ein Konnossement in Händen hat, dieselbe nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Sachen (Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch Cession des Herausgabeanspruchs und Anzeige an den Schiffer) verpfändet und alsdann das Konnossement an einen Andern indossirt, so erwirbt der gutgläubige Indossatar das pfandfreie Eigenthum der Waare.

Anm. 11. Ob sich das alles auch auf die **Verpfändung** von Waaren durch Indossirung der Dispositionspapiere bezieht, darüber s. Anm. 24 zu § 368.

Wohl aber bezieht sich das alles nur auf denjenigen Erwerb des durch Dispositionspapiere verbrieften Guts, der sich durch Indossierung des Papiers vollzieht, auf den nach Art. 36 W.O. legitimirten Erwerber, wie Art. 74 W.O. ausdrücklich sagt. Wer seinen Erwerb auf sonstigen Rechtserwerb stützt, wird nur nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften geschützt d. h. es müssen beim Eigenthumserwerb die Voraussetzungen des §§ 932—935 B.G.B. und des § 366 H.G.B. vorliegen, und beim Pfanderwerb gelangen die §§ 1205, 1207 B.G.B., § 366 H.G.B. zur Anwendung und auch die Wirkung gutgläubigen Erwerbs richtet sich hiernach (über die Verschiedenheit in der Wirkung siehe oben Anm. 9). Ein solcher anderweiter Rechtserwerb liegt einmal vor bei der Uebergabe des Dispositionspapiers vom Aussteller desselben an den im Papier bezeichneten ersten Adressaten (dieser Fall gehört nicht unter § 365 Abs. 2 bezw. Art. 74 W.O., da diese Gesetzesstellen nur von der Wirkung des Indossaments handeln) und ferner bei Cession des Dispositionspapiers.

Anm. 12. 4. (Abs. 2). **Abhanden gekommene oder vernichtete Orderpapiere** können aufgeboten werden. Das Verfahren richtet sich nach §§ 1003 flg. C.P.O. Vor der Kraftloserklärung kann der Berechtigte die Leistung nicht verlangen, wohl aber nach der Kraftloserklärung, und dann nur der Antragsteller (§ 1018 C.P.O.). Das Papier kann nunmehr nur noch cedirt, nicht auch indossirt werden (vergl. Staub, W.O. § 11 zur Art. 73). Die Ertheilung eines neuen Papiers kann nicht verlangt werden (anders beim Inhaberpapier, § 800 B.G.B.). Außerdem bestimmt unser Abs. 2, daß nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Leistung gegen Sicherheitsleistung verlangt werden kann (nicht auch, wie nach dem früher hier citirten Art. 73 Hinterlegung ohne Sicherheitsleistung). Die Sicherheitsleistung richtet sich nach §§ 232—240 B.G.B.

Zusatz 1. Auch hier ist zu erwähnen, daß nicht analog anwendbar sind die Vorschriften der Wechselordnung über das Regreßrecht. Der Assignatar hat daher kein Regreßrecht gegen den Assignanten wegen nicht erfolgter Zahlung durch den Assignaten; der Indossatar hat kein Regreßrecht gegen den Indossanten weder bei der Anweisung, noch beim Verpflichtungsschein, noch bei den sonstigen Orderpapieren (vergl. Anm. 27 zu § 363). Anm. 13.

Zusatz 2. Dagegen wird das Prokura-Indossament auch bei den anderen Papieren anerkannt, obwohl es nur für den Wechsel ausdrücklich im Gesetze geordnet ist. Es gilt als das, als was es gewollt ist, als Vollmacht (R.G. 41 S. 118). Von der gleichen Anschauung geht offensichtlich Dernburg II S. 330 aus; anders Cosack, Bürgerl. Recht II S. 354, der dem Prokuraindossatar das Recht der Geltendmachung in eigenem Namen giebt. Näheres über das Prokuraindossament Staub W.O. zu Art. 17. Anm. 14.

Exkurs zu § 365.

Von den Inhaberpapieren.

1. Eine zusammenfassende Regelung des Rechts der Inhaberpapiere ist weder im B.G.B., noch im H.G.B. gegeben. Das B.G.B. regelt nur die Rechte der Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793—806) und das Recht der unechten Inhaberpapiere, der sog. Legitimationspapiere (§§ 807, 808 B.G.B.). Außerdem geht aus den §§ 935, 1207 u. 1293 B.G.B. hervor, daß der Eigenthumserwerb und Pfanderwerb an Inhaberpapieren und die Folgen redlichen Erwerbs des Eigenthums und Pfandrechts sich decken mit den betreffenden Regeln über den Rechtserwerb bei beweglichen Sachen. — Das H.G.B. behandelt zwar eine besondere Art von Inhaberpapieren, nämlich die Aktien, ohne jedoch nach allen Richtungen zusammenfassende Vorschriften über dieselben zu geben. Hier wird mit der Analogie der Regeln des B.G.B. über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgeholfen (vergl. den Exkurs zu § 224). Anm. 1.
2. **Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.** Die wichtigsten Rechtsregeln über dieselben sind: Anm. 2.
   a) Der bloße Besitz des Papiers giebt die Legitimation zur Geltendmachung des Rechts (§ 793 B.G.B.). Daraus folgt, daß der Inhaber legitimirt ist zur Geltendmachung des Rechts durch den bloßen Besitz, und daß der Schuldner befreit wird, wenn er an den Inhaber leistet, auch wenn dieser in Wahrheit nicht der Berechtigte ist (§ 793 B.G.B.). Indessen ist der bloße Besitz eben nur eine Primafacie = Legitimation. Der wahre Berechtigte ist doch nur der, dem das materielle Verfügungsrecht über das Papier zusteht (§ 793 B.G.B.). Daraus folgt: der Schuldner kann die Verfügungsberechtigung nachprüfen und die Leistung verweigern, wenn er dem Inhaber des Papiers die mangelnde Verfügungsbefugniß nachweisen kann. Und ferner: richtiger Ansicht nach muß er sogar die Leistung verweigern, wenn er weiß (nicht schon dann, wenn er aus Fahrlässigkeit nicht weiß), daß der Inhaber nicht der Verfügungsberechtigte ist. (Oertmann Anm. 4 zu § 793 B.G.B.; Dernburg II S. 343.) Verfügungsberechtigt ist aber nicht bloß der Eigenthümer des Papiers, sondern auch, wer ein sonstiges Recht hat, die Rechte aus dem Papier geltend zu machen z. B. ein Pfandrecht, auch der, dem der Eigenthümer die Ermächtigung ertheilt, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Eigenthümers die Rechte aus dem Papier geltend zu machen.
   b) Zur Entstehung des Rechts bedarf es keines Vertrages zwischen dem Emittenten und dem ersten Nehmer, noch irgend eines freiwilligen Begebungsaktes. Es genügt, daß die Urkunde einerseits geschaffen ist, andrerseits in die Hände eines redlichen Erwerbers gelangt ist (Kreationstheorie; § 794 B.G.B.). Anm. 3. Anm. 4.
   c) Im Inlande ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden. Sonst sind sie nichtig (§ 795 B.G.B.). Auch ist das unkonsentirte Ausstellen und Inverkehrbringen strafbar (§ 145a Str.G.B.).

Anm. 5. d) Der Aussteller kann dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Giltigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (§ 796 B.G.B.). Die Formulirung dieser Einwendungen ist genau dieselbe, wie bei dem Orderpapier in § 364 Abs. 2. Sie deckt sich inhaltlich mit den nach Art. 82 W.O. zulässigen Einwendungen (vergl. über diese Einwendungen Anm. 5 ffg. zu § 364, auch Dernburg II S. 344).

Anm. 6. e) Das Recht verjährt in 2 Jahren nach dem Ende der Vorlegungsfrist, wenn aber das Papier eine Leistungszeit nicht bestimmt, in 30 Jahren nach Erwerb des Papiers (§§ 801 B.G.B.; 198 B.G.B.; Cosack, B. R. II S. 340).

Anm. 7. 3. **Auf die sonstigen Inhaberpapiere** finden die vorliegenden Vorschriften insoweit Anwendung, als ihre Sondernatur dem nicht entgegensteht. Wegen der Aktien siehe Exkurs zu § 224.

Anm. 8. 4. Auf die unechten Inhaberpapiere (Karten, Marken u. ähnliche Urkunden) finden die obigen Regeln zu a, b u. d entsprechende Anwendung.

§ 366.

Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, betrifft.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugniß des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers steht hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Vorbemerkung. Im Anschluß an den § 366 muß die ganze Lehre über den gutgläubigen Eigenthums- und Pfanderwerb im Zusammenhange behandelt werden. Die früheren Vorschriften des H.G.B. sind im Prinzip in das B.G.B. aufgenommen, behalten aber besonders für das Handelsrecht ihre Bedeutung.

Die Kommentirung des vorliegenden Paragraphen befindet sich unten Anm. 17 ffg., Anm. 31 ffg., Anm. 58 ffg.

Vorauszuschicken ist eine kurze Uebersicht über die Art, wie Eigenthum und Pfandrecht überhaupt erworben wird.

Anm. 1. **I. In welcher Weise wird das Eigenthum und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren übertragen?**

1. **Die maßgebenden Vorschriften sind die §§ 929, 930, 931, 1205, 1206, 1293 B.G.B.** Aus diesen Vorschriften ergiebt sich, daß die Inhaberpapiere in Bezug auf die Art des Eigenthums- und Pfanderwerbs den betreffenden Regeln über bewegliche Sachen folgen. Dagegen gelten über den Eigenthumsübergang bei Orderpapieren besondere Regeln, die wir zu den §§ 363—365 auseinandergesetzt haben (Anm. 11 zu § 365).

Die §§ 929—931 B.G.B. lauten:

§ 929 B.G.B.

Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind,

daß das Eigenthum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums.

§ 930 B.G.B.

Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

§ 931 B.G.B.

Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

Die §§ 1205, 1206 und 1293 B.G.B., welche von der Bestellung des Pfandrechts an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren handeln, werden zu § 368 abgedruckt.

2. **Nach diesen Gesetzesvorschriften wird das Eigenthum und das Pfandrecht an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren wie folgt erworben.** Anm. 2.

a) **Das Eigenthum** an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren wird durch freiwillige Übertragung wie folgt erworben:

Stets gehört dazu die Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, daß das Eigenthum übergehen soll (§ 929 B.G.B.). Ueber diese Einigung siehe unten Anm. 7.

Außerdem aber ist regelmäßig erforderlich die Uebergabe des Besitzes (§ 929 B.G.B.). Wenn jedoch der Erwerber bereits im Besitz der Sache ist, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums (§ 929 Satz 2 B.G.B.). Dies wird traditio brevi manu genannt.

Wenn der Veräußerer im Besitze der Sache ist und bleiben soll, so kann die Uebergabe durch constitutum possessorium ersetzt werden, d. h. durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930 B.G.B.), z. B. der bisherige Eigenthümer verkauft die Sache, vereinbart aber mit dem Erwerber gleichzeitig, daß er die Sache als Miether weiter benutzen soll.

Wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt (§ 931 B.G.B.). Dem ist, wie Dernburg III S. 57 zutreffend bemerkt, die Anweisung an den dritten Besitzer gleich, falls dieser sie acceptirt.

Dazu kommt aber noch der Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen durch Uebergabe der Urkunde an den Adressaten des Scheins oder den durch Indossament legitimirten Empfänger bei den sogen. Dispositionsurkunden (vergl. Anm. 31 flg. zu § 363).

Und endlich wird die Einigung durch rechtskräftiges Urtheil und die Uebergabe durch Wegnahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt (§§ 894, 897 C.P.O.), die Ablieferung an den Erwerber ist dann nicht erforderlich.

b) **Das Pfandrecht** an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren wird wie folgt erworben. Anm. 3.

Vor allem ist erforderlich, daß der Verpfänder und der Gläubiger darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll.

Alsdann ist ferner regelmäßig körperliche Uebergabe erforderlich (Näheres hierüber Anm. 5 flg. zu § 368).

Dazu kommt aber noch der Erwerb des Pfandrechts an beweglichen Sachen durch Uebergabe und Indossirung von Dispositionsurkunden (vergl. hierüber Anm. 14 flg. zu § 368).

II. Der Schutz des gutgläubigen Rechtserwerbs bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren. Anm. 4.

A. **Die maßgebenden Vorschriften sind hier:** aus dem B.G.B. die §§ 932, 933, 934, 935, 936, 1207, 1208, 1293; aus dem H.G.B. unser § 366 und der folgende § 367.

Aus diesen Vorschriften ergiebt sich wiederum, daß der gutgläubige Erwerb von Inhaberpapieren den Regeln vom gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen folgt. Der gutgläubige Erwerb von Orderpapieren dagegen folgt anderen Regeln, die wir bereits bei § 365 (Anm. 8—11 daselbst) auseinandergesetzt haben. Was endlich den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb von Dispositionspapieren anlangt, so folgt auch dieser nicht den hier erörterten Regeln, sondern besonderen, die wir ebenfalls a. a. O. erörtert haben. Dies vorausgeschickt, so werden nunmehr die maßgebenden Vorschriften des B.G.B. hier abgedruckt:

§ 932 B.G.B.

Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigenthümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigenthum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte.

Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

§ 933 B.G.B.

Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigenthümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

§ 934 B.G.B.

Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigenthümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

§ 935 B.G.B.

Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Das Gleiche gilt, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

§ 936 B.G.B.

Ist eine veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigenthums. In dem Falle des § 929 Satz 2 gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte. Erfolgt die Veräußerung nach § 930 oder war die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers, so erlischt das Recht des Dritten erst dann, wenn der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt.

Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. 1 maßgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist.

Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht.

§ 1207 B.G.B.

Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung.

§ 1208 B.G.B.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht dem Rechte vor, es sei denn, daß der Pfandgläubiger zur Zeit des Erwerbes des

Pfandrechts in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist. Die Vorschriften des § 932 Abs. 1 Satz 2, des § 935 und des § 936 Abs. 3 finden entsprechende Anwendung.

§ 1293 B.G.B.

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

B. **Die Veräußerung von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren an einen gutgläubigen Erwerber.** Anm. 5.

1. **Prinzip ist,** daß der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren auch dann Eigenthum und zwar freies unbelastetes Eigenthum überträgt, wenn ein Nichtberechtigter die Veräußerung bewirkt hat. Voraussetzung ist also, daß eine Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber vorliegt, Wirkung ist Erwerb freien Eigenthums.

2. **Die Voraussetzungen sind:** Anm. 6.

a) **Veräußerung beweglicher Sachen oder Inhaberpapiere.**

α) Bewegliche Sachen oder Inhaberpapiere müssen es sein. Für Orderpapiere gilt anderes (vergl. oben Anm. 4). Unter beweglichen Sachen sind nur körperliche Gegenstände zu verstehen (§ 90 B.G.B.). Gegenstände des Handelsverkehrs brauchen sie nicht zu sein. Denn die vorliegende Vorschrift bezieht sich auf den gesammten Rechtsverkehr, auch auf den bürgerlichen, sie ist ja im B.G.B. enthalten. Bewegliche Sachen sind auch loszutrennende Bestandtheile des Grundes und Bodens (vergl. Anm. 36 zu § 1). Bewegliche Sache in diesem Sinne ist der elektrische Strom nicht (R.G. in Strafsachen Bd. 32 S. 165).

β) Eine Veräußerung muß vorliegen. Zur Veräußerung gehört in jedem Falle Anm. 7. eine Einigung über den Uebergang des Eigenthums und regelmäßig auch die Uebergabe (vergl. oben Anm. 2).

αα) Die Einigung über den Uebergang des Eigenthums. Sie ist ein abstraktes Rechtsgeschäft und von dem kausalen Rechtsgeschäft wohl zu scheiden. Die Einigung ist sogar auch dann vorhanden, wenn jeder der beiden Kontrahenten eine andere causa tradendi dominii im Sinne hatte. Allein wenn man von dieser wenig praktischen und hinsichtlich ihrer juristischen Giltigkeit gerade wegen jener Divergenz sehr zweifelhaften Gestaltung absieht, so stehen das kausale Rechtsgeschäft und die Einigung über den Uebergang des Eigenthums in einem sehr engen Verhältnisse zu einander. Für die Praxis stellt sich die Sache so, daß einmal ein Rechtsgeschäft geschlossen wird, welches die Uebertragung des Eigenthums bezweckt, und daß in Vollziehung, in Erfüllung dieses Rechtsgeschäfts das Eigenthum übertragen wird. Es wird z. B. ein Gegenstand gekauft; dadurch verpflichtet sich Jemand, dem Käufer das Eigenthum einer Sache zu übertragen; die Erfüllung dieses Kaufgeschäfts erfolgt dadurch, daß die Kontrahenten das Eigenthum an diesem Gegenstande nun wirklich übertragen bezw. erwerben, d. h. sie werden einig über den Uebergang des Eigenthums und übergeben und übernehmen die Sache im Verfolg dieser Einigung. Die im kausalen Rechtsgeschäft liegende Einigung und die in der Erfüllung dieses Rechtsgeschäfts liegende Einigung fließen nun allerdings häufig zusammen. Aber oft fallen sie auch deutlich auseinander und es kann die eine ohne die andere vorhanden sein, woraus die begriffliche Verschiedenheit beider Einigungen sich ergiebt. Es kauft z. B. durch einen Gattungskauf Jemand einen Posten Waare. Darin liegt das kausale Rechtsgeschäft. Nunmehr übersendet der Verkäufer die Waare, darin liegt das Angebot des Verkäufers, die Eigenthums-Uebergangs-Einigung zu vollziehen, und die Bewirkung dessen, was seinerseits zur Uebergabe erforderlich ist; indem nunmehr der Käufer die Waare dem Frachtführer abnimmt, thut er seinerseits dasjenige, was zur Bewirkung der Uebergabe er-

forderlich ist; und indem er die Waare genehmigt, thut er das, was seinerseits erforderlich ist, um die Einigung über den Uebergang des Eigenthums perfekt zu machen. Würde der Käufer die Genehmigung nicht aussprechen, sondern die Waare bemängeln und zurückgehen lassen oder zur Disposition stellen, so würde alles andere vorliegen: das kausale Rechtsgeschäft und die Uebergabe, aber nicht die Einigung über den Uebergang des Eigenthums und deshalb würde das Eigenthum auf den Käufer nicht übergegangen sein (vergl. den Fall und die Ausführungen in R.G. 12 S. 81, 82).

Anm. 8. Hiernach ist die Einigung über den Uebergang des Eigenthums zwar begrifflich verschieden von dem kausalen Rechtsgeschäft, steht aber mit demselben in einem engen rechtlichen Zusammenhange, indem sie sich so verhält, wie die Erfüllung zu ihrem Rechtsgeschäft, und es ist deshalb interessant und wichtig zu erfahren, welche Arten von Rechtsgeschäften als kausale Rechtsgeschäfte für die Veräußerung gelten können. Hier in den vorliegenden §§ 929 ffg. B.G.B. wird nämlich die abstrakte Uebertragung des Eigenthums als Veräußerung bezeichnet, im § 1 H.G.B. ist es das kausale Rechtsgeschäft, welches so bezeichnet wurde (vergl. Anm. 40 zu § 1). Man kann das letztere vielleicht passend das Veräußerungskausalgeschäft, die abstrakte Uebertragung im Gegensatz dazu das Veräußerungsvollzugsgeschäft nennen.

Anm. 9. Als Veräußerungskausalgeschäft nun ist zu betrachten jedes auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Rechtsgeschäft unter Lebenden. Es ist dieselbe Definition, wie wir sie in § 1 Anm. 40 gegeben haben, nur daß hier das Moment der Entgeltlichkeit fortfällt. Dort lag dieses Moment im Wesen der Sache, weil die ständige Bethätigung von Veräußerungsgeschäften nur dann die Grundlage eines Handelsgewerbes bilden kann, wenn es sich bei diesen Grundgeschäften um entgeltliche Geschäfte handelt. Sonst würde das Moment der Gewerblichkeit fehlen.

Anm. 10. Im Einzelnen gehören dazu: der Verkauf, die Vertauschung, die Hingabe an Zahlungsstatt, das depositum irregulare, das pignus irregulare. Sodann aber auch die Inferirung in eine Gesellschaft (R.G. 9 S. 143; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 458), so z. B. die Illation in eine offene Handelsgesellschaft (Anm. 10 im Exkurse zu § 122), die Illation in eine Aktiengesellschaft (Anm. 19 zu § 186), aber auch die Illation in eine bürgerliche Gesellschaft, denn auch hierdurch wird Eigenthum zur gesammten Hand erzeugt (Anm. 36 im Exkurse zu § 342). — Wegen des guten Glaubens bei der Inferirung ist etwas Besonderes zu sagen, vergl. unten Anm. 15.

Anm. 11. Auch die unentgeltliche Ueberlassung von Eigenthum z. B. die Schenkung gehört dazu. Nur ist beim unentgeltlichen Erwerb daran zu erinnern, daß der unentgeltliche redliche Erwerber dem früheren Eigenthümer zur Herausgabe persönlich verpflichtet ist (§ 816 B.G.B.). Vergl. unten Anm. 68.

Anm. 12. *ββ*) Außer der Einigung muß aber ferner noch die Uebergabe vorliegen. Nicht in allen Fällen der Veräußerung wird der redliche Erwerber geschützt. Während bei der Veräußerung an sich die körperliche Uebergabe durch gewisse andere Thatbestände ersetzt werden kann und das vorhandene Eigenthum des Veräußerers in zahlreichen Fällen ohne körperliche Uebergabe übergeht, wird durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes bei fehlendem Eigenthume des Veräußerers regelmäßig nur derjenige Erwerb ausgezeichnet, der sich durch körperliche Uebergabe vollzieht. Falls die Uebergabe durch constitutum possessorium erfolgt, wird zwar dann, wenn der Veräußerer Eigenthümer war, auch der Erwerber Eigenthümer, da nach § 930 B.G.B. das const. poss. eine gesetzlich anerkannte Eigenthumserwerbsart ist. Wenn aber der Veräußerer nicht Eigenthümer war, so wird das fehlende Eigenthum des Veräußerers durch den guten Glauben des

Erwerbers nicht ersetzt; vielmehr muß ihm, damit dieser Erfolg eintrete, die Sache noch nachträglich körperlich von dem Veräußerer übergeben werden (§ 933 B.G.B.). Ist die Sache im Besitz eines Dritten, so kann die Uebergabe allerdings durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt werden (§ 931 B.G.B.). Aber der gutgläubige Erwerber wird nur dann geschützt, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer war, d. h. wenn der dritte Besitzer sich als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer, Frachtführer oder auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses, Kraft dessen er dem Veräußerer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, im Besitz befindet. Befindet sich dagegen der Dritte im Besitze der Sache auf Grund eines anderen Verhältnisses, so wird der gutgläubige Erwerber, der sein Recht vom Nichtberechtigten herleitet, nur dann geschützt, wenn er den Besitz der Sache noch nachträglich vom Dritten erlangt.

Anm. 13. Ferner aber liegt in der Uebergabe eines Dispositionspapiers an den in demselben bezeichneten Empfänger eine wirkliche Uebergabe, begleitet von den Rechtsfolgen des gutgläubigen Erwerbes (vergl. §§ 424, 450, 647 H.G.B.; Anm. 31 ffg. zu § 363). Die Cession des Dispositionspapiers dagegen steht in dieser Hinsicht auf der gleichen Stufe, wie die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Die Indossirung des Dispositionspapiers wiederum unterliegt in Bezug auf den Schutz des gutgläubigen Erwerbes selbstständigen Rechtsregeln (Anm. 10 zu § 365).

In dem einen Falle endlich, wo der Eigenthumsübergang sich ohne jede Uebergabe vollzieht, nämlich wenn der Erwerber bereits im Besitze der Sache ist, ersetzt der gute Glaube an das Vorhandensein des Eigenthums des Veräußerers nicht unbedingt das in Wahrheit fehlende Eigenthum des Veräußerers, sondern nur unter der Bedingung, daß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (§ 932 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.).

Anm. 14. γγ) Hierbei wird zur Vollständigkeit daran erinnert, daß die fehlende Einigung durch rechtskräftiges Urtheil und die fehlende Uebergabe durch Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt werden kann (oben Anm. 2). Auch in diesem Falle tritt der Schutz des guten Glaubens ein (§ 898 C.P.O.).

b) Guter Glaube des Erwerbers.

Anm. 15. α) Wer muß in gutem Glauben gewesen sein? Der Erwerber. Es genügt also nicht, daß der Veräußerer in gutem Glauben war, wenn es der Erwerber nicht war. Es schadet aber auch nichts, daß der Veräußerer in bösem Glauben war, wenn der Erwerber nur gutgläubig war. Bei Illationen muß allerdings auch der Inferent in gutem Glauben sein; denn durch die Illation entsteht ein Eigenthum zur gesammten Hand, und Berechtigter wird hierbei auch der Inferent, er ist also gleichzeitig Erwerber (R.G. 9 S. 143; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 458; O.G. Wien bei Adler & Clemens Nr. 1166). Tritt für den Erwerber ein Vertreter auf, so kommt regelmäßig der gute Glaube des Vertreters in Betracht; handelte aber der durch Rechtsgeschäft bestellte Vertreter nach bestimmten Weisungen des Erwerbers, so kann dieser sich in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte oder kennen mußte, nicht auf die Unkenntniß des Vertreters berufen (§ 166 B.G.B.). Bei Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben, ist der gute Glaube des Vertreters entscheidend, nicht ihr eigener. Bei Kollektivvertretern genügt der böse Glaube des einen, so bei Kollektivprokuristen (Anm. 9 zu § 48), bei mehreren kollektiv vertretungsberechtigten Mitgliedern einer o. H.G. (Anm. 9 zu § 125), bei mehreren kollektivberechtigten Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (Anm. 13 zu § 232).

β) **Was ist unter dem guten Glauben zu verstehen?**

Anm. 16. *aa*) Im allgemeinen. Es genügt zum guten Glauben jedenfalls, daß dem Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört (§ 932 Abs. 2 B.G.B.). Liegt dieser Thatbestand vor, so ist ein Weiteres nicht mehr erforderlich: der Schutz des guten Glaubens tritt ein, der Erwerber wird Eigenthümer. Auch braucht sich der gute Glaube nur darauf zu beziehen, daß der Vormann Eigenthümer war. Ob dann auch ein früherer Vormann Eigenthümer war, ist unerheblich, auch wenn der Erwerber wußte, daß ein früherer Vormann Eigenthümer nicht war, (vergl. Bolze 11 Nr. 38). Um diesen guten Glauben zu begründen, genügt es, daß man gutgläubig angenommen hat, der Vormann habe gutgläubig erworben, denn dann hat man ja ihn für den Eigenthümer gehalten (Bolze 11 Nr. 38). — Der gute Glaube wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß man von einem ius ad rem eines Dritten d. h. von einem obligatorischen Anspruch eines Dritten an den Veräußerer auf Herausgabe der Sache gewußt hat (vergl. Staub W.O. § 4 zu Art. 74).

Anm. 17. *ββ*) Eine Besonderheit und zwar eine Erleichterung tritt dann ein, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes der Veräußerer war. In diesem Falle versagt der Schutz der Gutgläubigkeit auch dann noch nicht, wenn der Erwerber wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Vielmehr genügt es in diesem Falle, daß er gutgläubig annahm, der Veräußerer dürfe über die Sache für den Eigenthümer verfügen. Dies bestimmt unser § 366 H.G.B. Es gilt dies insbesondere zu Gunsten der durch die Kommissionäre erfolgenden Veräußerung. Bei diesen kann man davon ausgehen, daß sie über das ihnen anvertraute Kommissionsgut zu verfügen berechtigt sind. Ihr Gewerbe besteht ja darin, daß sie im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handeln, also auch über fremdes Gut disponiren. Aber die Denkschrift S. 206, 207 zeigt deutlich, daß nicht nur der Fall darunter fällt, in welchem Jemand im eigenen Namen fremdes Gut veräußert, sondern auch der Fall, wo Jemand als Vertreter in fremdem Namen fremdes Gut veräußert, so z. B. ein Handlungsagent, der sich als Vertreter gerirt und als solcher im Namen des Geschäftsherrn veräußert. Angesichts dieser ausdrücklichen Begründung des Gesetzes und angesichts der Gesetzesworte, welche dieser Deutung nicht widerstreben (denn auch der Pseudovertreter ist ein „Veräußerer", dem die Befugniß mangelt, über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen), ist die Meinung Cosacks S. 151 zu verwerfen, der nur den Fall, daß der Veräußerer im eigenen Namen veräußert hat, getroffen wissen will.

Anm. 18. Jedenfalls aber muß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert haben, damit diese erleichternde Vorschrift über den guten Glauben Platz greife. Wann dies vorliegt, richtet sich nach früher erörterten Vorschriften. Es kann ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 oder nach § 4 (Minderkaufmann) oder auch nach § 5 (Geltung als Kaufmann in Folge Eintragung) sein. Aber auch wenn der Veräußerer nur kaufmännisch auftritt und in Folge dessen als Kaufmann angesehen werden muß (Exkurs zu § 5), so genügt dies, vorausgesetzt, daß der Erwerber nach verkehrsüblichen Anschauungen die Kaufmannsqualität annehmen konnte.

Anm. 19. Zur Feststellung des Thatbestandes, ob der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes veräußert habe, sind die §§ 343 u. 344 heranzuziehen, insbesondere auch die Vermuthungen des letzteren Paragraphen.

Anm. 20. Auch hier muß betont werden, daß es genügt, wenn man seinen unmittelbaren Vormann für dispositionsberechtigt hielt. Daß ein früherer Vormann nicht dispositionsberechtigt war und diesen selben Gegenstand ohne Befugniß veräußert hat, ist gleichgiltig, und deshalb auch gleichgiltig, wenn der

Erwerber dies gewußt hat (vergl. oben Anm. 16). Ebenso genügt es, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, daß der Vormann seinen Vormann im guten Glauben für berechtigt gehalten hatte, über das fremde Gut zu verfügen; denn dann hat er ja gutgläubig angenommen, daß der Vormann redlich erworben hat, hat ihn also für den Eigenthümer gehalten, und das genügt jedenfalls.

γγ) Eine weitere Besonderheit hinsichtlich der Gutgläubigkeit tritt ein bei Geld und Inhaberpapieren. Während im allgemeinen bei gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen der Schutz des redlichen Erwerbes wegfällt (§ 935 Abs. 1 B.G.B., unten Anm. 45), greift diese Ausnahme bei Geld und Inhaberpapieren nicht Platz (§ 935 Abs. 2 B.G.B.; unten Anm. 48). Hier findet vielmehr auch bei abhanden gekommenen Sachen der Schutz des gutgläubigen Erwerbes statt. Aber die Gutgläubigkeit muß sich dann auch auf die Eigenschaft der Sache als einer abhanden gekommenen beziehen: der Erwerber muß gutgläubig annehmen, daß es sich nicht um eine abhanden gekommene Sache, sondern um eine redlicherweise in den Verkehr gelangte Sache handelt. Dieses hinzutretende Erforderniß, dieses plus an Gutgläubigkeit ist zwar vom Gesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen. Aber die frühere Judikatur war von diesem Erfordernisse ausgegangen. So hatte z. B. das Reichsgericht (37 S. 71) angenommen, daß der ein Inhaberpapier erwerbende Bankier, der es unterlassen hatte, das Buch, in welchem die gestohlenen Papiere eingetragen waren, einzusehen, selbst dann schlechtgläubig sei, wenn er das Papier von einem achtbaren Bankhause gekauft hatte. In einem solchen Falle konnte zwar der erwerbende Bankier gutgläubig annehmen, daß der Veräußerer Eigenthümer geworden war. Denn wenn man von einem achtbaren Bankhause annimmt, daß es selbst die nöthige Sorgfalt bei Erwerb des Papiers beobachtet hat, so liegt in solcher Annahme keine eigene grobe Fahrlässigkeit. Nach dieser Richtung war also bei dem erwerbenden Bankier Gutgläubigkeit vorhanden. Aber sie war nach einer anderen Richtung nicht vorhanden, nämlich insofern als der solchergestalt erwerbende Bankier nicht gutgläubig, sondern aus grober Fahrlässigkeit davon ausgegangen war, daß das Papier nicht veruntreut sei. Von diesem, in der früheren Judikatur aufgestellten Erfordernisse geht auch das neue Recht aus. Eine Abweichung ist nicht ersichtlich, im Gegentheil bestätigen Inhalt und Fassung des § 367 H.G.B. diese Auffassung. Natürlich schadet diese Bösgläubigkeit dem Erwerber dann nicht, wenn der Veräußerer seinerseits gutgläubig erworben hatte; dann war vielmehr trotz eigenen bösen Glaubens das Eigenthum auf den Erwerber übergegangen. Vergl. unten Anm. 29. Anm. 21.

δδ) Beispiele von bösem Glauben. Das Reichsgericht (Band 6 S. 89 Anm. 1) hat als schlechtgläubig einen Bankier angesehen, der ein an der Börse nicht gangbares Papier von einem ihm völlig Unbekannten gekauft hatte, ohne sich über die Redlichkeit des Verkäufers eine begründete Meinung zu bilden. Zwar besteht bei Inhaberpapieren keine allgemeine Verpflichtung, auch nicht für Bankiers, die Legitimation des Verkäufers zu prüfen (Anm. 2 im Exkurse zu § 365). Doch können besondere Umstände eine solche Verpflichtung auferlegen zur Vermeidung des Präjudizes der Schlechtgläubigkeit in dem hier in Rede stehenden Sinne und mit der hier in Rede stehenden Wirkung (R.G. 6 S. 21; 28 S. 113). Der Verkauf eines Werthpapiers ohne Preislimito durch jugendliche, dem Ansehen nach unreife Menschen erfordert erhöhte Aufmerksamkeit des Käufers (L.G. Mannheim in G.Z. 35 S. 265). Der Erwerb von Inhaberpapieren ohne Koupons und Talons ist regelmäßig schlechtgläubiger Erwerb (R.G. 36 S. 121). Anm. 22.

Anm. 23. Auch Rechtsirrthum kann hier überall in Frage kommen (Dernburg III S. 274; Förtsch Anm. 7 zu Art. 306). Ob derselbe grobes Verschulden bedeutet, hängt davon ab, ob dem Erwerber Zweifel aufstoßen mußten, und ob, wenn sie ihm aufgestoßen sind, er das Seinige gethan hat, um zur richtigen Erkenntniß zu gelangen.

Anm. 24. Der Umstand, daß der Inhalt des Handelsregisters dem Thatbestande, den man vorhanden angenommen hat, entgegensteht, begründet nicht absolut grobe Fahrlässigkeit auf dem hier fraglichen Rechtsgebiete. Von Fall zu Fall ist vielmehr zu unterscheiden, ob solcher Thatbestand eine grobe Fahrlässigkeit in sich schließt. Das im § 15 ausgesprochene Prinzip ist hier nicht schlechtweg maßgebend (vergl. Staub, W.O. § 5 zu Art. 74).

Anm. 25. Ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit liefert § 367 H.G.B. Danach gilt der gute Glaube eines Bankiers, der ein abhanden gekommenes Inhaberpapier erwirbt, als ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Erwerbes der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem Verpflichteten im Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Bekanntmachung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist. Näheres hierüber zu § 367, wo noch besonders betont ist, daß hiermit nicht angeordnet ist, der Bankier befinde sich nun schlechtweg im guten Glauben, wenn er die hier gedachte Publikation beachtet hat.

Anm. 26. γ) **Zu welchem Zeitpunkte muß der gute Glaube vorhanden sein?** Bei körperlicher Uebergabe (§ 932 B.G.B.) zur Zeit, wo der das Eigenthum erzeugende Thatbestand vollendet ist, also regelmäßig zur Zeit der Uebergabe, wenn aber die Einigung nachfolgt, zur Zeit der letzteren; bei traditio brevi manu (§ 932 B.G.B.) zur Zeit der Einigung. Wenn eine durch const. poss. übertragene Sache nachträglich übergeben wird, so tritt der Schutz des guten Glaubens nur dann ein, wenn zu dieser letzteren Zeit Gutgläubigkeit vorhanden war (§ 933 B.G.B.). Wenn eine Sache durch Abtretung des an den unmittelbaren Besitzer bestehenden Anspruchs auf Herausgabe veräußert wird, dann muß der gute Glaube zur Zeit der Abtretung vorhanden sein; wenn der Veräußerer aber nicht mittelbarer Besitzer ist, so muß der gute Glaube zur Zeit vorhanden sein, wo der Erwerber den Besitz erlangt (§ 934 B.G.B.).

Anm. 27. Vor diesem Zeitpunkte braucht guter Glaube an sich nicht vorhanden zu sein, nur daß regelmäßig auf Grund der früheren Schlechtgläubigkeit auch Schlechtgläubigkeit in dem kritischen Zeitpunkte angenommen werden wird.

Anm. 28. Wenn der Erwerber später schlechtgläubig wird, also später erfährt, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer oder nicht dispositionsberechtigt war, so schadet ihm das nicht, mala fides superveniens non nocet (R.O.H. 3. S. 381).

Anm. 29. c) **Endlich muß noch betont werden, daß das Nichteigenthum bezw. die mangelnde Verfügungsberechtigung des Veräußerers Voraussetzung ist für die Anwendung der hier in Rede stehenden Regeln vom Schutz des gutgläubigen Erwerbes.** War der Veräußerer Eigenthümer oder berechtigt, über die Sache zu verfügen, so bedarf es des Erfordernisses der Gutgläubigkeit auf Seite des Erwerbers nicht mehr. Dann wird Eigenthum ohne weiteres erworben, auch dann, wenn der Erwerber schlechtgläubig war, sei es, daß er den Veräußerer nicht für den Eigenthümer oder im Falle des § 366 weder für den Eigenthümer, noch für dispositionsberechtigt hielt, oder daß er wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, die Papiere seien abhanden gekommen (vergl. Bolze 11 Nr. 38). Hat z. B. das Bankhaus A ein gestohlenes Inhaberpapier in gutem Glauben erworben — es war damals noch nicht im Reichsanzeiger, noch sonst als gestohlen publizirt — und erwirbt von ihm das Bankhaus B dasselbe Papier unter Außerachtlassung der inzwischen geschehenen Publikation im Reichsanzeiger, so ist

das Bankhaus B allerdings schlechtgläubig. Gleichwohl erwirbt es das Eigenthum, weil bereits das Bankhaus A durch seinen gutgläubigen Erwerb Eigenthum erworben hatte und damit das Eigenthum des bestohlenen Eigenthümers definitiv untergangen war (R.G. 37 S. 77).

3. **Die Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes vom Nichteigenthümer oder Nicht-Verfügungsberechtigten.** Anm. 30.

a) **Der Erwerber wird Eigenthümer** (§§ 932—934 B.G.B.). Nothwendige Konsequenz ist, daß das frühere Eigenthum des wahren Eigenthümers erlischt (wie dies im Art. 306 des alten H.G.B. auch ausdrücklich ausgesprochen war). Das frühere Eigenthum lebt auch nicht wieder auf, wenn der Erwerber die Sache weiter veräußert. Ebensowenig kann sich der frühere Eigenthümer einredeweise darauf berufen, wenn er etwa selbst wieder in den Besitz der Sache käme. (Der schlechtgläubige Erwerber dagegen wird, wenn es der Veräußerer nicht war, ebenfalls nicht Eigenthümer, sondern bleibt der Verfolgung von Seiten des Eigenthümers ausgesetzt).

b) **Auch Rechte Dritter, mit denen die veräußerte Sache belastet ist, erlöschen,** vorausgesetzt, daß auch hinsichtlich ihrer der gute Glaube zur kritischen Zeit vorhanden ist. Anm. 31.

α) Vorausgesetzt ist, daß der gute Glaube hinsichtlich des Rechts des Dritten zur kritischen Zeit vorhanden ist. Wer den guten Glauben haben muß, darüber siehe oben Anm. 15. — Wann derselbe vorhanden sein muß, darüber siehe oben Anm. 26. (Die Frage ist im § 936 B.G.B. in gleicher Weise geregelt, wie bei der Frage nach dem Erwerbe des Eigenthums.) — Der gute Glaube muß hier in Ansehung des Rechts vorhanden sein d. h. der Erwerber muß ohne grobe Fahrlässigkeit die Freiheit des Eigenthums von dieser Last angenommen haben (§ 936 Abs. 2 B.G.B.), beim Erwerbe von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes genügt es, wenn der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen hat, daß der Veräußerer befugt sei ohne Vorbehalt über die Sache zu verfügen (§ 366 Abs. 2 H.G.B.).

β) Fehlt diese Voraussetzung, fehlt der gute Glaube hinsichtlich des Rechts des Dritten, so geht die an der Sache haftende Last mit über. Der Erwerber kann im übrigen Eigenthum erwerben. War ihm z. B. das frühere Eigenthum ohne Fahrlässigkeit nicht bekannt, wohl aber ein früheres dingliches Recht bekannt oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt, so erwirbt er das Eigenthum, aber mit der Last. Ebenso, wenn der Veräußerer Eigenthümer war, die Sache aber belastet war und der Erwerber die Last kannte oder kennen mußte, ohne grob fahrläßig zu verfahren. Anm. 32.

γ) Liegt aber die Voraussetzung vor, ist der Erwerber hinsichtlich des Rechts des Dritten gutgläubig, so erlischt das Recht mit dem Erwerbe des Eigenthums. Es erlischt also nicht, wenn das Eigenthum nicht erworben wird. Es erlischt nur dann, wenn auch das Eigenthum erworben wird. Wird aber das Eigenthum erworben, so erlischt es natürlich auch dann, wenn das Eigenthum nicht auf Grund gutgläubigen Erwerbes, sondern deshalb erworben wird, weil auch der Veräußerer Eigenthümer war oder dispositionsberechtigt war, sofern nur hinsichtlich der Last Gutgläubigkeit vorhanden war. Anm. 33.

δ) Diesem Schicksale des Erlöschens in Folge gutgläubigen Erwerbes unterliegen alle diejenigen Rechte, von denen man sagen kann: sie seien ein Recht des Dritten, mit welchem die Sache belastet ist. Anm. 34.

So z. B. der Nießbrauch und das Pfandrecht. Erwirbt Jemand von einem Pfandgläubiger durch Kauf und körperliche Uebergabe eine Sache gutgläubig zu Eigenthum, so erwirbt der Erwerber pfandfreies Eigenthum nach §§ 932, 936 B.G.B. Anm. 35.

Auch gesetzliche Rechte erlöschen. So z. B. das Recht des Ehemanns auf Verwaltung und Nutznießung, welches an dem eingebrachten Gut der Ehefrau Anm. 36.

haftet. Auch dieses Recht ist ein Recht, mit welchem die Sache belastet ist. Es ist in Folge des § 1373 B.G.B. ein absolutes Recht, welches der Ehemann gegen Jeden, der es stört, ohne Mitwirkung der Frau zu verfolgen berechtigt ist (Planck Anm. 5 zu § 1373 B.G.B.). Ob das Nutznießungsrecht dadurch zum dinglichen Recht wird, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls fällt es unter den weiteren Begriff Belastung der Sache. Denn wenn auch das B.G.B. dieses Wort nur von bestimmten dinglichen Rechten gebraucht (§ 1018 Grunddienstbarkeiten, § 1030 Nießbrauch, 1094 Vorkaufsrecht, § 1105 Reallast, § 1113 Hypothek, § 1191 Grundschuld, § 1204 Pfandrecht an beweglichen Sachen), so nimmt doch schon jetzt die Wissenschaft an, daß damit sogar der Kreis der dinglichen Rechte nicht erschöpft ist (vergl. Fuchs, Grundbuchrecht S. 33 ffg.). Daraus geht hervor, daß jenes Wort nicht lediglich den Zweck hat, um die vom B.G.B. aufgezählten dinglichen Rechte zu bezeichnen, daß es vielmehr auch sonstige Sachbelastungen geben kann. Ueberdies entspricht es der historischen Rechtsentwicklung, daß auch das Nutznießungsrecht des Ehemanns zu den Rechten gehört, welche nach § 366 Abs. 2 durch den redlichen Rechtserwerb eines Dritten fortfallen; denn auch nach früherem Recht hat das Reichsgericht das Gleiche angenommen (R.G. vom 29. Oktober 98 in J.W. S. 668) und der § 366 wollte den bisherigen Rechtszustand nicht verändern, sondern gesetzlich fixiren und am allerwenigsten die Folgen redlichen Erwerbes einengen. Hiernach fällt der ehemännliche Nießbrauch hinsichtlich derjenigen Gegenstände weg, über welche die Frau in ihrem eigenmächtigen Handelsbetriebe verfügt. Der gutgläubige Erwerber ist durch § 366 H.G.B. geschützt. Aber was ist hier unter gutgläubigem Erwerbe gemeint? Nach dem Grundgedanken der neuen Gesetze wird man Jedem, der mit einer Frauensperson in Geschäftsverbindung tritt, die Pflicht auferlegen müssen, sich zu erkundigen, ob sie verheirathet ist und als solche verfügungsberechtigt ist. Die Vorschrift des § 1404 B.G.B. enthält diesen Grundgedanken. Nur darf dies nicht zur unmittelbaren Anwendung des § 1404 B.G.B. auf den Fall des § 366 H.G.B. führen. Nach § 1404 B.G.B. soll es den Dritten überhaupt nicht entschuldigen, daß er nicht wußte, daß die Kontrahentin eine Ehefrau ist. Dagegen genügt es für die Anwendung des § 366 H.G.B., der als handelsrechtliche Vorschrift dem § 1404 B.G.B. vorgeht, daß er es nach Lage der Sache ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wissen kann. So z. B. wenn die Frau sich vor ihrer Verheirathung in das Handelsregister hat eintragen lassen und sich nachher verheirathet, ohne das Register nach dieser Richtung zu berichtigen. Trotz der Eintragung des Einspruchs des Ehemannes in das Güterrechtsregister ist der Dritte in diesem Falle geschützt. Zwar steht ihm § 15 nicht zur Seite, da es sich nicht um eine einzutragende Thatsache handelt — die Verehelichung gehört nicht zu den einzutragenden Thatsachen —; gleichwohl wird man unter solchen Umständen dem Dritten nicht die Verpflichtung auferlegen, sich bei jedem neuen Geschäftsabschlusse danach zu erkundigen, ob die in das Handelsregister eingetragene Frauensperson sich inzwischen verheirathet hat. Ein anderer Fall ist der, daß er sich an geeigneter Stelle z. B. bei der Polizei erkundigt hat, ob die Frau verheirathet ist, und die Auskunft erhalten hat, sie sei nicht verheirathet. Liegen freilich derartige Momente nicht vor, so schützt ihn sein bloßes Nichtwissen, daß die Person eine Ehefrau ist, nicht. Denn der Grundgedanke des § 1404 B.G.B. greift auch hier Platz, nämlich die Pflicht zur Erkundigung, ob die Frauensperson, mit der man kontrahirt, verheirathet ist. Aber die Konsequenz ist hier eine andere, wie im § 1404 B.G.B.: dort ist auf diese Erkundigungspflicht der einfache starre Rechtssatz aufgebaut: das Nichtwissen, daß die Gegenkontrahentin eine Ehefrau ist, schadet stets. Hier muß die Konsequenz gezogen werden: unentschuldbares Nichtwissen schadet, entschuldbares Nichtwissen schadet nicht. Denn nach § 366 begründet ja die gutgläubige Annahme, der Gegenkontrahent sei verfügungsberechtigt, redlichen Rechts-

erwerb mit der Konsequenz des Eigenthumsüberganges und des Unterganges fremder Rechte an der Sache. Auch der Grundgedanke des § 1405 Abs. 2 u. 3 B.G.B. ist hier zwar zu verwerthen, doch greift der Grundsatz dieser Gesetzesstelle nicht ohne weiteres Platz. Nach § 1405 Abs. 2 und 3 B.G.B. gilt der Gewerbetrieb der Ehefrau nur dann als konsentirt, wenn der Mann weiß, daß die Frau ein Gewerbe betreibt, und hiergegen nicht offenkundig Einspruch erhebt. Weiß er von dem Gewerbebetrieb nichts, so ist der Gewerbetrieb auch dann nicht konsentirt, wenn der Ehemann keinen Einspruch erhebt. Eine dingliche Verfügung der verheiratheten Handelsfrau über eingebrachte Sachen würde hiernach dem Nutznießungsrechte niemals Eintrag thun, wenn der Mann von dem Gewerbebetriebe nichts weiß. Nach § 366 H.G.B. ist dies anders. Wenn hiernach der Dritte gutgläubig angenommen hat, der Mann habe von dem Gewerbebetriebe Kenntniß gehabt, so hat er eben gutgläubig angenommen, der Gewerbebetrieb sei konsentirt, die Frau also zur Verfügung berechtigt.

Anm. 37. Zu den gesetzlichen Rechten, welche solchergestalt erlöschen, gehört auch das *Pfandrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen*. Hat z. B. der Miether die Sachen ohne Wissen des Wirths aus dem Grundstücke entfernt und dann veräußert und übergeben, so geht das Pfandrecht des Vermiethers unter, wenn der Dritte gutgläubig ist. Die Gutgläubigkeit würde nicht anzunehmen sein, wenn die Veräußerung auf dem Grundstücke erfolgt; in diesem Falle würde zwar der Erwerber das Eigenthum erwerben, aber belastet mit dem Pfandrechte des Vermiethers. (In letzterer Hinsicht vergl. jedoch § 560 B.G.B.)

Anm. 38. *Auch das Pfändungspfandrecht erlischt*, wenn die Sache so liegt, daß die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen waren und dieser sie nach Maßgabe der vorliegenden Vorschriften veräußert hat (R.G. 35 S. 398; Förtsch Anm. 10 zu Art. 306; O.G. Wien bei Adler & Clemens Nr. 156; Dernburg III S. 286).

Anm. 39. *Auch das Verfolgungsrecht nach § 44 K.O. erlischt*. Hat z. B. der Käufer einer auf dem Transport befindlichen Waare dieselbe durch Indossirung eines Dispositionspapiers weiter veräußert und wird er selbst zahlungsunfähig, so kann der ursprüngliche Verkäufer die Waare nicht mehr anhalten (R.G. 8 S. 85; 32 S. 20). — Eigentlich gehört dieses Beispiel nicht hierher, sondern zu § 365 Anm. 10.

Anm. 40. *Auch das Retentionsrecht* erlischt. Zur Erwerbung desselben genügt es, daß der Gläubiger mittelbarer Besitzer ist (vergl. zu § 369). Wenn nun der unmittelbare Besitzer, z. B. Derjenige, der die Sache für den Gläubiger verwahrt, sie an einen dritten gutgläubigen Erwerber gemäß §§ 932 flg. B.G.B. und § 366 H.G.B. veräußert, so geht das Retentionsrecht unter.

Anm. 41. *Aber in einem Falle ist ein dingliches Recht vor dem Erlöschen gesichert, nämlich in dem Falle, daß eine bei einem Dritten befindliche Sache durch Cession des Herausgabeanspruchs gutgläubig erworben wird* (§ 936 Abs. 3 B.G.B.). In diesem Falle erlischt das Recht, welches dem dritten Besitzer an der Sache zusteht, auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber nicht, also auch dann nicht, wenn der Erwerber weder wußte, noch annehmen mußte, daß dem dritten Besitzer ein Recht an der Sache zusteht. Hat z. B. Jemand eine Sache bei einem Bankhause verpfändet und veräußert sie durch Cession des Herausgabeanspruchs, so geht die Sache zwar in das Eigenthum des Erwerbers über, aber belastet mit dem Pfandrecht des Bankiers, auch wenn der Erwerber von dem Pfandrechte des Bankhauses nichts wußte und nichts wissen konnte. Würde der Gesetzgeber diese weise Anordnung nicht getroffen haben, so würde der Rechtsunsicherheit Thür und Thor geöffnet werden. Die Rechte Dritter an einer Sache, welche durch Besitzübergabe bestellt werden, würden zum großen Theile werthlos sein. (In dem Falle, daß ein Dispositionspapier —

Konossement, indossabler Lagerschein, Ladeschein — dem Adressaten oder einem Indossatar ausgehändigt und auf diese Weise Eigenthum übertragen wird, geht auch das Recht des Dritten unter; solche Uebergabe des Papiers gilt als körperliche Uebergabe; vergl. hierüber Anm. 10 zu § 365).

Anm. 42. Sonstige Rechte, von denen man nicht sagen kann, daß die Sache mit ihnen belastet ist, erlöschen durch solchen gutgläubigen Erwerb nicht. So z. B. nicht das Paulianische Anfechtungsrecht. Dieses Recht greift ohne Rücksicht auf diese Vorschriften Platz. Vielmehr gelten darüber, inwieweit redliche Rechtsnachfolger von Personen, gegen welche die Anfechtung sich richtet, gegen Anfechtung geschützt sind, besondere Vorschriften (§ 40 K.O.; § 11 des Anfechtungsgesetzes).

Anm. 43. Doch werden die Vorschriften des B.G.B. und des H.G.B. zu Gunsten derer, welche Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, analog auf andere Fälle ausgedehnt. Siehe hierüber unten Anm. 69 ffg.

Anm. 44. 4. **Eine besondere Behandlung hat der Gesetzgeber denjenigen Gegenständen zu Theil werden lassen, welche dem Eigenthümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind.** Solche Sachen werden nicht Eigenthum des gutgläubigen Erwerbers. Diese muß vielmehr der Erwerber trotz seiner Gutgläubigkeit dem vindizirenden Eigenthümer zurückgeben, und zwar ohne Erstattung dessen, was er selbst dafür gegeben hat. Wegen dieser Erstattung mag er sich an seinen Veräußerer halten. Von dieser Ausnahme sind aber wieder Geld und Inhaberpapiere, sowie Sachen, welche in öffentlicher Versteigerung erworben werden, ausgenommen. Diese folgen also wiederum der Regel d. h. sie werden Eigenthum des Erwerbers, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, vorausgesetzt nur, daß der Erwerber im guten Glauben war.

Anm. 45. a) Die Ausnahmen sind also: die gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen. Solche Sachen werden nicht Eigenthum des Erwerbers, auch wenn er gutgläubig erwarb. Es ist dabei gleichgiltig, ob der Veräußerer selbst die Sache dem Eigenthümer abhanden gebracht hatte oder ein früherer Vormann. Der Makel des Abhandenkommens haftet der Sache als solcher an und bewirkt, daß kein nachfolgender gutgläubiger Rechtserwerb den Schutz genießt, den sonst redlicher Rechtserwerb genießt. „Die abhanden gekommene Sache ist gleichsam mit einem Bann belegt und bleibt unter dem Bann auch in der Hand aller späteren Besitzer" (Cosack, Bürgerl. Recht II S. 121). Was versteht man nun unter Abhandenkommen? Unter Abhandenkommen versteht man den Besitzverlust, der nicht auf der eigenen Entschließung des Besitzers beruht (Dernburg III S. 284). Als Beispiele hierfür zählt das Gesetz auf: die gestohlenen und verlorenen Gegenstände. Weitere Beispiele sind: jede andere Wegnahme, die sich wegen mangelnder Strafbarkeit nicht als Diebstahl charakterisirt, z. B. Wegnahme durch einen Unzurechnungsfähigen, durch einen Ehegatten, oder aus Irrthum, z. B. in Folge einer Verwechslung, oder in Folge unerlaubter Selbsthilfe, z. B. wenn jemand, dem eine Sache verpfändet werden sollte, sie dem Eigenthümer wegnimmt, weil der versprochene Pfandbesitz nicht übertragen wird (oder wenn umgekehrt der Eigenthümer dem Pfandgläubiger die Sache wegnimmt; wenn dann der Eigenthümer die Sache anderweit verpfändet, so greift der Schutz des § 936 B.G.B. nicht Platz; vergl. R.G. 1 S. 257). Ferner jeder andere unfreiwillige Verlust, also der durch Unachtsamkeit, Verlegen, Fallenlassen, Vergessen, Wegschwemmung herbeigeführte (R.G. 1 S. 418). Befindet sich die Sache in den Händen eines Besitzdieners oder Besitzgehilfen, im Sinne des § 855 B.G.B. d. h. in den Händen einer Person, welche die thatsächliche Gewalt für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen sie den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer; sie kann also nur dem Anderen, dem Principal, abhanden kommen, und ein Abhandenkommen liegt schon dann vor, wenn jener Besitzgehilfe die Sache veruntreut oder verliert oder sie diesem abhanden kommt. Befindet sich dagegen

die Sache in den Händen einer Person, die als unmittelbarer Besitzer gemäß § 868 B.G.B. zu betrachten ist, d. h. einer Person, die als Nießbraucher, Miether, Verwahrer, Pfandgläubiger oder in einem ähnlichen Verhältnisse steht, vermöge dessen sie einem Andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer, nämlich mittelbarer Besitzer. Hier ist zu unterscheiden: giebt der unmittelbare Besitzer den Besitz freiwillig auf, veräußert er die Sache, redlich oder unredlich, so gilt sie nicht als dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen, er hat ja den Besitz freiwillig aufgegeben, hat ja die Sache dem unmittelbaren Besitzer zum Pfande, zur Verwahrung, zur Miethe überlassen und nach dem Grundsatze Hand muß Hand wahren, greifen hier gerade die Regeln der §§ 932—934 B.G.B. Platz, nicht die Ausnahme des § 935 B.G.B. Die in diesem Sinne unterschlagenen Sachen gehören also nicht zu den abhanden gekommenen. (So Gierke, die Bedeutung des Fahrnißbesitzes S. 25; Biermann Anm. 2 zu § 935 B.G.B.; Kober bei Staudinger Anm. 1a zu § 935 B.G.B.; abweichend Kuhlenbeck Anm. 2 zu § 935 B.G.B.). Ebenso müßte man eigentlich entscheiden, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer ohne dessen Willen abhanden gekommen ist, denn auch in diesem Falle ist sie dem mittelbaren Besitzer nicht abhanden gekommen, dieser hat sie ja gerade dem unmittelbaren Besitzer anvertraut. Gleichwohl läßt das Gesetz auch in diesem Falle die gleichen Grundsätze zur Anwendung gelangen, als wenn die Sache dem mittelbaren Besitzer selbst abhanden gekommen wäre (§ 935 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.).

Anm. 46. Wie aber steht es in dem Falle, wo der Besitzverlust zwar auf der Entschließung des Eigenthümers beruht, diese Entschließung aber mit rechtlichen Mängeln behaftet ist? Hier ist zu unterscheiden, ob die Entschließung nichtig oder anfechtbar ist. Ist sie nichtig, hat z. B. ein Geisteskranker eine Sache übertragen, so ist dieser Akt als Rechtsakt unbeachtlich, und es ist die Sache thatsächlich dem Geisteskranken abhanden gekommen. (Dernburg III S. 284). Ebenso wenn absoluter physischer oder psychischer Zwang (z. B. Hypnose) vorliegt. Anders aber, wenn die Entschließung nur anfechtbar ist, wegen wesentlichen Irrthums, wegen Täuschung oder wegen Zwanges. Bei wesentlichen Irrthum steht Dernburg (III S. 284) auf diesem unserem Standpunkte, wohl auch bei Täuschung, nicht aber auch bei Zwang, weil „Zwang und Erpressung billig dem Diebstahl gleichstehen müssen". Allein die Billigkeit kann hier nicht entscheiden. Das Gesetz hat nun einmal die erzwungene Willenserklärung nicht als nichtig erklärt, sondern nur als anfechtbar. Die erzwungene Eigenthumsübertragung ist also nicht nichtig, sondern ist zunächst giltig, und kann giltig bleiben, wenn sie nicht angefochten wird. Sie kann also in der hier in Rede stehenden Hinsicht nicht einfach unbeachtet bleiben, und so angesehen werden, als beruhe die Uebertragung nicht auf einem Rechtsakte, sondern als läge ein einfaches thatsächliches Abhandenkommen vor, das auf rechtlich unbeachtlicher Entschließung des Besitzers beruht (übereinstimmend Biermann Anm. 2 zu 935 B.G.B.). Die bloße Anfechtbarkeit der Eigenthumsübertragung drückt also der Sache nicht den Makel einer abhanden gekommenen auf, belegt sie nicht für den Rechtsverkehr mit diesem Banne, der den redlichen Rechtserwerb zum Theil hindert, zum Theil erschwert.

Anm. 47. Bei anfechtbaren Eigenthumsübertragungen greifen vielmehr andere Regeln Platz, nämlich § 142 B.G.B. Dieser erklärt zwar das angefochtene Rechtsgeschäft, wenn die Anfechtung erfolgt ist, als nichtig; und der Erwerber muß, wenn die Anfechtung erfolgt, die dadurch hergestellte Nichtigkeit des Geschäfts gegen sich gelten lassen, wenn er die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, d. h. aus Fahrlässigkeit nicht kannte (daß gerade grobe Fahrlässigkeit vorliegen müsse, wie Kober bei Staudinger III S. 86 sagt, trifft nicht zu). Allein alles das bewirkt nicht, daß die Sache mit der objektiven Eigenschaft als „abhanden gekommen" behaftet wird mit den sich aus diesem Makel ergebenden viel weiter gehenden Hindernissen für den redlichen Rechtserwerb.

Anm. 48. b) Die Ausnahmen von der Ausnahme bilden Geld und Inhaberpapiere,

sowie diejenigen Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.

a) Die erste Ausnahme von der Ausnahme. In öffentlicher Versteigerung werden auch abhanden gekommene Sachen Eigenthum des gutgläubigen Erwerbers. Unter öffentlicher Versteigerung versteht man die öffentliche auf Grund öffentlichrechtlicher Ermächtigung erfolgte Versteigerung (vergl. § 383 Abs 3 B.G.B., Motive 3 S. 349; Dernburg III S. 285). Es genügt nicht eine öffentliche Versteigerung, wenn sie nicht auf öffentlicher Ermächtigung beruht, und es genügt nicht eine auf öffentlicher Ermächtigung beruhende Veräußerung, wenn sie nicht eine öffentliche Versteigerung ist. Dabei ist aber zu erwähnen, daß diejenige öffentliche Versteigerung, welche auf Grund eines Pfandverkaufs erfolgt, selbstständigen Regeln folgt (vergl. hierüber Anm. 54 flg. zu § 368).

Anm. 49. β) Die zweite Ausnahme von der Ausnahme bilden Geld und Inhaberpapiere. Diese werden, sie mögen öffentlich oder privatim veräußert werden, Eigenthum dessen, der sie vom Nichteigenthümer und vom Nichtverfügungsberechtigten erwirbt, auch dann, wenn sie dem Eigenthümer abhanden gekommen sind. Auch wenn das Abhandenkommen vor der Emission erfolgt ist, greift diese Vorschrift Platz, wie jetzt gemäß dem im § 794 B.G.B. enthaltenen Prinzip nicht zweifelhaft sein kann (vergl. früher R.O.H. 17 S. 150). — Der gute Glaube muß sich auch auf die Eigenschaft als abhanden gekommen, erstrecken, damit diese Ausnahme von der Ausnahme, also der der Regel entsprechende Schutz des gutgläubigen Erwerbs Platz greift, d. h. der Erwerber muß gutgläubig angenommen haben, es handle sich nicht um eine abhandengekommene Sache (vergl. hierüber oben Anm. 21). Es muß aber zur Vermeidung von Mißverständnissen auch hier wieder betont werden, daß dieser gute Glaube nur in Frage kommt, wenn es ein Nichteigenthümer war, der die Sache veräußert hat. War der Veräußerer Eigenthümer geworden, also jemand, der vom Eigenthümer erworben hatte oder vom Nichteigenthümer gutgläubig, so schadet der böse Glaube hinsichtlich der Eigenschaft als abhandengekommen nicht, denn dann hat der Erwerber vom Eigenthümer erworben und ist dadurch eo ipso Eigenthümer geworden (vergl. oben Anm. 29). Durch einen gutgläubigen Erwerb verliert hier die Sache ihren Makel als abhandengekommene, was sonst bei abhandengekommenen Sachen, außer Geld und Inhaberpapieren, nicht der Fall ist (vergl. oben Anm. 45). Der gutgläubige Erwerb bricht hier den Bann, mit dem abhandengekommene Sachen sonst belegt sind.[1]) — Zu den Inhaberpapieren in diesem Sinne gehören nicht die unächten Inhaberpapiere im Sinne des § 807 B.G.B. (die Karten, Marken ꝛc.) und auch nicht die Legitimationsurkunden (Biermann Anm. 3 zu § 935 B.G.B.; in ersterer Hinsicht mit Unrecht anders Dernburg III S. 284), wohl aber Briefmarken, Inhaberaktien, Loose, Coupons, nicht aber Orderpapiere, auch wenn sie mit Blankoindossement versehen sind; dadurch werden sie noch nicht Inhaberpapiere. — Unter Geld ist das kursirende Metallgeld zu verstehen, nicht ungiltige, nicht außer Kurs gesetzte Münzen, wohl aber Geldzeichen z. B. Reichskassenscheine und Banknoten (vergl. Kober bei Staudinger III S. 89).

Anm. 50. 5. **Die Beweislast.** Wer sich im Besitze befindet, braucht nicht nachzuweisen, daß er Eigenthümer geworden ist (§ 1006 B.G.B.). Der Vindikant muß ihm vielmehr das Gegentheil

---

[1]) Der Fall, daß der gegenwärtige Erwerber, der in Frage kommende Vindikat, derjenige ist, der die Sache abhanden gebracht oder sonst durch ein mangelhaftes Rechtsgeschäft an sich gebracht hat, ist hier nicht in Frage, sondern richtet sich nach allgemeinen Rechtsregeln. Hatte er z. B. die Sache gestohlen, so kann der wahre Eigenthümer und der Bestohlene sie von ihm vindiziren, hat er sie durch Vertrag erlangt, so kann der Betrogene die Erklärung anfechten, und die Sache zurückverlangen. Aber wenn die Erklärung unangefochten bleibt, so bleibt der Erwerb giltig, und wenn der betrügerische Erwerber an das Eigenthum des Betrogenen glaubt, so hat er im Sinne unserer Vorschriften „gutgläubig" erworben und wird Eigenthümer.

beweisen. Diesen Beweis führt er aber nicht dadurch, daß er beweist, daß der Besitzer von einem Nichteigenthümer erworben habe. Denn wenn auch der Erwerb von einem Nichteigenthümer an und für sich Eigenthum nicht überträgt, sondern nur dann, wenn der gute Glaube auf Seiten des Erwerbers hinzutritt, so braucht doch diese Voraussetzung nicht von dem Besitzer nachgewiesen zu werden. Denn die Gutgläubigkeit wird vermuthet und wer Schlechtgläubigkeit behauptet, muß diese nachweisen. Dies ist durch die Wortfassung des § 932 B.G.B. zum Ausdruck gebracht, stimmt übrigens auch mit der früheren Rechtsprechung überein (Bolze 6 Nr. 1047; R.G. 37 S. 71). Ebenso muß der Vindikant, um die Berufung auf die §§ 932 ffg. und § 366 H.G.B. auszuschließen, in der Klage oder Replik darthun, daß es sich um abhanden gekommene Sachen handelt (vergl. § 1006 Abs. 1. B.G.B.; Biermann Anm. 2 zu § 835 B.G.B.; Cosack, Bürgerliches Recht II S. 122).

Ist nun aber dem Erwerber nachgewiesen, oder steht fest, daß er vom Nichteigenthümer erworben und gewußt oder grobfahrlässiger Weise nicht gewußt hat, der Veräußerer sei Nichteigenthümer, dann muß der Erwerber, um sich gleichwohl im Besitze zu schützen, darthun, daß die besonderen Voraussetzungen des § 366 H.G.B. vorliegen, d. h. daß er die Sache von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben hat. Dies ist eine Besonderheit, eine Ausnahme von § 932 B.G.B. und deshalb ist dies vom Erwerber zu beweisen. Der Erwerber wird, obwohl er vom Nichteigenthümer gekauft und dies gewußt hat, dennoch aus einem besonderen Grunde Eigenthümer. Aber er hat genügend dargethan, wenn er beweist, daß er von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben hat. Wird dies bewiesen oder steht dies fest, so müßte ihm der Vindikant nunmehr wieder beweisen, daß er nicht oder nur aus grober Fahrlässigkeit angenommen hat, der Kaufmann sei zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt. Thut der Erwerber von vornherein dar, daß er den Gegenstand von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erworben hat, dann muß der Vindikant ihm beweisen, daß der Erwerber weder annehmen durfte, der Veräußerer sei Eigenthümer, noch derselbe sei verfügungsberechtigt.

Selbstverständlich muß dem Erwerber auch nachgewiesen werden, daß der Veräußerer Anm. 51.
nicht Eigenthümer war, denn das ist ja die objektive Grundlage des Vindikationsanspruchs. Der Erwerber braucht natürlich nicht nachzuweisen, daß der Veräußerer Eigenthümer war; er braucht ja nicht einmal, wenn feststeht, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war, nachzuweisen, daß er ihn gutgläubig für den Eigenthümer gehalten habe. Nur eine Ausnahme machte die bisherige Rechtsprechung: Wenn es sich nämlich um gestohlene oder verlorene Sachen handelte, so wurde angenommen, daß, wenn der Kläger dem Beklagten die Unredlichkeit in dieser Hinsicht d. h. in Bezug auf die Qualität der Waare als abhanden gekommen, nachgewiesen hatte, der Vindikant genügend bewiesen habe, und wenn sich der Erwerber angesichts dieses Beweises gleichwohl im Besitze schützen wollte, so mußte er darthun, daß einer seiner Rechtsvorgänger redlicher Erwerber und dadurch Eigenthümer geworden war (R.G. 37 S. 78). Man wird diese Entscheidung auf das neue Recht übertragen können. Sie entspricht dem Geiste der hier in Rede stehenden Vorschriften. Es ist im ganz eminenten Sinne eine Ausnahmebestimmung, daß bei Geld und Inhaberpapieren der gutgläubige Erwerb auch dann das Eigenthum überträgt, wenn es sich um abhandengekommene Sachen handelt. Dieses Schutzes muß man sich aber würdig machen durch eine erhöhte Aufmerksamkeit, man hat die zur Prüfung des Eigenthums des Vorgängers hinzutretende Pflicht, zu prüfen, ob es sich um eine abhanden gekommene Sache handelt. Wer diese Pflicht verletzt, hat jenen besonderen Schutz verwirkt. Wenn er gleichwohl das Eigenthum für sich in Anspruch nimmt, so liegt ihm die Beweislast ob, daß trotz der Verletzung der ihm aus Gründen der Verkehrssicherheit obliegenden Prüfungspflicht das Eigenthum dennoch auf ihn übergegangen sei. Dazu kommt, daß es nur in Folge einer besonders günstigen Konstellation der Umstände geschehen kann, daß ein Rechtsvorgänger Eigenthümer geworden ist. Denn normaler Weise wird der Verlust abhanden gekommener Papiere sofort publizirt und

jeder künftige Rechtserwerb ist schlechtgläubig. Das Vorliegen besonderer Umstände muß aber der beweisen, der sich auf sie beruft.

Anm. 52. C. **Die Verpfändung von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren an den redlichen Pfandnehmer.**

1. In welcher Weise die Verpfändung beweglicher Sachen und Inhaberpapiere erfolgt, darüber siehe Anm. 5 ffg. zu § 368.

Anm. 53. 2. Wenn zur Zeit des Pfanderwerbs der Gläubiger in gutem Glauben ist, so finden die für den gutgläubigen Eigenthumserwerb geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (siehe die maßgebenden Gesetzesvorschriften oben Anm. 1).

a) Das bedeutet: Der Gläubiger erwirbt das Pfandrecht, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war (das wahre Eigenthum erlischt nicht etwa). Ist die verpfändete Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das Pfandrecht diesem vor, ein Erlöschen des Rechts des Dritten findet wiederum nicht statt. Hat z. B. eine Ehefrau eine zum eingebrachten Gute gehörige Sache verpfändet und der Pfandgläubiger ist gutgläubig (vergl. oben Anm. 36), so erwirbt derselbe das Pfandrecht und dieses geht dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechte vor. Der Mann hat das Recht, durch Einlösung des Pfandes die Sache wieder in seine Verwaltung und Nutznießung zu bringen. Ebenso wenn ein gepfändeter Gegenstand einem anderen Gläubiger zum Pfande bestellt wird und dieser gutgläubig ist. Hier geht das so erworbene Pfandrecht dem Pfändungspfandrecht vor, aber das Letztere erlischt nicht.

Eine im mittelbaren Besitze des Verpfänders stehende Sache kann zwar ebenfalls verpfändet werden; doch bleibt das Recht des unmittelbaren Besitzers bestehen, auch wenn der Pfandnehmer gutgläubig angenommen hat, ein solches Recht des unmittelbaren Besitzers besteht nicht (§§ 1205 Abs. 2, 1208, 936 Abs. 3 B.G.B.).

Anm. 54. b) Die Ausnahme, daß sich die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes auf abhanden gekommene Sachen nicht bezieht, greift auch hier Platz (§§ 1207, 1208, 935 B.G.B.); desgleichen die Ausnahme von der Ausnahme, daß bei Geld und Inhaberpapieren der gutgläubige Erwerb auch dann geschützt wird, wenn es abhanden gekommene Sachen sind (vergl. dieselben Paragraphen).

Siehe daher hier überall die Erläuterungen oben Anm. 45 ffg.

Anm. 55. c) Das Nähere über guten Glauben siehe oben Anm. 15 ffg. Der besondere und erweiterte Schutz des § 366 H.G.B., wonach der gute Glaube unter gewissen Voraussetzungen auch dann vorhanden ist, wenn der Erwerber angenommen hat, der Veräußerer sei zwar nicht Eigenthümer, aber doch zur vorbehaltlosen Verpfändung für den Eigenthümer berechtigt, greift auch hier Platz.

Vergl. daher oben Anm. 17 ffg.

Anm. 56. d) Auf den Pfanderwerb an Orderpapieren bezieht sich alles das nicht. Hierauf bezieht sich vielmehr § 365 und Art. 74 W.O. (vergl. daher Anm. 8 ffg. zu § 365).

Anm. 57. e) Was den Pfanderwerb an Gegenständen, über welche Dispositionspapiere ausgestellt sind, betrifft, so ist zu unterscheiden: Diejenigen Verpfändungen, welche durch Uebergabe des Dispositionspapiers an den in dem Papiere bezeichneten Adressaten erfolgen, und diejenigen Verpfändungen, welche durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes Seitens des Adressaten an einen Dritten erfolgen, folgen den hier in Rede stehenden Regeln, wobei die erstgedachte Uebergabe des Papiers als reine körperliche Uebergabe des Gutes gilt (vergl oben Anm. 53). Was dagegen denjenigen Pfanderwerb betrifft, der durch Indossirung des an Order ausgestellten Dispositionspapiers erfolgt, so folgt dieser den Regeln von den Orderpapieren (oben Anm. d; besonders aber Anm. 23 ffg. zu § 368).

Anm. 58. D. **Gutgläubiger Erwerb der gesetzlichen Pfandrechte.** Im § 1257 B.G.B. werden die gesetzlichen Pfandrechte den vertragsmäßig bestellten Pfandrechten gleichgestellt und das bezieht sich aach auf den Schutz gutgläubigen Pfanderwerbs. Darin liegt gemäß Art. 2 Abs. 2

E.G. zum H.G.B. auch bezüglich der handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte die Vorschrift, daß ihr gutgläubiger Erwerb ebenso geschützt wird, wie die vertragsmäßig bestellten Pfandrechte der in Rede stehenden Pfandgläubiger. Der vorliegende § 366 Abs. 3 enthält eine Bestätigung dieser Rechtslage, außerdem aber die Gleichstellung der handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte mit denjenigen, welche nach § 366 Abs. 1 vertragsmäßig bestellt sind, also mit denjenigen, welche ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes bestellt hatte.

1. Die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers werden von diesem Privileg betroffen. Das Nähere über diese Pfandrechte kann erst an den betreffenden Stellen gelehrt werden (§§ 397, 410, 421, 440 bezw. 443). Anm. 59.

2. Die Gleichstellung bedeutet: Erwirbt ein Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht gegen irgend welche Person, Kaufmann oder Nichtkaufmann, so hat der gutgläubige Erwerb die gleichen Folgen, wie wenn jemand gemäß Abs. 1 ein Pfandrecht durch Vertrag erwirbt, d. h. wie wenn jemand von einem Kaufmann im Betriebe des Handelsgewerbes eine Sache gutgläubig verpfändet erhält. Jene gesetzlichen Pfandrechte werden also hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens gleichgestellt den vertragsmäßig bestellten Pfandrechten und zwar denjenigen vertragsmäßig bestellten Pfandrechten, welche ein Kaufmann in seinem Handelsgewerbe bestellt. Anm. 60.

3. Aus dieser Formulirung ergeben sich die Voraussetzungen und Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes jener gesetzlichen Pfandrechte im Einzelnen. Anm. 61.

   Es kann auf das oben Gesagte verwiesen werden, nur im Einzelnen mag der Veranschaulichung wegen hervorgehoben werden:

   a) Nur auf das gesetzliche Pfandrecht der gedachten Personen bezieht sich das Privileg. Wird einem Bankier, der sich mit der kommissionsweisen Erledigung von Börsengeschäften befaßt, vertragsmäßig ein Pfand bestellt, so findet der weiter reichende Schutz des § 366 hierauf keine Anwendung, sondern nur der Schutz der §§ 1207 und 1208 B.G.B., wenn nicht etwa gleichzeitig auch ein gesetzliches Pfandrecht an den Sachen entstanden ist. Anm. 62.

   b) Auf die in Rede stehenden gesetzlichen Pfandrechte finden alle Vorschriften des B.G.B. über gutgläubigen Pfanderwerb von Sachen Anwendung, also die §§ 1207 und 1208 B.G.B., verstärkt durch den Schutz des § 366 H.G.B. und gemildert durch die Vorschrift des § 367 H.G.B. Anm. 63.

   c) An abhanden gekommenen Sachen wird hiernach das gesetzliche Pfandrecht nicht erworben, außer wenn es Geld oder Inhaberpapiere sind (vergl. oben Anm. 45 ffg.). Anm. 64.

4. **Was nun die handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte an Orderpapieren anlangt,** so erhebt sich die Frage, welchen Pfandrechten werden sie gleichgeachtet, den nach allgemeinen Vorschriften bestellten, oder den durch Indossament und Uebergabe des Papiers bestellten (vergl. Anm. 9—13 zu § 368)? Wir entscheiden uns für das erstere, weil die besonderen Wirkungen, welche an den gutgläubigen Erwerb durch Indossament geknüpft werden und die weit hinausgehen über den Schutz gutgläubigen Erwerbes nach den allgemeinen Regeln, nur eine besondere Eigenthümlichkeit des Indossaments sind. Für den Fall, daß das Orderpapier mit einem Blankoindossament versehen ist und in dieser Form in das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Frachtführers ꝛc. gelangt, kann hier nichts anderes gelten. Ueber den Unterschied in der Wirkung, ob die Regeln der einen oder der anderen Verpfändungsart entsprechend angewendet werden, siehe Anm. 21 ffg. zu § 368. Anm. 65.

5. **Bei den sogenannten Dispositionspapieren gelten ebenfalls die Regeln von der Verpfändung nach allgemeinen Grundsätzen als entsprechend anwendbar.** Hier aber ist außerdem noch zu erwähnen, daß von dem gesetzlichen Pfandrechte an Dispositionspapieren wohl zu unterscheiden ist das gesetzliche Pfandrecht an dem Gute selbst, über welches der Kommissionär, Frachtführer ꝛc. durch Dispositionspapier als legitimirter Besitzer Anm. 66.

desselben verfügen kann. Ueber diesen etwas komplizirten Unterschied siehe Anm. 77 zu § 368.

Anm. 67. **Zusatz 1.** Dadurch, daß der gutgläubige Erwerb das frühere Eigenthum und frühere dingliche Rechte zur Aufhebung bringt, wird der frühere Inhaber des Rechts geschädigt. Es frägt sich, worin besteht die Ausgleichung des diesem dadurch entstehenden Schadens?

a) Gegen den Veräußerer hat er in allen Fällen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 816 B.G.B.). Die Veräußerung kann sich aber auch als Verletzung von Vertragsrechten und als unerlaubte Handlung darstellen. In solchen Fällen greifen die betreffenden anderen Grundsätze Platz.

Anm. 68. b) Gegen den Erwerber hat der frühere Eigenthümer nur dann einen Anspruch auf Herausgabe, wenn derselbe unentgeltlich erworben hat (§ 816 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.).

Anm. 69. **Zusatz 2.** An sich erlöschen durch gutgläubigen Erwerb des Erworbenen von Eigenthum und Pfandrecht nur das Eigenthum und Rechte, mit welchen die Sache belastet ist. **Aber das B.G.B. dehnt die Regeln über den gutgläubigen Erwerb analog auf ähnliche Fälle aus:**

a) So auf Veräußerungsverbote gewisser Art, nämlich gesetzlicher, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken, und behördliche (§ 135 Abs. 2 und § 136 B.G.B.). Der Erwerber erwirbt also trotz des Veräußerungsverbotes das Eigenthum, es sei denn, daß ihm beim Besitzerwerb das Veräußerungsverbot bekannt oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Anm. 70. b) Auf Verfügungen, die während des Schwebens einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung über die Sache getroffen werden (§ 161 Abs. 3 B.G.B.). Der Eintritt der Bedingung wirkt also gegen Dritte, zu deren Gunsten über die Sache verfügt worden ist, nicht, es sei denn, daß ihnen das Bestehen der Bedingung bekannt oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

Anm. 71. c) Auf Verfügungen, die ein Vorerbe über Erbschaftsgegenstände trifft (§§ 2113, 2129).

Anm. 72. d) Auf Verfügungen des Erben über eine der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Nachlaßsache (§ 2211).

Alle diese Fälle können auch für den Handelsverkehr wichtig werden. Für sie alle ist zu betonen, daß auch der § 366 und der § 367, vor allem aber der erstere, auf sie Anwendung findet. Das hat einmal die Bedeutung, daß auch in allen ebengedachten Fällen, sofern ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes der Veräußerer oder Verpfänder war, der gute Glaube schon dann vorhanden ist, wenn der Erwerber zwar gewußt hat, der Veräußerer sei nicht Eigenthümer, aber doch gutgläubig angenommen hat, er sei zur Veräußerung für den Eigenthümer bezw. für den, dem die Verwaltung obliegt, befugt. Hat z. B. ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Sachen veräußert, die ihm nur als Erbe gehören, welche aber der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterstanden, oder an denen er nur resolutiv bedingtes Eigenthum hatte, oder welche er in Folge eines Veräußerungsverbotes nicht veräußern durfte, so wird der Erwerber nicht bloß dann Eigenthümer, wenn er gutgläubig annahm, der Veräußerer sei unbeschränkter Eigenthümer, sondern auch dann, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Veräußerer sei befugt, die Sache für den Eigenthümer vorbehaltlos zu veräußern. — Das hat andererseits die Bedeutung, daß die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts (des Kommissionärs, Frachtführer ꝛc.) auch hinsichtlich der oben zu a—d aufgezählten Vorschriften einem vertragsmäßig bestellten und zwar einem von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe bestellten Pfandrechte gleichstehen. Erwirbt daher z. B. ein Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht an einem Gegenstande, hinsichtlich dessen ein Veräußerungsverbot erlassen war, oder an welchem der Eigenthümer nur resolutiv bedingtes Eigenthum erworben hatte, oder gegen einen Vorerben oder gegen einen Erben während der Dauer der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, so ist das Pfandrecht entstanden.

Zusatz 3. Aber ebenso scharf muß betont werden, daß weitere Ausdehnungen der Rechtsregeln vom gutgläubigen Rechtserwerb nicht statthaft sind. Insbesondere beziehen sich die Grundsätze nicht auf **den gutgläubigen Rechtserwerb vom Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses.** Wer vom Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses einen Gegenstand erwirbt, muß sich die Vindikation durch den Konkursverwalter gefallen lassen. (§ 7 K.O.; Jaeger K.O. Anm. 29 ffg. dazu). Wohl aber darf sich der gutgläubige Dritterwerber auf die Vorschriften zu Gunsten derer, die Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, berufen (Jaeger ebenda). Verkauft z. B. der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses eine noch in seinen Händen befindliche Uhr an A., so muß A. sich die Vindikation durch den Verwalter gefallen lassen, er mag vom Konkurse gewußt haben oder nicht. Verkauft aber dann A. die Uhr an B., der vom Konkurse nichts weiß und auch nichts wissen konnte, so ist B. geschützt; denn er hat an das unbeschränkte Eigenthum des A. bona fide geglaubt (§ 932 B.G.B.). Anm. 73.

Das Gleiche gilt von der Nachlaßverwaltung nach § 1984 B.G.B.

Auch der § 366 H.G.B. versagt hier. Denn er erweitert nur den Schutz, soweit er nach dem B.G.B. grundsätzlich gegeben ist.

Zusatz 4. Es muß ferner der Deutlichkeit wegen hervorgehoben werden, daß sich die Vorschriften der §§ 932 ffg. B.G.B. und des § 366 H.G.B. nur beziehen auf den redlichen Erwerb von Eigenthum und Pfandrecht. Sie bestimmen lediglich, daß, wer Eigenthum oder Pfandrecht gutgläubig erwirbt, in der gedachten Weise geschützt ist. **Auf den gutgläubigen Erwerb anderer dinglichen Rechte beziehen sie sich nicht.** Der gutgläubige Erwerber anderer dinglichen Rechte ist daher in dieser Weise nicht geschützt. Nur auf den Erwerb des Nießbrauchs sind die Vorschriften analog ausgedehnt (§ 1032 B.G.B.) und auch nur die Vorschriften des B.G.B. über den gutgläubigen Rechtserwerb, nicht auch § 366 H.G.B. Dagegen ist z. B. der gutgläubige Miether einer fremden Sache nicht in dieser Weise geschützt. Anm. 74.

Zusatz 5. Der vorliegende § 366 erfährt eine Abänderung auf dem speziellen Gebiete, welches durch das Depotgesetz geregelt ist. Nach § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes erwirbt derjenige, welchem ein Kaufmann, der sich mit der Verwahrung fremder Werthpapiere gewerbsmäßig beschäftigt, die Mittheilung macht, daß die Papiere fremd seien, ein Pfandrecht an diesen Sachen nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Näher kann hier auf diese Besonderheit nicht eingegangen werden. Anm. 75.

Zusatz 6. Uebergangsfrage. Nach Art. 181 E.G. z. B.G.B. finden auf das bestehende Eigenthum vom 1. Januar 1900 ab die Vorschriften des B.G.B. Anwendung. Daraus und aus allgemeinen Grundsätzen folgt, daß der Erwerb des Eigenthums sich für die Zeit vor dem 1. Januar 1900 nach altem Recht regelt, für die Zeit nachher nach neuem Recht. Hinsichtlich des Erwerbs vor dem 1. Januar 1900 sind die Art. 306 und 307 des alten H.G.B. bezw. die früheren Landesgesetze maßgebend, während vom 1. Januar 1900 ab die Vorschriften des neuen Rechts maßgebend sind. Erfüllt ein vor dem 1. Januar 1900 eingetretener Thatbestand nicht die vom alten Recht geforderten Voraussetzungen für den Eigenthumserwerb, so wird der Erwerber nicht dadurch Eigenthümer, daß das neue Recht sich mit ihnen begnügt hätte. Erfüllt umgekehrt der vor dem 1. Januar 1900 eingetretene Thatbestand die vom alten Recht geforderten Voraussetzungen, so wird das Erworbene nicht dadurch verloren, daß diese Voraussetzungen nach neuem Recht zum Eigenthumserwerb nicht ausreichen. Anm. 76.

Wie aber, wenn der Thatbestand unter der Herrschaft des alten Rechts begann, aber erst unter der Herrschaft des neuen Rechts zur Vollendung kam? Hier kommt das neue Recht in Betracht, die Voraussetzungen des neuen Rechts müssen vorhanden sein. Bei denjenigen Theilen des Thatbestandes aber, die in das alte Recht zurückragen, muß für die Frage, ob die betreffende Voraussetzung vorhanden war, das alte Recht zu Grunde gelegt werden. Anm. 77.

So überall zutreffend Lehmann in G.Z. 48 S. 66, der für die letztere Komplikation folgendes treffende Beispiel wählt: Würde A., der nach altem Recht Nichtkaufmann war, vor dem 1. Januar 1900 dem B. den Anspruch auf Herausgabe einer Sache, die C. besitzt, abgetreten haben, und hatte B. von C. den Besitz der Sache nach dem Inkrafttreten des B.G.B. erlangt, so würde B., falls er beim Besitzerwerb in gutem Glauben über das Eigenthum des A. Anm. 78.

war, nach §§ 931, 934 B.G.B. Eigenthümer geworden sein. Bezog sich dagegen sein guter Glaube nur auf die Befugniß des A., über die Sache für den Eigenthümer zu verfügen, so würde er trotz § 366 H.G.B. nicht Eigenthümer werden. Denn A. war, als er veräußerte, nicht Kaufmann, und hieran würde auch der Umstand nichts ändern, daß A. im Moment des Besitzerwerbes Seitens B. durch die veränderte Gesetzgebung Kaufmann geworden ist. Denn seine Kaufmannsqualität mußte im Moment der Veräußerung, also vor dem 1. Januar 1900 vorhanden sein.

§ 367.

Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war.

Der gute Glaube des Erwerbers wird durch die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie auf Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ist nichts weiter, als ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit.** Der Inhalt ist auch von uns bereits in der Erläuterung zu § 366 an derjenigen Stelle erwähnt, wo die Schlechtgläubigkeit des Erwerbes behandelt und Beispiele von Schlechtgläubigkeit aufgezählt wurden (Anm. 21 u. 22 zu § 366).

Anm. 1. 1. **Der vorliegende Paragraph bezieht sich lediglich auf abhanden gekommene Inhaberpapiere.** (Dieser Begriff ist in dem Sinne zu verstehen, der den §§ 932—936 B.G.B. zu Grunde liegt, auch wo der Ausdruck nicht genau paßt. So sind z. B. den Sachen, die dem Eigenthümer abhanden gekommen sind, diejenigen Sachen gleichzustellen, die dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen sind, wofern der Eigenthümer mittelbarer Besitzer war; vergl. § 935 Abs. 2 B.G.B.). Abhanden gekommene Gegenstände sind eigentlich von dem Schutze gutgläubigen Erwerbes ausgenommen (§ 935 B.G.B.). Aber von dieser Ausnahme sind Geld und Inhaberpapiere wieder ausgenommen und folgen den Regeln vom Schutze des gutgläubigen Erwerbes (§ 935 Abs. 2 B.G.B.).

Nur muß hier die Gutgläubigkeit sich auch auf die Qualität als abhanden gekommen beziehen, d. h. der Erwerber muß gutgläubig davon ausgegangen sein, daß es sich nicht um ein abhanden gekommenes Geldstück oder Inhaberpapier handelt (vergl. Anm. 21 zu § 366).

Für Inhaberpapiere wird nun ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit hier gegeben, nicht auch für Geld, und auch von Inhaberpapieren sind die im Abs. 3 aufgezählten ausgenommen (Zins-, Renten-, Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere). Bei Geld und den im Abs. 3 aufgezählten Inhaberpapieren greifen daher die allgemeinen Regeln über Gut- und Schlechtgläubigkeit Platz, die besondere Pflicht, den Reichsanzeiger

zu prüfen, fällt hier weg. Diese Ausnahmen beruhen auf der großen Menge dieser Werthzeichen; diese würde es als ungerecht erscheinen lassen, wollte man an jede Nichtbeachtung der Bekanntmachung ihres Verlustes den Ausschluß des guten Glaubens knüpfen.

2. **Nur auf Bankiers und Geldwechsler, nicht auch auf andere Personen,** bezieht sich dieses gesetzliche Beispiel von Schlechtgläubigkeit. (Ueber den Begriff der Bankiers und Geldwechsler siehe Anm. 62—66 zu § 1). Diesen Personen, nicht auch anderen, auch nicht allen Kaufleuten, wird hiermit zur Vermeidung der ohne weiteres erfolgenden Annahme der Schlechtgläubigkeit und des sich daraus ergebenden Wegfalls des Schutzes redlichen Rechtserwerbes die im Abs. 1 enthaltene Pflicht auferlegt. Anm. 2.

3. **Die im Abs. 1 enthaltene Pflicht** besteht darin, beim Erwerb eines Inhaberpapiers den Reichsanzeiger zu prüfen, ob der Verpflichtete oder eine öffentliche Behörde das Papier als abhanden gekommen publizirt hat. Ist nämlich die Publikation erfolgt, und hat ein Bankier oder Geldwechsler gleichwohl ein solches Papier innerhalb eines Jahres seit Ablauf des Publikationsjahres erworben, so ist der gute Glaube des Bankiers oder Geldwechslers hinsichtlich der Qualität als abhanden gekommen ausgeschlossen (vergl. Anm. 21 zu § 366). Nur dann fällt diese Präsumtion weg, wenn der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte, noch kennen mußte. Anm. 3.

4. Der § 367 giebt nur ein Beispiel von Schlechtgläubigkeit. Keineswegs ist damit implicite die Umkehrung gesetzlich sanktionirt, daß, wenn die Voraussetzungen jener Präsumtion nicht vorliegen, der gute Glaube des Bankiers oder Geldwechslers präsumirt wird. **Es wird nicht etwa die Prüfungspflicht des Bankiers und Geldwechslers auf die Durchsicht der in jener kritischen Zeit im Reichsanzeiger geschehenen Publikationen abhanden gekommener Inhaberpapiere festgelegt und begrenzt.** Es wird nicht etwa angeordnet, daß der gute Glaube präsumirt wird, wenn der Verlust im deutschen Reichsanzeiger nicht oder vor jener kritischen Zeit publizirt war. Allein die Denkschrift S. 208 erwartet mit Sicherheit, daß unser Paragraph die Rechtsprechung dazu führen werde, anzunehmen, daß, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, ein Bankier seiner Pflicht genügt, wenn er nur die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers aus jener kritischen Zeit berücksichtigt. Im Allgemeinen ist dem wohl zuzustimmen. Aber solche besonderen Umstände werden sehr häufig vorliegen. So wird Schlechtgläubigkeit vorhanden sein, wenn die Polizei dem Bankhause spezielle Mittheilung von der Veruntreuung gemacht hat, auch wenn der Prinzipal persönlich hiervon nichts weiß (Bolze 17 Nr. 469); ferner wenn die Polizeibehörde des Ortes derartige Publikationen in einem bestimmten Blatte gewöhnlich erläßt und diese nicht beachtet werden (vergl. Denkschrift S. 208; Cosack S. 152). Weiter kommt in Betracht, daß neuerdings ein amtliches Centralorgan für Deutschland (außer dem Deutschen Reichsanzeiger) für derartige Publikationen gegründet worden ist, nämlich das Deutsche Fahndungsblatt, in welchem jedes Quartal die beim Berliner Polizeipräsidium als abhanden gekommen angemeldeten Papiere publizirt werden (vergl. Verordnung des Preußischen Ministers des Innern vom 13. März 1899 bei Weißler, Preuß. Archiv 1899 S. 49). Die Bankiers werden indessen trotz Gründung dieses Blattes nicht als schlechtgläubig angesehen werden müssen, wenn sie diese Publikationen nicht beachten, weil sich das Blatt seiner ganzen Anlage nach nur an die Untersuchungsbehörden wendet. Anm. 4.

Auf alle Fälle wird man aber annehmen müssen, daß Publikationen irgend welcher Art, welche länger zurückliegen, als dies im § 367 vorgesehen ist, nicht beachtet zu werden brauchen.

Zusatz. Der Landesgesetzgebung bleibt es überlassen, dem Verlierer das Recht zu geben, die amtliche Publikation zu verlangen. Eine solche Vorschrift enthält Art. 6 des Preuß. Ausführungsgesetzes zum H.G.B. Anm. 5.

Aber ebenso muß man dem redlichen Erwerber das Recht geben, von dem Verlierer bezw. von der Behörde zu verlangen, daß die Bekanntmachung zurückgenommen werde, damit er nicht in der Verfügung über das Papier gestört werde.

§ 368.

Bei dem Verkauf eines Pfandes tritt, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist, an die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monat eine solche von einer Woche.

Diese Vorschrift findet auf das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers entsprechende Anwendung, auf das Pfandrecht des Spediteurs und des Frachtführers auch dann, wenn nur auf ihrer Seite der Speditions- oder Frachtvertrag ein Handelsgeschäft ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt eine Einzelvorschrift aus dem Pfandrecht.** Aber bei dieser Gelegenheit empfiehlt es sich, **eine Uebersicht über die Regelung des Pfandrechts überhaupt** unter besonderer Hervorhebung der handelsrechtlichen Gesichtspunkte zu geben. Der vorliegende Paragraph ist in diesem Zusammenhange unten Anm. 41 u. Anm. 79 kommentirt.

I. Gegenstand des Pfandrechts.

Anm. 1. 1. Gegenstand des Pfandrechts können (abgesehen vom Grundstückspfandrechte, welches in diesem Kommentar nicht zu behandeln ist) bewegliche Sachen und Rechte, insbesondere auch Forderungen, Inhaberpapiere und Orderpapiere sein. Hier werden insbesondere die beweglichen Sachen, die Inhaberpapiere und die Orderpapiere behandelt werden.

Anm. 2. 2. Auch künftige Sachen sind verpfändbar. Die Verpfändung ist durch ihre Entstehung bedingt. (Dernburg III S. 726; anders Biermann Anm. 1 zu § 1204 B.G.B.) Ebenso ist zulässig eine Verpfändung von Sachen, die in Zukunft in die Hände des Gläubigers gelangen (R.O.H. 15 S. 421; 19 S. 83). In beiden Fällen ist aber erforderlich, daß die Sachen in der für die Pfandbestellung erforderlichen Weise in die Hände des Gläubigers gelangen.

Anm. 3. 3. Auch die Verpfändung einer Sachgesammtheit z. B. eines Waarenlagers ist möglich, wenn der Gläubiger in dessen Besitz oder wenigstens Mitbesitz gelangt (Dernburg III S. 726; Biermann Anm. 2 zu § 1204 B.G.B.; anders Rehbein I S. 80; Eck, Vorträge S. 94; Endemann II S. 538: Kober bei Staudinger Anm. 1 zu § 1204 B.G.B.; Leske, Vergleichende Darstellung S. 512).

Anm. 4. Auch ein Waarenlager mit wechselndem Bestande kann verpfändet werden (früher R.O.H. 14 S. 102). Das B.G.B. steht dem nicht entgegen, und als Willensmeinung ist dabei anzusehen, daß das durch den Geschäftsgang Veräußerte aus der Pfandhaftung tritt, während neu angeschaffte, dem Lager einverleibte Stücke in dieselbe fallen (Dernburg III S. 726).

II. Wie wird das Pfandrecht bestellt?

Anm. 5. A. **An beweglichen Sachen.**

1. Die hier maßgebenden Vorschriften sind die §§ 1205 und 1206 B.G.B. Dieselben lauten:

> § 1205 Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, das der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts.
>
> Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigenthümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt.

§ 1206. An Stelle der Uebergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.

2. Nach diesen Vorschriften ist vor allem erforderlich, daß der Eigenthümer und der Gläubiger darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Ferner ist regelmäßig körperliche Uebergabe erforderlich. Wenn der Gläubiger bereits in dem Besitze der Sache ist, ist eine Uebergabe nicht mehr erforderlich. Durch constitutum possessorium dagegen kann ein Pfandrecht nicht bestellt werden. Wenn die Sache sich in dem Besitze eines Dritten befindet, so ist eine Pfandrechtsbestellung nicht immer möglich, sondern nur dann, wenn der Pfandbesteller sich im mittelbaren Besitze der Sache befindet. In diesem Falle kann die körperliche Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt, ihm den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt und die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzeigt (§ 1205 Abs. 2 B.G.B.), z. B. der Vermiether vereinbart die Verpfändung der vermietheten Sachen und zeigt dies dem Miether an. Selbst eine im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändete Sache kann auf diese Weise verpfändet werden (Dernburg III S. 721). Dem Rechte des unmittelbaren Besitzers geschieht durch solche Verpfändung kein Eintrag (vergl. Anm. 53 zu § 366). Anm. 6.

Sodann aber genügt an Stelle der Uebergabe die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter Mitverschluß des Gläubigers befindet, (d. h. wenn der Zugang nur durch ein Zusammenwirken des Pfandgläubigers und des Eigenthümers erreicht werden kann, nicht, wenn jeder einen Schlüssel hat, der die Räume öffnet, vergl. R.G. 37 S. 31); oder, falls sie im Besitze eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann. Der Dritte ist in diesem letzteren Falle der Pfandhalter. Unter dieser Voraussetzung ist die Verpfändung auch wirksam, wenn die verpfändeten Sachen in den Räumen des Verpfänders lagern, z. B. in dessen Magazinen oder Kellern (Dernburg III S. 722). Anm. 7.

Die Einigung kann hier überall durch rechtskräftiges Urtheil, die Uebergabe durch Wegnahme Seitens des Gerichtsvollziehers ersetzt werden (§ 898 C.P.O.: vergl. Anm. 14 zu § 366).

Dazu kommt aber noch der Erwerb des Pfandrechts an beweglichen Sachen durch Uebergabe und Indossirung von Dispositionsurkunden (vergl. hierüber unten Anm. 24).

B. **An Inhaberpapieren.** Anm. 8.

Hier ist maßgebend § 1293 B.G.B. Derselbe lautet:

Für das Pfandrecht an einem Inhaberpapiere gelten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Danach wird also bei Inhaberpapieren das Pfandrecht in derselben Weise bestellt, wie bei beweglichen Sachen, nicht wie bei Rechten, obwohl doch durch das Inhaberpapier lediglich ein Recht verkörpert wird. Die Verpfändung erfolgt also durch Einigung und Uebergabe des Papiers nach Maßgabe der oben Anm. 5 flg. erörterten Regeln.

C. **An Orderpapieren** (Wechseln, handelsrechtlichen Orderpapieren des § 363, Namensaktien). Anm. 9.

1. Maßgebend ist hier § 1292 B.G.B. Derselbe lautet:

Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossirten Papiers.

2. Danach ist zur Pfandbestellung genügend die Einigung des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossirten Papiers, also: Anm. 10.

a) Die Einigung, d. h. die Einigung, daß dem Pfandgläubiger das Pfandrecht zustehen soll.

b) Die Indossirung des Papiers.[1]) Es genügt natürlich auch Blankoindossament und es

[1]) Unseres Erachtens ist es zulässig, den Uebertragungszweck „zum Pfande" hinzuzufügen. Denn das Gesetz kann nicht verbieten, die Wahrheit zu sagen.

genügt ferner die bloße Uebergabe des Papiers, wenn das Papier bereits mit einem Blankoindossament versehen ist, also die sogenannte Blankoübergabe. Das Gesetz drückt dies deutlich aus durch die Worte: „Uebergabe des indossirten Papiers".

Anm. 11. c) Die Uebergabe des Papiers, d. h. die körperliche Uebergabe im Sinne des § 929 B.G.B. Constitutum possessorium reicht nicht aus, aber auch nicht Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn das Papier sich im Besitze eines Dritten befindet. Denn der Pfandgläubiger soll ja in den Stand gesetzt werden, das Papier dem Schuldner auszuhändigen (Biermann Anm. 1 zu § 1292 B.G.B.; § 364 Abs. 3 H.G.B.; Art 39 W.O.).

Anm. 12. 3. Indessen ist diese Art der Pfandbestellung nicht etwa erforderlich, sondern genügend. Die Pfandbestellung kann daher bei Orderpapieren auch nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten erfolgen. Die Entstehungsgeschichte des § 1292 B.G.B. ergiebt dies. Während der erste Entwurf die Verpfändung durch Indossament und Uebergabe für erforderlich erklärte, erklärte der zweite Entwurf sie für genügend und es erfolgte diese Aenderung gerade deshalb, um die Vorschrift vollständig mit dem vormaligen Art. 309 H.G.B. in Einklang zu bringen. Freilich klingt sie, so gerechtfertigt sie früher war, wo es galt eine Maximalvorschrift zu geben angesichts von verschiedenen Landesrechten, im B.G.B. selbst etwas zaghaft. Der Gesetzgeber wollte offenbar nicht Stellung zu der Frage nehmen, ob die allgemeinen Vorschriften für die Verpfändung höhere oder geringere Erfordernisse aufstellen. Allein gleichviel ob die allgemeinen Vorschriften höhere oder geringere Erfordernisse aufstellen, so sind sie angesichts der Vorschrift des § 1292 B.G.B. neben der dort vorgesehenen Verpfändung jedenfalls zulässig: Sind jene Erfordernisse geringer, so sagt der § 1292 B.G.B., daß ihm Indossament und Uebergabe genügen, nicht, daß er sie mindestens fordert, wie dies auch gegenüber den früheren Landesrechten angenommen wurde; sind sie höher, so sagt § 1292 wiederum, daß ihm Indossament und Uebergabe genügen (vergl. Biermann Anm. 1 zu § 1292 B.G.B.; Cosack, Bürgerl. Recht II S. 358; anders Dernburg III S. 761, der ungeachtet des Wortlauts des § 1292 B.G.B. Indossament und Uebergabe für nothwendig, nicht bloß für genügend erachtet).

Anm. 13. Es können daher Orderpapiere auch nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten verpfändet werden, wie ja Orderpapiere auch nach den allgemeinen Vorschriften über Uebertragung von Rechten übertragen werden können, (vergl. Anm. 29 zu § 363). Diese allgemeinen Vorschriften sind im § 1274 in Verbindung mit den dort citirten §§ 1205 und 1206 enthalten. Es ist hiernach erforderlich ein formloser Vertrag dahin, daß das Pfandrecht auf den Gläubiger übergehen soll, und ferner eine Uebergabe des Orderpapiers.

Anm. 14. D. **Eine besondere Betrachtung ist zu widmen der Verpfändung der durch Dispositionspapiere verbrieften Waaren.** Hier ist die Uebergabe an den „legitimirten Empfänger" hinsichtlich der Uebertragung der dinglichen Rechte der Uebergabe des Gutes gleich zu achten (vergl. Anm. 31 ffg. zu § 363). Unter dem legitimirten Empfänger ist zu verstehen der im Papier verzeichnete Adressat und jeder Indossatar (vergl. z. B. §§ 450, 447).

Anm. 15. Dies vorausgeschickt ergiebt sich für die Entstehung des Pfandrechts hier Folgendes:

1. Die Verpfändung der Waare durch den Aussteller der Urkunde an den Adressaten derselben kann erfolgen durch Einigung und Uebergabe des Papiers.

Anm. 16. 2. Die Verpfändung der Waare durch den Adressaten und jeden Indossatar des Papiers kann erfolgen durch Einigung und Uebergabe des mit Indossament versehenen Papiers (vergl. oben Anm. 10).

Anm. 17. 3. Außerdem kann natürlich die Verpfändung der Waare auch erfolgen nach den allgemeinen Vorschriften d. h. dadurch, daß man die Waare nach den allgemeinen Vorschriften verpfändet, also durch Einigung und Uebergabe der Waare, wobei auch die Uebergabe dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt d. h. ihm den Herausgabeanspruch abtritt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt (§ 1205 B.G.B).

Dagegen liegt darin, daß man das Orderpapier selbst nach den allgemeinen Vorschriften verpfändet (durch Schließung eines Pfandvertrages und Uebergabe des nicht mit Indossament versehenen Papiers; siehe oben Anm. 13) keine Verpfändung der verbrieften Waare. Denn nur die in der Indossirung liegende Uebertragung der Urkunde hat zugleich hinsichtlich der Waare dingliche Wirkungen, wie in Anm. 16 u. Anm. 10 dargelegt ist. Anm. 18.

III. Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes.

Vorbemerkung. Im Allgemeinen kann das Pfandrecht nur erworben werden, wenn der Eigenthümer die Sache verpfändet (§ 1205 Abs. 1. B.G.B.). Nach der allgemeinen Vorschrift des § 185 B.G.B. ist aber auch die Verpfändung einer fremden Sache wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten geschieht und wird, wenn dies nicht der Fall ist, nachträglich wirksam, wenn sie der Eigenthümer genehmigt. Anm. 19.

Wer aber in gutem Glauben ein Pfandrecht vom Nichteigenthümer erwirbt, wird auch ohne Genehmigung oder Zustimmung des Eigenthümers Pfandgläubiger. Darin besteht der Schutz des guten Glaubens beim Pfanderwerbe.

A. **Der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren.** Anm. 20.

Die Lehre ist von uns bereits im § 366 ausführlich vorgetragen. Es greifen die §§ 1207 und 1208, 1293 B.G.B., ergänzt durch § 366 und 367 H.G.B. Platz.

Nur kurz sei hier wiederholt: Wer das Pfandrecht vom Nichteigenthümer gutgläubig erwirbt, wird Pfandgläubiger. Der gute Glaube besteht regelmäßig darin, daß der Gläubiger glaubt, der Verpfänder sei Eigenthümer. Wenn der Verpfänder aber ein Kaufmann war und die Verpfändung im Betriebe seines Handelsgewerbes gethätigt hatte, so genügt auch ein dahingehender guter Glaube, daß der Verpfänder berechtigt sei, über die Sache für den Eigenthümer in dieser Weise zu verfügen. Auf abhanden gekommene Sachen bezieht sich alles das regelmäßig nicht; außer wenn Geld oder Inhaberpapiere gestohlen oder verloren sind. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so besteht der gute Glaube darin, daß man die Sache für unbelastet hält, und die Folge ist, daß das Pfandrecht jenem Rechte vorgeht. Näheres über alles dies Anm. 53 ffg. zu § 366.

B. **Der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes bei Orderpapieren.** Hier ist zu unterscheiden, ob das Orderpapier nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten verpfändet wird oder nach § 1292 B.G.B. durch Indossament und Uebergabe (vergl. oben Anm. 10 u. 13). In ersterem Falle ist ein Schutz gutgläubigen Erwerbes, eine Anwendung der §§ 1207 und 1208 B.G.B. ausgeschlossen (§ 1274 B.G.B.; ebenso Cosack II S. 358, Biermann Anm. 2 zu § 1274 B.G.B.). In letzterem Falle aber wird der gutgläubige Erwerber ebenso geschützt, wie wenn er das Papier zum Zwecke der Eigenthumsübertragung indossirt erhalten hätte. Das ist wenigstens als Wille des Gesetzes, als Sinn des § 1292 B.G.B. anzunehmen. Anm. 21.

Ueber den Inhalt dieses Schutzes siehe Anm. 9 zu § 365. Dort ist insbesondere betont, daß dieser Schutz weiter reicht, als der auf den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts über den gutgläubigen Rechtserwerb an beweglichen Sachen beruhende Schutz: Der gutgläubige Erwerb heilt hier alle Mängel des Begebungsvertrages, nicht bloß dann tritt ein fehlerfreier voller Rechtsübergang ein, wenn der Erwerber an das Eigenthum glaubt, sondern auch dann, wenn er an die Dispositionsbefugniß des Veräußerers glaubt, und zwar dies schlechtweg, gleichviel, ob der Veräußerer ein Kaufmann war oder nicht, und endlich auch wird der in der mangelnden Geschäftsfähigkeit liegende Mangel des Begebungsvertrages durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt. Anm. 22.

C. **Eine besondere Betrachtung muß auch hier wieder dem Pfanderwerbe von Gütern durch Pfanderwerb von Dispositionspapieren gewidmet werden** (Konossement, indossabler Lagerschein, Ladeschein). Anm. 23.

1. Handelt es sich um die Verpfändung der Waare Seitens des Ausstellers der Urkunde an den Adressaten durch Uebergabe des Papiers, so gilt diese

Uebergabe in Bezug auf den Erwerb von dinglichen Rechten gleich der Uebergabe der Waare. Es wird also der gutgläubige Erwerber so geschützt, wie wenn ihm die Waare körperlich übergeben worden wäre, d. h. es greifen die über den Schutz gutgläubigen Pfanderwerbes von beweglichen Sachen in den §§ 1207 und 1208 B.G.B. und § 366 H.G.B. aufgestellten Regeln Platz (oben Anm. 20).

Anm. 24. 2. Handelt es sich um Verpfändung der Waare durch den Adressaten oder Indossatar des Papiers durch Indossament und Uebergabe des Papiers (oben Anm. 16), so wird nach unserer Ansicht der gutgläubige Erwerber des Papiers ebenso geschützt, wie wenn er die Waare selbst erworben hätte. Er genießt daher denjenigen höheren Schutz, den der gutgläubige Erwerb von Orderpapieren durch Indossament gewährt (vergl. oben Anm. 22).

Anm. 25. 3. Handelt es sich endlich um eine Verpfändung der Waare nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Mobilien[1]) (vergl. oben Anm. 17), so greift auch der allgemeine Grundsatz über den Schutz des redlichen Pfanderwerbes Platz, d. h. die §§ 1207 und 1208 B.G.B. in Verbindung mit § 366 H.G.B. Bei der Verpfändung der Waare durch Abtretung des mittelbaren Besitzes kommt der im § 1208 B.G.B. in Bezug genommene § 936 B.G.B. in Betracht, wonach das Recht des unmittelbaren Besitzers an der Sache bei solcher Verpfändung nicht untergeht. Näheres Anm. 53ffg. zu § 366.

Anm. 26. D. **Der gutgläubige Erwerb heilt nicht bloß den Mangel des Eigenthums, sondern überwindet auch sonstige Mängel der Veräußerung,** so überwindet er z. B. auch behördliche Veräußerungsverbote. Dies ist von uns bereits in anderem Zusammenhange erwähnt (Anm. 69 zu § 366). Es soll hier nur noch ausdrücklich hinzugefügt werden, daß sich dies auch auf den gutgläubigen Pfanderwerb bezieht.

IV. Wirkungen des Pfandrechts.

Anm. 27. A. Das Pfand haftet für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestande, insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen. Wenn aber der persönliche Schuldner nicht der Eigenthümer des Pfandes ist, so wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Schuldner nach der Verpfändung vornimmt, die Haftung nicht erweitert (§ 1210 B.G.B.; vergl. die analoge Vorschrift bei der Bürgschaft Anm. 11 ffg. zu § 349).

Das Pfand haftet auch für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, sowie für die Kosten des Pfandverkaufs. In letzterer Beziehung ist hervorzuheben, daß der Pfandverkäufer, wenn er in Ausübung seines Handelsgewerbes den Pfandverkauf bewirkt hat, eine angemessene Provision dafür berechnen und vom Erlöse abziehen kann (Bolze 12 Nr. 474).

Anm. 28. B. Die Einreden des Verpfänders. Er kann die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden, sowie die nach § 770 B.G.B. einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen (§ 770 bestimmt, daß der Bürge die Befriedigung verweigern kann, solange der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft anfechten oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen den Hauptschuldner befriedigen kann). Ausgeschlossen ist die Einrede der Vorausklage (denn diese steht dem Bürgen nicht nach § 770, sondern nach § 771 B.G.B. zu), die Einrede des Inventars (§ 1211 Abs. 1 Satz 2) und die Einrede der Verjährung (§ 223 Abs. 1 B.G.B.), endlich auch die Einrede, daß die Hauptforderung durch Zwangsvergleich erloschen sei (§ 193 K.O.). Selbstverständlich aber kann er alle ihm direkt gegen den Pfandgläubiger zustehenden Einreden geltend machen, insbesondere alle gegen den Bestand des Pfandrechts gerichteten. Eine ihm zustehende Gegenforderung kann der Verpfänder

---

[1]) Dagegen kann eine Verpfändung der Waare dadurch nicht erfolgen, daß man das Dispositionspapier nach den allgemeinen Vorschriften über Verpfändung von Rechten verpfändet (siehe oben Anm. 18).

gegen den Gläubiger auch dann im Wege der Aufrechnung geltend machen, wenn er nicht selbst der Schuldner ist. Das beruht auf positiver Vorschrift (§ 1224 B.G.B.). Die rechtliche Konsequenz würde zum Gegentheil führen; denn der Gläubiger macht ja, indem er das Pfandrecht geltend macht, nicht eine ihm zustehende persönliche Forderung geltend.

C. Wenn der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Minderung des Werthes zu besorgen ist, so haben sowohl der Verpfänder, als auch der Gläubiger Rechte: Anm. 29.

1. Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes gegen anderweite Sicherheitsleistung verlangen. Welche Sicherheit genügt, ergeben die §§ 232 ffg. B.G.B. Nur Sicherung durch Bürgen kann dem Gläubiger nicht aufgedrängt werden.

   Ueberdies hat der Verpfänder den Anspruch, daß ihm der Pfandgläubiger von dem drohenden Verderb (nicht auch von der wesentlichen Minderung des Werthes) Anzeige macht, sofern die Anzeige thunlich ist.

   Bei Verletzung dieser Anzeigepflicht hat der Pfandgläubiger den Verpfänder zu entschädigen (vergl. hierüber Anm. 11 zu § 347).

   Ob die Sicherheit des Gläubigers durch den drohenden Verderb oder durch die Minderung des Werthes gemindert wird, ist gleichgiltig. Die Vorschrift bezweckt lediglich die Interessen des Verpfänders zu wahren (Dernburg III S. 730 Note 3).

2. Aber auch der Gläubiger hat in den gedachten Fällen, also wenn das Pfand zu verderben oder zu entwerthen droht, und die Sicherheit des Pfandgläubigers dadurch gefährdet wird, das Recht, das Pfand öffentlich versteigern zu lassen. Der Erlös tritt an die Stelle des Pfandes, muß aber auf Verlangen des Verpfänders hinterlegt werden (§ 1219 B.G.B.). Anm. 30.

   Das Recht ist besonders wichtig für Bankiers, wenn die dem Bankier haftenden Papiere des Kunden im Kurse erheblich sinken. Dabei ist aber wohl zu beachten, daß die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet sein muß. Das Recht steht ihm nicht zu, wenn trotz des drohenden Verderbs und trotz der Minderung im Werthe der Werth des Pfandes noch so groß bleibt, daß sie nicht gefährdet ist. Wenn z. B. für eine Schuld von 100000 Mark Papiere im Kurse von einer Million verpfändet werden und diese um 50% im Kurse sinken, so bleibt immer noch eine genügende Sicherheit dem Bankier übrig.

D. Das ganze Pfand haftet für die ganze Schuld bis auf den letzten und kleinsten Rest derselben. Mehrere Pfänder haften ungetheilt für die ganze Schuld (§ 1222 B.G.B.). Der Verpfänder darf nicht, wenn er für eine Schuld von 10000 Mark Papiere im Werthe von 20000 Mark verpfändet hat, gegen Zahlung von 5000 Mark Papiere im Betrage von 10000 Mark oder auch nur von 5000 Mark herausverlangen. Vielmehr haften die verpfändeten 20000 Mark Papiere für den letzten und kleinsten Rest der Schuld von 10000 Mark. Anm. 31.

   Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Erzeugnisse, die vom Pfand getrennt werden. Das Pfandrecht kann auch in der Weise bestellt werden, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen, und wenn eine von Natur fruchttragende Sache Gegenstand der Verpfändung ist, so wird dies vermuthet (§ 1213 B.G.B.). Bei Forderungen ist aber ausdrücklich bestimmt, daß die Zinsen mitverpfändet sind (§ 1289 B.G.B.), und bei Werthpapieren ist umgekehrt bestimmt, daß sich das Pfandrecht am Werthpapiere auf die zum Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine nur dann bezieht, wenn sie dem Pfandgläubiger übergeben sind. (§ 1296 B.G.B.) Diese klare Bestimmung löst manche Zweifel. Wie steht es aber mit den Dividendenbezugsrechten bei solchen Aktien, über welche keine besonderen Dividendenscheine ausgegeben sind? Da es sich nicht um eine von Natur fruchttragende Sache handelt, so könnte man nach § 1213 B.G.B. annehmen, daß die Dividendenberechtigung nicht mit verpfändet ist. Allein der § 1213 B.G.B. zwingt nicht zum arg. e contrario. Bei Aktien, über welche keine Dividendenscheine ausgegeben sind, greift vielmehr die zutreffende Erwägung des R.G. 42 S. 157 Platz, wonach das Dividendenrecht, wenn keine besonderen Dividendenscheine ausgegeben sind, in der Aktien- Anm. 32.

urkunde ebenso verbrieft ist, wie das Aktienrecht überhaupt. Es kann hinzugefügt werden, daß das Dividendenrecht ja nichts anderes ist, als ein Theil derjenigen Rechte, aus welchen das Aktienrecht besteht. Es greift daher hinsichtlich der Dividende das Einziehungsrecht gemäß § 1294 B.G.B. Platz.

Anm. 33. E. **Nach Erlöschen des Pfandrechts** ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben. Der Verpfänder kann die Rückgabe des Pfandes Zug um Zug gegen Befriedigung des Pfandgläubigers verlangen, sofern der Schuldner zur Leistung berechtigt ist (§ 1223 B.G.B.). Für den regelmäßigen Fall, daß der Schuldner das Pfand bestellt hat, ist dieser Satz hiernach dahin zu formuliren, daß der Schuldner, wenn er zur Leistung berechtigt ist, verlangen kann, daß ihm Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers das Pfand zurückgegeben wird.

Anm. 34. Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder zurückgiebt. Er kann sich hierbei das Pfandrecht nicht vorbehalten. Unfreiwillige Wegnahme des Pfandes aber macht es nicht erlöschen (§§ 1227, 985 B.G.B.).

Anm. 35. F. **Wird der Pfandgläubiger nicht befriedigt, so steht ihm das Recht zu, sich aus dem Pfande zu befriedigen.** Das ist der eigentliche Kern des Pfandrechts, sein eigentlicher materieller Inhalt.[1])

Anm. 36. **Für diese Befriedigung aus dem Pfande gelten bei den einzelnen Gegenständen des Pfandrechts verschiedene Regeln.**

1. **Bei beweglichen Sachen** erfolgt die Befriedigung aus dem Pfande durch Verkauf.

a) Der Verkauf erfolgt ohne Mitwirkung des Gerichts auf Veranlassung des Gläubigers durch eine offizielle Person (siehe Näheres unten Anm. 43). Es ist also vom B.G.B. diejenige Art der Pfandrealisirung zur normalen Realisirungsart in allen Fällen der Verpfändung und für den ganzen Rechtsverkehr erhoben, welche das alte H.G.B. nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen als ganz besondere Vergünstigung gewährt hatte. Denn im Art. 311 war diese Art der Verwerthung nur gestattet, wenn das Pfand unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften und zwar schriftlich bestellt war. Ein vorheriges Verklagen des Eigenthümers auf Gestattung der Versteigerung oder ein Antrag an das Gericht auf Bewilligung derselben ist nicht erforderlich. Würde der Gläubiger gleichwohl auf Gestattung klagen, so würde der Eigenthümer zwar nicht die Abweisung der Klage verlangen, wohl aber, wenn er anerkennt, die Kosten ablehnen können. Bestreitet aber der Eigenthümer den Klageanspruch, so treffen ihn auch die Kosten. Hat der Gläubiger einen solchen Titel erlangt, so kann er statt des freiwilligen Verkaufs auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften den Verkauf bewirken lassen. Er kann aber auch in diesem Falle die freiwillige Art des Verkaufs wählen (§ 1233 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 37. Endlich aber ist der Gläubiger auch berechtigt, in der Weise zu verfahren, daß er den Schuldner wegen der Forderung verklagt und dann auf Grund der Forderung die Sache versteigern läßt. Dieses Recht versagt aber dann, wenn der Schuldner nicht der Verpfänder ist.

Anm. 38. Auf die Befriedigung durch Verkauf kann im Voraus nicht verzichtet werden. Erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (vergl. unten Anm. 39)

---

[1]) In gewisser Beziehung besteht auch eine Pflicht, sich aus dem Pfande zu befriedigen, wenigstens die Pflicht, zunächst aus dem Pfande die Befriedigung zu suchen, ehe der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen nachsucht. Dem Schuldner steht sonst die Verweisung auf das Pfand zu. Dasselbe Recht hat er auch dann, wenn die verpfändete Sache einem Dritten gehört, aber nur bei beweglichen Sachen. Es wird geltend gemacht durch eine Erinnerung an das Vollstreckungsgericht gegen die Art der Zwangsvollstreckung und ist nur insoweit statthaft, als das Pfand die Forderung zu decken geeignet ist, und sofern die Pfandsache auch für eine andere Forderung haftet, auch die andere Forderung gedeckt erscheint (§ 777 C.P.O.; vergl. auch Anm. 60 zu § 369).

kann giltig vereinbart werden, daß dem Pfandgläubiger, falls er nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigenthum zufallen soll (lex commissoria), (§ 1229 B.G.B.). Demnach kann erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung giltig vereinbart werden, daß der Gläubiger die verpfändete Waare zum Kurswerth zu übernehmen berechtigt sei. Dies war nach unserer Ansicht schon nach früherem Recht der Fall, allein die herrschende Ansicht nahm doch bisher das Gegentheil an (Bolze 12 Nr. 474; weitere Citate in unserer 5. Aufl. § 6 zu Art. 311).

Auch eine andere Art des Verkaufs kann erst nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung giltig vereinbart werden (hiervon jedoch weiter unten Anm. 44).

b) Der Pfandverkauf ist erst zulässig, wenn die Forderung mindestens zum Theil fällig und auf Geld gerichtet ist, sei es, daß sie von vornherein auf Geld ging oder sich später in eine Geldschuld verwandelt hat (§ 1228 Abs. 2 B.G.B.). Ohne diese Voraussetzung ist der Pfandverkauf nicht rechtmäßig (§ 1243 B.G.B.). Verzug des Schuldners ist nicht nöthig. Doch enthält die Androhung (siehe unten Anm. 40) eine Art Inverzugsetzung. Von diesen Voraussetzungen des Pfandverkaufs kann auch durch Vereinbarung nicht abgewichen werden, und ebensowenig durch eine Anordnung des Gerichts. Das folgt aus § 1243 B.G.B. und daraus, daß die §§ 1245 und 1246 B.G.B. den § 1228 Abs. 2 nicht citiren, dieselben lassen nur Abweichungen von der Art des Pfandverkaufs zu. Anm. 39.

c) Vor dem Verkauf hat der Pfandgläubiger dem Eigenthümer denselben anzudrohen und ihm dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll (§ 1234 B.G.B.). Die Androhung kann erst nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung (Anm. 39) erfolgen. Sie darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist. Unthunlich ist sie, wenn sie ohne übermäßige Kosten nicht zu ermöglichen ist oder wenn die Ermittelung der Adresse des Eigenthümers übermäßig viel Zeit erfordern würde. Kosten und Mühe an sich darf der Pfandgläubiger allerdings nicht scheuen, aber sie dürfen nicht übermäßig sein. Die Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben. Ein gewöhnlicher Brief durch die Post oder auch durch eine als zuverlässig bekannte Privatbeförderungsgesellschaft werden genügen, auch ein Telegramm, wenn der Fall dringend ist. Die Wahl des Einschreibebriefes ist nicht nöthig, die Gefahr der Ankunft der Benachrichtigung trägt der Eigenthümer. Anm. 40.

Der Verkauf darf nicht vor Ablauf eines Monats nach Androhung erfolgen. An die Stelle dieser Frist tritt eine solche von einer Woche, wenn die Verpfändung auf der Seite des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist. Das ist der Inhalt unseres § 368 Abs. 1 H.G.B. Ob die Hauptschuld aus einem Handelsgeschäft entspringt, ob also der Hauptschuldner Kaufmann ist oder war, ist gleichgiltig. Entscheidend ist, daß die Verpfändung auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist. Ob dies der Fall ist, darüber entscheiden die §§ 343 und 344, insbesondere auch die Vermuthungen des letzteren Paragraphen. Ein von einem Kaufmann ausgestellter Pfandschein gehört z. B. vermöge der im § 344 Abs. 2 aufgestellten Fiktion zu seinem Handelsgewerbe (vergl. Anm. 9 zu § 344). Anm. 41.

Von der Einhaltung dieser Vorschriften über die Androhung und die Wartefrist ist aber die Rechtmäßigkeit des Verkaufs nicht abhängig gemacht. Ihre Nichtbeachtung macht den Pfandgläubiger nur schadensersatzpflichtig (§ 1243 B.G.B.). Auch können die Parteien auf jene Anzeige und jene Wartefrist verzichten, demgemäß auch eine geringere Wartefrist oder eine andere Art der Androhung vereinbaren (§ 1245 B.G.B.). Dagegen kann das Gericht hier nicht eingreifen, es kann nicht, auch wenn im gegebenen Falle die Anzeige oder die Wartefrist den Interessen der Betheiligten nicht entspricht, den Pfandgläubiger davon dispensiren, § 1246 B.G.B. greift hier nicht Platz. Der Pfandgläubiger mag es dann riskiren, vom § 1234 abzuweichen, der Pfandverkauf bleibt ja rechtmäßig. Anm. 42.

d) Der Verkauf ist in öffentlicher Versteigerung zu bewirken (§ 1235 Abs. 1 Anm 4

B.G.B.), also durch eine öffentlich zu solchen Geschäften angestellte Person öffentliche (§ 383 Abs. 3 B.G.B.).

Hat jedoch das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis, so darf es durch ein öffentlich zu solchem Verkaufe ermächtigte Person zum laufenden Preise aus freier Hand veräußert werden (§ 1235 Abs. 2 B.G.B.).

Ein in anderer Weise bewirkter Verkauf ist nicht rechtmäßig (§ 1243 Abs. 1 B.G.B.).

Anm. 44. Auch können die Parteien nicht im voraus eine andere Art des Verkaufs vereinbaren, sondern erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung (§ 1245 B.G.B.) also nach wenigstens theilweiser Fälligkeit der auf Geld gerichteten Schuld (oben Anm. 39). Entspricht jedoch eine Abweichung von dieser Verkaufsart dem Interesse der Betheiligten (d. h. den beiderseitigen Interessen derselben), so kann jeder Theil bei Gericht sie beantragen. Zuständig ist das Amtsgericht des Orts, an welchem der Pfandgegenstand aufbewahrt wird (über diesen Ort siehe unten Anm. 46). — § 166 F.G. —. Ueber die Beschwerde siehe Anm. 9 ffg. zu § 14.

Ueber die Folgen eines unrechtmäßigen Verkaufs gegenüber dem Erwerber siehe unten Anm. 54 ffg.).

Anm. 45. Zwischen den Betheiligten ergiebt sich die Folge nur durch den Inhalt des Verpfändungsvertrages. Schadensersatzpflicht ist natürlich auch hier die regelmäßige Folge. Bei fungiblen Sachen z. B. marktgängigen Aktien wird die Schadensersatzpflicht hier meist bestehen in der Pflicht zur Beschaffung gleichwertiger Aktien (§ 249 B.G.B.).

Anm. 46. e) Die Versteigung hat an dem Orte zu erfolgen, wo das Pfand aufbewahrt wird (§ 1236 B.G.B.). Durch vertragswidriges Fortschaffen von diesem Orte kann sich der Versteigerungsort nicht verändern. Dabei ist Ort im Sinne von Ortschaft zu verstehen. Ist von einer Versteigerung an dem Aufbewahrungsorte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so hat die Versteigerung an einem geeigneten anderen Orte zu geschehen (§ 1236 Satz 2 B.G.B.). Die Entscheidung hierüber steht dem Gläubiger zu. Verletzt er hierbei Treu und Glauben, so wird er schadensersatzpflichtig. Die Rechtmäßigkeit des Verkaufs leidet darunter nicht (§ 1243 B.G.B.). Auch können die Parteien hierüber im voraus, auch vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung, Abweichendes vereinbaren und endlich kann auch auf Antrag eines Theils das Gericht einen anderen Ort bestimmen (vergl. oben Anm. 44).

Anm. 47. f) Unter mehreren Pfändern kann der Pfandgläubiger diejenigen auswählen, welche verkauft werden sollen. Aber er darf nur soviele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind (§ 1230 B.G.B.). Verstößt der Pfandverkauf in letzterer Hinsicht gegen das Gesetz, so ist er unrechtmäßig (§ 1243 B.G.B.). Ueber die Folgen des unrechtmäßigen Verkaufs siehe unten Anm. 62. Gegentheiliges kann (nach dem Wortlaut des § 1230 B.G.B.) in letzterer Hinsicht anscheinend nicht vereinbart werden.

Anm. 48. g) Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen. Eine besondere Benachrichtigung muß erfolgen an den Pfandeigenthümer und an Dritte, denen Rechte am Pfande zustehen. Diese Benachrichtigung, nicht auch jene öffentliche Bekanntmachung, kann unterbleiben, wenn sie unthunlich ist (hierüber oben Anm. 40). — § 1237 B.G.B. —. Hinsichtlich der Bekanntmachung kann zwar Abweichendes vereinbart werden, aber nicht vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm. 39), hinsichtlich der besonderen Benachrichtigung kann jederzeit Abweichendes vereinbart werden. In beiden Hinsichten ist aber, wenn dem Dritten ein Recht an dem Pfande zusteht, das durch die Veräußerung erlischt, die Zustimmung des Dritten erforderlich (§ 1245 B.G.B.). Fehlt diese, so ist die Vereinbarung nicht nichtig, sondern nur diesem Dritten gegenüber unverbindlich, der Verkauf also diesem Dritten gegenüber unrechtmäßig. Außerdem aber kann das Gericht auf Antrag eines Betheiligten eine Abweichung in diesen Hinsichten anordnen (§ 1246 B.G.B.; vergl. oben Anm. 44).

Verletzt der Pfandgläubiger seine Verpflichtung hinsichtlich der Bekanntmachung, Anm. 49.
so ist der Pfandverkauf nicht rechtmäßig (§ 1243 B.G.B.).

Ueber die Folge des unrechtmäßigen Verkaufs siehe unten Anm. 61.

h) Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Anm. 50.
Käufer den Kaufpreis sofort baar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig gehen soll, wenn das nicht geschieht. Sonst ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen. Die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben aber unberührt. Gleiches gilt, wenn zwar sofortige baare Berichtigung des Kaufpreises verlangt ist, aber nicht bis zum Schlusse des Versteigerungstermins erfolgt, falls der Pfandgläubiger nicht die Verwirkung der Rechte des Käufers bis dahin erklärte (§ 1238 B.G.B.). Hierin liegt schon ausgesprochen, daß die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufs von der Beobachtung dieser Vorschriften nicht abhängt. Außerdem aber können die Parteien eine abweichende Art des Verkaufs vereinbaren (§ 1245 B.G.B.) und auch das Gericht kann eine abweichende Art auf Antrag eines der Betheiligten anordnen (§ 1246 B.G.B.; oben Anm. 44).

i) Der Pfandgläubiger und der Eigenthümer können bei der Versteigerung Anm. 51.
mitbieten. Erhält der Pfandgläubiger den Zuschlag, so ist der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen (§ 1239 B.G.B.). Doch können die Parteien Abweichendes vereinbaren (§ 1245 B.G.B.) und auch das Gericht kann Abweichendes anordnen (§ 1246 B.G.B.; oben Anm. 44).

k) Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- oder Silber- Anm. 52.
werthe zugeschlagen werden. Wird ein genügendes Gebot nicht abgegeben, so kann freihändiger Verkauf durch einen Handelsmakler oder durch eine zu Versteigerungen befugte Person veranlaßt werden (§ 1240 B.G.B.). Eine Verletzung dieser Vorschrift zieht die Unrechtmäßigkeit des Verkaufs nach sich. Doch können die Parteien, allerdings erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm. 39), Abweichendes vereinbaren (§ 1245 B.G.B.) und auch das Gericht kann auf Antrag eines Betheiligten Abweichendes anordnen (§ 1246 B.G.B.).

Ueber die Folge des unrechtmäßigen Verkaufs siehe unten Anm. 62. Anm. 53.

l) Der Pfandgläubiger hat den Eigenthümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnisse des Verkaufs unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung unthunlich ist (§ 1241 B.G.B.). Ueber den Begriff der Thunlichkeit siehe oben Anm. 40. Diese Anzeige ist nach dem Verkauf zu bewirken, vor dem Verkauf ist eine andere Anzeige zu bewirken (oben Anm. 40). Eine Verletzung dieser Pflicht hat nur Schadensersatz zur Folge (§ 1243 Abs. 2 B.G.B.). Anm. 54.

m) **Die Folgen der rechtmäßigen und der nichtrechtmäßigen Veräußerung für den Erwerber.**

aa) Die Folgen der rechtmäßigen Veräußerung. Rechtmäßig ist die Veräußerung, wenn dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Sache zusteht und der Verkauf in Gemäßheit der §§ 1228 Abs. 2, 1230 Satz 2, 1235, 1237 Satz 1, 1240 erfolgt. Das geht aus §§ 1243, 1244 B.G.B. hervor.

α) Die erste Voraussetzung ist also, daß dem Veräußerer eine Pfandrecht zugestanden Anm. 55.
hat. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, ist bereits oben Anm. 5 ffg. u. Anm. 19 ffg. auseinandergesetzt, insbesondere auch, daß auch beim Erwerbe des Pfandrechts der gute Glaube gewisse Mängel des Erwerbes heilt.

β) Die zweite Voraussetzung ist, daß die gedachten Verkaufsvorschriften Anm. 56.
beobachtet sind. § 1228 Abs. 2 betrifft den Eintritt der Verkaufsberechtigung (oben Anm 39), § 1230 Satz 2 enthält die Vorschrift, daß nicht mehr Pfänder als nöthig veräußert werden dürfen (oben Anm. 47), § 1235 ordnet den Verkauf durch ein offizielles Organ an (oben Anm. 43), § 1237 Abs. 1 ordnet die öffentliche Bekanntmachung von Zeit und Ort der Versteigerung an (oben Anm. 48), § 1240 enthält Ausnahmevorschriften für Gold- und Silbersachen (oben Anm. 52).

Wird von diesen Vorschriften abgewichen, so ist der Verkauf nicht rechtmäßig, Anm. 57.
also auch dann nicht, wenn auf Grund einer im übrigen zulässigen Parteivereinbarung

(§ 1245 B.G.B.) oder einer Anordnung des Gerichts (§ 1244 B.G.B.) von den gedachten Vorschriften abgewichen ist. (Dies gegen Leske, Vergleichende Darstellung S. 594.) Hier, wo es sich um das Verhältniß des Erwerbers zum Eigenthümer bezw. zu demjenigen, dem ein Recht an der veräußerten Sache zusteht, handelt, können die zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger getroffenen Vereinbarungen die Rechte des Eigenthümers bezw. dessen, dem ein Recht an der Sache zusteht, nicht schmälern. Anders natürlich, wenn die Abweichung mit dem Pfandeigenthümer selbst oder mit dem Dritten, welchem ein Recht an der Sache zusteht, vereinbart ist. Auf eine solche Abweichung kann der zustimmende Eigenthümer oder der zustimmende Inhaber des Rechts an der Sache die Behauptung nicht stützen, der dem Gesetze zuwider erfolgte Verkauf sei nicht rechtmäßig, der Erwerber daher nicht Eigenthümer bezw. lastenfreier Eigenthümer geworden. Die gemäß § 1246 B.G.B. erfolgte Gerichtsentscheidung wirkt in dieser Hinsicht ebenso wie die Zustimmung. Derjenige, gegen den die Entscheidung gerichtet ist, der bei dem Verfahren als Partei zugezogene, aber unterlegene Theil, muß die Entscheidung so gegen sich gelten lassen, wie eine von ihm abgegebene Zustimmungserklärung.

Anm. 58. γ) Die dritte Voraussetzung ist natürlich die Uebergabe bezw. der Uebergabeersatz in Gemäßheit der §§ 929—931 B.G.B. Der Zuschlag allein überträgt nicht Eigenthum.

Anm. 59. δ) Die Folge einer Veräußerung, die den Voraussetzungen zu α—γ entspricht, ist, daß der Erwerber die gleichen Rechte erlangt, wie wenn er die Sache von dem Eigenthümer erworben hätte. Das heißt zunächst: der Erwerber wird Eigenthümer. Denn wenn der Eigenthümer veräußert, so wird der Erwerber Eigenthümer. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Erwerber hinsichtlich des Eigenthums gutgläubig ist oder nicht. Also auch dann, wenn er gewußt hat, der Verpfänder sei nicht Eigenthümer, wird der Erwerber unter den zu α—γ gedachten Voraussetzungen Eigenthümer des Pfandes. Der Eigenthümer kann ja der Verpfändung zugestimmt haben. Indessen wird diese Frage garnicht untersucht und auch nicht, ob der Erwerber dies gutgläubig angenommen hat.

Anm. 60. Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so greift § 936 B.G.B. Platz. Denn dieser findet ja auch Anwendung in dem Falle, wo der Veräußerer Eigenthümer ist (vergl. Anm. 2 zum § 366). Der Erwerber erwirbt also das Eigenthum frei von der Last, sofern er in dieser Hinsicht gutgläubig ist, und zwar in dem Zeitpunkt, der im § 936 B.G.B. bezeichnet und von uns in Anm. 2 zu § 366 erörtert ist. Pfandrechte an der Sache erlöschen sogar auch dann, wenn sie dem Erwerber bekannt waren. Das Letztere schreibt unser § 1242 B.G.B. ausdrücklich vor. Die Rechte Dritter sind solcher Veräußerung gegenüber dadurch geschützt, daß der Erlös an die Stelle des Pfandes tritt (§ 1247 B.G.B.).

Anm. 61. bb) **Die Folgen der nicht rechtmäßigen d. h. nicht den oben zu α—γ aufgezählten Erfordernissen entsprechenden Veräußerung für den Erwerber.** Hier kommt es darauf an, ob die Veräußerung durch ein offizielles Organ erfolgt ist, sei es gemäß § 1233 Abs. 2 (d. h. auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels auf Duldung der Pfandveräußerung in Gemäßheit der civilprocessualischen Vorschriften über die Veräußerung gepfändeter Sachen), sei es gemäß § 1235 oder § 1240 Abs. 2 (in öffentlicher Versteigerung oder aus freier Hand zum laufenden Preise, aber durch eine zu Versteigerungen befugte Person).

Anm. 62. α) Die unrechtmäßige, aber immerhin offizielle Pfandveräußerung überträgt zwar nicht ohne weiteres Eigenthum und Freiheit der Lasten, wohl aber dann, wenn die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs, wie sie §§ 932—934 und § 936 B.G.B. aufstellen, vorhanden sind (§ 1244 B.G.B.). Das will sagen: der Erwerber wird Eigenthümer, wenn er gutgläubig angenommen hat, dem veräußernden Pfandgläubiger stehe ein Pfandrecht zu und es lägen die sonstigen

Voraussetzungen der rechtmäßigen Pfandveräußerung vor. Also: die Voraussetzungen eines offiziellen Verkaufs, wie sie in den §§ 1233 Abs. 2, 1235, 1240 Abs. 2 B.G.B. aufgestellt sind, müssen objektiv vorliegen, alsdann genügt es, wenn die anderen Voraussetzungen zwar nicht objektiv vorliegen, aber doch vom Erwerber als vorliegend ohne grobe Fahrlässigkeit angenommen wurden. Für die Frage der Gutgläubigkeit kommen dabei alle diejenigen Rechtsgrundsätze wieder zur Geltung, die wir bei § 366 besprochen haben (vergl. Anm. 15 ff. zu § 366). Es genügt insbesondere, daß der Erwerber geglaubt hat, der Pfandgläubiger habe ein Pfandrecht erworben; es genügt z. B., wenn der Erwerber gutgläubig angenommen hat, der Veräußerer habe gutgläubig angenommen, der Verpfänder sei Eigenthümer. — Zu beachten ist dabei, daß auch § 366 H.G.B. hier Platz greifen muß. Die Gutgläubigkeit liegt also nicht bloß dann vor, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Verpfänder sei Eigenthümer, sondern, sofern der Verpfänder ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes war, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Verpfänder sei berechtigt gewesen, für den Eigenthümer in dieser Weise zu verfügen. Ja es genügt sogar, wenn der Erwerber gutgläubig annahm, der Veräußerer habe redlicherweise den Verpfänder für einen Kaufmann und für befugt gehalten, für den Eigenthümer über die Pfandsachen zu verfügen, oder wenn der Erwerber annahm, der Veräußerer habe ein kaufmännisches gesetzliches Pfandrecht an den Sachen gehabt (§ 366 Abs. 2).

Ob es sich um gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen handelt, ist hierbei gleichgiltig. Der § 936 B.G.B. ist nicht angezogen. Diese Ausnahme greift daher hier nicht Platz. Der nach § 1244 B.G.B. gutgläubige Erwerber wird also auch dann Eigenthümer, und zwar lastenfreier Eigenthümer, wenn er eine gestohlene Sache erwirbt, und zwar — insofern geht die Bestimmung weiter als der § 936 Abs. 2 B.G.B., der das Gleiche für alle öffentlichen Versteigerungen festsetzt — auch dann, wenn die Pfandveräußerung nicht in öffentlicher Versteigerung, sondern freihändig durch eine Versteigerungsperson gemäß § 1235 Abs. 2 oder § 1240 Abs. 2 B.G.B. erfolgt. Demgemäß ist hier auch für die Anwendung des § 367 H.G.B. kein Raum. Anm. 63.

β) Die unrechtmäßige und außerdem inoffizielle Veräußerung der Sache als Pfand überträgt kein Eigenthum und keine Freiheit von dinglichen Lasten, auch nicht bei gutgläubigem Erwerb. Sie ist für den Erwerber wirkungslos und setzt ihn der Verfolgung durch die wahren Berechtigten aus, auch wenn er in gutem Glauben erwirbt. Anm. 64.

n) Mit dem erfolgten Verkauf gilt die Forderung insoweit als berichtigt, als der Pfanderlös dem Gläubiger gebührt. Mit dem erfolgten Verkauf, nicht erst mit der Abführung des Erlöses an den Gläubiger. Insoweit als der Pfanderlös dem Pfandgläubiger gebührt. Insoweit er ihm nicht gebührt, sei es, daß seine Forderung nicht soweit reicht, oder daß Pfandrechte ihm vorgehen, tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes. Der Gläubiger hat also diesen Erlös dem Berechtigten herauszugeben, er kann aber auch daran ein Zurückbehaltungsrecht ausüben, wenn die Voraussetzungen desselben vorhanden sind (§ 1247 B.G.B.). Anm. 65.

2. **Das Recht der Befriedigung aus dem Pfande bei Inhaberpapieren.** Nach § 1293 B.G.B. finden für das Pfandrecht an Inhaberpapieren die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen Anwendung. Daraus folgt für die Realisirung des Pfandes, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, in der oben Anm. 36 ffg. geschilderten Weise das Pfand ohne Mitwirkung des Gerichts zu verkaufen. Außerdem aber giebt § 1294 B.G.B. dem Pfandgläubiger beim Inhaberpapier das Recht zur Einziehung der durch das Inhaberpapier verbrieften Forderung, und zwar schon ehe die durch Pfand gesicherte Forderung fällig ist. Das bezieht sich naturgemäß nur auf solche Inhaberpapiere, durch welche Forderungen verbrieft werden, also z. B. auf Schuldverschreibungen, aber z. B. auch auf Aktien, soweit mit ihnen Geldansprüche verbunden sind (vergl. oben Anm. 32). Anm. 66.

Dagegen steht dem Pfandgläubiger nicht das Recht zu, das Papier durch einfache Blankoübergabe freihändig zu begeben.

Anm. 67. 3. **Das Recht der Befriedigung aus dem Pfande bei Orderpapieren.** Hier ist der Pfandgläubiger berechtigt, die zu Grunde liegende Forderung einzuziehen, noch ehe die durch das Pfand gesicherte Forderung fällig ist (§ 1294 B.G.B.). Nur an den Pfandgläubiger darf der Schuldner leisten.

Dies gilt für jede Art der Verpfändung, sowohl für diejenige durch Indossament und Uebergabe, als auch für die nach den allgemeinen Vorschriften der Verpfändung von Rechten erfolgende (oben Anm. 12). Denn das Gesetz macht hier keinen Unterschied.

Indessen besteht folgender große Unterschied zwischen beiden Verpfändungen in Bezug auf das Verhältniß des Pfandgläubigers zum Schuldner des Papiers. Erfolgt die Verpfändung nach den allgemeinen Vorschriften, so ist der Schuldner berechtigt, alle Einwendungen geltend zu machen, welche ihm gegen den Eigenthümer des Papiers zustehen, wie bei der Uebertragung durch Cession. Wenn dagegen die Verpfändung durch Indossament und Uebergabe erfolgt, so hat das Indossament im Verhältniß zum Schuldner die gleichen Wirkungen wie jedes andere Indossament. Allerdings hat im Verhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Pfandgeber das Orderpapier nicht aufgehört ein fremdes zu sein (was sich besonders im Konkurse des Pfandgläubigers geltend machen wird) und es macht allerdings der Pfandindossatar ein fremdes Recht geltend, indem er das Orderpapier einzieht. Aber diese Geltendmachung erfolgt doch aus eigenem Rechte. Er ist nicht wie ein Inkassomandatar zu behandeln, der lediglich ein fremdes Recht in fremdem Auftrage geltend macht, sondern er macht, so paradox das klingt, ein fremdes Recht aus eigenem Rechte geltend, wie dies überhaupt bei dem Rechte der Einziehung verpfändeter Forderungen der Fall ist. Hier beim Orderpapier macht sich der Umstand, daß er das fremde Recht aus eigenem Recht geltend macht, darin geltend, daß sich das fremde Recht für die Zwecke des eigenen Rechts nur so darstellt, wie es im Orderpapier niedergelegt ist. Der durch Indossament legitimirte Pfandgläubiger des Orderpapiers ist daher in Bezug auf die Zulässigkeit der Einwendungen so zu behandeln, als läge ein Eigenthumsindossament vor, den Schuldner geht es nichts an, daß nur ein Pfandindossament vorliegt. Einwendungen aus der Person des Verpfänders kann er normaler Weise nicht erheben. Wenn Burchard (in G.Z. 48 S. 622) in Anknüpfung an frühere Rechtsanschauungen das Pfandindossament dem Prokuraindossament völlig gleichstellt, so hat er dabei das Recht des B.G.B. nicht berücksichtigt.

Anm. 68. Außerdem aber hat der Pfandgläubiger beim Orderpapier, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, gleichviel, in welcher Weise die Verpfändung erfolgt ist, das Recht, nach Eintritt der Fälligkeit seiner eigenen Forderung das Orderpapier öffentlich oder durch eine Versteigerungsperson zum laufenden Preise freihändig zu verkaufen (§ 1295 B.G.B.). Die Androhungs- und Wartepflicht besteht hier nicht, da der § 1221, nicht der § 1234 B.G.B. im § 1295 B.G.B. angezogen ist. Dagegen hat der Pfandgläubiger, auch der durch Indossament legitimirte, nicht das Recht, das Orderpapier durch seine Indossirung weiter zu begeben und so zu verwerthen (§ 1282 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 69. Und endlich hat der Pfandgläubiger natürlich auch das Recht, auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften seine Befriedigung aus dem verpfändeten Orderpapier zu suchen (§ 1282 Abs. 2 B.G.B.). Wenn und soweit das Orderpapier kein Forderungsrecht repräsentirt und auch nicht einen Börsen- oder Marktpreis hat, bleibt sogar nichts übrig als der Weg der Verwerthung im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1277 B.G.B.). Das gilt z. B. dann, wenn dem Gläubiger eine Namensaktie verpfändet ist, die keinen Markt- oder Börsenpreis hat, und er sich nicht begnügen will mit der Einziehung der Dividenden, sondern die ganze Namensaktie realisiren will (vergl. Denkschrift S. 214).

Anm. 70. 4. **Endlich muß auch hier den sogenannten Dispositionspapieren eine besondere Betrachtung gewidmet werden.**

Zunächst ist hier der Fall zu behandeln, daß das Dispositionspapier auf den Namen des Pfandgläubigers ausgestellt ist, sei es, daß dieser als der eigentliche Adressat des Dispositionspapiers bezeichnet ist, oder daß es auf ihn indossirt ist. In diesem Falle erwirbt der Pfandgläubiger ein Pfandrecht am Gute selbst. Er kann die Waare, wie jedes sonstige bewegliche Pfand, verkaufen, sobald die Voraussetzungen des Pfandverkaufs vorliegen, und zwar an jedem Orte, wohin sie auf der Reise gelangt. Bei der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs gegen den Papierschuldner stehen dem Letzteren nur beschränkte Einwendungen zu (vergl. oben Anm. 67). — Aber außerdem wird man dem Pfandgläubiger das Recht geben müssen, das Papier selbst, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, durch eine offizielle Person verkaufen zu lassen. Denn dieses Recht hat der Pfandgläubiger bei allen Orderpapieren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben (oben Anm. 68). Der Pfandgläubiger des Dispositionspapiers kann hier nicht schlechter gestellt sein.

Der andere Fall ist der, daß das Dispositionspapier auf den Namen des Schuldners lautet, dem Gläubiger aber nach den allgemeinen Grundsätzen über Verpfändung von Rechten (nicht durch Giro) verpfändet ist. Hier hat der Gläubiger zunächst das Recht, die durch das Papier verbriefte Forderung einzuziehen, d. h. die Herausgabe der Sache von dem Papierschuldner zu verlangen; nach Durchsetzung dieses Anspruchs hat er ein Pfandrecht an der Waare selbst (§ 1287 B.G.B.). Bei diesem Einziehungsrechte kann aber der Schuldner alle Einwendungen geltend machen, die ihm gegen den verpfändenden Schuldner zustehen (vergl. oben Anm. 67). Außerdem aber hat der Pfandgläubiger, wenn das Orderpapier einen Markt- oder Börsenpreis hat, was hier, wo es sich um Papiere über Waaren handelt, meist der Fall sein wird, das Recht, nach Eintritt der Fälligkeit der eigenen Forderung das Papier durch eine offizielle Person verkaufen zu lassen (vergl. oben Anm. 68). Der Erwerber erwirbt dadurch das Eigenthum am Papier und damit den Anspruch auf Auslieferung der Waare gegen den Papierschuldner, allerdings nicht das unmittelbare Eigenthum der Waare selbst, da ja keine Indossirung des Papiers auf ihn erfolgt. Anm. 71.

V. Irreguläres Pfandrecht.

Dasselbe liegt dann vor, wenn der Pfandgläubiger ermächtigt ist, Sachen derselben Art, wie die verpfändeten, zurückzugewähren. Ein solches erkennt das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896 an. Anm. 72.

Das irreguläre Pfandgeschäft ist ein Anschaffungsgeschäft (vergl. Anm. 33 zu § 1, das dort citirte Erkenntniß des Reichsgerichts vom 11. Juli 1898 ist jetzt abgedruckt in Bd. 42 S. 9) und demgemäß auch ein Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 366 H.G.B. und der dort in Bezug genommenen Vorschriften des B.G.B. zum Schutze gutgläubigen Eigenthums- und Pfanderwerbes. Denn der Gläubiger soll Eigenthümer werden, und zwar je nach der Parteiabsicht bald von der Hergabe des Gegenstandes an (z. B. bei unverschlossen übergebenem Gelde), bald erst von dem Zeitpunkte ab, in welchem der Gläubiger von der Ermächtigung, über die Pfandsache zu verfügen, Gebrauch macht, z. B. in den Fällen des § 2 des Bankdepotgesetzes.

(Ueber das depositum irregulare enthält auch das B.G.B. besondere Vorschriften, § 700 B.G.B., über das pignus irregulare nicht.)

VI. Gesetzliche Pfandrechte.

1. **Es giebt nach dem B.G.B. mehrere gesetzliche Pfandrechte:** Anm. 73.
   a) aus der Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung (§ 233 B.G.B.),
   b) des Vermiethers (§§ 559—563 B.G.B.),
   c) des Verpächters (§§ 581—585 B.G.B.),
   d) des Pächters (§ 590 B.G.B.),
   e) des Unternehmers beim Werkvertrag (§ 647 B.G.B.),
   f) des Gastwirths (§ 704 B.G.B.).

Außerdem aber enthält das H.G.B. die gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs (§ 397), des Spediteurs (§§ 410, 411), des Lagerhalters (§ 421), des Frachtführers (§ 440) am Kommissions-, Speditions-, Lager- und Frachtgute wegen ihrer Ansprüche aus den bezüglichen Geschäften. (Dazu treten noch einige gesetzliche Pfandrechte nach den seerechtlichen Bestimmungen des H.G.B. (§§ 614, 623, 674, 725, 731, 751, 755 H.G.B.) und nach den Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Verhältnisse der Binnenschifffahrt (§§ 26, 77 Abs. 2, 89, 97, 103, 105, 107, 109).

Anm. 74. 2. **Zur Entstehung der handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte** ist nichts weiter erforderlich, als daß der Berechtigte in unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Gutes gelangt. Das Nähere hierüber bei den einzelnen diese Pfandrechte regelnden Paragraphen.

Anm. 75. 3. **Was den Schutz des gutgläubigen Erwerbers betrifft,** so greift derselbe bei dem gesetzlichen Pfandrechte in demselben Umfange Platz, wie beim vertragsmäßig bestellten Pfandrechte (§§ 1257, 1207 B.G.B.; vergl. Kober bei Staudinger Anm. III zu § 1257 B.G.B.). Selbstverständlich muß der gesetzliche Pfandgläubiger in einen eben solchen Besitz gelangt sein, wie er beim vertragsmäßig bestellten Pfandrechte erforderlich ist, um den Schutz des gutgläubigen Erwerbes eintreten zu lassen (vergl. Anm. 53 ffg. zu § 366). Liegt aber ein solcher Besitz vor, so finden wir keine Veranlassung, die Vorschriften über den Schutz gutgläubigen Erwerbes hier von der Anwendung auszuschließen. Biermann (Anm. 2 zu § 1257) begründet diesen Ausschluß auch nicht anders als durch Berufung auf § 366 Abs. 3 H.G.B. und die Denkschrift dazu. Allein die Denkschrift zum H.G.B., die solchen Ausschluß in der That annimmt, ist für die Auslegung und Anwendung des B.G.B. keine maßgebende Rechtsquelle. Sie enthält insoweit einen Irrthum. Ueberdies hat der § 366 Abs. 3 trotz des Irrthums, der bei seiner Schaffung untergelaufen ist, vollauf Bedeutung: er bestätigt die zutreffende Auffassung des B.G.B., wonach es die gesetzlichen Pfandrechte hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens dem vertragsmäßig bestellten Pfandrechte gleichstellt, und bestimmt gleichzeitig, daß die dort hervorgehobenen handelsrechtlichen gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs, des Lagerhalters und des Frachtführers in dieser Hinsicht gleichgestellt werden sollen denjenigen vertragsmäßig bestellten Pfandrechten, welche ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes bestellt; es braucht hier also derjenige, gegen welchen das Pfandrecht erworben wird, kein Kaufmann zu sein (vergl. oben Anm. 60 zu § 366).

Anm. 76. Das bezieht sich jedoch zunächst nur auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere, die verpfändet werden. Bei verpfändeten Orderpapieren gelten aber nach unserer Ansicht dieselben Regeln, und zwar auch bei den Dispositionspapieren. Das bedeutet: Auch bei Orderpapieren überhaupt und bei Dispositionspapieren an Order insbesondere folgt der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes den allgemeinen Regeln vom Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbes, die für bewegliche Sachen gelten, nicht den viel weiter gehenden Regeln über den gutgläubigen Erwerb von Orderpapieren durch Indossament (Näher begründet von uns in Anm. 65 u. 66 zu § 366). — Hinsichtlich der Einwendungen, welche der Schuldner des Papiers dem Inhaber des gesetzlichen Pfandrechts am Papier entgegenhalten kann, steht das gesetzliche Pfandrecht demjenigen Vertragspfandrecht gleich, welches nach den allgemeinen Regeln über Verpfändung von Rechten (nicht durch Indossirung des Papiers) erworben wird (vergl. daher oben Anm. 67).

Anm. 77. Bei den Dispositionspapieren auf Order ist aber ferner von dem gesetzlichen Pfandrecht am Papier wohl zu unterscheiden das gesetzliche Pfandrecht an dem Gute selbst, welches dem Pfandgläubiger erwächst an solchen Gütern, über welche er durch Dispositionspapier verfügen kann. Jenes Pfandrecht besteht an solchen Orderpapieren, hinsichtlich deren der Pfandschuldner Gläubiger ist, aus denen der Pfandschuldner als Gläubiger legitimirt ist, die aber im Laufe der Geschäftsverbindung in den Besitz des gesetzlichen Pfandgläubigers gelangt sind und nunmehr diesem das Recht geben, ein gesetzliches Pfandrecht an diesen Papieren auszuüben. Ein unmittelbares Pfandrecht am Gute selbst hat der Pfandgläubiger in diesem Falle nicht. Denn das gesetzliche Pfandrecht am Papier hat nicht die Wirkung der Verpfändung des Guts durch Uebergabe (vergl. oben Anm. 71). Der Pfandgläubiger

hat hier diejenigen Rechte, die der Pfandgläubiger eines Orderpapieres nach den allgemeinen Regeln über das Pfandrecht an Orderpapieren hat (das Recht der Einziehung der durch das Orderpapier verbrieften Forderung, hier also das Recht der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs an den Schuldner des Orderpapiers und dann nach Durchsetzung dieses Anspruchs ein Pfandrecht am Gute — § 1287 B.G.B. — und ferner das Recht des Verkaufs durch eine offizielle Person, wenn das Papier einen Börsen- oder Marktpreis hat (vergl. oben Anm. 71). Das Pfandrecht der zweiten Art dagegen ist ein Pfandrecht am Gute selbst. Es entsteht dann, wenn ein Dispositionspapier *auf den Kommissionär, den Spediteur, den Frachtführer u. s. w. lautet*, sei es, daß er als Adressat im Papier vermerkt ist oder daß es durch Indossament auf ihn übertragen ist. Eine solche Uebertragung hat natürlich immer ihren bestimmten Rechtsgrund; derselbe kann aber so beschaffen sein, daß er den Keim der Erledigung in sich trägt, und dann nach erfolgter Erledigung wäre der Kommissionär an sich verpflichtet, das Gut dem Schuldner herauszugeben. Die §§ 397, 410, 421, 440, 623 geben ihm aber ein gesetzliches Pfandrecht an solchen Gütern, über welche er mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins verfügen kann. Ein Beispiel soll dies klar machen: Ein Kunde hat seinem Kommissionär einen Ladeschein indossirt mit dem Auftrage, die Papiere durch Indossirung des Ladescheins zu veräußern und den Erlös an ihn abzuführen. Die Veräußerung gelingt nicht oder der Verkaufsauftrag wird zurückgezogen. Der Kommissionär hat nun ein gesetzliches Pfandrecht am Gute selbst, weil er über dasselbe durch den Ladeschein verfügen kann. Er „kann" darüber verfügen d. h. er ist in der Lage darüber zu verfügen, und obwohl er nach Erledigung des Verkaufsauftrages darüber eigentlich nicht mehr verfügen dürfte, so giebt ihm doch zum Zwecke der Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts das Gesetz ein Recht, darüber zu verfügen, denn es giebt ihm ein Pfandrecht an dem Gute selbst. — Bezüglich des Schutzes des guten Glaubens steht dieses Pfandrecht auf derselben Stufe, wie ein gesetzliches Pfandrecht an beweglichen Sachen, nicht wie ein vertragsmäßig bestelltes Pfandrecht an Orderpapieren (über diesen Unterschied oben Anm. 76), und bezüglich des Verhältnisses zum Schuldner des Papiers steht der gesetzliche Pfandgläubiger nicht anders als beim gesetzlichen Pfandrecht am Papier. Es liegt kein Grund vor, ihn anders zu stellen (vergl. daher oben Anm. 76). Die Wirkung dieses Pfandrechts ist das Recht, die Waaren zu verkaufen, wie man bewegliche Pfänder überhaupt verkauft, jedoch nicht etwa das Recht, durch freihändige Indossirung des Papiers die Waare zu veräußern.

4. **Die Wirkung des gesetzlichen Pfandrechts** ist die gleiche, wie beim vertragsmäßig bestellten Pfandrechte. Insbesondere besteht auch hier die Verkaufsbefugniß bei beweglichen Sachen, die Verkaufs- und Einziehungsbefugniß bei Inhaberpapieren, die Einziehungs- und Verkaufsbefugniß bei Orderpapieren (vergl. alles dies oben Anm. 35 ffg.; über das Einziehungsrecht und das Verhältniß des Pfandgläubigers zum Schuldner des Orderpapiers hinsichtlich der Einreden desselben auch oben Anm. 76). Ueber das Pfandrecht an solchen Waaren, über welche der gesetzliche Pfandgläubiger durch Dispositionspapier verfügen kann, siehe noch besonders oben Anm. 77. Anm. 78.

Hinsichtlich der Verkaufsbefugniß bei beweglichen Sachen und Inhaberpapieren ist auch hier zu bemerken, daß nach unserem § 368 die einmonatliche Wartefrist des § 1234 B.G.B. in eine solche von einer Woche reduzirt ist, bei dem gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters aber nur dann, wenn auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt, bei dem Spediteur und Frachtführer dagegen auch dann, wenn nur auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft vorliegt. Also: die gedachten gesetzlichen Pfandrechte *entstehen* sämmtlich auch dann, wenn nur auf Seiten des Pfandgläubigers eine Schuld der betreffenden Art vorliegt (aus Kommissions-, Speditions-, Frachtgeschäften u. s. w.), auch den Schutz des gutgläubigen Erwerbes genießen jene Pfandrechte sämmtlich lediglich unter dieser Voraussetzung, und zwar alle den höheren Schutz des § 366, auch wenn Derjenige, gegen den das Pfandrecht entsteht, kein Kaufmann ist oder nicht im Betriebe seines Handelsgewerbes gehandelt hat. Nur bei der Realisirung des Pfandrechts entsteht der in Abs. 2 des § 368 statuirte Unterschied innerhalb der gedachten gesetzlichen Anm. 79.

Pfandrechte: die einwöchige Frist setzt beim Kommissionär und Lagerhalter voraus, daß beide Kontrahenten Kaufleute sind und auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt. Gegen den Kunden eines Bankiers, der sich mit der kommissionsweisen Besorgung von Bankgeschäften beschäftigt, muß daher die einmonatliche Wartefrist innegehalten werden, wenn sie nicht etwa, was wohl meistens in den Geschäftsbedingungen geschehen wird, die Abkürzung oder gar Streichung der Wartefrist vereinbaren.

Anm. 80. **Zusatz 1. Der Sicherungszweck, der der Pfandbestellung eigen ist, kann auch durch Eigenthumsübertragung erzielt werden.** So ist es z. B. zulässig, daß ein Kaufvertrag bei Mobilien mit Rückkaufsrecht geschlossen wird, um den Zweck der Sicherung für eine Forderung zu erreichen (so nach früherem Recht R.G. 26 S. 180; 30 S. 275; 43 S. 394; Linckelmann in Kohler u. Ring's Archiv 7 S. 209 ffg.; nach jetzigem Recht § 223 Abs. 2 B.G.B.). Ferner ist bei Forderungen die cessio in securitatem zulässig. Aber auch bei Rechten, z. B. Aktien, insbesondere auch bei Inhaberaktien, muß man annehmen, daß eine Eigenthumsübertragung in securitatem zulässig ist. Es muß nicht gerade ein Verkauf der Aktien gethätigt und hierbei die zu sichernde Forderung kompensirt werden. Es kann vielmehr die zu sichernde Forderung bestehen bleiben und das Aktienrecht zum Eigenthum cedirt werden, damit die Bethätigung der Aktienrechte (das Stimmen und die Erhebung der Dividenden und sonstigen Bezüge) dem Gläubiger eine Sicherung gebe. Der Weg des pignus irregulare (oben Anm. 72) führt hier zum Ziele, nur daß ausdrücklich erklärt werden muß, daß das Eigenthum auf den Pfandgläubiger sofort übergehen soll.

Anm. 81. **Zusatz 2. Uebergangsfrage.** Nach Art. 184 E.G. zum B.G.B. bleiben Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen. Das bezieht sich auch auf Pfandrechte, auch auf gesetzliche Pfandrechte. Die Entstehung der letzteren richtet sich hiernach für die Zeit vor dem 1. Januar 1900 nach altem Recht, von da ab nach neuem Recht. Dem Lagerhalter z. B. hat erst das neue H.G.B. ein gesetzliches Pfandrecht gewährt. Dasselbe kommt daher erst den nach dem 1. Januar 1900 eingegangenen Lagergeschäften zu gute. Insbesondere gilt alles dies auch für den Schutz des guten Glaubens. Fällt ein Theil des Thatbestandes, der zur Voraussetzung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes erforderlich ist, unter das alte, ein Theil unter das neue Recht, so kommt das in Anm. 77 u. 78 zu § 366 Gesagte zur Anwendung. Der Inhalt des bestehenden Pfandrechts richtet sich nach dem alten Recht, der Inhalt eines neu entstehenden nach dem neuen Recht, doch bleiben nach Art. 184 E.G. Rechte Dritter, welche vor dem 1. Januar 1900 entstanden waren, bestehen, auch wenn sie nach den Regeln des neuen Rechts einem späteren gutgläubig erworbenen Pfandrechte nachstehen würden (Lehmann in G.Z. 48 S. 74). Die Form des Pfandverkaufs folgt dem neuen Recht (Lehmann a. a. O. S. 75). Die Frage des Erlöschens des Pfandrechts richtet sich für die früheren Rechte nach dem alten Recht, für die neuen nach neuem Recht. Denn das ist eine Frage des Inhalts des Rechts Lehmann a. a. O. S. 76).

§ 369.

Ein Kaufmann hat wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an den beweglichen Sachen und Werthpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind, sofern er sie noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Das Zurückbehaltungsrecht ist auch dann begründet, wenn das Eigenthum an dem Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übergegangen oder von einem Dritten für den Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist.

Einem Dritten gegenüber besteht das Zurückbehaltungsrecht insoweit, als

dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung des Gegenstandes der von dem Schuldner vor oder bei der Uebergabe ertheilten Anweisung oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet.

Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

Vorbemerkung. Die §§ 369—372 regeln das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Es ist ein pfandartiges Institut. Es ist wesentlich verschieden von dem Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. Das Letztere, beruhend auf den §§ 273 und 274 B.G.B., betrifft nur den Fall, daß Jemand aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat — er kann in diesem Falle der Regel nach die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist —, und den anderen Fall, daß Jemand zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist und ihm wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens ein fälliger Anspruch zusteht. Der erste Fall ist insofern verschieden von dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte, als dieses lediglich darin besteht, eine im Besitz des Gläubigers befindliche Sache des Schuldners pfandartig zurückzuhalten, nicht aber eine geschuldete Leistung zu verweigern; in dieser Hinsicht nähert sich der zweite Fall schon eher dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte, andererseits hat in diesem zweiten Falle der Gläubiger nur ein Recht der Zurückhaltung, während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in dem pfandartigen Verkaufe der zurückbehaltenen Sache gipfelt. Beide Fälle sind aber von dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte wesentlich dadurch verschieden, daß sie sich nur auf konnexe Gegenansprüche beziehen, während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht dem Kaufmann eine Sicherung gewähren soll für alle seine Ansprüche gegen den Schuldner. Anm. 1.

Das ist der Grundcharakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Es ist, wie auch Dernburg III S. 765 sagt, ein pfandähnliches Institut, aber allerdings kein wahres Pfandrecht. Ob es ein dingliches oder ein persönliches Recht ist, wird von uns weiter unten in Anm. 38 erörtert werden.

Der vorliegende Paragraph regelt die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts im Regelfalle. In Absatz 1 wird bestimmt, hinsichtlich welcher Forderungen und an welchen Gegenständen das Zurückbehaltungsrecht besteht, in Abs. 2 wird bestimmt, inwiefern es sich gegen Dritte geltend macht, in Abs. 3 sind Fälle genannt, in welchen es nicht stattfindet, in Abs. 4 ein Fall, in welchem es wegfällt, nachdem es entstanden. Anm. 2.

1. (Abs. 1.) **Welcher Art müssen die Forderungen, wegen welcher retinirt werden kann, und die Sachen, welche zurückbehalten werden, sein?** Anm. 3.

   a) **Die Forderungen, wegen welcher retinirt werden darf,** müssen zustehen einem Kaufmann gegen einen Kaufmann, müssen herrühren aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften, und müssen fällig sein.

      α) Sie müssen zustehen einem Kaufmann. Es kann ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 oder nach § 4 (Minderkaufmann) sein, aber auch nach § 5 (Geltung als Kaufmann in Folge Eintragung, trotzdem das Gewerbe kein Handelsgewerbe ist). Genügt es aber auch, daß der Betreffende als Kaufmann auftritt und dadurch als Kaufmann gilt? Dieses kaufmännische Auftreten kann zunächst darin bestehen, daß er eingetragen ist, obwohl er überhaupt kein Gewerbe betreibt. § 15 greift dann nicht Platz, denn danach muß der zu Unrecht Eingetragene die Eintragung nur gegen sich gelten lassen. Gleichwohl wird in diesem Falle sowohl, als auch sonst, wenn der Gläubiger als Kaufmann gilt, weil er kauf-

männisch im Rechtsverkehr auftritt, angenommen werden müssen, daß auch der solchergestalt Auftretende selbst sich darauf berufen kann (vergl. unseren Exkurs zu § 5 Anm. 7). Ist nämlich nach den Umständen anzunehmen, daß der andere Theil mit ihm als Kaufmann kontrahiren wollte, hat insbesondere der andere Theil hieraus Vortheile gezogen und sich hierauf selbst gestützt, so kann er jetzt, wo es sich um die Ausübung des Retentionsrechts handelt, nicht geltend machen, jener sei nicht Kaufmann.

Anm. 4. Wer aber nicht Kaufmann ist und nach dem oben Gesagten auch nicht als Kaufmann gegenüber dem andern Theil gilt, hat dieses Recht nicht, so z. B. nicht der Handlungsreisende. Dagegen schadet es nicht, daß nach Entstehung des Retentionsrechts die Kaufmannsqualität aufhört.

Anm. 5. β) Sie müssen entstanden sein gegen einen Kaufmann. Auch hier kann es ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 oder nach § 4 oder auch nach § 5 sein. Endlich genügt es aber auch unbedenklich, daß der Schuldner als Kaufmann im Rechtsverkehr auftrat. Gegen sich muß er dann jedenfalls gelten lassen, daß er als Kaufmann behandelt wird (Exkurs zu § 5). Wer aber nicht Kaufmann ist und hiernach auch nicht als Kaufmann gilt, gegen den entsteht das kaufmännische Retentionsrecht nicht. Das einmal entstandene geht aber dadurch nicht unter, daß der Schuldner nachträglich die Kaufmannsqualität verliert.

Anm. 6. γ) Aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften müssen die Forderungen entstanden sein. Also beiderseitige Handelsgeschäfte müssen es sein. Es genügt nicht, daß beide Theile Kaufleute sind. Vielmehr muß das betreffende Geschäft bei Beiden zum Betriebe des Handelsgewerbes gehören. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach den §§ 343 und 344, insbesondere greift auch die Fiktion des § 344 Abs. 2 hier ein. Der Anspruch auf Erstattung von Prozeßkosten kann dazu gehören, nämlich dann, wenn er entstanden ist durch Geltendmachung eines beiderseitigen handelsgeschäftlichen Anspruchs. —

Anm. 7. Zwischen ihnen muß das Geschäft geschlossen sein. Daraus folgt: das Retentionsrecht kann weder selbstständig cedirt werden, noch kann es wegen einer cedirten Forderung entstehen (R.O.H. 5 S. 304; R.G. 9 S. 49 oben; 18 S. 234; Dernburg III S. 765; anders Cosack S. 155). Denn in keinem dieser Fälle kann man sagen, daß das Geschäft zwischen dem Retinenten und dem Schuldner geschlossen ist. Doch würde man zu weit gehen, wenn man auch die Möglichkeit der Abtretung des Retentionsrechts mit der Forderung bestreiten wollte, wie dies anscheinend R.O.H. 10 S. 112 thut; vergl. jedoch R.O.H. 5 S. 304; Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 2 § 85 Anm. 17; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 940, während man wiederum nicht annehmen kann, daß es mit dem Uebergange der Forderung von selbst übergehe; die Analogie des § 1250 B.G.B. ist nicht statthaft (R.O.H. 5 S. 307). Dagegen hat die Rechtsprechung angenommen, daß zwischen dem Indossatar eines Orderpapieres und dem aus einem solchen Papier Verpflichteten ein zwischen diesen Beiden geschlossenes Geschäft im Sinne des vorliegenden Paragraphen liegt (R.G. 9 S. 45). Umsomehr muß dies beim Inhaberpapier im Verhältniß zwischen dem Erwerber des Papiers und dem Aussteller desselben gelten (Hahn § 6 zu Art. 313; Dernburg III S. 765). Selbstverständlich muß sowohl auf Seiten des Schuldners, als auf Seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen d. h. es muß das Papier vom Schuldner auf Grund eines Handelsgeschäfts ausgestellt oder girirt sein (wobei die Fiktion des § 344 Abs. 2 eingreift) und der Gläubiger muß es von seinem Vormann auf Grund eines Handelsgeschäfts auf seiner Seite erhalten haben (Näheres bei Hahn § 6 zu Art. 313).

Anm. 8. δ) Die Forderung muß fällig sein und zwar zur Zeit der Geltendmachung des Retentionsrechts, nicht nothwendig schon zur Zeit der Besitzerlangung (Bolze 7 Nr. 114). Indessen braucht der Schuldner nicht im Verzuge zu sein. Auch

liquide braucht die Forderung nicht zu sein (im Falle des § 370 wird auch von dem Erfordernisse der Fälligkeit abgesehen).

ε) Nicht erforderlich ist, daß die Forderung, wegen welcher retinirt wird, eine Geldforderung ist. Immerhin muß es eine solche sein, welche wenigstens in eine Geldforderung übergehen kann. Das geht aus der Analogie des § 1228 Abs. 2 B.G.B., wonach dasselbe Erforderniß auch beim Pfandrechte vorliegt, und aus § 371 hervor, nach welchem hier wie beim Pfandrecht das letzte Endziel des Retentionsrechts die Befriedigung durch den Verkauf der Sache ist. Wegen eines Anspruchs auf Vorlegung einer Bilanz z. B. kann hiernach das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nur dann ausgeübt werden, wenn die Nichtbefriedigung dieses Anspruchs eine Schadensforderung begründen kann. Anm. 9.

ζ) Nicht erforderlich ist aber ferner, daß die Forderung, wegen welcher retinirt wird, sich auf den zurückbehaltenen Gegenstand bezieht. Konnexität ist nicht nöthig. Das ist ein besonders wichtiger Unterschied vom civilrechtlichen Retentionsrecht (vergl. Anm. 1). Anm. 10.

In dieser Hinsicht macht § 8 Abs. 2 des Depotgesetzes eine Ausnahme: wenn der Zwischenbankier dem Hauptbankier mittheilt, daß die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolge, so steht dem Hauptbankier an den angeschafften Papieren ein Retentionsrecht nur wegen solcher Forderungen zu, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.

b) **Die Gegenstände, welche retinirt werden können,** sind bewegliche Sachen und Werthpapiere des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, sofern er sie noch im Besitz hat, insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann. Ausnahmsweise brauchen es nicht Sachen des Schuldners, sondern können es auch Sachen des Gläubigers sein, soweit Abs. 1 Satz 2 zutrifft. Anm. 11.

α) Bewegliche Sachen oder Werthpapiere müssen es sein. Während Gegenstand des Pfandrechts sowohl bewegliche Sachen als auch Rechte sein können, und Gegenstand des civilrechtlichen Zurückbehaltungsrechts jede schuldige Leistung ist, können auf Grund des kaufmännischen Retentionsrechts nur bewegliche Sachen und Werthpapiere zurückbehalten werden. Anm. 12.

Ueber den Begriff der beweglichen Sachen und der Werthpapiere s. Anm. 36—39 zu § 1.

Dort ist auseinandergesetzt, was bewegliche Sachen und körperliche Gegenstände sind (Geld nur, wenn es sich um körperliche Sachen handelt, am dep. irregulare, Guthaben auf Giroconto, findet ein kaufmännisches Retentionsrecht nicht statt; R.G. 12 S. 90). Anm. 13.

In den Anm. 36—39 zu § 1 ist ferner auseinandergesetzt, daß Werthpapiere solche Urkunden sind, bei denen die Geltendmachung des verbrieften Rechts an das Papier geknüpft ist und bei denen die Uebertragung des Papiers die Uebertragung des Rechts bedeutet. Daß sie für den Handelsverkehr bestimmt sein müssen, ist zwar hier ebenfalls nicht gesagt. Wie es aber dort gefolgert worden ist aus dem Zusammenhang jener Vorschriften, so ist es auch hier aus der Tendenz der vorliegenden Vorschriften zu folgern. Denn das Zurückbehaltungsrecht ist ein eminent kaufmännisches Recht, nur einem Kaufmann soll es zustehen, nur gegen einen Kaufmann darf es geltend gemacht werden, nur wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften, und nur an Sachen, die aus Anlaß von Handelsgeschäften in den Besitz des Gläubigers gelangt sind, entsteht es. Für den Handelsverkehr bestimmt sind sie dann, wenn sie auf den Inhaber gestellt oder durch Indossament übertragbar sind, nicht auch dann, wenn ihre Uebertragung Cession erfordert. Anm. 14.

Demnach gelten auch die in den Anm. 36—39 zu § 1 aufgezählten Beispiele: Geeignete Gegenstände des kaufmännischen Retentionsrechts sind Aktien, sie Anm. 15.

mögen auf den Inhaber oder auf den Namen gestellt sein; Wechsel; an Order gestellte kaufmännische Verpflichtungsscheine; die unechten Inhaberpapiere des § 807 B.G.B. (Eßmarken, Entreebillets u. s. w.). Dagegen sind nicht geeignete Gegenstände des kaufmännischen Retentionsrechts: Forderungen, über welche gewöhnliche, nicht indossable Schuldscheine ausgestellt sind; Hypotheken und Hypothekenurkunden; Grundschulden und Grundschuldurkunden; Lebens- und Feuerversicherungs-Policen; daß Urkunden dieser Art, welche nicht formelle Werthträger sind, Gegenstände des kaufmännischen Retentionsrechts nicht sind, hat das R.G. wiederholt ausgesprochen (R.G. 20 S. 135; 29 S. 297). Ob sie Gegenstände eines sonstigen Zurückbehaltungsrechts sind, richtet sich nach anderen Grundsätzen (vergl. oben Anm. 1). Nicht retentionsfähig im Sinne unseres Paragraphen sind ferner Gesellschaftsantheile, auch nicht Antheile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, selbst wenn darüber Antheilscheine ausgestellt sind; ferner nicht Urheberrechte, auch nicht ein Vermögensinbegriff (ganzes Vermögen, Handelsgeschäft, Verlassenschaft). Hier können die einzelnen Gegenstände zur kaufmännischen Retention geeignet sein, unter Umständen können auch alle dazu geeignet sein, so z. B. ein ganzes Waarenlager, eine Bibliothek, alsdann kann auch die betreffende ganze Sachgesammtheit retinirt werden. Aber ein Vermögensinbegriff als solcher (etwa ein Geschäft mit Aktiven und Passiven) kann nicht kaufmännisch zurückbehalten werden.

Anm. 16. Ueber Dispositionspapiere (Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine) insbesondere siehe unten Anm. 28 u. 29.

Ausgeschlossen von den Werthpapieren müssen hier aber solche werden, welche nur übertragen werden können mit Zustimmung des Verpflichteten, insbesondere der Gesellschaftsorgane der verpflichteten Gesellschaft, z. B. Aktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragbar sind. Das R.G. zählt sie allerdings zu den Werthpapieren (R.G. 36 S. 39; wohl auch R.G. 37 S. 139), auch im Sinne des Pfandrechts. Allein zu den Werthpapieren mag man sie allgemein noch zählen. Gegenstände des gesetzlichen Pfandrechts und des kaufmännischen Retentionsrechts aber können sie nach dem Zusammenhang der Bestimmungen des neuen Rechts nicht mehr sein. Denn soweit die Uebertragung eines Rechts nicht zulässig ist, insoweit ist auch die Verpfändung nicht zulässig (§ 1274 Abs. 2 B.G.B.). Insoweit besteht aber auch ein gesetzliches Pfandrecht nicht (§ 1257 B.G.B.). Es könnte also das gesetzliche Pfandrecht hier nur entstehen mit dem Willen des Eigenthümers. Es gehört aber zum Wesen des gesetzlichen Pfandrechts, daß es ohne seinen Willen entsteht. Das muß auch auf das kaufmännische Retentionsrecht ausgedehnt werden. Denn der eigentliche materielle Inhalt und das alleinige Endziel auch dieses Rechts ist die Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache durch Verkauf (§ 371). In dieser Beziehung steht es dem Pfandrecht gleich. Bei diesem aber wird nur deshalb die Verpfändung insoweit ausgeschlossen, als die Uebertragung nicht möglich ist, weil das Endziel des Pfandrechts die Pfandveräußerung ist.

Anm. 17. Ebenso aber sind auch unter den beweglichen Sachen vom Retentionsrecht solche ausgeschlossen, welche unter einem gesetzlichen Veräußerungsverbot stehen (§ 134 B.G.B.). Stehen sie jedoch unter einem gesetzlichen Veräußerungsverbot, welches nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, oder unter einem gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Veräußerungsverbot, so ist die Retention zwar möglich, ist aber jenen Personen gegenüber unwirksam (§§ 135 u. 136 B.G.B.). Gutgläubigkeit des Retinenten erweitert hier Rechte nicht, da der Schutz gutgläubigen Erwerbes sich auf den Schutz des Retentionsrechts überhaupt nicht erstreckt (vergl. unten Anm. 19).

Anm. 18. β) Des Schuldners Sachen müssen es sein, wenigstens regelmäßig, in Ausnahmefällen können es auch Sachen des Gläubigers sein.

Regelmäßig müssen es also Sachen des Schuldners sein. Daraus folgt einmal: es müssen Vermögenswerthe schon in der Hand des Schuldners sein. Ein eigenes Accept, welches der Schuldner als Erfüllung anbietet, ist daher kein geeignetes Retentionsobjekt (vergl. unten Anm. 43).

Sodann aber: an fremden Sachen kann der Gläubiger kein Retentionsrecht ausüben. Deshalb hat der Frachtführer an Waaren, die er zum Transport und zur Ablieferung an den Käufer vom Verkäufer übergeben erhalten hat, wegen Gegenforderungen an den Absender dann kein Retentionsrecht, wenn die Waare dem Käufer bereits gehört, von ihm vielleicht am Wohnsitze des Verkäufers bereits übernommen worden ist (vergl. R.G. 2 S. 1). Sachen der Ehefrau dürfen nicht retinirt werden wegen Schulden des Ehemannes. Der Eigenthümer kann daher in solchen Fällen die Sachen vindiziren, auch wenn er seine Einwilligung in die Verpfändung (oder sonstige Uebergabe an den Gläubiger) gegeben hatte; in solcher Einwilligung liegt nicht die Zustimmung zu dem Retentionsrecht (R.G. 13 S. 130). Anm. 19.

Auch guter Glaube verbessert die Rechtsstellung des Gläubigers hier nicht. Gehört die Sache einem Fremden, so kann das Retentionsrecht auch dann nicht ausgeübt werden, wenn der Gläubiger ohne Fahrlässigkeit annahm, der Schuldner sei Eigenthümer. Der Schutz gutgläubigen Erwerbes auf Grund der §§ 932 ffg. B.G.B. und des § 366 H.G.B. bezieht sich auf das kaufmännische Retentionsrecht nicht und kann auch nicht analog auf dasselbe ausgedehnt werden (R.G. 3 S. 154; 13 S. 130). Anm. 20.

Deshalb ist es auch für das kaufmännische Retentionsrecht gleichgiltig, ob der Zwischenbankier dem Hauptbankier die in § 8 Abs. 1 Satz 1 des Bankdepotgesetzes vorgesehene Mittheilung, daß die ihm übergebenen Papiere fremde seien, macht oder nicht. Ein Zurückbehaltungsrecht an diesen entsteht für den Centralbankier in keinem Falle, wenn die Papiere dem Kunden des Zwischenbankiers gehören. (Dies gegen Lusensky, Depotgesetz S. 74 u. 75, dessen gegentheilige Darstellung irrig ist; richtig Rießer, Bankdepotgesetz S. 45). (Inwieweit die Mittheilung des Zwischenbankiers, daß die Einkaufskommission für fremde Rechnung erfolge [§ 8 Abs. 1 Satz 2 des Depotgesetzes], auf das Zurückbehaltungsrecht von Einfluß ist, darüber siehe oben Anm. 10). Anm. 21.

Selbstverständlich handelt es sich nur darum, wer im Augenblicke, wo das Retentionsrecht entstanden ist, Eigenthümer der Sache war. War es der Schuldner in diesem Augenblicke, so hebt ein späterer Eigenthumswechsel das Retentionsrecht nicht auf (siehe hierüber Näheres unten Anm. 32). Der § 372 hat eine ganz andere Bedeutung. Anm. 22.

Ausnahmsweise sind zur kaufmännischen Retention geeignet auch Sachen, die nicht dem Schuldner, sondern dem Gläubiger gehören, nämlich wenn das Eigenthum am Gegenstande von dem Schuldner auf den Gläubiger übertragen, aber auf den Schuldner zurückzuübertragen ist. Als Beispiel erwähnt die Denkschrift S. 212 den Fall, daß der Käufer die ihm zugesandte Waare bemängelt und dem Verkäufer zur Verfügung stellt. Hier würde der Käufer, meint die Denkschrift, die Waare wegen seiner Forderung nicht retiniren können, weil sie nicht mehr im Eigenthum des Verkäufers, also des Retentionsschuldners, steht. Für das neue Recht ist aber das Beispiel schlecht gewählt und die Rücksicht auf diesen Fall hätte die Schaffung der Sondervorschrift nicht gerechtfertigt. Denn nach dem neuen Recht überträgt die Uebergabe nur dann Eigenthum auf den Käufer, wenn beide Theile darüber einig sind, daß der Käufer Eigenthümer werden soll. Diese Einigung ist aber beim Gattungskaufe wenigstens nicht vorhanden, wenn er die Waare rechtzeitig prüft und dem Verkäufer zur Verfügung stellt (vergl. Anm. 7 zu § 366). Sie ist also in solchem Falle Eigenthum des Verkäufers geblieben und ihrer kaufmännischen Retention durch den Käufer steht schon nach der gesetzlichen Regel Anm. 23.

nichts entgegen. Ein anderes, schon eher zutreffendes Beispiel der Denkschrift ist der Fall, wo nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung der Käufer verpflichtet ist, die Waare auf den Verkäufer zurückzuübertragen. Der Käufer ist vielleicht wegen Irrthums oder Täuschung vom Kauf zurückgetreten, nachdem die Uebergabe bewirkt ist, in diesem Fall ist der Käufer Eigenthümer geworden, muß aber in Folge der Anfechtung das Eigenthum zurückübertragen (§ 812 B.G.B.). Indessen wird auch hier oft der Eigenthumsübergang selbst durch die Anfechtung ergriffen werden, wenn, was meist der Fall sein wird, der die Anfechtung erzeugende Umstand auch die zur „Einigung" erforderliche Willenserklärung beeinflußt hat. Weiter aber — und dieses Beispiel erwähnt die Denkschrift nicht — gehören hierher die Fälle, in denen ein beweglicher Gegenstand oder ein Werthpapier zum Zwecke der Sicherung auf den Gläubiger zum Eigenthum übertragen ist (vergl. Anm. 80 zu § 368). Nach erledigtem Sicherungszwecke kann solcher Gegenstand vom Gläubiger kaufmännisch retinirt werden (vergl. z. B. unten Anm. 28 u. 29 bei den Dispositionspapieren).

Anm 24. Weitere Ausnahmen aber sind nicht gestattet. Das Gesetz sagt ganz klar, daß regelmäßig nur Sachen des Schuldners retentionsfähig sind, und nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen ist eine Sache des Gläubigers, die dieser obligatorisch verpflichtet ist auf den Schuldner zu übertragen, retentionsfähig. Wenn es auch richtig ist, daß diese Ausnahmen nur deshalb gemacht sind, weil in diesen Fällen „der Ausschluß des Retentionsrechts auf einem wesentlich äußeren Grunde beruht und sachlich nicht gerechtfertigt erscheint", so ist es gleichwohl nicht statthaft, das Retentionsrecht auch sonst in allen Fällen zuzulassen, wo der Ausschluß der Zurückbehaltung sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. So frei darf man sich über klare Gesetzesworte nicht hinwegsetzen. Das wäre nicht mehr Auslegung des Gesetzes (dies gegen Dernburg III S. 766 Anm. 5; übereinstimmend Cosack S. 156). In Folge dessen kann jetzt, wie schon früher, eine Waare, die der Käufer bereits bezahlt hat, ihm aber noch nicht übergeben worden ist, wegen Ansprüche an den Käufer aus anderen Handelsgeschäften nicht retinirt werden (R.O.H. 19 S. 57).

Anm. 25. γ) Mit dem Willen des Schuldners müssen die Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangt sein. Daher ist das Retentionsrecht an solchen Sachen ausgeschlossen, welche der Gläubiger an sich genommen oder welche ihm ohne Zustimmung des Schuldners von einem Dritten übergeben worden sind (R.O.H. 19 S. 372). Der Wille des Schuldners darf, wenn vorhanden, nicht rechtlich nichtig sein. Anfechtbarkeit schadet aber nicht, wenn die Anfechtung nicht wirklich erfolgt. So, wenn die Willenserklärung durch Irrthum, Betrug, Drohung beeinflußt worden ist. Es muß hier überall dasselbe gelten, wie bei der Frage, ob eine Sache als abhanden gekommen zu betrachten ist. Denn abhanden gekommen ist eine Sache, wenn der Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat (vergl. daher Anm. 45 zu § 366). Es ist gerade nicht nothwendig, daß der Schuldner den speziellen Akt der Besitzergreifung wußte. Es genügt, wenn er seine allgemeine Zustimmung dazu erklärt hat, daß der unmittelbare Empfänger seiner Sache dieselbe weiter begebe (R.G. 9 S. 48). Auch der nach dem früheren Art. 344, jetzt nach allgemeinen Grundsätzen subintelligirte Wille des Käufers, der Verkäufer solle an seiner Stelle die Transportperson wählen und beauftragen, genügt.

Anm. 26. δ) Auf Grund von Handelsgeschäften muß der Gläubiger Besitzer geworden sein, d. h. aus Veranlassung von Handelsgeschäften (vergl. R.O.H. 19 S. 372; R.G. 26 S. 58). Wann ein Handelsgeschäft vorliegt, bestimmt sich nach §§ 343 u. 344. Es kann auch ein einseitiges sein (R.O.H. 6 S. 197). Es genügt also, wenn das Geschäft zwischen Gläubiger und Schuldner direkt abgeschlossen wurde, daß auf einer von beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt. Es braucht aber das Geschäft, wenn nur die Besitzerlangung mit dem Willen des Schuldners geschieht, nicht mit diesem direkt abgeschlossen zu sein (Hahn § 11 zu Art. 343).

Alsdann muß auf Seiten des Gläubigers ein Handelsgeschäft vorliegen. Als Handelsgeschäft ist nicht etwa bloß ein Vertrag aufzufassen. Auch einseitige Rechtshandlungen, wie Uebersendung von Waare als Kaufofferte, gehören dazu (R.O.H. 10 S. 236; anders O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1580). Am häufigsten aber sind eigentliche Verträge; Kauf, Verpfändung (die zum Pfand gegebene Sache ist nach Erlöschen des Pfandrechts geeigneter Gegenstand der Retention [R.O.H. 2 S. 80; 17 S. 293; Bolze 10 Nr. 128b]), Verwahrung, Werkverdingung, Miethe, Leihe, Verkaufsmandat, Frachtvertrag, Spedition.

c) In den Besitz des Gläubigers müssen sie gelangt sein und sich noch im Besitze desselben befinden. Mittelbarer Besitz genügt (Dernburg III S. 766). Es genügt also, wenn ein anderer für den Gläubiger die Pfandsache besitzt auf Grund eines Verhältnisses, vermöge dessen er dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868 B.G.B.). Der Gläubiger kann also z. B. auch dann retiniren, wenn er die Sache anderweit deponirt hat oder wenn er sie dem Frachtführer zur Absendung an den Schuldner übergeben hat. Selbst dann, wenn der Andere ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht für sich geltend macht, liegt die Voraussetzung vor. Denn auch in diesem Falle liegt mittelbarer Besitz des Gläubigers vor (§ 868 B.G.B.; nach früherem Recht O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 495). Nur darf der Schuldner nicht selbst der mittelbare Besitzer für den Gläubiger sein (Dernburg III S. 766). Anm. 27.

Im Besitze der Sache ist der Gläubiger hiernach und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 1 unseres Paragraphen auch dann, wenn er mittels Dispositionspapiers (Konnossements, Ladeschein, Lagerschein) darüber verfügen kann. Diese Papiere müssen in seinem Besitz, ihm schon ausgehändigt sein (R.G. 13 S. 120). Im Besitze ist er in solchem Falle dann, wenn das Dispositionspapier auf ihn lautet, sei es, daß er der Adressat des Papiers oder ein Indossatar ist. In solchem Falle kann es nämlich vorkommen, daß der Gläubiger, obgleich er solchergestalt nach außen der allein Berechtigte ist, dennoch in Wahrheit kein Recht an der Sache hat. Das Papier ist vielleicht nur deshalb auf seinen Namen geschrieben worden, damit er die Sache im eigenen Namen, aber für Rechnung des wahren Eigenthümers veräußere, und die Veräußerung ist nicht gelungen oder der Veräußerungsauftrag ist widerrufen. Oder die Waare ist ihm durch Indossirung des Dispositionspapiers verpfändet worden. Oder sie ist ihm zu Eigenthum übertragen worden, aber nur zur Sicherheit, und die zu sichernde Forderung ist getilgt; oder der Gläubiger hat die Waare gekauft, und durch Dispositionspapiere übergeben erhalten, der Kauf ist aber rückgängig gemacht worden. In Fällen der letzteren Art ist die Waare sein Eigenthum, aber er ist verpflichtet, das Eigenthum der Waare auf den Schuldner zurückzuübertragen, und der Fall des Abs. 1 Satz 2 unseres Paragraphen liegt vor. In allen gedachten Fällen giebt der vorliegende Paragraph dem Gläubiger, der in der Lage ist, über die Waare zu verfügen, das Recht, über sie als Retentionsberechtigter zu verfügen, und die nach außen bestehende Dispositionsbefugniß zur Wahrung seiner Interessen auszunutzen (ein analoges Verhältniß wie beim gesetzlichen Pfandrechte an solchen Waaren des Schuldners, über welche der Gläubiger auf seinen Namen gestellte Dispositionspapiere in seinen Händen hat, vergl. Anm. 70 zu § 368). Anm. 28.

Verschieden von diesen Fällen ist der Fall, wo sich in den Händen des Gläubigers ein Dispositionspapier befindet, welches nicht auf den Gläubiger lautet, sondern welches nach Inhalt des Papiers dem Schuldner die Verfügungsberechtigung über die Waare giebt. Auch an solchem Dispositionspapier, wenn es nur im Uebrigen als Werthpapier im Sinne unseres Paragraphen zu betrachten ist, also insbesondere wenn es an Order lautet, erwirbt der Gläubiger das Retentionsrecht. Aber es ist dies nur ein Retentionsrecht am Papier oder vielmehr an dem Rechte auf Auslieferung des Guts, nicht entsteht dadurch ein unmittelbares Retentionsrecht Anm. 29.

am Gute. Denn letzteres entsteht ja nur dann, wenn der Gläubiger im Besitz der Waare ist, hier also, wenn das Dispositionspapier auf seinen Namen lautet, und das ist ja hier gerade nicht der Fall. Wie in solchem Falle kein gesetzliches Pfandrecht am Gute selbst entsteht (vergl. Anm. 77 zu § 368), so entsteht in solchem Falle auch kein kaufmännisches Retentionsrecht am Gute selbst. Demgemäß stellt sich hier auch die Realisirung des Zurückbehaltungsrechtes wesentlich anders, als in dem Falle, wo das Retentionsrecht das durch Dispositionspapier verbriefte Gut selbst ergreift (vergl. hierüber Anm. 24 zu § 371).

Anm. 30. Eine Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, besteht übrigens auch dann, wenn ein entgegenstehendes Hinderniß nur durch gerichtliches Einschreiten beseitigt werden kann (R.O.H. 14 S. 112).

Anm. 31. 2. (Abs. 2). **Das Verhältniß des Zurückbehaltungsrechts zu den Rechten Dritter.** Das einmal entstandene Retentionsrecht geht dadurch nicht unter, daß der Schuldner nachträglich aufhört Eigenthümer zu sein. Allerdings wenn gleichzeitig der Gläubiger aufhört Besitzer zu sein, so geht durch den gutgläubigen Erwerb des Eigenthums mittels Uebergabe oder bei hinzukommender Uebergabe das Retentionsrecht verloren, so z. B. wenn der Gläubiger die Sache einem Frachtführer übergeben und dieser die Waare einem dritten gutgläubigen Erwerber verkauft und übergeben hat (vergl. hierüber Anm. 40 zu § 366).

Anm. 32. Wenn aber die Voraussetzungen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes nicht vorliegen, wenn also das Eigenthum wechselt und der Retentionsberechtigte im Besitze bleibt, was nach § 931 B.G.B. vorkommen kann, oder wenn, was ebenfalls zulässig ist, das Pfandrecht an den retinirten Gegenständen in dieser Weise einem Fremden eingeräumt wird, so bestimmt der Abs. 2 unseres Paragraphen zum Schutze des Retentionsberechtigten, daß dem Dritten gegenüber das Zurückbehaltungsrecht insoweit zusteht, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können. Das bedeutet (vergl. auch Denkschr. S. 212): Ueberträgt der Schuldner sein Eigenthum einem Dritten durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, so kann der Besitzer der Sache dem neuen Eigenthümer nach § 986 Abs. 2 B.G.B. die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Hier also kann der retentionsberechtigte Gläubiger das Retentionsrecht auch dem neuen Eigenthümer gegenüber, der ohne Beeinträchtigung seines Besitzes das Eigenthum erworben hat, entgegensetzen. Ohne Weiteres dehnt dies die Denkschrift auf den Fall aus, wo ein Dritter nachträglich[1]) den Nießbrauch oder ein Pfandrecht an der Sache durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe erwirbt, was nach §§ 1032, 1205 Abs. 2 B.G.B. zulässig ist. Ausdrücklich ist diese Ausdehnung im § 986 Abs. 2 B.G.B. allerdings nicht enthalten, vielmehr sind dort die Einwendungen gegen den Dritten, der nachträglich ein Recht auf die Sache erwirbt, dem Besitzer nur gegeben im Falle des Eigenthumswechsels. Allein die Ausdehnung auf die Fälle, daß nachträglich ein Nießbrauch oder Pfandrecht an der Sache bestellt wird, ist in der That zutreffend (vergl. Biermann Anm 1 zu § 1227 B.G.B.; Gierke Fahrnißbesitz Nr. 44).[2])

Anm. 33. Aber in derselben Weise ist der Retentionsberechtigte gegenüber späteren gesetzlichen Pfandrechten geschützt. Denn nach § 1257 B.G.B. gilt für das gesetzliche Pfandrecht das entsprechende, wie für vertragsmäßig bestellte Pfandrechte, und es ist kein Grund erfindlich, warum der § 986 Abs. 2 B.G.B. von der entsprechenden Anwendung auf die gesetzlichen Pfandrechte ausgeschlossen sein soll, während er für die vertragsmäßigen Pfandrechte anerkanntermaßen gilt. Ohne Grund und ohne sich mit dem § 1257 B.G.B. abzufinden,

---

[1]) Frühere Lasten, welche an der Sache hafteten, bleiben natürlich bestehen. Guter Glaube beim Erwerb des Retentionsrechtes hilft hier nichts (vergl. oben Anm. 20).

[2]) Auch ein Pfandgläubiger, der an der Pfandsache zugleich für eine Forderung ein Zurückbehaltungsrecht hat, ist durch die Vorschriften des § 1249 Abs. 2 und des § 268 Abs. 3 Satz 2 B.G.B. dagegen geschützt, daß dieses Recht durch Einlösung des Pfandes von Seiten eines Rechtsnachfolgers des Schuldners beeinträchtigt werde (Denkschr. S. 212).

nimmt die Denkschrift (und ihr sich anschließend Cosack S. 158 und Dernburg III S. 768) das Gegentheil an, nämlich, daß der Retentionsberechtigte gegenüber später erworbenen gesetzlichen Pfandrechten das Retentionsrecht nicht geltend machen kann, und sie hält auch diese Rechtslage für sachgemäß. Allein wenn der Gesetzgeber dies für sachgemäß hielte, so hätte er dies anordnen müssen. Hat er irrthümlich die rechtlichen Konsequenzen seiner Anordnung falsch beurtheilt, so können gleichwohl nur die richtigen, nicht die irrthümlichen Konsequenzen aus dem Gesetzeswort gezogen werden. Uebrigens führt auch unsere Anschauung zu sachgemäßen Ergebnissen, wie an dem von der Denkschrift gewählten Beispielen gezeigt werden soll.

Das erste Beispiel geht dahin, daß der Verkäufer die bereits in das Eigenthum des Käufers übergegangene Waare diesem durch einen Spediteur zusenden läßt. In diesem Falle, sagt die Denkschrift, wäre es nicht gerechtfertigt, einem dem Verkäufer wegen anderweitiger Forderungen an den Käufer zustehenden Zurückbehaltungsrechte den Vorrang vor dem gesetzlichen Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers einzuräumen. Indessen diese ungerechtfertigte Konsequenz tritt auch nach unserer Anschauung nicht ein. Denn in dem hier gedachten Beispiele hat ja der Gläubiger die retinirten Sachen dem gesetzlichen Pfandgläubiger selbst übergeben, sein gesetzliches Pfandrecht ist also ebenso zu beurtheilen, wie ein solches vertragsmäßiges Pfandrecht, welches durch Uebergabe entsteht, nicht, wie ein solches, welches durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe entsteht. Nur in einem Falle des Pfandrechts, welches in der letzteren Weise entsteht, verbleiben nach § 986 Abs. 2 B.G.B. dem Besitzer die Einwendungen gegen den nachträglichen Erwerber eines Pfandrechts an der retinirten Sache. Anm. 34.

Das andere von der Denkschrift gewählte Beispiel ist, daß über die Waare ein Lagerschein, ein Konnossement oder ein Ladeschein ausgestellt ist. Es sei ungerechtfertigt, wenn das Zurückbehaltungsrecht wegen jeder gegen einen Zwischenbesitzer des Papiers für den Auslieferungspflichtigen begründeten Forderung auf der Waare haften bliebe und daher, sofern es nicht etwa durch gutgläubigen Erwerb erloschen sei, auch gegenüber dem legitimirten Besitzer des Papiers trotz der im § 364 vorgesehenen Beschränkung der Einreden geltend gemacht werden könnte. Allein wir können nicht einsehen, daß diese Konsequenz mißlich ist. Ist ein Dispositionspapier ausgestellt, so wird regelmäßig das Retentionsrecht gegen den Zwischenbesitzer insoweit erlöschen, als es sich nicht aus der Urkunde selbst ergiebt (§ 364 Abs. 2 B.G.B.). Denn regelmäßig wird ein solches Dispositionspapier auf Order ausgestellt und durch Indossament übertragen. Nur ausnahmsweise wird ein Dispositionspapier nicht auf Order ausgestellt oder zwar auf Order ausgestellt, aber nicht durch Indossament übertragen. Warum es in diesem Ausnahmefall mißlich sein soll, daß der Aussteller der Urkunde seines Retentionsrechtes gegenüber den Zwischenbesitzern nicht verlustig geht, ist nicht erfindlich. Er behält doch in solchem Falle alle seine sonstigen persönlichen Einreden gegen den ersten Eigenthümer der Urkunde. Das ist eben eine Eigenthümlichkeit der Uebertragung eines Herausgabeanspruchs durch civilrechtliche Cession. Wer sich auf eine solche einläßt, muß darauf gefaßt sein, daß ihm Einreden entgegengesetzt werden, die sich aus der Urkunde selbst nicht ergeben. Anm. 35.

Im Konkurse des Schuldners kommt das Retentionsrecht zur Geltung (vergl. darüber unten in Anm. 57), gegenüber anderen Gläubigern, welche die retinirte Waare pfänden, kommt es ebenfalls zur Geltung (vergl. unten Anm. 58). Anm. 36.

Das Verfolgungsrecht des § 44 K.O. geht allerdings dem Retentionsrecht, auch wenn es später entstanden ist, vor (R.G. 8 S. 81), doch beruht dies auf anderen Gründen. Anm. 37.

Wie aber, wenn dem Gläubiger die Sache heimlich oder gewaltsam entwendet wird? Hat er da ein Recht, die Herausgabe der Sache zu verlangen, oder geht das Retentionsrecht dadurch unter? Ist man mit anderen Worten berechtigt, wie beim Nießbrauch und beim Pfandrecht gemäß §§ 1065 und 1227 B.G.B., bei Beeinträchtigungen des Retentionsrechts die Vorschriften über das Eigenthum analog zur Anwendung zu bringen? Man wäre dazu berechtigt, wenn man das Retentionsrecht als Anm. 38.

dingliches Recht betrachtete. Cosack, der die Dinglichkeit leugnet, nimmt konsequent an, daß das Zurückbehaltungsrecht erlischt, wenn der Gläubiger den Besitz unrechtmäßig verliert. Nach früherem Recht war es streitig, ob es ein dingliches Recht oder ein persönliches sei. Wir hatten uns für die Dinglichkeit entschieden, aber nach dem Zeugnisse der Denkschrift neigte die Rechtsprechung und die Wissenschaft überwiegend dahin, den dinglichen Charakter des Zurückbehaltungsrechts zu verneinen (vergl. besonders R.G. 8 S. 83) und die Denkschrift S. 212 meint, der Entwurf stelle sich auf den gleichen Standpunkt. Von diesem Gesichtspunkte ist die Vorschrift des Abs. 2 unseres Paragraphen gegeben, um trotz der angeblich verneinten Dinglichkeit den Retentionsberechtigten gegen spätere Belastungen der Sache mit Rechten Dritter denjenigen Schutz zu gewähren, den die Denkschrift für angemessen erachtete. Allein das Gesetz hat es doch immerhin nicht ausgesprochen, daß das Retentionsrecht ein bloß obligatorisches sei und die Wissenschaft hat daher wiederum freie Bahn. Cosack S. 157 und Dernburg III S. 767 folgen der Denkschrift, Gareis Anm. 7 dagegen hält es nicht für unziemend, trotz der Erwägungen der Denkschrift die Frage aufzuwerfen, ob es nicht dogmatisch richtiger ist, das Recht als ein dingliches aufzufassen. Wir können uns auch Angesichts des neuen Gesetzes und seiner Begründung nicht entschließen, den dinglichen Charakter des Rechts zu verneinen. Niemand kann nach Entstehung des Retentionsrechts (soweit nicht etwa die Vorschriften zum Schutze gutgläubigen Erwerbes entgegenstehen, nach denen aber auch sonstige dingliche Rechte weichen, Anm. 34 ffg. zu § 366) ein Recht an der Sache, Eigenthum, Pfandrecht, auch, wie wir oben gesehen haben, gesetzliches Pfandrecht zum Nachtheile des Retentionsberechtigten erwerben, im Konkurse kommt es zur Geltung, wie ein Faustpfandrecht, ebenso gegenüber einer von einem anderen Gläubiger vorgenommenen Zwangsvollstreckung, und wenn das Verfolgungsrecht des § 44 K.O. dem Retentionsberechtigten vorgeht, so liegt dies daran, daß nach Geltendmachung desselben es so angesehen wird, als habe der verfolgende Eigenthümer das Eigenthum nicht verloren (R.G. 8 S. 83). Was fehlt da noch für den Begriff der Dinglichkeit? Soll es wirklich Rechtens sein, daß das Retentionsrecht in allen sonstigen Beziehungen Dritten gegenüber dieselben Wirkungen hat, wie ein dingliches Recht, und nur bei einer heimlichen oder gewaltsamen Wegnahme nicht? Das Ergebniß wäre eigenthümlich, und da der Gesetzgeber es nicht ausgesprochen hat, so brauchen wir es nicht zu acceptiren. Nur mit einem Worte sei erwähnt, daß der in Abs. 2 unseres Paragraphen dem Retentionsrecht gewährte Schutz gegen späteren Eigenthums- oder vertragsmäßigen Pfanderwerb auch dann Platz greift, wenn man das Retentionsrecht mit uns als dingliches Recht auffaßt (vergl. §§ 836 und 1208 B.G.B.).

Anm. 39. 3. (Abs. 3). **Das Zurückbehaltungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung der Anweisung oder der Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreiten würde.** Man kann dies als das negative Erforderniß des kaufmännischen Retentionsrechts bezeichnen.

a) **Die Anweisung** geht von dem Schuldner aus, muß aber, um das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen, vor oder bei der Uebergabe ertheilt sein. Einseitige Anweisungen nach der Uebergabe sind einflußlos.

Die Verpflichtung aber kann auch nach der Uebergabe übernommen sein. Einseitig von ihr abzugehen, ist dem Gläubiger verwehrt.

Anm. 40. b) Welchen Inhalt muß die Anweisung bezw. die Verpflichtung haben, um das Zurückbehaltungsrecht auszuschließen? Um sich diesen Inhalt klar zu machen, muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß schon im Abs. 1 ein obligatorisches Verhältniß vorausgesetzt wird, kraft dessen der Gläubiger eine Sache zwar mit dem Willen des Eigenthümers besitzt, doch so, daß der Gläubiger nach erledigtem Besitzrecht zur Herausgabe an den Eigenthümer oder auf seine Anweisung an einen Dritten verpflichtet ist. Man mag die Sache auf Grund einer Verpfändung, eines Miethsvertrages, eines Kommodats, einer nicht perfekt gewordenen Verkaufsverhandlung, eines rückgängig gewordenen Kaufs erhalten haben, immer besteht ein obligatorisches Verhältniß der gedachten Art. Im

Grunde genommen liegt daher in jeder Besitzerlangung nach Abs. 1 die Anweisung und die Verpflichtung, die Sache nach erledigtem eigenen Besitzrecht an den Eigenthümer oder auf seine Anweisung an einen andern herauszugeben. Bedeutet doch „zurückbehalten" begrifflich nichts Anderes als: zurückbehalten dessen, was man eigentlich zurückgeben müßte. Daraus folgt, daß Abs. 3 die in dem jedesmaligen Obligationsverhältniß implicite liegende Anweisung und Verpflichtung zur Herausgabe nicht im Auge haben kann, sondern etwas anderes zum Gegenstande haben muß. Sonst würde ja das Retentionsrecht des Abs. 1 durch Abs. 3 paralysirt sein und niemals Platz greifen. Soll Abs. 3 Sinn und Inhalt haben,[1]) so kann er nur dahin verstanden werden, daß das Retentionsrecht dann nicht Platz greift, wenn nicht bloß die aus der Natur des die Besitzerlangung begleitenden obligatorischen Verhältnisses selbst sich ergebende Rückgabepflicht besteht, sondern wenn außerdem ad hoc noch besonders vorgeschrieben oder vereinbart ist, in einer bestimmten Weise d. h. in einer von dem Schuldner oder von beiden Parteien bestimmten Weise mit der Sache zu verfahren.

Diese unsere Auslegung stimmt mit dem Wortlaut und der ratio des Gesetzes Anm. 41.
überein. Die „vor oder bei der Uebergabe ertheilte Anweisung", die „von dem Gläubiger übernommene Verpflichtung", die „bestimmte" Weise, mit dem Gegenstande zu verfahren, sind Ausdrücke, welche auf eine besondere Vorschrift, Verpflichtung, Anweisung, Bestimmung hinsichtlich des Verfahrens mit der Sache hindeuten. Was aber den Grundgedanken des Gesetzes betrifft, so erscheint derselbe gleichfalls getroffen. Denn in einer solchen konkreten Vorschrift oder Verpflichtung liegt eine besondere Disposition über den Besitz der Sache gerade für den Fall des erledigten Gläubigerbesitzes vor. Hat der Schuldner über den Besitz der Sache für diesen Eventualfall bereits vor oder bei Uebergabe der Sache besonders disponirt, oder hat der Gläubiger für diesen Fall eine bestimmte Verpflichtung besonders übernommen, so kann der Schuldner darauf rechnen, daß auch wirklich so und nicht anders mit der Sache verfahren, die Sache also von dem Gläubiger nicht zur Deckung benutzt oder bis zur Befriedigung ihm vorenthalten werde. Auf die Respektirung einer solchen besonderen Vorschrift oder Verpflichtung kann der Schuldner rechnen, kann daher über den Gegenstand anderweit disponiren, und der Gläubiger ist dann nicht berechtigt, seine Dispositionen zu durchkreuzen durch die Geltendmachung eines Retentionsrechts, das ihm nur ohne diese besondere Anweisung oder Verpflichtung an der Sache zugestanden hätte.

Aus dieser Formulirung ergiebt sich die Lösung der Einzelfragen.

c) **Praktische Einzelfragen.** Anm. 42.

α) Kauf auf Probe. Aus dem Abschluß desselben folgt allerdings die gesetzliche Verpflichtung zur Herausgabe, wenn die Waare nicht konvenirt. Aber diese Verpflichtung allein reicht zum Ausschluß des Retentionsrechts nicht aus (anders Laband S. 494; Makower 11. Aufl. Note 55 b). Es muß vielmehr die bestimmte konkrete Anweisung oder Verpflichtung hinzutreten, die Waare zurückzusenden (übereinstimmend Hahn II zu Art. 313 S. 254).

β) Sachen, die dem Gläubiger zugesendet werden als Erfüllungs- Anm. 43.
angebot, dürfen von ihm zurückbehalten werden, wenn der Vertrag nicht zustande kommt (R.G. 26 S. 60), — es sei denn, daß eine ac hoc gegebene besondere Vorschrift, im Falle der Refüsirung die Waare zurück- oder einem Andern herauszugeben, hinzutritt. Das gilt auch von Wechseln, die als Zahlung angeboten werden.

---

[1]) Cosack (S. 157) will dem Abs. 3 dadurch Inhalt geben, daß er das Retentionsrecht des Abs. 1 nur auf den Fall bezieht, wo der Schuldner gerade im Hinblick auf den ihm gewährten oder noch zu gewährenden Kredit absichtlich Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangen läßt, wenn er also dem Gläubiger nicht geradezu ein Pfand bestellen, aber doch eine Sicherheit gewähren will. Im Gesetze ist es nicht begründet, das Retentionsrecht in dieser Weise so eng zu umgrenzen, auch wäre es dann von der Pfandbestellung kaum zu unterscheiden. Gegen ihn Dernburg III S. 766 Note 7.

Doch gilt es von eigenen Accepten des die Zahlung offerirenden Kunden nicht. Das folgt daraus, daß diese nicht Vermögenswerthe in der Hand des Schuldners sind (siehe oben Anm. 18). — Vergl. O.G. Wien bei Czellchowsky, Wechselrechtliche Entscheidungen Nr. 89. — Sachen, die unbestellt zugesandt werden, um zum Kaufe zu animiren, fallen in dieselbe Kategorie (oben Anm. 26).

Anm. 44. γ) Soweit zur Dispositiou gestellte Waare überhaupt zur Retention benutzt werden kann (vergl. oben Anm. 23), wird dieses Recht erst durch eine besondere, bei der Uebersendung erlassene Vorschrift, mit der Waare im Falle der Dispositionsstellung in einer bestimmten Weise zu verfahren, aufgehoben, oder durch eine diesbezüglich übernommene besondere Verpflichtung.

Anm. 45. δ) Waaren, die zur Aufbewahrung übergeben sind, können zur Retention benutzt werden, die aus dem Verwahrungsvertrage folgende gesetzliche Rückgabepflicht steht nicht entgegen. Wohl aber würde entgegenstehen die besondere Anweisung oder Verpflichtung, die verwahrte Sache nach Erledigung des Verwahrungsvertrages an einen Dritten herauszugeben oder auch an den Deponenten selbst.

Anm. 46. ε) An Waaren, die der Spediteur oder Frachtführer in Gewahrsam erhält, damit er sie an einen bestimmten Dritten weiter versende, kann dem Kommittenten gegenüber wegen Forderungen an denselben ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden (Laband S. 494: Gareis-Fuchsberger Note 286; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 270), wohl aber an Waaren, die ihm zugesendet werden, damit er sie auf Lager nehme. Weitere Retentionsfragen im Rechtsverhältniß des Spediteurs siehe §§ 410—411. Nimmt der Dritte die Waare nicht an, oder widerruft der Mandatar den Auftrag, so kann sie nunmehr zur Retention benutzt werden, außer wenn auch schon für diesen Eventualfall eine besondere Anweisung oder Verpflichtung vorlag.

Anm. 47. ζ) Waaren, die zur Reparatur übergeben sind, können an sich zurückbehalten werden, es sei denn, daß eine besondere Anweisung erlassen wäre (R.O.H. 12 S. 27) Das Gleiche gilt von Sachen, die Jemandem sonst zur Bearbeitung übergeben sind, z. B. zum Färben, Appretiren (O.L.G. Dresden in G.Z. 43 S. 358).

Anm. 48. η) Waaren, die Jemandem übergeben werden zum Zweck des Verkaufs, also insbesondere an den Kommissionär, oder an den Agenten, dürfen zunächst nicht retinirt werden. Hier hat der Schuldner über die Sache schon für den Fall des erledigten Gewahrsams anderweit disponirt. Anders, wenn das Verhältniß gelöst, der Verkaufsauftrag zurückgenommen ist. So kann der Kommissionär, der Agent nach beendigtem Verhältniß wegen seiner Gegenansprüche das Kommissionslager retiniren (Bolze 11 Nr. 319). — Wechsel, die Jemand mit dem Auftrage der Diskontirung erhält, darf er zunächst nicht retiniren (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 584), es sei denn, daß der Diskontirungsauftrag sich erledigt.

Anm. 49. ϑ) Die Vorschrift, die Sache zur jederzeitigen Verfügung eines Dritten bereit zu halten, kann als besondere Anweisung für genügend erachtet werden (R.O.H. 19 S. 101; R.G. 12 S. 91), ja sogar auch die besondere Anweisung, die Sache zur jederzeitigen Verfügung des Schuldners bereit zu halten, kann genügen, wenn sich im Einzelfalle dadurch der deutliche Wille kundgiebt, daß der Schuldner sich damit vorbehalten wollte, über die Waare jederzeit anderweit disponiren zu können und sie daher dem Retentionsrecht unzugänglich zu machen (R.O.H. 8 S. 49; vergl. R.G. vom 8. Dezember 1893 in J.W. 1894 S. 20 u 21).

Anm. 50. ι) Waaren, die verpfändet sind, können nach Bezahlung der Pfandschuld wegen anderweiter Ansprüche retinirt werden (oben Anm. 26).

Anm. 51. 4) (Abs. 4.) **Recht des Schuldners, die Zurückbehaltung abzuwenden.** Der Schuldner kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden.

Irgendwelcher Grund zur Sicherheitsleistung in anderer Art braucht nicht vorzuliegen. Es ist nicht etwa erforderlich, daß das Pfand sich verschlechtert

oder entwerthet. Wird die anderweite Sicherheit geleistet, so erlischt damit das Retentionsrecht, nicht bloß die Verkaufsbefugniß (R.O.H. 2 S. 383; vergl. Bolze 10 Nr. 128b). Verweigert der Gläubiger trotz der anderweiten Sicherheitsleistung die Herausgabe der Sache, so wird er schadensersatzpflichtig (vergl. Anm. 11 zu § 347). Durch Klage und einstweilige Verfügung ist er zur Herausgabe zu zwingen.

Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach §§ 232—240 B.G.B. Anm. 52.
Bürgen können aber, wie unser Abs. 4 bestimmt, dem Gläubiger als Sicherheitsleistung nicht aufgedrängt werden.

Was die Angemessenheit der Sicherheitsleistung betrifft, so kommt Anm. 53.
es darauf an, ob der Werth des zurückbehaltenen Gegenstandes oder der der Forderung geringer ist. Hat der zurückbehaltene Gegenstand einen höheren Werth als die Forderung, so braucht die anderweite Sicherheit nur den Betrag der Forderung zu erreichen. Denn das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist nicht gedacht als ein Mittel, um einen Druck auf den Schuldner auszuüben, sondern lediglich als ein Mittel, um eine Sicherung und Befriedigung zu erlangen. Mehr kann der Inhaber eines solchen Rechts nicht verlangen, als eine anderweite angemessene Sicherheit für seine ganze Forderung. Ist der Werth der retinirten Sache geringer, als die Forderung, so braucht die anderweite Sicherheit nur den Werth der retinirten Sache zu haben. Denn das ist ein ausreichendes Aequivalent der von ihm aufgegebenen Sicherheit.

Unter Umständen kann auch ohne Sicherheitsleistung die Herausgabe verlangt werden. Vergl. unten Anm. 55.

Durch die Bestellung der anderweiten Sicherheit erwirbt der Gläubiger Anm. 54.
an Stelle des Rentionsrechts ein Pfandrecht (§ 233 B.G.B.).

Zusatz 1. Umfang des Retentionsrechts in Ansehung der im Besitz des Gläubigers befindlichen Sachen. Anm. 55. Das vertragsmäßige Pfandrecht und demgemäß auch die handelsgesetzlichen Pfandrechte erstrecken sich auf alle Sachen, welche in das Pfandrecht fallen. Auch wenn der Betrag der Forderung weit geringer ist, als der Werth der als Pfand haftenden Sachen, so kann der Gläubiger alle als Pfand haftenden Sachen solange in seinem Pfandbesitze behalten, bis er befriedigt ist. Nur zum Verkauf darf er nicht mehr stellen, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§§ 1222, 1257 B.G.B.). Bei dem Zurückbehaltungsrecht ist eine derartige Vorschrift nicht gegeben und aus der Natur des hier in Rede stehenden Rechts ergiebt sie sich nicht. Das kaufmännische Retentionsrecht soll nicht weiter gehen, als zur Sicherung erforderlich ist. Ein Druck soll nicht ausgeübt werden. Infolge dessen können nicht wegen einer Forderung von 1000 Mark Werthpapiere im Effektivwerthe von 10000 Mark retinirt werden. Uebersteigt der Werth der retinirten Gegenstände den Werth der Forderung, so kann der Ueberschuß ohne Sicherheitsleistung herausverlangt werden (vergl. noch früherem Recht R.O.H. 2 S. 383; 18 S. 276).

Zusatz 2. Umfang des Retentionsrechts hinsichtlich der zu sichernden Forderung. Nach Anm. 56.
§ 1210 B.G.B. haftet die verpfändete Sache auch für Zinsen und Vertragsstrafen, auch für die Ansprüche des Gläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Realisirung, wozu auch eine Provision für die Bewirkung des Verkaufs gehört (vergl. Anm. 27 zu § 368). Nach § 1257 B.G.B. gilt alles dies auch für die gesetzlichen Pfandrechte, und aus der Natur des Retentionsrechts als eines Sicherungs- und Befriedigungsmittels ergiebt sich die Zulässigkeit der Analogie der gedachten gesetzlichen Vorschrift. Es gilt also hier das Gleiche.

Auch Lagergeld für die Zeit der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts kann der Gläubiger beanspruchen (Anm. 5 zu § 354).

Zusatz 3. Verhältniß des kaufmännischen Retentionsrechts zu anderen Gläubigern und im Konkurse. Anm. 57. Wie sich das Retentionsrecht zu dritten Erwerbern der Sache stellt, ist oben Anm. 31 erörtert. Im Konkurse des Schuldners steht das kaufmännische Retentionsrecht den Faustpfandgläubigern gleich und gewährt daher ein Absonderungsrecht (§ 49 Nr. 4 K.O.), jedoch modifizirt durch das dem Massenverwalter zustehende Verwerthungsrecht (§ 127 K.O.). Das Retentionsrecht muß natürlich vor dem Konkurse entstanden sein (§ 15 K.O.).

Anm. 58. Wird der retinirte Gegenstand von dritter Seite gepfändet, so steht dem Retinenten ein Exekutionsinterventionsrecht zu (§§ 804, 805, 771 C.P.O; R.G. 9 S. 424, 426). Ob der Exekutionsgläubiger oder sein Vertreter bei der Pfändung gutgläubig angenommen hat, das Retentionsrecht bestehe nicht, ist gleichgiltig. Der Schutz gutgläubigen Pfanderwerbes kommt dem Pfändungspfandrecht nicht zu statten.

Anm. 59. Indessen steht den anderen Gläubigern des Schuldners das Recht der paulianischen Anfechtung zu, d. h. es kann der Rechtsakt, durch welchen der retinirte Gegenstand in den Besitz des Gläubigers gelangt ist, angefochten werden, womit das Retentionsrecht fällt (R.O.H. 17 S. 293). Hierzu hat das Reichsgericht erkannt, daß die Anfechtung dann nicht durchgreift, wenn der Gläubiger vor der kritischen Zeit eine Sache des Schuldners bereits hatte und nunmehr eine Forderung gegen denselben erwirbt; denn er hat dann nicht die Sicherung zur kritischen Zeit erhalten (R.G. 9 S. 50).

Anm. 60. **Zusatz 4. Verhältniß des Retentionsrechts zu dem Rechte des Gläubigers, die gesicherte Forderung durch Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen geltend zu machen.** Der Gläubiger hat nicht das Recht, solange ihm das Retentionsrecht zusteht, in das sonstige Vermögen des Schuldners zu vollstrecken. Der Gerichtsvollzieher bezw. das um Erlaß einer Vollstreckungsmaßregel angegangene Gericht darf zwar nicht von Amtswegen eine solche Vollstreckung ablehnen. Aber der Schuldner hat das beneficium excussionis reale, wenn der Gläubiger in das übrige Vermögen des Schuldners vollstreckt, obgleich ihm ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache zusteht (§ 777 C.P.O.). Das Verweisungsrecht wird geltend gemacht nach § 766 C.P.O. (Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung). Das Verweisungsrecht besteht schon dann, wenn dem Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht zusteht, nicht erst dann, wenn er es geltend macht; der Gläubiger mag auf sein Retentionsrecht verzichten, wenn er es nicht geltend machen will. Das Verweisungsrecht ist nur insoweit zulässig, als der Gläubiger durch den retinirten Gegenstand gedeckt ist. Haftet die Sache auch für eine andere Forderung, so ist der Widerspruch nur zulässig, wenn auch die andere Forderung durch den Werth der retinirten Sachen gedeckt ist. Endlich besteht das Verweisungsrecht nach § 777 C.P.O, nur beim Retentionsrecht an beweglichen Sachen, anscheinend also nicht auch an Werthpapieren. Indessen wird man die Vorschrift dochwohl dahin verstehen müssen, daß auch beim Retentionsrecht an Werthpapieren das Verweisungsrecht stattfindet, einmal deshalb, weil sich die Vorschrift in der C.P.O. befindet, welche die Zwangsvollstreckung in bewegliches Vermögen und in unbewegliches Vermögen unterscheidet, und zum beweglichen Vermögen auch die Zwangsvollstreckung in Werthpapiere natürlich rechnet (vergl. auch § 808 Abs. 2 C.P.O. wo die Werthpapiere sogar den körperlichen Sachen zugezählt werden), sodann aber deshalb, weil auch das B.G.B. hin und wieder zu den beweglichen Sachen auch Werthpapiere, wenigstens gewisse Arten derselben, nämlich die Inhaberpapiere rechnet (wie z. B. der § 935 Abs. 2 B.G.B. giebt). Es würden also nur die retinirten Orderpapiere von dem Verweisungsrecht ausgenommen sein, wofür kein innerer Grund spricht.

Anm. 61. **Zusatz 5. Endigung des Retentionsrechts.** Das Retentionsrecht besteht in einem Recht, die Sachen zurückzubehalten, so lange man sie noch im Besitze hat. Giebt der Gläubiger daher den Besitz auf, so verliert er damit die Möglichkeit und das Recht zu retiniren. Unfreiwilliger Besitzverlust aber hebt das Retentionsrecht nach unserer Ansicht nicht auf. Der Gläubiger ist berechtigt, von demjenigen, der ihm die Sache gewaltsam weg genommen hat, sei es der Schuldner selbst oder ein Dritter, die Sachen wieder zurückzuverlangen (vergl. oben Anm. 38).

Anm. 62. Das Retentionsrecht geht natürlich, wie alle anderen Rechte an der Sache dadurch unter, daß ein Dritter gutgläubig die Sache gemäß §§ 932 ff. B.G.B. bezw. § 366 H.G.B. erwirbt (vergl. Anm. 40 zu § 366), auch dadurch, daß ein über die Sache lautendes Dispositionspapier auf Order gutgläubig erworben wird (vergl. Anm. 13 zu § 366 und oben Anm. 35).

Anm. 63. Das Retentionsrecht geht endlich unter durch Befriedigung des Gläubigers. Man wird dem Schuldner das Recht geben müssen, Zug um Zug gegen Befriedigung des Gläubigers die Herausgabe der retinirten Sachen zu verlangen, analog wie dem Pfandschuldner gemäß § 1223 B.G.B.

Anm. 64. **Zusatz 6. Uebergangsfrage.** Folgt man unserer Auffassung, daß das Retentionsrecht nach früherem und nach jetzigem Rechte ein dingliches Recht ist, so greifen die in Anm. 81 zu § 368

erörterten Uebergangsgrundsätze Platz. Nimmt man aber an, daß es ein obligatorisches Recht war und ist, so greifen die für Schuldverhältnisse gegebenen Uebergangsregeln Platz und diese führen zu dem gleichen Ergebnisse. Denn danach richtet sich das vor dem 1 Januar 1900 entstandene Zurückbehaltungsrecht nach altem Rechte (Art. 170 E.G. zum B.G.B.). Insbesondere kommt der § 369 Abs. 1 Satz 2 außer Betracht, wenn die Eigenthumsübertragung an den Gläubiger bereits vor dem 1 Januar 1900 entstanden war. Denn auf Grund solchen Thatbestandes war früher kein kaufmännisches Retentionsrecht entstanden (Lehmann in G.Z. 48 S. 77).

§ 370.

Das Zurückbehaltungsrecht kann auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden:

1. wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet ist oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat;
2. wenn eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist.

Der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts steht die Anweisung des Schuldners oder die Uebernahme der Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, nicht entgegen, sofern die im Absatz 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Thatsachen erst nach der Uebergabe des Gegenstandes oder nach der Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden.

Einleitung.

Ein bevorzugter Fall des Zurückbehaltungsrechts, sogenanntes Nothzurückbehaltungsrecht. Während das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht regelmäßig an das Erforderniß der Fälligkeit geknüpft ist, während es ferner regelmäßig ausgeschlossen ist beim Vorhandensein einer Verpflichtung, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, wird in zwei oder vielmehr drei Fällen von jenem Erfordernisse und diesem Hindernisse abgesehen und das Zurückbehaltungsrecht gewährt, obgleich jenes Erforderniß fehlt und obwohl dieses Hinderniß besteht. Jenes Erforderniß ist in diesen drei Fällen kein Erforderniß, dieses Hinderniß kein Hinderniß.

Anm. 1.

1. **Die drei Fälle des Nothzurückbehaltungsrechts** sind:
   a) Ueber das Vermögen des Schuldners ist Konkurs eröffnet.
   b) Der Schuldner hat seine Zahlungen eingestellt, Ein aus dem Konkursrecht bekannter Begriff; vergl. besonders R.G. 6 S. 95; Jäger K.O. Anm. 1 flg. zu § 30. Daß die Zahlungseinstellung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, genügt nicht (R.G. 3 S. 114). Arrest genügt ebenfalls nicht, wenn nicht außerdem Zahlungseinstellung vorliegt.
   c) Eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners ist ohne Erfolg gewesen. Ueber diesen Begriff siehe Anm. 2 zu § 135.

Anm. 2.

2. **In jedem dieser drei Fälle wird von dem Erfordernisse der Fälligkeit der Forderung abgesehen.** Doch muß die Forderung selbstverständlich schon entstanden, auch muß sie unbedingt sein.

Anm. 3.

3. **In jedem der zu 1 gedachten Fälle steht die Anweisung oder die Verpflichtung, in bestimmter Weise zu verfahren, der Ausübung des Retentionsrechts nicht entgegen.** Das widerspricht der Regel des § 369 Abs. 3. Regelmäßig ist beim Vorhandensein einer solchen Anweisung oder Verpflichtung die Geltendmachung des Retentionsrechtes ausgeschlossen, in den zu 1 gedachten drei Fällen nicht. Indessen trifft dies doch nur dann zu, wenn jene Fälle erst nach der Uebergabe der Sache oder nach der Uebernahme der Verpflichtung dem Gläubiger bekannt werden. War der Bankerutt des Schuldners dem Gläubiger schon bekannt, als die retinirte Sache in seinen Besitz gelangte und ist ihm hierbei eine bestimmte Anweisung ertheilt worden, mit den Sachen zu verfahren, so ist er daran ge-

bunden. Hat er nach Bekanntwerden des Bankerutts eine solche Verpflichtung übernommen, so ist er erst recht daran gebunden.

Anm. 4. Wenn der Bankerutt erst entstanden ist nach der Uebergabe oder nach der Verpflichtungsübernahme, so steht dies dem Retentionsrecht ebensowenig entgegen, wie wenn der Bankerutt früher entstanden und erst später bekannt wurde (R.G. 12 S. 91). Denn auch in diesem Falle ist er ja erst später bekannt geworden. Früher konnte er ja nicht bekannt werden, weil er früher noch gar nicht entstanden war.

§ 371.

Der Gläubiger ist kraft des Zurückbehaltungsrechts befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande für seine Forderung zu befriedigen. Steht einem Dritten ein Recht an dem Gegenstande zu, gegen welches das Zurückbehaltungsrecht nach § 369 Abs. 2 geltend gemacht werden kann, so hat der Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Gegenstande den Vorrang.

Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. An die Stelle der im § 1234 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Frist von einem Monate tritt eine solche von einer Woche.

Sofern die Befriedigung nicht im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, ist sie erst zulässig, nachdem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für sein Recht auf Befriedigung gegen den Eigenthümer oder, wenn der Gegenstand ihm selbst gehört, gegen den Schuldner erlangt hat; in dem letzteren Falle finden die den Eigenthümer betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Befriedigung auf den Schuldner entsprechende Anwendung. In Ermangelung des vollstreckbaren Titels ist der Verkauf des Gegenstandes nicht rechtmäßig.

Die Klage auf Gestattung der Befriedigung kann bei dem Gericht, in dessen Bezirke der Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat, erhoben werden.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Art, wie der Retinent sich aus der zurückbehaltenen Sache befriedigt.** Im Absatz 1 ist das Befriedigunsrecht gegeben und der Vorrang vor fremden Rechten, in Abs. 2, 3 und 4 ist die Art der Befriedigung vorgeschrieben.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Der Retinent hat das Recht der Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache.** Dieses Recht der Befriedigung ist der eigentliche materielle Inhalt und das Endziel des kaufmännischen Retentionsrechts. Hierin gleicht es dem Pfandrechte. Deshalb erfolgt auch die Art der Befriedigung in Gemäßheit der pfandrechtlichen Vorschriften, wie weiter unten ausgeführt werden wird. — Die Realisirung der zurückbehaltenen Sache ist nur ein Recht des Gläubigers. Er ist nicht gezwungen, die Realisirung zu bewirken. Der Schuldner kann sie nicht verlangen und nicht auf Verkauf klagen (vergl. R.O.H. 10 S. 237; R.G. 2 S. 35). Er kann nur die Retention durch Befriedigung oder durch anderweite Sicherheitsleistung abwenden (vergl. Anm. 51 ffg. zu § 369).

Anm. 2. II. (Abs. 1.) **Der Vorrang vor den Rechten Dritter** besteht hinsichtlich des Befriedigungsrechts so weit, als das Retentionsrecht überhaupt den Rechten Dritter gegenüber gilt. Dies hier besonders zu sagen, war überflüssig. Welche Rechte Dritter gemeint sind, haben wir in Anm. 31 ffg. zu § 369 ausführlich dargelegt.

III. (Abs. 2, 3 u. 4.) **Die Art, wie die Realisirung des Retentionsrechts erfolgt,** ist in den Ab- Anm. 3.
sätzen 2, 3 und 4 vorgeschrieben. Sie erfolgt nach den Regeln der Pfandrealisirung, jedoch stets unter der Bedingung, daß für das Recht auf Befriedigung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist, zu dessen Erlangung ein besonderer Gerichtsstand dem Gläubiger an die Hand gegeben ist. Selbstverständlich kann auch die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen. Diese letztere Möglichkeit wollen wir in Folgendem zuerst behandeln.

A. **Zunächst ist es zulässig, daß die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt,** d. h. Anm. 4.
dadurch, daß der Gläubiger seine durch die Retention gesicherte persönliche Forderung ausklagt und auf Grund des so erlangten Schuldtitels in den retinirten Gegenstand Zwangsvollstreckung bewirkt. Die Zulässigkeit dieser Art der Zwangsvollstreckung ist selbstverständlich, aber im Abs. 3 noch besonders erwähnt. Diese Art der Befriedigung folgt den Regeln der Zwangsvollstreckung nach der C.P.O.

B. **Außerdem ist der Retinent berechtigt, sich nach Art der Pfandrealisirung aus der retinirten** Anm. 5.
Sache zu befriedigen, jedoch nur nach Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels.

1. **Erste Voraussetzung ist, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel für sein Recht auf Befriedigung erlangt.** Dadurch unterscheidet sich diese Realisirung von der Pfandrealisirung, die ja ohne vollstreckbaren Schuldtitel erfolgen kann (vergl. Anm. 36 zu 368).

a) Der Inhalt der Klage ist das Verlangen, die Befriedigung zu gestatten wie Abs. 4 unseres Paragraphen ergiebt. Das Petitum und der Tenor werden daher lauten: Beklagter schuldig, zu gestatten, daß der Kläger sich aus den von demselben zurückbehaltenen 10000 Mk. Nominal Aktien der Neuen Berliner Omnibus- und Packetfahrt-Aktiengesellschaft wegen seiner Forderung von 5000 Mk. nebst 6% Zinsen seit dem 18. Dezember 1900 und der Kosten dieses Prozesses (siehe unten Anm. 8) befriedige.

b) Gerichtet ist die Klage gegen den Eigenthümer oder Schuldner, gegen Anm. 6.
den letzteren dann, wenn die Sache dem Gläubiger selbst gehört, wenn also der Fall des § 369 Abs. 1 Satz 2 vorliegt, gegen den Eigenthümer in den übrigen Fällen. Für den Fall, daß der Eigenthümer nach Entstehung des Retentionsrechtes wechselt, bestimmt § 372 Näheres.

c) Der Gerichtsstand der Klage. Die Klage kann natürlich angestellt werden bei Anm. 7.
jedem sonstigen zuständigen Gerichte, insbesondere auch im allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten. Aber elektiv ist dem Gläubiger gestattet, an demjenigen Gerichte die Klage anzustellen, in dessen Bezirke er selbst seinen allgemeinen Gerichtsstand oder den Gerichtsstand der Niederlassung hat. Er darf also, wenn er in Breslau wohnt und in Berlin seine Handelsniederlassung hat, aus deren Betrieb das Retentionsrecht herrührt, gegen den in Memel wohnenden Schuldner wahlweise in Memel, in Breslau oder in Berlin die Klage anstellen. Dagegen wird man ihm sinngemäß das Recht nicht geben können, die Klage an einem solchen Orte anzustellen, wo er zwar eine Handelsniederlassung hat, aber nicht diejenige, aus deren Betrieb das Retentionsrecht herrührt, wenn nicht etwa einer der anderen Gerichtsstände dort begründet ist.

d) Die Kosten des Prozesses. In dieser Hinsicht ist zu erwägen, daß die Reali- Anm. 8.
sirung des Gegenstandes der eigentliche materielle Inhalt des Retentionsrechtes ist, die Gestattung derselben der eigentliche materielle Inhalt der Rechtspflicht des Schuldners. Der Schuldner erfüllt, indem er die Realisirung über sich ergehen läßt. Die Kosten des Prozesses können ihn also dann nicht persönlich treffen, wenn er das Retentionsrecht nicht bestritten oder sonst nicht Anlaß zur Klage gegeben hat. Stellt sich im Prozesse heraus, das er Anlaß zur Klage gegeben hat, oder bestreitet er das Retentionsrecht, so sind die Kosten des Prozesses dem Beklagten aufzuerlegen, also dahin zu tenoriren, daß der Beklagte schuldig, die Befriedigung aus der retinirten Sache wegen der Hauptsumme und der Prozeßkosten zu gestatten, und überdies schuldig, die Kosten des Prozesses zu tragen. Stellt sich aber im Prozesse nicht heraus, daß der

Beklagte das Retentionsrecht bestritten oder sonst zur Klage Anlaß gegeben hat, so muß die Auferlegung der persönlichen Kostentragung unterbleiben. Im Versäumnißverfahren kann die letztere nur erfolgen, wenn die Klage nach dieser Richtung eine Begründung enthielt. Es mag sein, daß dies aus der C.P.O. nicht hervorgeht, aber neben der C.P.O. gelten die Vorschriften der sonstigen Reichsgesetze, auch dann, wenn sie civilprozessualische Vorschriften enthalten, sei es ausdrücklich oder implicite, durch Ziehung der in ihnen liegenden Konsequenzen (§ 13 des Einf.Ges. z. C.P.O.).

Anm. 9. e) Liegt kein vollstreckbarer Schuldtitel vor, so ist die Realisirung des retinirten Gegenstandes nicht rechtmäßig. Der Abs. 3 unseres Paragraphen spricht dies zwar nur für den Verkauf aus, aber von jeder anderen Realisirung (vergl. unten Anm. 13 ffg.) gilt das Gleiche. Durch nachträgliche Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels wird die Realisirung nicht nachträglich rechtmäßig, denn nach Abs. 3 unseres Paragraphen ist die Befriedigung eben erst dann zulässig, nachdem der vollstreckbare Schuldtitel erlangt ist.

Anm. 10. Was nun die Folgen der Unrechtmäßigkeit anlangt, so sind dieselben die gleichen, wie sonst, wenn Jemand die ihm obliegenden Rechte verletzt oder überschreitet vergl. Anm. 11 zu § 347): Der Gläubiger haftet auf Ersatz des dem Schuldner zugefügten Schadens. Die retinirte Sache hätte nicht verkauft, der retinirte Wechsel nicht eingezogen werden sollen. Der Schuldner darf auf Ersatz des ihm hierdurch erwachsenen Schadens klagen. In den geeigneten Fällen kann aber der Gläubiger dieser Schadensersatzforderung gegenüber seine Forderung compensando geltend machen (vergl. R.O.H. 25 S. 224; R.G. 1 S. 285; Bolze 7 Nr. 113; R.G. 43 S. 39. Auch brauchen dabei nicht die speziellen Voraussetzungen der Kompensation vorzuliegen, insbesondere brauchen nicht beide Forderungen fällig zu sein. Er hat also z. B. das Kompensationsrecht, als Surrogat des Retentionsrechts, auch dann, wenn der Gläubiger auf Grund des Nothzurückbehaltungsrechts des § 370 den Gegenstand realisirt hat, ehe seine Forderung fällig war. Andererseits kann der Schuldner auf diesem Wege nur seinen Schadensersatz geltend machen, nicht etwa schlankweg die Auszahlung des Erlöses an sich verlangen. Ist die Realisirung zwar ohne vollstreckbaren Schuldtitel, aber doch sachgemäß erfolgt, so ist ja dem Schuldner kein Schaden erwachsen und er hat daher keinen Schadensersatzanspruch. Von diesem Gesichtspunkte gehen auch die obencitirten Entscheidungen aus.

Anm. 11. Die Folgen des unrechtmäßigen Verkaufs gegenüber dem Erwerber richten sich nach § 1243 B.G.B., auf welchen hier offensichtlich angespielt ist (vergl. auch Denkschr. S. 215). Aber auch den § 1244 B.G.B. hat dieser Gesetzesausspruch im Auge, wie gleichfalls aus der Denkschrift hervorgeht. Das bedeutet, daß, wenn der Verkauf des retinirten Gegenstandes ohne vollstreckbaren Schuldtitel erfolgt, der gute Glaube an das Vorhandensein des Schuldtitels den Erwerber der retinirten Sache ebenso schützt, wie das Vorhandensein des Schuldtitels, wenn nur die übrigen Voraussetzungen dieses Schutzes nach § 1244 B.G.B. vorliegen (vergl. hierüber auch unten Anm. 16).

Ueber die Folgen des rechtmäßigen Erwerbes des realisirten Gegenstandes siehe unten Anm. 16).

Anm. 12. f) Liegt ein vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel vor und wird auf Grund dessen der Pfandgegenstand realisirt, später aber das Urtheil aufgehoben, so greifen zwischen dem Gläubiger und dem Eigenthümer die Regeln der C.P.O. über die Entschädigungspflicht in diesem Falle Platz (vergl. auch oben Anm. 10 über die Möglichkeit der Kompensation mit der gesicherten Forderung). Dem dritten Erwerber gegenüber ist dieser Wegfall des Urtheils unerheblich. Für ihn lag ein vollstreckbarer Schuldtitel zur Zeit des Erwerbes vor. Späterer Wegfall thut seinem Rechte keinen Eintrag.

Anm. 13. 2. **Liegt nun ein vollstreckbarer Titel in dem zu 1 gedachten Sinne vor, so kann nunmehr die Realisirung des retinirten Gegenstandes erfolgen.** „Die Befriedigung erfolgt nach den für

das Pfandrecht geltenden Vorschriften des B.G.B.". Es muß also auf Grund des erlangten Schuldtitels nicht etwa eine Zwangsvollstreckung erfolgen. Sondern der Schuldtitel ist nur dazu da, um das Recht des Gläubigers auf Befriedigung gerichtlich festzustellen. Ist diese Feststellung erfolgt, so kann die Realisirung nunmehr erfolgen nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften, also ohne Mitwirkung der gerichtlichen Organe. Im Einzelnen ist hier der Klarheit wegen zu sagen:

a) Bei beweglichen Sachen. Es kann allerdings auf Grund des auf Gestattung der Befriedigung lautenden vollstreckbaren Erkenntnisses auch der Verkauf nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirkt werden (§ 1233 Abs. 2 B.G.B.), was wohl zu unterscheiden ist von der außerdem dem Gläubiger gestatteten Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, welche oben Anm. 4 erwähnt ist. Denn dort handelte es sich um diejenige Vollstreckung in den retinirten Gegenstand, welche dadurch erfolgt, daß man die zu sichernde Forderung ausklagt und auf Grund dieses Erkenntnisses den retinirten Gegenstand zur Zwangsvollstreckung bringt. Hier aber ist nicht die zu Grunde liegende persönliche Forderung ausgeklagt, sondern es ist auf Grund des Retentionsrechtes die Klage auf Gestattung der Befriedigung gemäß § 371 angestellt, und auch auf Grund dieses vollstreckbaren Schuldtitels ist, wie gesagt, der Gläubiger berechtigt, den Verkauf der retinirten Sachen nach den für den Verkauf gepfändeter Sachen geltenden Regeln zu betreiben.

Aber der Gläubiger kann auch — und das ist Hauptsache hierbei — den Verkauf in der Weise bewirken lassen, wie man ein Faustpfand realisirt, d. h. ohne Mitwirkung der in der C.P.O. vorgesehenen Zwangsvollstreckungsorgane, sondern im Wege der öffentlichen Versteigerung oder bei marktgängigen Waaren im Wege freihändigen Verkaufs durch eine offizielle Person. Hierfür und für die Androhung des Verkaufs, die Wartefrist, für den Ort der Versteigerung, für die öffentliche Bekanntmachung und die besondere Anzeige von dem bevorstehenden Verkauf, für die Modalitäten der Versteigerung (nur gegen baar ꝛc.), für das Recht des Gläubigers und des Schuldners mitzubieten, für die Besonderheiten bei Gold- und Silbersachen, für die Benachrichtigung des Eigenthümers nach dem Verkauf gelten die für das Pfandrecht gegebenen und von uns in Anm. 40 ffg. zu § 368 erörterten Regeln. Doch bestimmt unser Paragraph in diesen Hinsichten zwei Abweichungen: Anm. 14.

Hinsichtlich der Wartefrist gilt eine Woche nach Abs. 2 unseres Paragraphen; und ferner: die den Eigenthümer betreffenden Vorschriften finden auf den Schuldner Anwendung, wenn die retinirte Sache dem Gläubiger gehört, also in dem Falle des § 369 Abs. 1 Satz 2. In diesem Falle sind z. B. die Benachrichtigungen der §§ 1234, 1237 und 1241 an den Schuldner zu erlassen. Anm. 15.

Ferner gilt hier das Gleiche, wie bei der Pfandrealisirung, hinsichtlich der Frage, wann der Verkauf ein rechtmäßiger ist, also der § 1243 B.G.B., nur daß zu den Erfordernissen der Rechtmäßigkeit hier noch die vorher erfolgte Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels auf Gestattung der Befriedigung hinzutritt. Die Folgen des rechtmäßigen Verkaufs richten sich, wie beim Pfandrecht, nach § 1242 B.G.B., die Folgen des unrechtmäßigen, aber immerhin noch offiziellen Verkaufs, wie beim Pfandrecht, nach § 1243 B.G.B., nur daß hier zu den durch den guten Glauben zu ersetzenden Erfordernissen der Rechtmäßigkeit auch noch das Vorhandensein eines Schuldtitels gehört (vergl. oben Anm. 11). Ueber die Folgen unrechtmäßigen und auch nicht offiziellen Verkaufs gegenüber dem Erwerber siehe Anm. 64 zu § 368; über die Folgen unrechtmäßigen Verkaufs gegenüber dem Schuldner siehe oben Anm. 10. Anm. 16.

Endlich können die Parteien auch hier gemäß § 1245 B.G.B. Abweichungen von den gesetzlichen Regeln des Verkaufs vereinbaren und auch hier kann das Gericht in den geeigneten Fällen gemäß § 1246 B.G.B. eingreifen (vergl. daher Anm. 39, 41, 42, 44, 46, 48, 50, 51 zu § 368; insbesondere auch Anm. 57 zu § 368, wo ausgeführt ist, ob solche Verabredungen und Gerichtsentscheidungen auch dem Erwerber gegenüber ins Gewicht fallen, Anm. 17.

selbst wenn dadurch nach dem Wortlaut des Gesetzes der Verkauf ein unrechtmäßiger ist. Darüber, ob auch von dem Erfordernisse des vollstreckbaren Schuldtitels durch Vereinbarung der Parteien abgesehen werden kann, siehe unten Anm. 28.

Anm. 18. Durch den erfolgten Verkauf gilt die Forderung auch hier insoweit als berichtigt, als der Erlös dem Gläubiger gebührt, § 1247 B.G.B. findet auch hier entsprechende Anwendung (vergl. Anm. 65 zu § 368). Den Ueberschuß hat der Gläubiger an den Schuldner abzuführen, wenn ihm nicht aus sonstigen Gründen ein Kompensationsrecht zusteht.

Anm. 19. b) Bei Inhaberpapieren greifen ebenfalls die Grundsätze über die Pfandrealisirung beweglicher Sachen entsprechend Platz. Die Realisirung erfolgt auch hier durch Veräußerung, wie bei einer beweglichen Sache. Dazu tritt aber noch wahlweise das Recht der Einziehung, soweit das Inhaberpapier eine Forderung repräsentirt (vergl. Anm. 66 zu § 368).

Anm. 20. c) Bei Orderpapieren sind die für die Realisirung des Pfandrechts gegebenen Rechte auch hier gegeben. Mithin hat der Gläubiger das Recht, die dem Orderpapier zu Grunde liegende Forderung einzuziehen (§ 1294 B.G.B.). Nach dem ebengedachten Paragraphen steht dem Pfandgläubiger dieses Recht zu, noch ehe die durch das Pfand gesicherte Forderung fällig ist. Hier ist das natürlich regelmäßig nicht der Fall, weil vor Fälligkeit der Forderung das Retentionsrecht regelmäßig gar nicht entsteht; ausnahmsweise entsteht das Retentionsrecht schon vor Fälligkeit der Forderung, nämlich in den Fällen des § 370, in diesen Fällen hat der Gläubiger auch das Recht der Einziehung schon vor der Fälligkeit. Bei der Geltendmachung dieses Einziehungsrechtes stehen dem Schuldner des Orderpapiers alle Einreden zu, welche er gegen den Schuldner des Retentionsgläubigers selbst geltend machen könnte, das gesetzliche Retentionsrecht hat in dieser Beziehung nur dieselbe Wirkung, wie das gesetzliche Pfandrecht, nämlich nicht die höheren Wirkungen einer Verpfändung des Orderpapiers durch Indossament, sondern nur die mindere Wirkung einer Verpfändung des Orderpapiers nach den allgemeinen Vorschriften (vergl. hierüber Anm. 67, 76, 77, 78 zu § 368).

Anm. 21. Außerdem hat der Retentionsgläubiger beim Orderpapier, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, das Recht, das Orderpapier öffentlich oder durch eine Versteigerungsperson freihändig zum laufenden Preise zu verkaufen (§ 1295 B.G.B.). Die Androhungs- und Wartefrist besteht nicht, da der § 1221, nicht der § 1234 B.G.B. im § 1295 angezogen ist. Das Recht steht beim Pfandrecht dem Gläubiger zu nach Eintritt der Fälligkeit der eigenen Forderung, für den Fall des Nothzurückbehaltungsrechts des § 370 wird man aber hier von diesem Erforderniß abzusehen berechtigt sein.

Anm. 22. Soweit das Orderpapier keine Forderung repräsentirt, und auch keinen Börsen- und Marktpreis hat, also z. B. wenn das Retentionsrecht einer nicht marktgängigen Namensaktie nicht bloß durch Einziehung der Dividenden realisirt werden soll, bleibt nichts übrig, als die Realisirung im Wege der Zwangsvollstreckung, also entweder durch Ausklagung der zu sichernden Forderung (oben Anm. 4) oder auf Grund des gegen den Eigenthümer gerichteten Schuldtitels auf Gestattung der Befriedigung (oben Anm. 13; vergl. auch § 1282 Abs. 2 B.G.B.; auch Denkschr. S. 214).

Dieses Recht hat der Retentionsgläubiger übrigens in allen Fällen.

Dagegen hat der Retentionsgläubiger nicht das Recht, das Orderpapier einfach freihändig zu verkaufen, also z. B. zu diskontiren.

Anm. 23. d) Bei den Dispositionspapieren ist Folgendes zu bemerken. Wie bereits Anm. 29 zu § 369 bemerkt, ist hier wohl zu unterscheiden der Fall, wo der Gläubiger ein auf seinen Namen lautendes bezw. durch Giro auf ihn gediehenes Dispositionspapier über fremde Waaren in seiner Hand hat, sodaß er über die Waaren verfügen kann, und der andere Fall, wo der Gläubiger ein Dispositionspapier in seiner Hand hat, Inhalts dessen sein Schuldner legitimirt ist.

Anm. 24. a) In dem ersteren Falle erwirbt der Retentionsgläubiger ein Retentionsrecht an dem Gute selbst und damit das Recht des Verkaufs des Gutes, wie ja auch das Pfand-

recht an dem Gute durch Girirung eines Orderpapiers auf den Pfandgläubiger übergeht (vergl. Anm. 70 zu § 368). Bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Auslieferung des Gutes aber hat er nicht die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers durch Indossament, sondern eines Pfandgläubigers, dem nach allgemeinen Grundsätzen über Verpfändung von Rechten ein Pfandrecht bestellt ist (vergl. oben Anm. 77 zu § 368). Außerdem hat er das Recht, das Papier selbst, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, durch eine offizielle Person verkaufen zu lassen (oben Anm. 21). Denn dieses Recht hat doch der Retentionsgläubiger bei allen Orderpapieren, beim Dispositionspapier auf Orderkann der Retentionsgläubiger hierin nicht schlechter gestellt sein.

β) In dem anderen Falle, wo der Retentionsgläubiger ein auf Order gestelltes Anm. 25.
Dispositionspapier (ein anderes kann gar nicht Gegenstand des Retentionsrechtes sein, weil es kein Werthpapier wäre; Anm. 14 zu § 369) in der Hand hat, durch welches aber nicht er, sondern der Retentionsschuldner legitimirt ist, erwirbt der Gläubiger zwar auch ein Retentionsrecht. Allein damit erwirbt er nicht das Retentionsrecht am Gute selbst, sondern ein solches am Papier, d. h. an dem dem Schuldner auf Grund des Papiers zustehenden Rechte auf Auslieferung des Gutes. Dieses Recht kann er einziehen (über das Einziehungsrecht im Einzelnen siehe oben Anm. 20), und wenn die Einziehung durchgesetzt ist, so hat er ein Retentionsrecht am Gute selbst (Analogie des § 1287 B.G.B.). Außerdem aber hat der Retentionsgläubiger auch hier, wenn das Dispositionspapier einen Markt- oder Börsenpreis hat, das Recht, das Papier durch eine offizielle Person verkaufen zu lassen (Näheres über dieses Verkaufsrecht oben Anm. 21).

γ) In beiden Fällen steht natürlich dem Retentionsberechtigten auch noch der Weg der Anm. 26.
Realisirung im Wege der Zwangsvollstreckung in das Papier offen (vergl. oben Anm. 22).

Zusatz. Kann von den in § 371 behandelten gesetzlichen Voraussetzungen der Befriedigung durch Parteivereinbarung abgewichen werden? Anm. 27.
Die im Abs. 2 angeordnete Wartefrist kann durch Parteiabrede abgeändert, auch aufgehoben werden (vergl. § 1245 B.G.B. in Verbindung mit Abs. 3 unseres Paragraphen). Wegen anderer Voraussetzungen siehe die folgende Anm. 28.

Wie aber steht es mit der Voraussetzung des vollstreckbaren Schuld- Anm. 28.
titels? Wir verneinen die Möglichkeit einer solchen Parteiabrede. Der Art. 316, der abweichende Parteiabreden zuließ, ist gestrichen. Der § 1245 B.G.B., auf welchen Abs. 3 unseres Paragraphen implicite hinweist, zählt die Vorschriften auf, von welchen durch Parteiabrede bei der Realisirung des Retentionsrechts abgewichen werden kann; zum Theil ist solche Parteiabrede zulässig in jeder Zeit, zum Theil erst nach Eintritt der Verkaufsberechtigung (vergl. oben Anm. 17). Soll nun darüber hinaus ganz willkürlich diese wichtigste Voraussetzung der Realisirung des kaufmännischen Retentionsrechts als eine solche angesehen werden, die nicht zwingenden Rechtens ist, von welcher vielmehr die Parteien ohne Weiteres abgehen können? Wollte man diese Frage bejahen, so wirft sich sofort die weitere Frage auf: Und wann kann diese Abrede getroffen werden, zu jeder Zeit oder erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung? Wie man diese Frage auch beantwortet, die Antwort erscheint willkürlich. Für keine dieser Antworten giebt das Gesetz einen Anhalt. Und endlich ist es doch eine Abrede, durch welche der Rechtsweg ausgeschlossen wird. Diese ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht ohne Weiteres giltig, sondern nur dort, wo das Gesetz es gestattet.

§ 372.

In Ansehung der Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstande gilt zu Gunsten des Gläubigers der Schuldner, sofern er bei dem Besitzerwerbe des Gläubigers der Eigenthümer des Gegenstandes war, auch weiter als

Eigenthümer, sofern nicht der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist.

Erwirbt ein Dritter nach dem Besitzerwerbe des Gläubigers von dem Schuldner das Eigenthum, so muß er ein rechtskräftiges Urtheil, das in einem zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen Gestattung der Befriedigung geführten Rechtsstreit ergangen ist, gegen sich gelten lassen, sofern nicht der Gläubiger bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gewußt hat, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer war.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph trifft besondere Bestimmungen für einzelne Fragen,** bei denen die einfache Bezugnahme auf die Vorschriften des B.G.B. nicht genügend erschien, um zu einem zweifelsfreien Ergebniß zu gelangen (Denkschr. S. 214). Die Bestimmungen sind also gewissermaßen ein gesetzlicher Kommentar zu den übrigen Vorschriften des Gesetzbuchs über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, und es wäre sonderbar, wenn auch sie wieder eines Kommentars bedürften.

Nur folgende Bemerkungen seien hinzugefügt:

Anm. 1. 1. Nur wenn der Gläubiger weiß, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist, darf er den Schuldner nicht mehr als Eigenthümer ansehen. Wissen müssen schadet ihm nichts.

Anm. 2. 2. Weiß der Gläubiger, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist, so darf er die Benachrichtigungen nicht mehr an ihn, sondern an den wahren Eigenthümer richten (vergl. Anm. 6 zu § 371). Auch muß er, wie sich aus Abs. 2 ergiebt, in diesem Falle die Klage auf Gestattung der Befriedigung gegen den wahren Eigenthümer richten. Sonst braucht der Eigenthümer das ergehende Urtheil nicht gegen sich gelten zu lassen.

Anm. 3. 3. Weiß aber der Gläubiger nicht, daß der Schuldner nicht mehr Eigenthümer ist, so kann er alle Benachrichtigungen weiter an ihn ergehen lassen und kann ihn auf Duldung der Befriedigung verklagen und der wahre Eigenthümer kann nicht hinterher geltend machen, daß alles das ihn nichts angehe. Mag er für Benachrichtigung des Retentionsgläubigers von dem Eigenthumswechsel sorgen, und wenn er vom Retentionsrecht nichts gewußt hat, sich an seinen Rechtsvorgänger halten. Die Realisirung ist ihm gegenüber rechtmäßig.

Exkurs zu § 372.

Ergänzungen zur Lehre von den Handelsgeschäften: Ort und Zeit der Erfüllung. [1])

I. Ort der Erfüllung.

Anm. 1. A. **Vorbemerkung.** Das H.G.B. hatte in den Art. 324 u. 325 Vorschriften über den Ort der Erfüllung der Handelsgeschäfte, die sich derart bewährt hatten, daß sie im Wesentlichen in das B.G.B. aufgenommen und so im neuen H.G.B. entbehrlich wurden. Es sind das die §§ 269 und 270 B.G.B. Dieselben haben aber große Wichtigkeit für den Handelsverkehr und werden mit Rücksicht hierauf unter besonderer Berücksichtigung der handelsrechtlichen Gesichtspunkte hier kommentirt werden.

Anm. 2. Außerdem hatte das H.G.B. noch einen besonderen Artikel über den Ort der Erfüllung beim Handelskauf, den Art. 342. Auch dieser ist fortgefallen, weil er durch die allgemeinen Vorschriften für entbehrlich erklärt wurde. Es erscheint uns erforderlich, den Erfüllungsort beim Kaufe im Anschluß an die allgemeinen Grundsätze über den Erfüllungsort besonders zu behandeln (siehe weiter unten).

---

[1]) Einen besonderen Exkurs über die bei Handelsgeschäften vorkommenden Fragen des internationalen Privatrechts geben wir nicht; wir behandeln diese Fragen unten in Anm. 5.

Wegen des Sprachgebrauchs ist zu bemerken, daß das B.G.B. nicht, wie das frühere H.G.B., vom Orte der Erfüllung, sondern vom Orte der Leistung spricht. Vergl. jedoch §§ 447, 448, 644 Abs. 2 B.G.B., ferner § 29 C.P.O. Anm. 3.

B. Die allgemeine Vorschrift über den Erfüllungsort ist der § 269 B.G.B. Derselbe lautet: Anm. 4.

Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.

Aus dem Umstande allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll.

1. Allgemeines über den Erfüllungsort. Anm. 5.

a) Die Feststellung des Erfüllungsortes ist wichtig aus verschiedenen Gründen: Zunächst wegen des Verzuges. Ferner auch wegen des Ueberganges der Gefahr (vergl. § 447 B.G.B.). Eine große Rolle spielt der Ort der Erfüllung ferner bei der Frage nach dem Gerichtsstande (vergl. § 29 C.P.O), eine ebenso große Rolle bei der Frage nach dem zur Anwendung kommenden Recht **(internationales Privatrecht).** Letzteres wird sich auch nach dem neuen Rechte nicht ändern, da das E.G. zum B.G.B. für die Schuldverhältnisse das internationale Privatrecht nicht regelt, bis auf die Vorschriften des Art. 11 (Form der Rechtsgeschäfte) und Art. 12 (Deliktsschulden). Im Uebrigen ist hier Alles der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen und für diese besteht kein Anlaß von den früheren Grundsätzen abzuweichen. Danach können zwar die Parteien über das zur Anwendung kommende Recht paktiren (R.O.H. 24 S. 181; R.G. 9 S. 227; 14 S. 239). Auch der aus schlüssigen Handlungen oder aus den Umständen zu entnehmende Wille kann hierbei maßgebend sein. Auch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte greifen hier ein. So ist es z. B. im Handel mit englischen Shaires in Deutschland Usance, daß die Usancen der Londoner Börse zur Anwendung kommen. Allein wenn die Parteien weder ausdrücklich, noch stillschweigend etwas vereinbart haben, so ist das Recht des Erfüllungsortes maßgebend (vergl. §§ 359, 361, 380 H.G.B.; R.O.H. 15 S. 212; R.G. 12 S. 35; 14 S. 239). Bei alternativem Erfüllungsort bestimmen sich die rechtlichen Wirkungen nach dem Rechte des gewählten Erfüllungsortes (R.O.H. 15 S. 130). Das Alles bezieht sich besonders auf das Gewicht, Münzfuß, die Münzart, die Zeitrechnung (§ 361), aber auch auf die Konventionalstrafe (R.O.H. 16 S. 14), die Verjährung (L.G. Frankfurt in G.Z. 35 S. 270), ja selbst auf die Frage der Klagbarkeit und Giltigkeit überhaupt (R.G. 12 S. 35: Ein Deutscher hatte einem Pariser Bankier Aufträge zu Börsengeschäften gegeben, die Klage des Ersteren wurde abgewiesen, weil Paris Erfüllungsort sei, französisches Recht zur Anwendung komme und dieses damals solche Geschäfte für ungültig erklärte). Das ausländische Recht kommt aber in Deutschland nicht zur Anwendung, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30 E.G. z. B.G.B.). Was letzteres bedeutet, kann zweifelhaft sein. Da jedes Gesetz irgend einen Zweck hat, so würde jedes entgegenstehende ausländische Gesetz gegen den Zweck des betreffenden deutschen Gesetzes verstoßen und das ausländische Recht niemals zur Anwendung kommen. Das kann nicht gemeint sein. Gemeint ist der Fall, daß die fortgesetzte Anwendung des ausländischen Gesetzes im Inlande einen Zustand schaffen würde, welchen der deutsche Gesetzgeber aus Gründen des Gemeinwohles durch sein Gesetz beseitigen oder nicht aufkommen lassen wollte (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 10).

b) Vom Erfüllungsorte verschieden ist der Bestimmungsort. Beim Ueber- Anm. 6.
sendungskauf erfüllt der Verkäufer an seinem Wohnorte trotz der ihm obliegenden

Uebersendungspflicht (R.G. 1 S. 283; 3 S. 111; Dernburg II S. 110). Für Geldzahlungen ist der Wohnsitz des Zahlungspflichtigen der Erfüllungsort, aber der Wohnsitz des Gläubigers ist Bestimmungsort (§ 270 B.G.B.; unten zu III). So entscheidet der inländische Erfüllungsort über die Anwendung des § 477 B.G.B., auch wenn der Bestimmungsort im Auslande ist (R.O.H. 15 S. 212). Anders, wenn der ausländische Ort Erfüllungsort ist.

Auch der Vertragsort ist natürlich etwas anderes, es ist der Ort, an welchem der Vertrag geschlossen wurde.

Anm. 7. c) Der Erfüllungsort braucht kein einheitlicher zu sein, er kann vielmehr für beide Theile verschieden sein. Der § 269 B.G.B. gilt auch für zweiseitige Verträge. Freilich tritt bei zweiseitigen Verträgen dadurch ein Mißstand ein, daß nun nicht abzusehen ist, wie der Vertrag denn eigentlich zum Vollzuge gelangen soll. Jeder Theil hat nach § 269 B.G.B. dort zu erfüllen, wo er wohnt, und nach § 320 B.G.B. kann jeder Theil die ihm obliegende Leistung so lange verweigern, bis der andere die Gegenleistung bewirkt. Wie kommen denn nun die Parteien zusammen? Eine gesetzliche Regel hierfür giebt es nicht. Die Lösung liegt darin, daß derjenige, dem an der Gegenleistung am meisten liegt, die Leistung dem anderen Theil an dessen Erfüllungsort hinbringt und nunmehr Zug um Zug die Gegenleistung verlangt. Mehr kann er auch im Wege des Prozesses nicht erzielen (§ 324 B.G.B.). Bei vielen Verträgen ist die Schwierigkeit dadurch gehoben, daß der eine Theil nach der Verkehrssitte die Uebersendungspflicht hat und zwar als Vorleistung und so, daß der andere Theil nicht eher zu erfüllen hat, als bis die Waare ihm an seinen Wohnsitz übersendet und dort zur Prüfung vorgelegt ist (vergl. unten zu II). Durch die Uebersendungspflicht allein wird aber der Erfüllungsort nicht geändert (vergl. unten zu II).

Anm. 8. d) Die Vorschrift des § 269 B.G.B. bezieht sich auf alle Arten von Schuldverhältnissen, also nicht bloß auf Handelsgeschäfte, wie der frühere Art. 324; nicht bloß auf Verträge, wie die Stellung im System ergiebt, insbesondere auf alle Schuldverhältnisse, auch auf Ansprüche aus Delikten, bei denen sich oft jedoch aus der Natur des Verhältnisses etwas anderes ergeben wird.

Was insbesondere die Vertragspflichten angeht, so bezieht sich die Vorschrift nicht bloß auf die Prinzipalverpflichtung, sondern auch auf die vereinbarte Konventionalstrafe, auch auf die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung der Vertragspflichten. Auch diese sind dort zu erfüllen, wo die Hauptverpflichtung zu erfüllen ist (R.G. 3 S. 385; 7 S. 340; R.G. vom 11. 1. 1898 in der Deutschen Juristenzeitung 3 S. 269; Dernburg II S. 111 Anm. 2).

Anm. 9. e) Bezieht sich der Erfüllungsort nur auf das Verhältniß zwischen den Kontrahenten selbst oder hat auch der Bürge an dem Erfüllungsort des Schuldners zu erfüllen? Bisher wurde gelehrt, das nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, daß **der Bürge** an demselben Orte zu erfüllen habe, wie der Hauptschuldner (R.G. 10 S. 283; 34 S. 17; vergl. auch O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 555). Vielmehr habe der Bürge an demjenigen Orte zu erfüllen, welcher in dem Bürgschaftsvertrage oder nach der Natur desselben oder nach der Absicht der Kontrahenten des Bürgschaftsvertrages als Ort der Bürgschaftserfüllung anzusehen ist. Fehle es an diesen Voraussetzungen, so habe der Bürge dort zu erfüllen, wo er zur Zeit der Bürgschaftsübernahme seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hatte (R.G. 34 S. 17). Wenn aber der Hauptschuldner einen besonderen Zahlungsort vereinbart habe, so habe der solidarisch haftende Bürge gleichfalls dort zu erfüllen. (R.G. 10 S. 284; 34 S. 18; Bolze 21 Nr. 324.) Dernburg II S. 112 lehrt das Gleiche für das neue Recht, nur daß er für den Fall, daß der Hauptschuldner einen bestimmten Zahlungsort vereinbart habe, jeden, nicht bloß den solidarisch haftenden Bürgen, an diesem Erfüllungsort zur Leistung für verpflichtet hält. Wir können diese Anschauung nicht theilen. Nach § 765 B.G.B. steht der Bürge dafür ein, daß der

Hauptschuldner seine Verbindlichkeit erfüllt, und für die Verpflichtung des Bürgen ist nach § 767 B.G.B. „der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend". Unter dem Bestande der Hauptverbindlichkeit sind alle ihre Eigenschaften zusammengefaßt, nicht bloß ihr Umfang, wie ja das Wort „Bestand" an die Stelle der im ersten Entwurf gebrauchten Worte: „in deren jeweiligem Bestande und Umfange" getreten ist, jedoch ohne die Absicht sachlicher Aenderung. Zutreffend sagt Reatz (der Entwurf in zweiter Lesung S. 355 Note 2), daß nach dem vom Entwurfe angenommenen Begriffe der Bürgschaft der Bürge für „die Verbindlichkeit des Hauptschuldners" und nicht bloß für die den Gegenstand des Hauptvertrages bildende Leistung hafte. Hat z. B. der Hauptschuldner verkauft, so hat der Bürge dafür einzustehen, daß der Verkäufer von seiner gewerblichen Niederlassung aus die Sache absendet und diese Verpflichtung kann er nach der Natur der Sache nur an der gewerblichen Niederlassung des Hauptschuldners erfüllen. Er genügt seiner Verpflichtung nicht, wenn er den Gegenstand von seinem eigenen Wohnsitze aus absendet. Für den Fall, daß mit dem Hauptschuldner ein bestimmter Erfüllungsort vereinbart ist, steht Dernburg auf demselben Standpunkte. Indessen ist nicht ersichtlich, warum der Fall des vereinbarten Erfüllungsortes anders beurtheilt werden soll, als der Fall, daß es beim gesetzlichen Erfüllungsorte verbleibt. Das R.G. stellt sich auf den gleichen Standpunkt wie wir für den Fall, daß außerdem noch eine Solidarhaft zwischen Bürgen und Hauptschuldner vorliegt. Allein die Solidarität bedeutet nur, daß der Einwand der Vorausklage nicht statthaft ist. Mit der vorliegenden Frage hat sie nichts zu thun. Die Solidarität bewirkt auch sonst keine Veränderung des Gerichtsstandes. Von mehreren Solidarschuldnern kann jeder sehr wohl an seinem Wohnsitz zu erfüllen haben, wenn die Natur der Sache nichts anderes gebietet. Hier aber gebietet die Natur der Sache, wie sie sich aus den Gesetzesworten ergiebt, etwas anderes, aber nicht wegen der Solidarität und nicht bloß im Falle der Solidarhaft und nicht bloß, wenn der Hauptschuldner einen bestimmten Erfüllungsort vereinbart hat, sondern schlechtweg in jedem Bürgschaftsfalle auf Grund des § 767 B.G.B. So wird ja auch nach Wechselrecht für die Haftung des Ausstellers (Art. 8) und des Indossanten (Art. 14) der Zahlungsort des Trassaten als Erfüllungsort betrachtet, wiewohl der Zahlungsort der gesetzliche ist, der Wohnort des Trassaten. Oder soll etwa der Bürge, wenn kein bestimmter Erfüllungsort für die Hauptschuld vereinbart ist, zu zahlen haben in der Münzsorte des Ortes, an welchem er wohnt, der Hauptschuldner dagegen in der Münzsorte des Ortes, an welchem dieser wohnt (§ 361 H.G.B.)? Sollen die Zeitpunkte der Erfüllung (§ 359) für den Bürgen nach seinem Wohnsitze, für den Hauptschuldner nach dessen Wohnsitze sich richten? Soll der Käufer auch dann die Gefahr tragen, wenn der Bürge des Verkäufers von seinem, vielleicht sehr entfernten Wohnsitze aus erfüllt, während der Verkäufer vielleicht ganz nahe wohnt? Soll er in diesem Falle die Mehrkosten des Transports tragen? Der in Rixdorf bei Berlin wohnende Käufer hat vielleicht bei einem Berliner Kaufmann einen Posten Waare bestellt und ein in Straßburg i. E. wohnender Kaufmann hat sich für Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers verbürgt. Soll das Maaß und die Art der Verpflichtung für den Bürgen anders sein, als für den Hauptschuldner, wenn der Bürge an einem anderen Orte wohnt, als der Hauptschuldner und daher der Erfüllungsort und demgemäß das zur Anwendung kommende Recht angeblich verschieden sind? Alle diese Konsequenzen wären mißlich und durch nichts begründet, stehen vielmehr mit der gesetzlichen Bestimmung in Wiederspruch.

f) Der § 269 B.G.B. bestimmt zunächst allerdings nur die Ortschaft, in welcher zu erfüllen ist. **Aber auch innerhalb der Ortschaft** braucht der Schuldner nur dort zu erfüllen, wo er seine Wohnung oder sein Geschäft hat. Daraus ergiebt sich, daß bei Platzgeschäften jeder Theil in seiner Wohnung bezw. in seiner gewerblichen Niederlassung zu erfüllen hat (Regelsberger bei Endemann II S. 507). Wie Käufer und Verkäufer in diesem Falle zusammenkommen, darüber siehe oben Anm. 7. Anm. 10.

Anm. 11. **2. Die gesetzliche Regel ist, daß die Leistung an dem Orte zu erfolgen hat, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte, bei gewerblichen Schulden dort, wo er seine gewerbliche Niederlassung hatte.**

a) An dem Orte. Ort ist gleich Ortschaft. Doch ist auch an dem Punkte im Orte zu erfüllen, wo die Wohnung des Schuldners oder das Geschäft sich befindet. Der Paragraph ist daher auf Platzgeschäfte auszudehnen (vergl. oben Anm. 10).

Anm. 12. b) Wo der Schuldner seinen Wohnsitz, bei gewerblichen Schulden, wo er seine gewerbliche Niederlassung hatte. Unter dem Wohnsitz ist bei juristischen Personen der Sitz zu verstehen (§ 24 B.G.B.). Unter der Niederlassung ist nicht bloß die Handelsniederlassung, sondern jede gewerbliche Niederlassung zu verstehen, also z. B. auch die Geschäftsstelle eines Landwirths oder eines nicht eingetragenen Bauunternehmers, nicht auch die Anstaltsstätte eines Arztes, der eine nicht gewerblichen, sondern wissenschaftlichen Zwecken dienende Heilanstalt leitet, nicht das Bureau eines Rechtsanwalts. Ist der Schuldner ein Kaufmann, so ist es seine Handelsniederlassung, und das ist der Ort, von welchem aus der Kaufmann sein Unternehmen kaufmännisch leitet, nicht der Ort, an welchem er fabrizirt oder wo die Waaren lagern (R.O.H. 16 S. 52); vergl. auch Anm. 3 zu § 13 über Zweigniederlassungen. Von mehreren Niederlassungen ist diejenige Erfüllungsort, in deren Betriebe die Schuld kontrahirt ist. Die gewerbliche Niederlassung ist überhaupt nur dann Erfüllungsort, wenn die Schuld in dem betreffenden Gewerbebetriebe entstanden ist. Hierfür greift für Handelsgeschäfte auch die Vermuthung des § 344 Platz, bei sonstigen gewerblichen Schulden ist die gleiche Vermuthung gerechtfertigt (Anm. 7 zu § 344).

Anm. 13. c) Die Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses ist maßgebend. Bei bedingten oder betagten Forderungen ist der Abschluß des Vertrages, nicht der Eintritt der Bedingung oder der Frist entscheidend. So mit Recht Dernburg II S. 6 u. S. 116, anders Schollmeyer S. 81.

Anm. 14. d) Mehrere Einzelfragen.

α) Hatte der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses keinen Wohnsitz, so tritt sein damaliger Aufenthalt an die Stelle (Motive Bd. 2 S. 34 ffg.; Dernburg II S. 115; Oertmann Anm. 3 zu § 269; Schollmeyer S. 82).

Anm. 15. β) Hatte er mehrere Wohnsitze (und kommt keine gewerbliche Niederlassung in Betracht), so hat er die Wahl (Planck Anm. 3; Schollmeyer S. 82; Dernburg II S. 115). Kuhlenbeck (Anm. 4) und Szkolny u. Caro (Anm. 3) geben dem Gläubiger die Wahl, weil es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Gläubiger mit seiner Klage abgewiesen würde, wenn er bei einem der dem Schuldner zustehenden Erfüllungsorte klagen würde. Allein dieser Mißstand tritt nicht ein. Denn nach § 29 C.P.O. hat der Gläubiger das Recht, dort zu klagen, wo der Schuldner zu erfüllen hat; darf der Schuldner an zwei Orten erfüllen, so darf der Gläubiger an zwei Orten klagen. Anders, wenn der Schuldner sein Wahlrecht bereits geltend gemacht, also gewählt hat. Von diesem Zeitpunkte an besteht nur noch ein Erfüllungsort, nämlich der gewählte (R.O.H. 15 S. 130).

Anm. 16. γ) Späterer Wechsel des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung ändert an dem einmal begründeten Erfüllungsorte nichts. Doch kann es Fälle geben, wo die Interessen des Gläubigers nicht berührt werden, wenn der Schuldner an seinem Wohnsitze erfüllt. Dann steht ihm dieses Recht zu (Dernburg II S. 115).

Anm. 17. δ) Auch wenn es sich um die Uebergabe einer bestimmten Sache handelt, gelten alle diese Regeln. Der Art. 324 des alten H.G.B. hatte für diesen Fall den Ort der belegenen Sache zum gesetzlichen Erfüllungsort gemacht. Das neue Recht sieht davon ab. Als gesetzliche Regel ist daher für das neue Recht festzuhalten, daß auch in diesem Falle der Wohnort oder die gewerbliche Niederlassung des Schuldners Erfüllungsort ist. Nur wird hier allerdings sehr häufig aus den

Umständen zu entnehmen sein, daß am Orte der belegenen Sache zu erfüllen ist (Cosack S. 147; Planck Anm. 1; Oertmann Anm. 1; Schollmeyer S. 80; anders Dernburg II S. 114, welcher den alten Satz als „Gerichtsregel" noch weiter gelten lassen will, weil er aus der Natur der Sache folge; das kann aber nicht allgemein gesagt werden).

ε) Dagegen wird bei Inhaber- und Orderpapieren und sonstigen Präsentationspapieren der Wohnsitz bezw. die gewerbliche Niederlassung des Schuldners als Erfüllungsort gelten müssen, obgleich eine dahingehende gesetzliche Regel, wie sie aus Art. 324 des alten H.G.B. zu entnehmen war, nicht aufgenommen ist. Hier folgt dies aus der Natur des Verhältnisses (Dernburg II S. 114). Vergl. unten Anm. 39. Anm. 18.

ζ) Wird durch den Verzug der Erfüllungsort geändert? Dies ist zu verneinen. Das R.G. hat zwar nach früherem Recht angenommen, daß der Verzug des Schuldners den Erfüllungsort dann ändere, wenn der Gläubiger dabei mitzuwirken habe, daß der Schuldner an seinem Erfüllungsort leiste, wie z. B. bei einem Orderpapier. Habe der Gläubiger dieses einmal dem Schuldner an seinem Wohnsitze präsentirt, dieser aber nicht eingelöst, so brauche der Gläubiger nicht noch einmal die Handlung vorzunehmen, welche die Präsentation erfordere (Bolze 2 Nr. 775 c). Dem kann aber nach erneuter Erwägung nicht beigetreten werden. Aus den Erwägungen des R.G. folgt allerdings, daß der Gläubiger nicht noch einmal zu präsentiren braucht. Daraus folgt weiter, daß der Schuldner nunmehr die geschuldete Sache dem Gläubiger an seinen Wohnsitz zu senden hat, und zwar auf seine Kosten und Gefahr. Alles das kann zugegeben werden. Aber daraus folgt noch immer nicht, daß der Erfüllungsort der Obligation sich ändert. Dieser stellt eine besondere Qualifikation des Schuldverhältnisses dar. Nach ihm richtet sich das anzuwendende Recht, der Münzfuß, das Maaß, das Gewicht, die für das Maaß und die Art der Verpflichtung maßgebenden Gebräuche. Diese Qualifikation ist ein character indelebilis der Obligation, der sich durch den Verzug nicht ändert. Aus dem Verzuge folgt nichts weiter, als daß der Schuldner dem Gläubiger alles Interesse zu ersetzen hat (§ 286 B.G.B.). Das Interesse des Gläubigers ist genügend gewahrt, wenn man annimmt, daß der Schuldner nunmehr die Sache dem Gläubiger zu senden hat und zwar auf seine Kosten und auf seine Gefahr. Aber aus § 269 Abs. 3 und § 270 B.G.B. ergiebt sich, daß der Erfüllungsort dadurch noch nicht nothwendig ein anderer wird, daß der Schuldner die Pflicht hat, die geschuldete Sache dem Gläubiger auf seine Kosten und Gefahr zu übersenden (vergl. auch Schollmeyer S. 148). — Ist der Gläubiger in Verzuge, so ändert sich dadurch der Leistungsort ebenfalls nicht. Ist derselbe am Wohnsitz des Gläubigers, so hat der Schuldner noch einmal zu thun, was erforderlich ist, um dort zu erfüllen. Er kann nur nach § 304 B.G.B. den Ersatz der Mehraufwendungen für das vergebliche Angebot und für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes verlangen. Will er der Wiederholung des Angebots entgehen, so mag er den geschuldeten Gegenstand hinterlegen (§ 372 B.G.B.) Anlangend den Fall, daß der Verkäufer die Waare dem Käufer zugesendet, dieser aber sie zurückgesendet hat, so ist zu berücksichtigen, daß auch hier der Käufer Gläubiger der Waare ist und als solcher bei Distanzgeschäften die Zusendung verlangen kann (vergl. unten Anm. 35). Der Verkäufer muß, wenn es der Käufer verlangt, die Zusendung noch einmal bewirken; wenn er dies nicht will, so mag er nach § 373 H.G.B. oder nach § 383 B.G.B. verfahren (vergl. unten Anm. 46). Mit dem Erfüllungsorte hat das alles nichts zu thun: der Erfüllungsort für den Verkäufer bleibt seine gewerbliche Niederlassung, für die Abnahmepflicht des Käufers dessen Niederlassung (vergl. unten Anm. 31). So auch nach früherem Rechte R.G. 32 S. 405; L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1895 S. 15. Anm. 19.

Anm. 20. 3. **Der gesetzliche Erfüllungsort kann durch Vereinbarung abgeändert werden.**

a) Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres liegt dann vor, wenn sich aus dem Gegenstand, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, ein vom gesetzlichen abweichender Erfüllungsort als gewollt ergiebt. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte spielen dabei eine große Rolle.

Anm. 21. b) Verschiedene Arten von abweichenden Erfüllungsortsvereinbarungen.

α) Auf Geschäftsgebrauch und auf der Natur des Verhältnisses beruhen mannigfache Abweichungen. Aus der Natur des Geschäfts ist in R.O.H. 11 S. 312 geschlossen worden, daß, wenn Kamine beim Käufer aufgestellt werden sollen, das Domizil des Käufers als Erfüllungsort für den Verkäufer gelten soll. Dasselbe wird man überall annehmen müssen, wo Gegenstände nicht bloß geliefert, sondern aufgestellt und eingefügt werden müssen (vergl. Bolze 8 Nr. 353; R.G. 41 S. 361 am Schlusse). In R.G. 10 S. 93 ist angenommen worden, daß bei Kohlenlieferungsverträgen, wenn ein einheitlicher fester Preis vereinbart und dem Käufer überlassen ist, zu bestimmen, wohin die einzelnen Partien Kohlen zu transportiren sind, der Förderungsort (die Grube) für den Verkäufer präsumtiv als Erfüllungsort anzusehen ist. Im R.G. 16 S. 3 wird ausgesprochen, daß beim Verkauf einer schwimmenden Ladung der Ort, an welchem der Ladeschein ausgehändigt werden soll, der Erfüllungsort für den Verkäufer sei. (Andere Beispiele R.G. 3 S. 112; ferner 12 S. 36: Im Verhältniß von Mandan und Mandatar ist der Ort, wo das Mandat ausgeführt wird, der Erfüllungsort, z. B. im Verhältniß zwischen den Kommittenten und dem Bankier ist der Wohnsitz des Bankiers maßgebend; R.G. 23 S. 413; Näheres in der Lehre von der Kommission). Auch wenn nicht „ab Fabrik" verkauft ist, die Parteien aber wissen, wo die Fabrik sich befindet und daß die Ablieferung regelmäßig von dort aus geschieht, wird man nach der Absicht der Kontrahenten die Fabrik als Erfüllungsort für den Verkäufer annehmen müssen (Hahn § 3 Note 5 zu Art. 324; R.O.H. 16 S. 52; 10 S. 175; R.G. 10 S. 93).

Anm. 22. β) Anlangend die Auslegung der getroffenen Vereinbarungen, so ist Folgendes zu erwähnen:

αα) Die Vereinbarung eines abweichenden Erfüllungsortes wird dann nicht gelten können, wenn sie mit der Natur des Schuldverhältnisses in unlöslichem Widerspruch steht. Der Erfüllungsort wird nämlich häufig gar nicht um des Erfüllungsortes wegen vereinbart. Die Parteien wissen oft gar nicht, was damit gemeint ist, und meinen damit gar nichts. Aber der eine Theil beabsichtigt, auf diesem Wege den Gerichtsstand an seinem Wohnsitze zu begründen. Und in dieser Absicht werden oft die sonderbarsten Vereinbarungen über den Erfüllungsort getroffen oder vielmehr in die Vertragsformulare hineingedruckt. Offenbar um diesem Unwesen zu steuern, hat das Reichsgericht hervorgehoben, daß Erfüllungsortsvereinbarungen, welche mit der Natur des Schuldverhältnisses in unlöslichem Widerspruch stehen, unbeachtlich sind. Wenn z. B. vereinbart ist, daß eine Maschine zu liefern und in der Fabrik des Bestellers aufzustellen und dort einzufügen ist, Zug um Zug gegen die vollendete Leistung des Maschinenlieferanten aber die Zahlung zu erfolgen hat, und in einem solchen Vertrage weiter bestimmt wird, daß der Wohnsitz des Lieferanten Erfüllungsort für den Käufer ist, so wird diese Klausel als bedeutungslos erachtet werden müssen (vergl. R.G. 41 S. 361 a. E.; der in dieser Entscheidung ex professo behandelte Fall, daß ein Miethsvertrag über eine Maschine abgeschlossen und dabei vereinbart wurde, „Erfüllungsort Wohnsitz des Vermiethers", führt allerdings nicht dazu, mit dem R.G. die Klausel für die Zahlungspflicht des Miethers für ungiltig zu erklären, da dieser sich sehr wohl verpflichten konnte, am Wohnsitz des Vermiethers zu bezahlen).

Anm. 23. ββ) Eine besondere Auslegungsregel giebt Abs. 3 unseres Paragraphen: Aus dem Umstande allein, daß der Schuldner der Sache die Kosten der Ver-

sendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll. In Folge dessen ist auch in der Klausel cif (cost, insurance, freight), welche die Uebernahme der Versicherung und Fracht bedeutet, keine Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsortes enthalten, der Bestimmungsort wird dadurch noch nicht zum Erfüllungsort (R.O.H. 13 S. 438; Bolze 1 Nr. 1076; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 499; vergl. auch R.G. 14 S. 114). Ueber die Uebernahme der Versendung überhaupt in ihrer Bedeutung für die Abänderung des Erfüllungsortes siehe unten Anm. 42 u. 44.

γγ) Andere Auslegungsfragen. Die Worte „ab Fabrik" bedeuten eine Verschiebung dahin, daß nicht die Handelsniederlassung sondern die Fabrik des Verkäufers der Ort der Erfüllung für ihn ist (Regelsberger bei Endemann II S. 510 Note 24). „Bis Station Lemberg" bedeutet nicht, daß erst in Lemberg zu erfüllen sei (O.L.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 496). Die Worte „zahlbar in Berlin" im Bestellschein bedeuten, daß der Käufer seine Zahlungspflicht in Berlin zu erfüllen habe (K.G. bei Perl und Wreschner 1893 S. 88; vergl. O.L.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 403, 422, 952). Auch der Domizilvermerk auf dem Wechsel bedeutet für die zu Grunde liegende Schuld die Vereinbarung eines Zahlungs-, oder Erfüllungsorts (vergl. Staub W.O. § 31 zu Art. 83). — Die Uebernahme der Versendungskosten ist, wie in Anm. 23 gezeigt, für sich allein noch nicht die Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsortes. Umsoweniger liegt in der Uebernahme der Versendung überhaupt, d. h. in der Uebernahme der Thätigkeit des Versendens, sei es durch Handelsgebrauch, oder durch Vereinbarung, die Veränderung des gesetzlichen Erfüllungsortes. In solchem Falle hat eben der Schuldner die Waare zu versenden, aber erfüllt hat er schon an seinem Wohnsitze. Die Uebernahme der Transportgefahr und der Kosten der Transportversicherung soll nach R.G. 3 S. 112 in dieser Hinsicht schon von größerem Gewicht sein. Absolut entscheidend ist auch dies nicht, wie § 270 B.G.B. ergiebt. Auch dadurch, daß eine bestimmte Eigenschaft der Waare bei Ankunft am Bestimmungsorte garantirt ist, ist der Bestimmungsort noch nicht zum Erfüllungsort geworden (Bolze 5 Nr. 474). Auch die Uebernahme der Versendung durch die eigenen Leute, das eigene Personal, bedeutet nicht nothwendig, daß erst mit der Ablieferung, also am Ablieferungsorte, erfüllt ist. Daß der Versender in solchem Falle für seine Leute gemäß § 278 B.G.B. zu haften und den durch diese schuldhafter Weise auf dem Transporte verursachten Schaden zu ersetzen hat, ändert daran nichts. Denn hier handelt es sich um das Einstehen für zufälligen Schaden. Anm. 24.

γ) In welcher Weise kann die Vereinbarung des abweichenden Erfüllungsortes erfolgen? Jede Art der Vereinbarung genügt. Die Abrede kann ausdrücklich erfolgen, aber auch auf schlüssigen Handlungen, Geschäftsgebrauch ꝛc. beruhen. Anm. 25.

Zweifelhaft sind folgende Fälle geworden:

αα) **Vorbehaltlose Annahme der Faktura.** Liegt die Vereinbarung eines von dem gesetzlichen abweichenden Erfüllungsortes in der vorbehaltlosen Annahme der Faktura, welche einen diesbezüglichen Vermerk enthält? Der Fall ist außerordentlich praktisch. Die Lieferanten suchen durch solche Vermerke den Erfüllungsort zu verschieben, weniger um des Erfüllungsortes selbst, als um der dadurch veränderten Zuständigkeit des Gerichts willen. Ihren eigenen Wohnsitz suchen sie auf diese Weise zum Erfüllungsort zu machen, damit sie an dem Gerichte ihres Wohnsitzes klagen können, wenn der Käufer nicht erfüllt. Jene Frage ist aber zu verneinen; das R.G. hat sich stets für die Verneinung entschieden und dem einseitigen Vermerke in der Faktura die Bedeutung abgesprochen. Denn die Faktura wird übersendet nach Abschluß des Geschäfts. Zur Zeit der Versendung der Faktura ist das Geschäft perfekt mit den vereinbarten Anm. 26.

Bedingungen und, soweit keine vereinbart sind, mit den aus den Gesetzen sich ergebenden. War hinsichtlich des Erfüllungsorts nichts vereinbart, so gilt der gesetzliche Erfüllungsort für beide Theile und der Verkäufer kann durch einseitige Vermerke in der Faktura diese perfekte Vertragsbedingung nicht mehr ändern. Der Besteller kann die Faktura insoweit unbeachtet lassen, als sie Vermerke enthält, welche den vereinbarten oder den als vereinbart geltenden Vertragsbedingungen widersprechen. Zur Erhebung eines Widerspruchs erscheint er nicht verpflichtet, die vorbehaltlose Annahme der Faktura ist ihm daher nicht präjudizirlich (R.G. 5 S. 394; Bolze 5 Nr. 650; 3 Nr. 699; 12 Nr. 272; 18 Nr. 447; R.G. vom 10. 10. 1896 im Sächsischen Archiv 6 S. 647, 648; vergl. auch R.O.H. 5 S. 32; 22 S. 144; auch Hanausek, Faktura und Fakturaklauseln, Wien 1891, S. 33). Auch dadurch, daß während einer dauernden Geschäftsverbindung fortgesetzt Fakturen mit solchen Vermerken übersandt und vorbehaltlos angenommen wurden, wird der Erfüllungsort nicht geändert. Der Kunde hat nicht die Verpflichtung, bei neuen Geschäftsabschlüssen den Erfüllungsort zur Sprache zu bringen, und es liegt kein Anlaß zur Annahme vor, er habe dadurch, daß er dies nicht gethan, stillschweigend seinen Willen zu erkennen gegeben, daß er den abweichenden Erfüllungsort zur Vertragsgrundlage mache (R.G. vom 19. 3. 1898 bei Holdheim 7 S. 276; auch Bolze 12 Nr. 642). Das Landgericht I Berlin hat in einer vereinzelten Entscheidung bei jahrelangem Geschäftsverkehr den Fakturavermerk für verbindlich erachtet (Perl und Wreschner 1896 S. 88; dazu neigt auch Dernburg II S. 113 Anm. 1; auch Szkolny & Caro Anm. 5 zu § 269 B.G.B.; dagegen aber Amtsgericht I Berlin bei Perl und Wreschner 1899 S. 57).

Anm. 27. *ββ*) **Annahme einer Kommissionskopie.** Dieselbe wird nach dem Abschluß ertheilt und hat den Zweck, zu fixiren, was vereinbart worden ist. Der Verkäufer (oder dessen Vertreter), der nach abgeschlossenem Geschäft dem Käufer eine Kommissionskopie einhändigt, will damit schriftlich festlegen, was mündlich vereinbart wurde. Wenigstens kann der Käufer davon ausgehen, daß die Kommissionskopie diesem Zweck dient und nicht neue, in der mündlichen Verhandlung nicht vereinbarte Punkte enthält. Er kann daher den Inhalt der Kommissionskopie unbeachtet lassen und giebt durch vorbehaltlose Entgegennahme derselben nicht zu erkennen, daß er zusätzliche oder gar abändernde Bestimmungen derselben billigt (Bolze 23 Nr. 349; R.G. vom 30. 11. 1899 bei Holdheim 9 S. 79; A.G. I Berlin und L.G. I Berlin bei Perl und Wreschner 1894 S. 36 und 113 gegen Aelteste der Kaufmannsschaft ebenda 1893 S. 58).

Anm. 28. *γγ*) **Vermerke in Katalogen und Preislisten** (vergl. Anm. 9 Note 1 im Exkurse zu § 361). Diese haben den Zweck, über den Preis und die Waare zu orientiren. Alle Vermerke über die Art und Beschaffenheit der Waare binden, wenn das Geschäft zu Stande gekommen ist, den Käufer, desgleichen Vermerke über die Höhe des Preises und die Zahlungskonditionen, soweit sie üblicher Weise Gegenstand derartiger Kataloge und Preislisten sind. Dagegen sind Kataloge und Preislisten nicht der Ort für so außerordentliche Vertragsbedingungen, wie sie in der Vereinbarung eines vom gesetzlichen abweichenden Erfüllungsortes sind. Solche Vermerke kann der Käufer unbeachtet lassen. Hat er sie ignorirt und ist der Kauf zu Stande gekommen, so kann ihm nicht entgegengehalten werden, daß der Katalog über diesen Punkt einen Vermerk enthalten hat.

Anm. 28a. *δ*) Bestätigungsschreiben, welche die Kontrahenten nach beendetem Geschäft auswechseln, sind ihrem vollen Umfange nach für den Inhalt der Vereinbarung maßgebend, auch hinsichtlich des Erfüllungsortes. Es müßte denn sein, daß die Form des Bestätigungschreibens solcher Annahme entgegensteht, so z. B. wenn der betreffende Vermerk in einem gedruckten Formular an leicht zu übersehender Stelle enthalten war.

4. **Die Beweislast.** Obwohl die Gesetzesworte Zweifel übrig lassen, ist doch nach allgemeinen Grundsätzen derjenige beweispflichtig, der einen Erfüllungsort behauptet, der vom gesetzlichen abweicht (vergleiche unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 ffg.; Planck Anm. 1 zu § 269 B.G.B.; Oertmann Anm. 4 zu § 269 B.G.B.; Szkolny & Caro Anm. 4 zu § 269 B.G.B.). Anm. 29.

5. **Insbesondere der Erfüllungsort beim Kauf.** Anm. 30.

a) Eine besondere Vorschrift für den Erfüllungsort beim Kauf ist nicht gegeben. Der frühere Art. 342 hatte eine solche. Aber weder das B.G.B. noch das neue H.G.B. haben eine solche aufgestellt, es muß sich alles aus der allgemeinen Vorschrift des § 269 B.G.B. und aus der Natur des Kaufvertrages ergeben.

b) Der Erfüllungsort ist für den Verkäufer sein Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung, für den Käufer dessen Wohnsitz bezw. dessen gewerbliche Niederlassung zur Zeit der Entstehung der Kaufschuld. Anm. 31. Das ergiebt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 269 B.G.B. (vergl. oben Anm. 12). Freilich wird in vielen Fällen hierdurch ein Zustand geschaffen, der mißlich ist und auf welchen schon oben Anm. 7 für zweiseitige Verträge überhaupt hingewiesen ist. Denn da jeder Theil an seinem Wohnsitz und also auch in seiner Behausung erfüllen kann, so fehlt es an einem Mittel, um die Parteien zur Ausführung des Vertrages zusammenzubringen. Hier bleibt nichts übrig, als daß diejenige Partei, der an der Ausführung am meisten liegt, den Anfang macht, indem sie ihre Leistung der anderen Partei zuführt, und so dieselbe zur Bewirkung der Gegenleistung Zug um Zug gegen die eigene Leistung veranlaßt. Doch helfen in vielen Fällen hier Handelsgebräuche und Vertragsintentionen aus. So besteht in vielen Branchen und bei allen Distanzkäufen der Gebrauch, daß der Verkäufer dem Käufer die Waare zu übersenden hat und der Käufer erst dann zu zahlen braucht, wenn die Waare an seinem Wohnsitz bezw. am Bestimmungsort angelangt und ihm dort zur Prüfung vorgelegt worden ist (vergl. unten Anm. 35).

Mit der Frage des Erfüllungsortes für den Verkäufer hat das aber nichts zu thun: Es erfüllt der Verkäufer trotz der Uebersendungspflicht an seinem Wohnsitze bezw. seiner gewerblichen Niederlassung. Wohl aber wird dadurch der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers bestimmt. Denn wo die Ablieferung zu erfolgen hat, da hat auch die Abnahme zu erfolgen (R.G. vom 18. 11. 1899 bei Holdheim 9 S. 51).

Wenn der Kaufpreis Zug um Zug gegen Ablieferung zu leisten ist, so wird hierdurch auch der Erfüllungsort für die Zahlung in Folge der Natur des Verhältnisses unter Umständen verändert. Ist der Ablieferungsort die gewerbliche Niederlassung des Schuldners, so verändert sich ja der Erfüllungsort des Käufers gegen den regelmäßigen nicht. Aber wenn die Waare für eine in Hamburg domizilirende Firma nach Memel zu senden und Zug um Zug gegen die Ablieferung Zahlung zu leisten ist, so ist Memel Erfüllungsort für die Zahlung. Der Umstand allein aber, daß die Waare anderswohin geliefert wird, als wo der Besteller domizilirt, macht den Ort der Ablieferung noch nicht zum Erfüllungsort für die Zahlung (R.G. 30 S. 379; in diesem Falle war die Waare nach Königsberg gesandt, die Faktura nach Dortmund, dem Domizil des Käufers; von da aus sollte die Zahlung erfolgen, sie sollte nicht Zug um Zug gegen Ablieferung der Waare erfolgen).

II. Zeit der Erfüllung.

Vorbemerkung. Wir haben über die Zeit der Erfüllung bereits im Exkurse zu § 359 gehandelt. Anm. 32. **Auch beim Kauf** ist über die Zeit der Erfüllung nichts Besonderes bestimmt, weder im B.G.B., noch im H.G.B., während der Art. 342 des alten H.G.B. für den Kauf Sondervorschriften über die Erfüllungszeit gegeben hatte. Insbesondere war dort gesagt, daß der Kaufpreis bei der Uebergabe zu zahlen sei. Damit war zum Ausdruck gebracht, daß der Verkäufer an seinem Wohnsitze die Uebergabe zu vollziehen d. h. das zu thun habe, was

seinerseits zur Vollziehung der Uebergabe erforderlich ist, und daß in demselben Zeitpunkte der Kaufpreis zu zahlen sei. Diese Rechtsregel ist in das neue Recht nicht übernommen, sie war auch durch Handelsgebräuche stark durchbrochen worden. Nach dem neuen Recht stellt sich die Sache wie folgt:

Anm. 33. **Für die Erfüllungszeit beim Kauf gelten folgende Regeln:**

1. Ist vereinbart, daß der Kaufpreis früher oder später bezahlt werden soll, als die Uebergabe zu erfolgen hat, so bietet die Frage keine Schwierigkeit. Das erstere nennt man den Pränumerationskauf, das letztere den Kreditkauf. Im ersteren Falle hat Käufer zunächst zu zahlen und erst später der Verkäufer zu übergeben, in letzterem Falle hat der Verkäufer zunächst zu übergeben und der Käufer erst später zu zahlen. Daß einer dieser beiden Fälle vorliegt, muß der beweisen, der sich darauf beruft. Denn nach der gesetzlichen Regel ist Zug um Zug und sofort zu erfüllen (§§ 320 und 271 B.G.B.; vergl. Anm. 3 im Exkurse zu § 359). — Bewilligte Fristen werden von dem Augenblicke an berechnet, wo der Verkäufer erfüllt hat, also von der Absendung der Waare (R.O.H. 6 S. 165). Indessen kann selbstverständlich Anderes vereinbart werden. Das geschieht z. B. häufig durch den Zusatz: Valuta per .... (z. B. Valuta per 1. Mai, wenn am 15. April geliefert ist). Das bedeutet: Es soll als Anfangstermin des Zahlungsziels ein späterer Termin als der Lieferungstermin gelten. Umgekehrt kann aus der Natur des Geschäfts hervorgehen, daß die Zahlungsfrist schon vor der Uebergabe beginnt, wenn nämlich der Lieferant die Waare zur Disposition des Käufers halten mußte (R.O.H. bei Puchelt Anm. 6 zu Art. 342). — Sind in den Fakturen Zahlungsfristen enthalten, so gelten sie zum Nachtheil des Verkäufers, nicht ohne Weiteres zum Nachtheil des Käufers (vergl. hierüber oben Anm. 26). Sind sie in Kommissionskopieen enthalten, so gilt das Gleiche (vergl. oben Anm. 27). Anders wenn sie sich in Katalogen, Preislisten ꝛc. befinden, hier gelten sie auch zum Nachtheil des Käufers, denn daß Zahlungsfristen sich in Katalogen finden, darauf muß der Käufer gefaßt sein (vergl. oben Anm. 28).

Anm. 34. 2. Ist eine Frist nicht vereinbart, so muß sofort erfüllt werden. Dieses „sofort" birgt große Schwierigkeiten in sich, da jeder Theil dort zu erfüllen hat, wo er wohnt, und kein Theil anzufangen braucht (vergl. oben Anm. 7). Hier helfen, wie gesagt, Handelsgebräuche und Vertragsintentionen.

a) Oft wird ohne Weiteres ein Baarkauf als gewollt anzunehmen sein, d. h. daß der Käufer sofort im Laden zahlt, so im Allgemeinen beim Kauf in Detailgeschäften, Bazaren, auf Jahrmärkten, in Restaurants, Konditoreien ꝛc. Selbst wenn in solchen Fällen der Verkäufer die Uebersendung der Waaren übernimmt, so muß doch sofort nach Abschluß des Kaufes gezahlt werden. Die Uebersendung ist in diesem Falle nur eine Nebenleistung, die, wie sie mit dem Erfüllungsorte nichts zu thun hat, so auch die Erfüllungszeit des Käufers nicht tangirt und diesen nicht berechtigt, seine Gegenleistung zurückzubehalten, bis die Uebersendung erfolgt ist.

Anm. 35. b) Oft wird allerdings auch angenommen, daß der Verkäufer die Waare zu übersenden und der Käufer erst dann zu zahlen hat, wenn die Waare ankommt. **Das gilt insbesondere beim Distanzkauf.** Allerdings hat der Verkäufer auch hier an seinem Wohnsitz bezw. in seiner gewerblichen Niederlassung zu erfüllen, also durch Uebergabe an den Frachtführer oder Spediteur. Indessen bei diesem Akte ist dem Käufer nicht Gelegenheit gegeben zur Ausübung seines Prüfungsrechts, er kann „die Katze im Sack" nicht übernehmen und andererseits nicht wohl am Orte der Uebersendung besondere Anstalten zur Besichtigung treffen. Es hat sich in Folge dessen ein Handelsgebrauch dahin gebildet, daß bei Uebersendungskäufen der Preis nicht schon bei der Absendung der Waare durch den Verkäufer zu zahlen ist, sondern erst, nachdem der Käufer am Bestimmungsorte in die Lage gesetzt ist, über die Waare zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen (R.G. 30 S. 412; Bolze 10 Nr. 347; 11 Nr. 406; 13 Nr. 434; R.G. vom 17. 5. 1893 in J.W. S. 311; O.L.G. Hamburg

in G.Z. 35 S. 257). Selbst wenn Zahlung Zug um Zug vereinbart ist, kann der Verkäufer die Absendung nicht von der vorgängigen Bezahlung des Kaufpreises abhängig machen; er darf nur Vorkehrungen treffen, daß die Waare am Bestimmungsorte nach voraufgegangener Prüfung derselben gegen Zahlung ausgeantwortet wird (vergl. R.O.H. 12 S. 275; 18 S. 321). Ueber die Uebersendungspflicht des Verkäufers siehe noch im Exkurse zu § 382. Daraus folgt auch, daß der Käufer **Zusendung gegen Nachnahme** nicht zu acceptiren braucht (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1002); selbst dann nicht, wenn der Käufer am Absendungsorte zu erfüllen hat. (Durch Handelsgebrauch kann natürlich die Berechtigung zur Erhebung von Nachnahme gegeben sein; Bolze 13 Nr. 434).

Inwieweit dieser Handelsgebrauch auf den Erfüllungsort von Einfluß ist, darüber siehe oben Anm. 31.

c) Das zu b Gesagte gilt auch häufig bei Platzgeschäften. Auch im Handels- Anm. 36.
verkehr innerhalb eines Ortes gilt es nach unseren Erfahrungen als Handelsgebrauch, daß, sofern es sich nicht um Einzelkäufe im offenen Laden handelt (über diese siehe oben Anm. 34), der Verkäufer, der auf das Kaufgeschäft eingeht, die Waare dem Käufer zu übersenden hat und der Käufer erst dann zu zahlen braucht, wenn die Waare bei ihm ankommt und ihm vorgezeigt wird. So wenn ein Kaufmann beim anderen kauft, etwa der Detailhändler beim Großhändler oder Fabrikanten, so wenn der Privatmann beim Kaufmann telephonisch oder brieflich eine Waare bestellt: einige Flaschen Wein, einige Gegenstände für die Küche, eine Schreibmaschine, eine Torte beim Konditor 2c.

Der Erfüllungsort verschiebt sich auch in diesem Falle nicht. Die Uebernahme der Uebersendung ändert denselben nicht, nach unserer Meinung auch dann nicht, wenn die Uebersendung durch des Verkäufers eigene Leute geschieht. Nur für Verschulden dieser Leute haftet er, aber er hat erfüllt, in dem Augenblicke, wo er die Waare den Leuten zur Ueberbringung übergiebt. Die Gefahr des Zufalls trägt von da ab der Käufer (vergl. oben Anm. 24).

III. Der Bestimmungsort der Leistung, insbesondere bei Geldzahlungen. Die Lehre von der Geldübersendungspflicht.

Vorbemerkung. Wir haben in der Lehre vom Erfüllungsort auseinandergesetzt, daß der Anm. 37.
Erfüllungsort vom Bestimmungsort verschieden ist (vergl. oben Anm. 6), und in der Lehre von der Erfüllungszeit, besonderes beim Kauf, daß der Verkäufer in zahlreichen Fällen als Nebenleistung die Uebersendungspflicht hat, d. h. die Pflicht, die Waare dem Gegenkontrahenten an den von diesem bestimmten Ort zu übersenden (vergl. oben Anm. 35). Dieser Bestimmungsort spielt auch sonst noch eine große Rolle, besonders beim Kauf. Insbesonder aber hat das B.G.B. im Anschluß an den früheren Art. 325 H.G.B. die Uebersendungspflicht bei Geldzahlungen gesetzlich aufgestellt.

Es geschieht dies im § 270 B.G.B. Derselbe lautet:

> Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.
>
> Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes.
>
> Erhöhen sich in Folge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen.
>
> Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt.

Der vorliegende Paragraph setzt für Geldschulden überhaupt die Uebersendungspflicht fest (Abs. 1, 2 und 3) und bestimmt zur Vermeidung von Mißverständnissen, daß sich der Erfüllungsort dadurch nicht ändert (Abs. 4).

Anm. 38. A. (Abs. 1, 2 und 3). **Bei Geldschulden hat der Schuldner die Verpflichtung, dem Gläubiger das Geld zu übersenden an dessen Wohnsitz bezw. dessen gewerbliche Niederlassung, und zwar auf eigene Kosten und Gefahr.**

1. **Geldschulden** müssen es sein. Das hebt der Gesetzgeber zwar nicht klar und deutlich hervor. Er sagt nur, daß der Schuldner „Geld" zu übermitteln hat. Aber gemeint sind Geldschulden im Sinne des § 244 B.G.B. d. h. Forderungen auf Zahlung einer Geldsumme, nicht Ansprüche auf Rückgabe bestimmter Stücke (Obertribunal in Str. Arch. 78 S. 178; Dernburg II S. 116 Anm. 1).

Anm. 39. Daraus folgt ferner, daß nur solche Fälle gemeint sind, in denen das Geld *geschuldet* wird, also solvendi causa dem Gläubiger auszuhändigen ist, also z. B. nicht der Fall, wenn der Geldempfänger den Geldsender ersucht hat, ihm ein Darlehn zu gewähren und der Geldsender die Bitte um Uebersendung des Geldes erfüllt. Wie aber, wenn zunächst ein perfekter Vertrag geschlossen wird, Inhalts dessen sich jemand zur Gewährung eines Darlehns verpflichtet? Hier geschieht die Zahlung zum Zwecke der Erfüllung des pactum de mutuo dando. Schollmeyer 1 zu § 270 B.G.B. will hier gleichwohl die gesetzliche Regel nicht Platz greifen lassen, weil der Darlehnsvertrag erst durch Hergabe des Darlehns entstehe. Der Grund ist nicht zutreffend, weil auch schon das Abkommen über die Hergabe des Darlehns ein pactum ist und der Darleiher verpflichtet ist, dieses Abkommen zu erfüllen. Wenn gleichwohl anzunehmen ist, daß die Uebersendung in solchem Falle nicht auf Kosten und Gefahr des Darleihers geschieht, so liegt das daran, daß der § 270 B.G.B. nur eine Auslegungsregel ist, nur im Zweifel gilt, hier aber die Natur des Verhältnisses entgegensteht (Regelsberger in Endemann Handbuch II S. 511, Planck Anm. 1 zu § 270 B.G.B; Oertmann Anm. 2 zu § 270 B.G.B. — Bei Forderungen aus Inhaber- oder Orderpapieren besteht die Uebersendungspflicht in Folge der Natur des Verhältnisses nicht (vergl. oben Anm. 18).

Anm. 40. *Im Uebrigen kommt es nicht darauf an, welcher Art die Geldschulden sind.* Da die Vorschrift im B.G.B. steht, so gilt sie für jede Geldschuld, nicht bloß für Handelsgeschäfte, also kommt es auch nicht darauf an, ob die Schuld auf einer Seite oder auf beiden Seiten eine Handelsschuld ist.

Anm. 41. 2. **Dem Gläubiger an dessen Wohnsitz bezw. gewerbliche Niederlassung** ist das Geld zu übermitteln.

a) *Also dorthin, wo der Gläubiger gegenwärtig seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hat,* ist das Geld zu senden, keineswegs dorthin, wo der Gläubiger zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses Wohnsitz oder Niederlassung hatte (anders als nach § 269 B.G.B. bei der Bestimmung des Erfüllungsortes gesagt ist und anders, als der frühere Art. 325 H.G.B. den Bestimmungsort für Geldsendungen normirte). Das trifft auch zu, wenn der Gläubiger gewechselt hat, (durch Cession, Erbgang ꝛc). In solchem Falle ist das Geld dorthin zu senden, wo der zeitige Gläubiger seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hat.

Anm. 42. Indessen ist doch die Frage, wo der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Schuld seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte, auch hier von Wichtigkeit. Erhöhen sich nämlich in Folge einer nach der Entstehung der Schuld eintretenden Aenderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten der Uebermittelung, so hat der Gläubiger die Mehrkosten zu tragen, erhöht sich die Gefahr der Uebermittelung, so hat der Gläubiger die ganze Gefahr zu tragen. Das bestimmt § 270 Abs. 3 B.G.B. Wohl gemerkt, ist bei solcher Veränderung die ganze Gefahr zu tragen. Eine Theilung der Gefahr erschien mit Recht unthunlich. — Ueber die Begriffe Wohnsitz und Niederlassung siehe oben Anm. 12.

b) Bezieht sich die Vorschrift auch auf den Fall, daß Gläubiger und Schuldner an verschiedenen Punkten desselben Ortes wohnen? Ihrem Wortlaut nach nicht, aber die analoge Ausdehnung ist unbedingt geboten (vergl. auch oben Anm. 36). Anm. 43.

c) Hat der Gläubiger keinen Wohnsitz und keine gewerbliche Niederlassung, so tritt der zeitige Aufenthalt an die Stelle (oben Anm. 14). Anm. 44.

d) Hat der Gläubiger mehrere Wohnsitze (und kommt keine gewerbliche Niederlassung in Betracht), so hat der Schuldner die Wahl, an welchem Orte er das Geld zahlen will. Er kann dabei die billigste und gefahrloseste Uebersendungsart wählen (vergl. oben Anm. 15). Dieses Wahlrecht wird man aber dem Schuldner nur solange geben können, als der Gläubiger nicht eine Bestimmung getroffen hat, an welchen seiner Wohnsitze das Geld zu senden ist. Doch dürfen durch eine solche Bestimmung die Rechte des Schuldners nicht verkürzt werden. Etwaige Mehrkosten gegen die billigste Wahl muß der Gläubiger tragen, bei Erhöhung der Gefahr trägt der Gläubiger sie allein, der Rechtsgedanke des Abs. 3 unseres Paragraphen muß hierauf angewendet werden. Dagegen würde man zu weit gehen und gegen den Gesetzesgedanken verstoßen, wollte man dem Schuldner das Recht geben, eine solche Bestimmung des Gläubigers gänzlich zu ignoriren. Das Interesse des Gläubigers würde dadurch ohne Noth verletzt werden. Die eventuellen Mehrkosten kann der Schuldner sofort abziehen und soviel weniger einsenden. Anm. 45.

e) Auch durch den Verzug des Gläubigers ändert sich der Bestimmungsort nicht. Sendet der Schuldner das Geld an den Wohnsitz des Gläubigers und läßt dieser das Geld zurückgehen, indem er die Annahme verweigert, so kann der Schuldner deshalb nicht die nochmalige Uebersendung des Geldes verweigern und dem Gläubiger anheimstellen, sich nunmehr das Geld bei ihm abzuholen. Dem widerstrebt § 304 B.G.B; vergl. oben Anm. 19. Er kann nur die Kosten der vergeblichen ersten Sendung und etwaige Kosten der Aufbewahrung ersetzt verlangen und bei der nochmaligen Sendung sofort abziehen. Er kann natürlich auch das zurückgewiesene Geld hinterlegen (§ 372 B.G.B.) und ist dann von der nochmaligen Uebersendungspflicht frei. Die Hinterlegung hat zu erfolgen an dem Erfüllungsort der Obligation, nicht etwa am Wohnsitze oder dem Ort der Niederlassung des Gläubigers (§ 374 B.G.B.). Hat der Schuldner nicht hinterlegt und muß er daher nochmals übersenden, so hat die Uebersendung auch in diesem Falle an den nunmehrigen Wohnsitz des Gläubigers zu erfolgen, wenn der Gläubiger inzwischen seinen Wohnsitz verändert oder ein anderer, anders wo wohnender Gläubiger inzwischen die Forderung erworben hat. Nur wird auch in diesem Falle Abs. 3 unseres Paragraphen analog anzuwenden sein, sodaß der Schuldner nicht bloß die Kosten der ersten Geldsendung, sondern die Mehrkosten der zweiten gegen die erste, ersetzt verlangen und abziehen kann. Denn die Folgen des Verzuges treffen den säumigen Gläubiger in jeder Hinsicht. Anm. 46.

3. **Auf seine Gefahr und Kosten** hat der Schuldner das Geld zu senden. Anm. 47.

a) Da der Schuldner die Kosten trägt, so darf er das Porto nicht abziehen. Daß dies dennoch häufig, besonders von kleinen Kaufleuten gegenüber den Großhändlern und Fabrikanten geschieht, ist ein abusus, den sich die meisten Großhändler aus Kulanz gefallen lassen, den sie sich aber nicht gefallen zu lassen brauchten. Ein abweichender Handelsgebrauch ist nicht zu konstatiren (zust. Förtsch Anm. 4 zu Art. 325). Ein noch weiter verzweigter abusus ist, das Bestellgeld nicht mit einzusenden. Gemeiniglich wird allerdings die Sendung von den Kaufleuten nicht zurückgewiesen, wenn ihnen auch zugemuthet wird, das Bestellgeld zu verauslagen oder gar zu tragen. Sie scheuen die Mühe der Rücksendung und den Vorwurf der Inkulanz. Gleichwohl ist ein Handelsgebrauch dahin, daß der Gläubiger das Bestellgeld trägt oder auch nur verauslagen muß, nicht zu konstatiren (vergl. Mittelstein bei Gruchot 36 S. 586 gegen abweichende Urtheile der Hamburger Gerichte; vergl. auch Förtsch Anm. 4 zu Art. 325). Damit ist

aber nicht gesagt, daß der Käufer durch den Abzug des Portos und die Nichtbeifügung des Bestellgeldes in Verzug geräth (§ 320 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 48. b) Die Gefahr trägt der Schuldner, auch wenn er nicht in culpa ist. Er hat daher, wenn er das Geld in einem Geldpacket schickt, den Inhalt zur Zeit der Ablieferung zu beweisen (R.O.H. 16 S. 187), außer wenn er in concreto die Gefahr nicht zu tragen hat (R.G. 2 S. 118). Für das richtige Eintreffen durch die Post besteht keine Vermuthung (R.O.H. 13 S. 46).

Anm. 49. 4. **Im Zweifel** gilt die Vorschrift. Sie ist also nur eine Auslegungsregel. Haben die Parteien etwas Anderes vereinbart, geht aus der Natur der Sache etwas Anderes hervor, ist Gegentheiliges gebräuchlich oder verstieße die Abweichung von diesem Gebrauch gegen Treu und Glauben, so weicht die Vorschrift unseres Paragraphen.

a) Abweichende Vereinbarungen. Hier wirft sich wieder die Frage auf, wie **Vermerke auf Fakturen, Kommissionskopieen und Katalogen wirken.**

α) Was zunächst die Fakturen betrifft, so können dieselben allerdings nicht den geschlossenen Vertrag ändern, sodaß der gesetzliche Erfüllungsort sich dadurch nicht ändert, daß die Faktura nach dieser Richtung einen abweichenden Vermerk enthält (oben Anm. 27). Damit ist aber nicht gesagt, daß der Käufer Vermerke auf der Faktura überhaupt ignoriren darf. Er muß im Gegentheil davon ausgehen, daß der Verkäufer auf die Faktura Vermerke setzt, welche die Erledigung des Geschäfts betreffen. Soweit diese die Rechtslage des Schuldners nicht erschweren, soweit sie Bestimmungen des Verkäufers enthalten, die der Käufer ohne Verletzung der eigenen Interessen befolgen kann, muß er diese nach der Anschauung des Handelsstandes respektiren. So, wenn die Faktura die Bestimmung enthält, daß an den Reisenden nicht gezahlt werden soll (vergl. Anm. 2 zu § 55). So auch hier, wenn der Verkäufer bestimmt, daß an eine bestimmte Kasse, z. B. an eine Bank gezahlt wird, nur daß natürlich eventl. den Verkäufer die Mehrkosten und die ganze Gefahr treffen (vergl. oben Anm. 42).

Ueber die Bedeutung der Fakturenvermerke für den Erfüllungsort siehe oben Anm. 26. Mit dieser Frage haben die ebengedachten Ausführungen nichts zu thun.

Anm. 50. β) Die Kommissionskopie braucht nicht beachtet zu werden, weil sie erst nach Erledigung des Geschäfts ausgehändigt wird und der andere Theil davon ausgehen kann, daß sie lediglich das Besprochene wiedergiebt. Sie ist nicht der Ort für solche Bestimmungen, die nicht Gegenstand der Vereinbarung waren (vergl. oben Anm. 27).

Anm. 51. γ) Auch was in Katalogen und Preislisten in dieser Hinsicht gesagt ist, braucht nicht beachtet zu werden. Es gehört das nicht zu den Zahlungskonditionen.

Anm. 52. b) **Aus der Natur der Sache** folgt in zahlreichen Fällen, daß der Schuldner das Geld nicht zu übermitteln braucht.

α) Hauptsächlich gehört hierher der Fall der Inhaber- und Orderpapiere. Vergl. oben Anm. 39.

Anm. 53. β) Andere Fälle. Wer als Beauftragter an den Machtgeber Geld zu übersenden hat, trägt die Kosten und die Gefahr, z. B. der Inkassomandatar (R.G. 2 S. 118) oder der sonstige Beauftragte (z. B. der Bankier als Kommissionär, R.G. 23 S. 103), so auch Schollmeyer Anm. 1 zu § 270 B.G.B.; vergl. auch § 670 B.G.B. Wer ein Darlehn zugesagt hat, hat regelmäßig nicht die Abholungspflicht (Planck Anm. 1 zu § 270 B.G.B.; Oertmann Anm. 2; Schollmeyer Anm. 1). Bei einer aus unentgeltlicher Geschäftsführung zu machenden Geldzahlung besteht die Abholungspflicht (R.G. 2 S. 117), ebenso bei der schuldigen Rückgabe einer irrthümlich empfangenen Zahlung, auch beim depositum irregulare (Regelsberger bei

Endemann II S. 511), nach der Praxis der Versicherungsgesellschaften auch bei der Prämienverpflichtung (R.O.H. 9 S. 375; Dernburg II S. 112). Für Arbeitslohn ist die Stätte des Arbeitgebers der Ort, wo der Angestellte sich seinen Lohn abzuholen hat (Dernburg II S. 113; vergl. auch bei uns Anm. 7 zu § 64).

B. **Der Erfüllungsort ändert sich dadurch nicht.** Das schreibt Abs. 4 ausdrücklich vor. Für den gesetzlichen Erfüllungsort soll vielmehr § 269 B.G.B. maßgebend sein. Es soll nur, ohne daß der gesetzliche Erfüllungsort sich ändert, der Schuldner die Verpflichtung haben, das Geld dem Gläubiger zu übersenden (R.G. 1 S. 445; 2 S. 122; 3 S. 118; Hamburg in G.Z. 40 S. 499; Cosack, Bürgerl. Recht I S. 341). Die von Manchen vertretene Ansicht, daß für Geldschulden ein doppelter gesetzlicher Erfüllungsort besteht, einer für die Zahlung an sich und die damit zusammenhängenden Fragen (Münzfuß 2c.) und ein anderer für den Gerichtsstand und in sonstiger Beziehung war schon nach früherem Recht nicht die herrschende, hatte aber in dem früheren Art. 325 H.G.B. noch einige Stütze. Der Wortlaut des jetzigen § 270 Abs. 4 B.G.B. raubt jener Ansicht jede Stütze, sodaß selbst Cosack, der sie früher vertrat, sie nach jetzigem Recht aufgegeben hat (vergl. dagegen Schollmeyer Anm. 1 und 2 zu § 270 B.G.B.). Anm. 54.

Wenn daher auch der Geldschuldner die Gefahr der Geldsendung trägt, so hat er doch, wenn das Geld überhaupt ankommt, schon erfüllt an seinem Wohnorte. Das ist z. B. wichtig für Fälle, wo eine bestimmte Zahlungsfrist vorgeschrieben ist. Der Geldschuldner kommt nicht in Verzug, wenn er die am 3. Oktober zu leistende Zahlung am 3. Oktober zur Post giebt, sofern sie nur überhaupt ankommt (Zust. Förtsch Anm. 6 zu Art. 325; Dernburg II S. 116). Auch für die Währung, die Auslegung von Zeitbestimmungen 2c. ist der Wohnort des Schuldners maßgebend (§§ 359, 361 B.G.B.) Das Gleiche gilt für den Gerichtsstand. Der Gerichtsstand der Erfüllung zur Einklagung der Geldschuld bleibt der Wohnsitz des Schuldners. Aus § 29 C.P.O. kann daher der Gläubiger unter Berufung auf § 270 B.G.B. an seinem eigenen Wohnsitz nicht klagen (R.G. 1 S. 445; 2 S. 122; 3 S. 118; 5 S. 393; 10 S. 351). Auch wegen des zur Anwendung kommenden Rechts ist der Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort maßgebend, nicht der Wohnort des Gläubigers, an welchen das Geld zu senden ist (vergl. oben Anm. 5; Dernburg II S. 116 Anm. 2. Anm. 55.

Zusatz 1. Nach Art. 92 E.G. zum B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind. Nach dem preuß. Ausführungsgesetze zum B.G.B. (Entwurf Art. 11) sind Zahlungen aus öffentlichen Kassen, wenn nichts anderes bestimmt ist, an der Kasse in Empfang zu nehmen. Diese Vorschrift gilt für alle Verbindlichkeiten, nicht bloß, wie § 53 I 16 A.L.R. (vergl. R.G. 42 S. 252) für außervertragliche Verbindlichkeiten, sie gilt auch für Handelsgeschäfte. Hat der Staat von einem Getreidelieferanten Getreide gekauft, so braucht er den Kaufpreis nur an seiner Kasse bereit zu halten. Wie aber, wenn das Geschäft auf Seiten des Staats ein Handelsgeschäft ist? Das kann der Fall sein, wenn der Staat ein kaufmännisches Unternehmen betreibt. Hier kann man nicht unter allen Umständen sagen, daß die Kasse eine öffentliche Kasse ist. Es kommt darauf an, ob die Zahlstelle einen behördlichen oder einen geschäftlichen Charakter trägt. Hat z. B. der Staat, um die Erzeugnisse einer von ihm betriebenen Fabrik zu verkaufen, einen offenen Laden gemiethet, so ist dies keine öffentliche Kasse. Die Eisenbahnverwaltungen dagegen haben behördlichen Charakter. — Maßgebend ist die Kasse zur Zeit der Zahlung (Stranz u. Gerhard, Kommentar zum preuß. Ausf. z. B.G.B. Anm 2 zu Art. 11). — Durch die Bestimmung ist nur die Uebersendungspflicht beseitigt, nicht der Erfüllungsort berührt, nur § 270 B.G.B. ist modifizirt, nicht auch § 269 B.G.B. (ebenso Stranz u. Gerhard Anm. 3 daselbst). Anm. 56.

Zusatz 2. Uebergangsfrage. Nach Art. 170 E.G. zum B.G.B. kommt für alle Schuldverhältnisse das alte Recht zur Anwendung, also auch für den Ort der Erfüllung. Anm. 57.

Zweiter Abschnitt.

Handelskauf.

Exkurs vor § 373.[1])

Allgemeines über den Handelskauf.[2])

Anm. 1. I. **Vorbemerkung über die gesetzliche Systematik des Abschnitts über den Kauf.**

Die Vorschriften über den Handelskauf betreffen den praktisch wichtigsten Theil des H.G.B. Sie betreffen denjenigen Rechtsakt, dem der Kaufmann seinen Namen verdankt. Und doch ist gerade diese wichtigste Materie nicht erschöpfend geregelt. Schon im alten H.G.B. gab der betreffende Abschnitt nur ein Stückwerk einzelner Regeln. Dies ist jetzt noch schlimmer geworden. Eine Reihe von Vorschriften über den Handelskauf, insbesondere die Vorschriften des alten H.G.B. über den Kauf nach Probe und über den Verzug hatten sich derart bewährt, daß sie auf den ganzen Rechtsverkehr ausgedehnt wurden und in das B.G.B. übergingen. Im neuen H.G.B. sind sie in Folge dessen nicht wiederholt, sodaß dieser Abschnitt noch mehr als früher die Bezeichnung als Fragment verdient.

Die Zwecke unseres Kommentars können aber nur dann erreicht werden, wenn die Lehre vom Handelskauf ausführlich behandelt wird. Was in das B.G.B. übergegangen ist, muß zu diesem Zwecke wieder in das H.G.B. herübergenommen und von handelsrechtlichen Gesichtspunkten aus erörtert werden.

Anm. 2. II. **Das Wesen des Handelskaufs.**

1. Unter dem Handelskauf, von welchem die Vorschriften dieses zweiten Abschnitts handeln, ist nicht etwa jeder Kauf zu verstehen, der ein Handelsgeschäft ist. Vielmehr beziehen sich die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts nur auf denjenigen handelsgeschäftlichen Kauf, **dessen Gegenstand eine Waare oder ein Werthpapier ist** (vergl. § 382 Abs. 1; nach früherem Recht R.G. 26 S. 43). (Der Begriff der Waare und der Werthpapiere ist von uns bereits in Anm. 36 ffg. zu § 1 auseinandergesetzt). Ein Kauf, der zwar ein Handelsgeschäft ist, aber weder ein Werthpapier, noch eine Waare zum Gegenstand hat (also z. B. der Kauf eines Grundstücks, einer Forderung, einer Hypothek, der Kauf eines Nachlasses, § 312 B.G.B., einer Erbschaft, § 2371 B.G.B.) unterfällt zwar den sonstigen Regeln des H.G.B. (z. B. der Vorschrift des § 348), nicht aber den Vorschriften des vorliegenden zweiten Abschnitts über den Handelskauf. Ob im einzelnen Falle analoge Anwendung zulässig ist, kann nur von Fall zu Fall geprüft und erörtert werden.

---

[1]) Unsere Gepflogenheit, die Exkurse an den Schluß der Paragraphen anzugliedern, müssen wir im vorliegenden Falle verlassen. Wir können hier nicht einen Exkurs zu einem Paragraphen bringen, sondern wir müssen einen Exkurs vor dem § 373 bringen, weil wir, ehe wir an die Erläuterung der einzelnen Vorschriften über den Handelskauf herangehen, zunächst einige wichtige allgemeine Materien über den Handelskauf zur Erörterung bringen müssen.

[2]) Auf **den Tausch** finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung (§ 515 B.G.B.). Demgemäß ist auch ein Begriff **des Handelstausches** aufzustellen. Derselbe ist ein Tauschvertrag, der Seitens der Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist und dessen Gegenstand auf beiden Seiten Waaren oder Werthpapiere sind. Es genügt nicht, daß auf einer Seite Waaren oder Werthpapiere das Tauschobjekt sind. Denn die Sonderregelung des Handelskaufs beruht darauf, daß auf beiden Seiten Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs Gegenstand des Geschäfts sind: auf der einen Seite Waaren und Werthpapiere, auf der anderen Seite Geld. Zur entsprechenden Anwendung dieser Sonderregelung eignet sich nur dasjenige Tauschgeschäft, bei welchem ebenfalls auf beiden Seiten Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs Gegenstand des Geschäfts sind. Ein Handelstausch würde also nicht vorliegen, wenn Aktien gegen ein Grundstück, Forderungen gegen Waaren eingetauscht werden.

Auf wessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt, ob also der Verkäufer oder Käufer Kaufmann ist, bezw. als solcher gilt (vergl. die §§ 343 flg.), ist für den Begriff des Handelskaufs gleichgiltig. Ein Handelskauf liegt also nicht bloß dann vor, wenn ein Kaufmann von einem anderen eine Waare kauft, und auch nicht bloß dann, wenn ein Nichtkaufmann von einem Kaufmann eine Waare kauft, sondern auch dann, wenn ein Kaufmann von einem Nichtkaufmann, z. B. von einem Landwirth, eine Waare kauft.[1] Anm. 3.

2. Der sogenannte Lieferungsvertrag d. h. der Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, einem Anderen eine Sache zu beschaffen, die er zu diesem Zwecke erst anschafft, fällt schon nach den Regeln des B.G.B. (§ 433) unter die Regeln vom Kauf. Der gegen die Vorschriften des A.L.R. gerichtet gewesene Art. 338 H.G.B. ist dadurch überflüssig geworden und gestrichen. Ist der Gegenstand des Lieferungsvertrages daher eine Waare oder ein Werthpapier und ist ein Theil Kaufmann, so liegt ein Handelskauf vor. Anm. 4.

3. Ferner aber wird nach den Regeln des Kaufs beurtheilt ein Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, eine Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, sogenannter Werklieferungsvertrag. Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so bestimmt dies schon das B.G.B. (§ 651 Abs. 1). Ist also der Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache ein Handelsgeschäft, so liegt ein Handelskauf vor. Anm. 5.

Handelt es sich aber um eine nicht vertretbare Sache, so ist der Vertrag nach bürgerlichem Recht nicht lediglich nach den Regeln vom Kauf zu beurtheilen, vielmehr finden zum Theil die Regeln vom Kauf, zum Theil die Regeln vom Werkvertrag Anwendung (§ 651 Abs. 1 B.G.B.). Ist aber das Geschäft ein Handelsgeschäft und der Gegenstand eine bewegliche Sache, so finden auf ein solches Geschäft die Regeln vom Handelskauf Anwendung. Auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache finden also ebenso wie auf den Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache die Regeln vom Handelskauf Anwendung. Hierin liegt eine Aenderung gegen das frühere Recht, da nach Art. 338 des alten H.G.B. nach den Bestimmungen über den Handelskauf nur dasjenige Handelsgeschäft zu beurtheilen war, dessen Gegenstand eine Quantität vertretbarer Sachen war. Nach dem H.G.B. ist also auch der Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare bewegliche Sache, wenn er ein Handelsgeschäft ist, ein Handelskauf. In dieser allgemeinen Weise ist dies allerdings nicht gesagt. Es ist nicht gesagt, daß ein solches Geschäft ein Handelskauf ist. Vielmehr sagt § 381 Abs. 2, daß auf ein solches Geschäft „die in diesem Abschnitte getroffenen Vorschriften Anwendung finden". Das soll aber nicht bedeuten, daß auf ein solches Geschäft nur die in diesem Abschnitt getroffenen Vorschriften Anwendung finden, sondern daß ein solches Geschäft überhaupt ein Handelskauf ist und daher in aller und jeder Beziehung wie ein solcher zu behandeln ist, also insbesondere auch im Uebrigen als Kaufgeschäft gilt und den Rechtsregeln über den Kauf unterliegt (vergl. hierüber zu § 381). Anm. 6.

III. **Der Abschluß des Handelskaufs.** Anm. 7.

1. Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Die Formfreiheit beruht aber nicht auf einer Vorschrift des H.G.B., sondern ergiebt sich daraus, daß schon das B.G.B. von der Regel ausgeht, daß die Verträge formfrei sind. In Folge dessen gelten allerdings auch die Ausnahmen des B.G.B. Aber für einen Kaufvertrag über eine bewegliche Sache oder ein Werthpapier hat das B.G.B. auch nicht ausnahmsweise eine Formvorschrift aufgestellt, es müßte denn sein, daß man die Vorschrift des § 311 B.G.B. als solche betrachtet. Diese Vorschrift bestimmt, daß ein Vertrag über das ganze Vermögen in gerichtlicher oder notarieller Form abgeschlossen werden muß. Zum ganzen Vermögen können auch Waaren und Werthpapiere gehören. Im Handelsverkehr kann dies praktisch werden bei der Ueber-

---

[1] Einzelne Vorschriften über den Kauf (§§ 377—379) finden nur auf den beiderseitigen Handelskauf Anwendung.

tragung des ganzen Vermögens einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (vergl. Anm. 27 zu § 350), nicht auch bei dem bloßen Verkauf eines Geschäfts (vergl. Anm. 12 zu § 22).

Anm. 8. Eine Ausnahme von dem Prinzip der Formfreiheit machen aber nicht diejenigen Werthpapiere, welche durch Indossament übertragen werden. Denn hier handelt es sich ja nicht um denjenigen Akt, durch welchen das Recht aus den Werthpapieren übertragen wird, sondern um den obligatorischen Vertrag, durch welchen man die Pflicht der Uebertragung übernimmt und das Recht der Uebertragung erwirbt. Die Indossirung des Werthpapiers ist die Erfüllung des Kaufgeschäfts. Dieses selbst bedarf auch bei indossabeln Werthpapieren keiner Form.

Anm. 9. Die Vorschrift über die Form von Grundstücksveräußerungsverträgen (§ 313 B.G.B.) kommt hier nicht in Betracht, da der Kaufvertrag über ein Grundstück kein Handelskauf ist (vergl. oben Anm. 2).

Anm. 10. Auch die Formvorschrift des § 15 des Gesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, wonach der obligatorische Vertrag über Veräußerung von Geschäftsantheilen einer solchen Gesellschaft an die gerichtliche oder notarielle Form geknüpft ist, kommt hier nicht in Betracht, weil ein solcher Geschäftsantheil weder eine bewegliche Sache, noch ein Werthpapier ist, und daher nicht Gegenstand eines Handelskaufs sein kann.

Anm. 11. Hiernach kann der Handelskauf regelmäßig in formloser Weise geschlossen werden. Unter Umständen genügen auch konkludente Willenserklärnngen. Es ist nichts weiter erforderlich, als daß nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Verträgen die beiden Konsenserklärungen vorhanden sind. Die Regeln über den Abschluß eines Vertrages, über Offerte und Annahme, haben wir bereits im Exkurse zu § 361 erörtert. Vergleiche dort Näheres.

Anm. 12. 2. Der Inhalt der Konsenserklärungen[1]) muß alle diejenigen Punkte umfassen, welche von den Parteien als für sie wesentlich betrachtet werden. Der Kaufvertrag ist nicht etwa perfekt, wenn über Preis und Waare eine Einigung erzielt ist, die von den Parteien angestrebte Einigung über andere Punkte, auf welche sie Werth legen, aber noch aussteht. Dies war schon von der früheren Rechtsprechung zutreffend angenommen worden (Bolze 16 Nr. 217) und ist jetzt im § 154 B.G.B. ausdrücklich ausgesprochen worden. (Wir haben den § 154 B.G.B. im Exkurse zu § 361 Anm. 70 ffg. erläutert.) Wenn z. B. das Zahlungsziel, welches der mit Allem zufriedene Kauflustige beansprucht, dem Verkäufer so exorbitant erscheint, daß er es nicht bewilligen kann; oder wenn der Käufer mit Preis und Waare einverstanden ist, sich aber die Stellung weiterer Bedingungen vorbehält (Bolze 11 Nr. 204), so ist der Kauf nicht perfekt geworden.

Anm. 13. 3. Es ist aber zur Perfektion jedenfalls erforderlich, daß Preis und Waare bestimmt sind. Doch ist der Begriff „bestimmt" nicht wörtlich zu nehmen. Er ist zu erweitern in „bestimmbar" und ist vorhanden, wenn die Parteien sich über die Faktoren der Preisfestsetzung derart geeinigt haben, daß die Festsetzung des Preises der Willkür einer Partei entrückt ist und ohne weitere Zustimmungserklärung der Parteien objektiv erfolgen kann. Es genügt, daß die Leistung aus objektiv gegebenen Momenten bestimmbar ist (Bolze 7 Nr. 577).

Einzelne Fälle:

Anm. 14. a) Dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit wird dadurch genügt, daß die Bestimmung einem Dritten überlassen wird (§ 317 B.G.B.). Dieser hat im Zweifel nach billigem Ermessen zu bestimmen.

---

[1]) Daß zwei bestimmte Parteien mit einander einig werden, ist wesentlich. Gleichwohl thut es der Giltigkeit des Vertrages keinen Eintrag, wenn der abschließende Agent oder Makler erklärt, er verhandle für mehrere Häuser und werde den Verkäufer später anzeigen. Das Geschäft gilt dann für den namhaft gemachten Lieferanten (R.O.H. 15 S. 55; R.G. 20 S. 37; 24 S. 64; 38 S. 185; vergl. auch § 95 und unsere Erläuterungen dazu).

b) Nach § 315 B.G.B. ist es sogar gestattet, die Bestimmung der Leistung einem der Vertragschließenden zu überlassen. Dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit ist in diesem Falle dadurch genügt, daß im Zweifel anzunehmen ist, daß eine solche Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Bei Kaufverträgen ist das immer anzunehmen, und wenn es in gegebenen Fällen nicht anzunehmen ist, so würde eben dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit nicht genügt und der Vertrag nicht giltig sein. Wenn die getroffene Bestimmung der Billigkeit nicht entspricht, erfolgt die Bestimmung durch Urtheil, wie dies § 315 B.G.B. vorschreibt. An die einmal getroffene Bestimmung ist aber der Bestimmende gebunden und kann den von ihm bestimmten Preis nicht mehr erhöhen, wenn sich nachher herausstellen sollte, daß der angemessene Preis ein höherer ist (R.O.H. 11 S. 247; Dernburg II S. 189). Anm. 15.

c) Aus § 316 B.G.B. ergiebt sich, daß ein perfekter Kaufvertrag sogar auch dann vorliegen kann, wenn die Bestimmung des Preises überhaupt nicht erfolgt ist. Wenn nur aus sonstigen Momenten feststeht, daß ein perfekter Kaufvertrag geschlossen wurde, so liegt eine Preisvereinbarung, trotzdem sie nicht ausdrücklich getroffen ist, deshalb vor, weil in solchen Fällen im Zweifel anzunehmen ist, daß einer der beiden Parteien, und zwar dem Verkäufer, die Preisbestimmung zusteht, und zwar selbstverständlich nach billigem Ermessen (§ 315 B.G.B.). Diese Konstellation liegt in überaus zahlreichen Fällen vor, wo ein Kaufvertrag geschlossen ist in der Meinung, der Verkäufer solle den angemessenen Preis fordern dürfen. Fordert der Verkäufer in solchen Fällen einen Preis, so ist er jedenfalls daran gebunden (vergl. oben Anm. 15), der Käufer nur, wenn er wirklich angemessen ist; sonst kann er Herabsetzung durch richterliches Urtheil verlangen (vergl. oben Anm. 15). Anm. 16.

Ein Fall dieser Art ist es auch, wenn die Parteien über den Preis verhandeln und schließlich sagen: „Wir werden schon einig werden." Wird in solchen Fällen die Waare gegeben und genommen, dann ist klar, daß die Parteien einen Kaufvertrag schließen und als Kaufpreis denjenigen Satz stipuliren wollten, den redliche Männer für eine Waare dieser Art zahlen. Es gilt dann der angemessene Preis als vereinbart. Anm. 17.

Ein Fall dieser Art liegt aber nicht vor, wenn die Meinung der Parteien die ist, der Käufer solle einen bestimmten Preis, z. B. den im Geschäftsbetriebe des Verkäufers allgemein geforderten zahlen. In solchem Falle ist durch die Erklärungen der Parteien in konkludenter Weise ein Preis bestimmt und für die Bestimmung durch eine der beiden Parteien ist kein Raum mehr. So z. B. wenn jemand im Wirthshause sich Speisen bestellt, wenn jemand in der Apotheke oder in einem großen Waarenhaus mit festen Preisen etwas kauft. Ebenso liegt der Fall des § 316 B.G.B. dann nicht vor, wenn die Sachlage ergiebt, daß die Parteien einig sind, daß der in dem Handelszweige übliche Preis gezahlt werden soll. Dann ist objektiv zu ermitteln, was üblich ist, und dieser Preis ist zu zahlen, für die Bestimmung durch die Parteien, für ein billiges Ermessen ist kein Raum. Ein besonderer Fall dieser Art liegt dann vor, wenn nach den Umständen der Marktpreis als Kaufpreis gelten soll, was bei Waaren, die einen Marktpreis haben, mangels einer anderweiten Preisbestimmung der Regel nach anzunehmen sein wird (wie Oertmann Anm. 1 zu § 453 B.G.B. mit Recht bemerkt). **In diesem Falle gilt derjenige Marktpreis als vereinbart, der für die Zeit und für den Ort der Erfüllung maßgebend ist** (§ 453 B.G.B.). Anm. 18.

Diese Vorschrift bedarf näherer Erläuterung: Anm. 19.

a) **Was versteht man unter dem Markt- oder Börsenpreise?** Es ist nach Goldschmidts Definition (Handbuch 2. Aufl. Bd. 2 § 64 a) derjenige Preis, welcher für eine Waare bestimmter Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, wo sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitte gewährt wird. Der Preis muß also wirklich gezahlt sein. Eine bloße „Geldnotiz" ist kein Marktpreis in diesem Sinne, (R.G. 34 S. 118), ebenso

wenig eine „Briefnotiz", sondern nur eine „Bezahlt-Notiz"[1]). Wann ein Marktpreis als maßgebend zu betrachten ist, das ist gegenwärtig weder im H.G.B., noch im B.G.B. vorgeschrieben. Allein was der frühere Art. 353 H.G.B. hierüber sagte, entsprach der Natur der Sache, und kann daher der Erläuterung zu Grunde gelegt werden. Er bestimmte: als Marktpreis sei maßgebend derjenige laufende Preis, der an dem maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestimmten örtlichen Einrichtungen festgestellt ist, in Ermangelung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit aber der mittlere Preis, welcher sich aus der Vergleichung der geschlossenen Geschäfte ergiebt.

Anm. 20. *aa*) In erster Linie ist es der laufende Preis, welcher nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist. Unter den örtlichen Einrichtungen sind vornehmlich die amtlichen verstanden, doch können es auch private sein, vorausgesetzt, daß dieselben durch ihre Zuverlässigkeit ein solches Ansehen erlangt haben, daß man sie als örtliche Einrichtung betrachtet.

Anm. 21. Solche Feststellungen liefern in Folge ihrer erfahrungsmäßigen Zuverlässigkeit einen Prima-facie-Beweis für den geltenden Marktpreis (R.O.H. 5 S. 331); aber auch nicht mehr. Sie sind widerlegbar, und zwar nicht bloß wegen dolus, sondern auch wegen Schreibfehler, Versehen, auch wegen objektiver Unrichtigkeit (R.O.H. 5 S. 331). Das Ziel der Anfechtung kann entweder der Beweis sein, daß ein anderer Preis der wahre Marktpreis ist oder daß wegen zu geringfügiger Umsätze ein wirklicher Marktpreis gar nicht existirt (R.G. 12 S. 9). Denn als selbstverständlich ist hier vorausgesetzt, daß als Grundlage der Feststellung eine so große Zahl von Kaufgeschäften abgeschlossen ist, daß aus ihrer Vergleichung überhaupt eine allgemeine Wertschätzung der fraglichen Waare innerhalb des Verkehrskreises geschlossen werden kann (R.G. 12 S. 9). Auch daß der Kurs von einem Bankhause „diktirt" wird, kann die Maßgeblichkeit der Kursnotiz erschüttern. Denn in diesem Falle zeigt sie das nicht an, was sie anzeigen soll: den Grad der Verkäuflichkeit der Waare (R.G. in Strafsachen 23 S. 437). Von diesen an sich zutreffenden Gesichtspunkten aus ist nicht zu leugnen, daß die an den Börsen festgestellten Kurse sehr oft die Bezeichnung eines wahren Marktpreises nicht verdienen. In vielen Werthen, insbesondere kleineren Kassapapieren, und ganz besonders in verkehrsstillen Zeiten, finden nur sehr geringe Umsätze statt; gleichwohl wird aus den thatsächlich gemachten Umsätzen, so gering sie auch sind, der Durchschnitt als amtlicher Kurs notirt. Der Gegenbeweis würde hier so manches Kaufgeschäft erschüttern. Es ist dabei aber festzuhalten, daß der Gegenbeweis dann versagt ist, wenn nach dem erkennbaren Parteiwillen der amtlich festgestellte Kurs schlechthin maßgebend sein sollte. Stetes Zulassen solcher Gegenbeweise wäre ein großes Hemmniß für den Verkehr.

Anm. 22. *ββ*) In zweiter Linie ist darunter der mittlere Preis zu verstehen, der sich aus der Vergleichung derjenigen Kaufverträge ergiebt, die zur kritischen Zeit am kritischen Orte geschlossen wurden. In zweiter Linie, d. h.: wenn ein Marktpreis nach den örtlichen Einrichtungen nicht festgestellt wird oder der festgestellte wegen nachgewiesener Unrichtigkeit nicht gelten kann. Bestehen zwar solche Einrichtungen, aber nicht für alle Werktage, so darf nicht etwa für die Zwischentage der letzte oder nächste Kurs als maßgebend betrachtet werden, wenn sie auch einen Anhaltspunkt für den in der Zwischenzeit herrschend gewesenen Preis ge-

---

[1]) „Geld" bedeutet: Die Waare wurde gesucht, „Brief" die Waare wurde angeboten, „Bezahlt" es wurden Geschäfte zu diesem Preise abgeschlossen; „Bezahlt Geld": es wurden Geschäfte zu diesem Preise abgeschlossen, aber es war außerdem noch unbefriedigte Nachfrage vorhanden; „Bezahlt Brief" heißt: es wurden Geschäfte zu diesem Preise abgeschlossen, oder es war außerdem noch Angebot zu diesem Preise da.

währen (R.O.H. 8 S. 100). Auch kommen in zweiter Linie nur die Geschäfte am Orte der Erfüllung in Betracht, wenn dort eine rechtsbeständige Preisnotirung stattfindet. Sind am Orte der Erfüllung solche Geschäfte nicht geschlossen, so besteht überhaupt kein Marktpreis. Sind aber Geschäfte geschlossen, so muß eben der mittlere Preis gefunden werden: es ist nicht für genügend erachtet worden, als ein Bankier den Börsenpreis mit $105\frac{1}{2}\%$ angab und der vernommene Sachverständige die Richtigkeit dieser Angabe mit den Worten bestätigte: Es ist an diesem Tage in den Aktien sehr viel gehandelt worden; der niedrigste Kurs war 101,65, der höchste $105{,}52\frac{1}{2}$; die Kurse schwankten sehr; es ist hiernach der Kurs von $105\frac{1}{2}$ gezahlt worden und noch etwas mehr (R.G. vom 26. September 1896 im Sächsischen Archiv 6 S. 648, 649).

β) **Welcher Ort ist maßgebend?** Der Ort der Erfüllung, d. h. der Verpflichtung des Verkäufers (Planck Anm. 3 zu § 453 B.G.B.), und zwar derjenige Ort, an welchem der Verkäufer nach dem Vertrage zu erfüllen hat, nicht der, an welchem er thatsächlich erfüllt, sei es auch im Einverständnis mit dem Käufer (Hahn § 3 zu Art. 353 H.G.B.). Ueber den Erfüllungsort siehe Näheres im Exkurse zu § 372. Ist am Erfüllungsort kein Markt, so ist der Marktpreis des Ortes zu verstehen, zu dessen Verkehrsbereich der Erfüllungsort in Bezug auf Waaren der betreffenden Art gehört. Denn entscheidend ist nicht der Marktpreis *am* Erfüllungsorte, sondern der *für* den Erfüllungsort maßgebende Marktpreis (vergl. Oertmann Anm. 2, Planck Anm. 3 zu § 453 B.G.B.; vergl. auch den Art. 353 des alten H.G.B.) Anm. 23.

γ) **Welche Zeit ist maßgebend?** Die Zeit der Erfüllung. Hier gilt dasselbe wie zu β. Bei Termin- und Tageskäufen macht dies keine Schwierigkeiten. Welche Zeit aber ist maßgebend bei Lieferungskäufen, bei denen ein Kontrahent den Tag der Erfüllung oder den Beginn der Lieferungsfrist bestimmt? Hier versagt die Auslegungsregel des § 453 B.G.B. Es ist der Wille der Parteien zu erforschen, ob der Tag des Vertragsschlusses (das wird wohl das Regelmäßige sein) oder der vom Kontrahenten gewählte Tag der Erfüllung oder der gewählte Beginn der Erfüllung zur Grundlage dienen soll (Hahn § 3 zu Art. 353 H.G.B.). Anm. 24.

e) *Weitere Beispiele für das Erforderniß der Bestimmtheit von Waare und Preis:* Genügend ist: „civiler Preis", wenn es sich um kurrente Waare handelt (R.O.H. 5 S. 418); auch kundenüblicher Preis (R.O.H. 7 S. 155); Uebernahme eines Waarenlagers zum „Buchwerthe" (womit aber zu Ungunsten des Käufers nicht ein willkürlich, sondern ein nach verständigen Grundsätzen eingetragener Werth gemeint ist, O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 195); Preisbestimmung zum Anschaffungswerthe unter Hinzuziehung eines angemessenen Zuschlags (R.O.H. 3 S. 44; 12 S. 123; R.G. 3 S. 109: Bolze 18 Nr. 469, in welchem letzteren Urtheil gesagt ist, daß zum Einstandspreise Lagerspesen und sonstige allgemeine Geschäftsunkosten hinzugerechnet werden können); Preisbestimmung in Aktien einer zu gründenden Gesellschaft (R.O.H. 11 S. 225). Genügend ist, was die Bestimmtheit der Waare betrifft: Verpflichtung zur Bierabnahme je nach dem Geschäftsbedarf (R.O.H. 14 S. 291), ebenso Bolze 8 Nr. 317 (der normaler Weise zu erwartende, nicht der auf besonderen Gründen beruhende wirkliche Bedarf ist gemeint), ferner Bolze 6 Nr. 552 (bei Verpflichtung zur Abnahme nach Bedarf entscheidet der Gesichtspunkt eines anständigen und rechtlichen Kaufmannes); genügend ist die Verabredung im Eisenhandel, eine bestimmte Quantität Eisen zu einem festgestellten Grundpreise in vom Besteller nach einer Skala zu bestimmenden Dimensionen zu liefern, sog. Specifikationskauf (R.O.H. 14 S. 41; 16 S. 204). Ausführliches über die beim Specifikationskauf geltenden Grundsätze unten § 375. Auch Bezeichnungen, welche das Zeichen der Unbestimmtheit an der Stirn tragen, können als bestimmte Bezeichnungen genügen, wenn der Handelsgebrauch objektive Anhaltspunkte zur Herstellung der Bestimmtheit an die Hand giebt. So genügt zwar nicht die Bezeichnung: mehrere hundert Dutzend (R.O.H. 11 S. 1), wohl aber die Bezeichnung „ungefähr", „circa" (R.O.H. 1 S. 57; 9 S. 129; vergl. R.O.H. 8 S. 209; Anm. 25.

15 S. 334; L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 484; Bolze 20 Nr. 498); ein Pöstchen Zucker (R.O.H. 13 S. 94); eine Probekollektion (letzteren Ausdruck hat eine Kammer für Handelssachen des Landgerichts I Berlin in einem vom Kammergericht bestätigten Urtheil vom 8. Oktober 1891 aus eigener Sachkunde dahin interpretirt, daß darunter zu verstehen ist eine bestimmte Quantität Waare, bestehend aus einem Exemplar von jeder Sorte, welche in der Fabrik des Lieferanten hergestellt wird). Die Vertragsbestimmung, der Verkäufer habe 20—25 Waggons Kohlen pro Monat zu liefern, ist insofern unbestimmt, als nicht ersichtlich ist, welcher der beiden Kontrahenten über 20 hinaus die Wahl haben soll. In Folge dessen ist keinem das Wahlrecht zuzusprechen; und es kann daher weder der Käufer verlangen, daß der Verkäufer mehr als 20 Waggons liefere, noch der Verkäufer, daß der Käufer mehr als 20 Waggons abnehme und bezahle. Vielmehr erstrecken sich die beiderseitigen Verpflichtungen nur auf 20 Waggons.

Anm. 26. f) Dagegen liegt mangels der Bestimmtheit der Preisabrede kein giltiger Vertrag vor, wenn ein Fabrikbesitzer sich verpflichtet, seine Fabrikate an keinen anderen, als den Gegenkontrahenten zu liefern, und der letztere sich verpflichtet, solche Fabrikate von keinem Anderen zu beziehen (Bolze 1 Nr. 897).

Anm. 27. IV. **Einzelne Arten des Kaufs.**

1. **Der sogenannte Baar- oder Handkauf.** Wir können denselben als besondere Art des Kaufs nicht ansehen. Es soll ein Realvertrag sein. Er soll sich, ohne daß obligatorische Verpflichtungen eingegangen werden, im unmittelbaren Austausch der Waare gegen Geld vollziehen. Die praktische Konsequenz dieser Konstruktion soll die sein, daß nicht der Käufer die Zahlung des Kaufpreises, sondern der Verkäufer die Nichtzahlung zu beweisen hat. (Vergl. Endemann II S. 733 ffg.; Dernburg II S. 172). Beispiele hierfür sind die Entnahme von Sachen aus einem Automaten, der Kauf von Postwerthzeichen und Fahrkarten, der Kauf in modernen großen Waarenhäusern. Allein wir können nicht anerkennen, daß hier etwas Anderes vorliegt, als ein ganz gewöhnlicher Kaufvertrag. Es wickelt sich in solchen Fällen nur die Schließung und Erfüllung des Kaufvertrages so schnell ab, daß sie zeitlich zusammenfließen. Aber ihre begriffliche Unterscheidung ist gleichwohl geboten und möglich. Indem der Reisende an den Schalter tritt und ein Billet verlangt, macht er eine Kaufofferte, der Schalterbeamte, der ihm das Billet übergiebt, acceptirt den Antrag und erfüllt das Geschäft zugleich, er acceptirt ihn durch die Erfüllungshandlung. Daß die Beweislast sich beim Baarkauf verschiebt, hat andere Gründe. Dies beruht auf dem Erfahrungssatze, daß in solchen Fällen regelmäßig sofort baar gezahlt wird. Wer einen Thatbestand behauptet, der mit einem anerkannten Erfahrungssatze in Widerspruch steht, den trifft die Beweislast, wie wir dies an anderer Stelle ausgeführt haben (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 58 ffg.).

Anm. 28. 2. **Der Kreditkauf.** Es ist derjenige Kauf, bei welchem der Kaufpreis gestundet wird. Auch dieser hat nichts Besonderes[1]) an sich und wird von uns nur deshalb besonders erwähnt, um im Anschluß hieran die überaus praktische Frage zu erörtern, ob **die Kreditirung auch wieder rückgängig gemacht werden kann.** Im früheren Recht wurde angenommen, daß eine Krediteinräumung einseitig zurückgenommen werden kann, wenn vor der Effektuirung eine Unsicherheit des Kunden eintritt oder bekannt wird (R.O.H. 23 S. 137; R.G. vom 5. März 1884 bei Gruchot 28 S. 890; Bolze 12 Nr. 381; O.L.G. Karlsruhe in Busch Archiv 43 S. 310; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 483; vergl. auch R.G. vom 18. April 1899 in J.W. S. 307; vom 10. April 1899 in J.W S. 312).

Nach dem neuen Recht ist zu unterscheiden:

Anm. 29. a) Hat der Verkäufer noch nicht effektuirt, so greift zunächst § 321 B.G.B. Platz. Derselbe lautet:

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Theiles

---

[1]) Ueber den Fall, daß der kretitirte Kaufpreis durch Wechsel zu begleichen ist, siehe unten Anm. 41.

eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird."

Dieser Paragraph bezieht sich jedoch nur auf den Fall, daß nach Abschluß des Vertrages die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse eintritt.

Wie aber, wenn sie vorher eingetreten und nachher erst bekannt geworden ist? Anm. 30.
Dieser Fall ist mindestens ebenso häufig und wichtig. In diesem Fall greift § 119 Abs. 2 B.G.B. Platz. Danach kann ein Rechtsgeschäft wegen Irrthums angefochten werden, wenn ein Irrthum über solche Eigenschaften der Person vorliegt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, und wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Daß die Kreditwürdigkeit des Käufers eine Eigenschaft der Person ist und eine solche, die beim Kreditgeschäft als wesentlich angesehen wird, hat die Rechtsprechung früher angenommen (R.G. 12 S. 102; 21 S. 312; R.G. vom 19. Mai 1897 in J.W. S. 354; vom 10. April 1899 in J.W. S. 312). Im Anschluß an diese Rechtsprechung und unter Zugrundelegung des § 119 Abs. 2 B.G.B. wird die Anfechtbarkeit wegen Irrthums hier Platz greifen müssen (vergl. Türk bei Gruchot 43 S. 549; Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 478). Mit der Anfechtung der Krediteinräumung fällt aber regelmäßig das ganze Geschäft, da der Käufer regelmäßig geltend machen kann, daß er das Geschäft ohne die Krediteinräumung nicht abgeschlossen haben würde (§ 139 B.G.B.). — So auch Türk a. a. O. — Es müßte denn sein, daß ein Handelsgebrauch angenommen wird, daß in solchem Falle bloß die Kreditzusage angefochten und Baarzahlung oder mindestens Sicherheitsleistung gefordert werden kann. Ein solcher Handelsgebrauch besteht aber unseres Wissens nicht. Die Kaufleute gehen vielmehr nach unseren Erfahrungen von der Anschauung aus, daß sie nicht zu liefern brauchen und frei sind, wenn sie nachträglich erfahren, daß der Käufer insolvent ist. Daß sie erst noch Sicherheitsleistung oder Baarzahlung fordern sollen und dann erst zurücktreten können, wenn diesem Verlangen nicht entsprochen wird, erscheint ihnen als unnöthige Belästigung. Andererseits hat auch der Verkäufer keinen *Anspruch* auf Modifikation der Vertragsbestimmung, also auf sofortige Bezahlung.

Allerdings muß die Insolvenz wirklich vorhanden sein. Es genügt nicht, Anm. 31.
daß schlechte Auskünfte vorliegen. Verläßt sich der Verkäufer auf den Auskunftsertheiler und ficht den Kaufvertrag zu Unrecht an, indem die Auskünfte sich als falsch erweisen, so mag er wegen der Folgen, die ihm aus seinem Verhalten erwachsen, sich an den Auskunftsertheiler halten. Etwas Anderes läßt sich juristisch nicht rechtfertigen.

b) Hatte der Verkäufer bereits effektuirt, so liegt die Sache nicht anders. Die Anfechtung Anm. 32.
der Kreditzusage ergreift das ganze Geschäft und der Gläubiger hat einen präsenten Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten, eventuell auf Wertherſatz (Türk bei Gruchot 43 S. 567).

c) Ein dritter Fall ist der, daß erst nach der Effektuirung eine Stundung des Kaufpreises Anm. 33.
erfolgte. Hier ist die Kreditzusage ein selbstständiges Geschäft und kann selbstständig angefochten werden. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt, daß der Verkäufer nunmehr Baarzahlung verlangen kann.

V. Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage. Anm. 34.

1. **Der Verkäufer hat die Verpflichtung, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigenthum an der Sache zu beschaffen** (§ 433 Abs. 1 B.G.B.).

a) *Er hat dem Käufer die Sache zu übergeben.* Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist erforderlich, daß er dem Käufer den unmittelbaren Besitz, die thatsächliche Gewalt über die Sache verschafft. Auf eine Ersatzübergabe, z. B. auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs oder auf ein constitutum possessorium braucht sich der Käufer nicht einzulassen. Allerdings ersetzen nach §§ 930 und 931 B.G.B. diese beiden Ueber-

tragungsarten die körperliche Uebergabe. Aber damit ist nur gesagt, daß die Parteien es in der Hand haben, auch in dieser Weise das Eigenthum zu übertragen. Es ist damit aber nicht gesagt, daß sich der Erwerber einer Sache stets damit begnügen muß. Andererseits aber ist klar, daß der Käufer, wenn die verkauften Sachen sich im Besitze eines Dritten befinden, die Abtretung des Herausgabeanspruchs verlangen kann (Goldmann und Lilienthal S. 9).

Anm. 35. Sehr üblich ist die Uebergabe durch Dispositionspapier (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein). Diese Papiere übertragen allerdings den Besitz (vergl. Anm. 31 zu § 363). Aber zu begnügen braucht sich der Käufer auch mit dieser Art der Besitzübergabe nicht, doch wird sie häufig vereinbart. (Sie zahlen gegen Konnossement ꝛc.) In diesen überaus häufigen Fällen hat der Verkäufer die Verpflichtung, dem Käufer das Konnossement zu übergeben, um ihn auf diese Weise zum Besitzer (und wo möglich zum Eigenthümer) der Waaren zu machen.

Anm. 36. **Ueber Zeit und Ort der Uebergabe** gelten die allgemeinen Grundsätze über den Erfüllungsort. Vergl. den Exkurs zu § 372, wo auch viele den Kauf betreffende Besonderheiten erörtert sind, insbesondere auch hervorgehoben ist, daß der Verkäufer in vielen Fällen, besonders bei allen Distanzkäufen, die Verpflichtung hat, die Waare dem Käufer zu übersenden, seiner Uebergabepflicht also in der Weise genügen muß, daß er die Waare auf die Reise bringt.

Anm. 37. b) Der Verkäufer hat dem Käufer das Eigenthum zu verschaffen. Er ist also verpflichtet, alle Handlungen vorzunehmen, die im einzelnen Falle zur Eigenthumsbeschaffung sich als nothwendig herausstellen, insbesondere muß er alle diejenigen Erklärungen abgeben und Handlungen vornehmen, die nach dem Gesetze zur Eigenthumsübertragung erforderlich sind. Beim Kauf gegen Dispositionspapier (oben Anm. 35) hat der Verkäufer dem Käufer zum Zwecke der Eigenthumsübertragung das Konnossement zu übertragen. Er hat auch dafür einzustehen, daß der Käufer das Eigenthum erlangt. Dieser Erfolg kann nach den Regeln über den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen auch dann eintreten, wenn der Verkäufer selbst nicht Eigenthümer war und auch nicht mit Zustimmung des Eigenthümers verfügt hat. In den hiernach sehr verminderten Fällen, in denen der Käufer das Eigenthum nicht erlangt, hat ihm der Verkäufer wegen Mangels im Rechte Gewähr zu leisten, und das geschieht nach den Regeln vom Erfüllungsverzug und der Unmöglichkeit der Erfüllung (§ 440 B.G.B.).

Anm. 38. c) Dazu tritt noch die Auskunftspflicht über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufgegenstandes und die Verpflichtung des Verkäufers, die zum Beweise des Rechts dienenden Urkunden dem Käufer auszuliefern (§ 444 B.G.B.). Die Pflicht zur Herausgabe der Dispositionspapiere gehört ebenfalls hierzu, da sie auch Beweisurkunden sind. Sie sind aber außerdem auch Dispositionsurkunden, und deshalb folgt die Pflicht zur Herausgabe derselben schon aus anderen Gründen (oben Anm. 35 und Anm. 37).

Anm. 39. 2. **Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekauften Sachen abzunehmen.**

a) Er hat den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. **Ueber Zeit und Ort der Erfüllung dieser Verpflichtung** und über die Uebersendungspflicht ist von uns bereits im Exkurse zu § 372 ausführlich gehandelt.

Anm. 40. b) Dazu tritt noch die Verpflichtung, den Kaufpreis von dem Zeitpunkte an zu verzinsen, von welchem an ihm die Nutzungen gebühren (§ 452 B.G.B.). Nur dann tritt diese Verpflichtung nicht ein, wenn ihm der Kaufpreis gestundet ist. In diesem Falle tritt die Zinspflicht mit dem Verzuge oder mit der Rechtshängigkeit ein (§§ 288, 291 B.G.B.). Die Höhe der Zinsen ist 4%, außer wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt (vergl. Anm. 10 zu § 352). Außerdem aber ist hier noch daran zu erinnern, daß Kaufleute in ihren beiderseitigen Handelsgeschäften Zinsen (und zwar 5%) schon vom Tage der Fälligkeit einander zu zahlen verpflichtet sind

(§ 353), sodaß, wenn der Kaufpreis fällig ist, ehe dem Käufer die Nutzung der Sache gebührt, z. B. beim Pränumerandokauf, von diesem Augenblicke an Zinsen zu zahlen sind.

c) **Oft wird der Kaufpreis in Wechseln versprochen.** Das Geschäft verliert dadurch den Charakter als Kaufgeschäft nicht. Denn durch den Wechsel soll nur die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises in anderer, strengerer Form verbrieft werden. Wird der Wechsel zur Zeit, wo der Käufer zur Hingabe des Wechsels verpflichtet ist, vom Käufer nicht gegeben, so muß er, wie schon früher angenommen wurde, nunmehr Baarzahlung leisten und zwar an dem Tage, an welchem der Wechsel zu geben war (Bolze 13 Nr. 272; L.G. I Berlin bei Perl und Wreschner 1894 S. 48; O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv Band 8 S. 758). Zu begründen ist diese Anschauung damit, daß in der Stundung des Kaufpreises gegen Wechsel eine bedingte Stundung liegt. Eine glatte Stundung sollte eben nicht bewilligt werden, sondern nur für den Fall, daß der Käufer in Höhe des Kaufpreises Wechsel giebt, damit der Verkäufer in diesen eine größere Sicherheit und ein Mittel habe, um durch Diskontirung des Wechsels sich die Valuta vor dem Ablauf des Ziels zu verschaffen. Durch die Verweigerung der Wechselhingabe fällt die Bedingung der Stundung fort. Anm. 41.

d) **Außerdem hat der Käufer die Verpflichtung, dem Verkäufer die Waare abzunehmen.** Das war früher streitig (vergl. unsere 5. Aufl. § 6 zu Art. 346). Jetzt schreibt es § 433 B.G.B. ausdrücklich vor. Anm. 42.

α) Die Abnahme besteht darin, daß der Käufer die Sache thatsächlich in seine Verfügungsgewalt übernimmt. Beim Kauf gegen Dispositionspapier (Kauf gegen Konnossement ꝛc., vergl. oben Anm. 35) hat der Käufer die entsprechende Verpflichtung, das Papier abzunehmen, um den Verkäufer auf diese Weise vom Besitze der Waare und der Sorge um sie zu befreien. Wenn er diese Pflicht verletzt, so greift § 373 Platz (vergl. Anm. 5 zu § 373).

β) Die Abnahmepflicht besteht auch ohne besonderes Interesse. Anm. 43.

Aber sie setzt voraus, daß die Sache die vertragsmäßige Eigenschaft hat. Letzteres besonders auszusprechen, lag keine Veranlassung vor, da es aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt (vergl. § 294 B.G.B.; Motive II S. 318; Goldmann und Lilienthal S. 45). Damit ist aber nicht gesagt, daß der Käufer die Waare nach der Abnahme nicht mehr zurückweisen könnte. Der § 377 ist vielmehr dahin aufzufassen, daß der Käufer wohl berechtigt ist, die Waare vorläufig in seine Verfügungsgewalt zu nehmen, um sie auf ihre Beschaffenheit zu prüfen. Er muß dies nur sofort nach der Ablieferung thun.

Die Abnahmepflicht des Käufers wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß der Verkäufer nachträglich die Waare anderweit veräußert, wenn er nur im Stande ist, Waare gleicher Gattung zu liefern (R.O.H. 2 S. 410). Nur dann liegt die Sache anders, wenn die Waare eine species geworden ist. Durch bloße Ausscheidung wird sie dies aber nach den Anschauungen des B.G.B. nicht; es kann vielmehr nur in Frage kommen, ob sie es vielleicht dadurch wird, daß der Verkäufer seinerseits alles gethan, um den Vertrag zu erfüllen. Denn für diesen Fall bestimmt § 243 Abs. 2 B.G.B., daß das Schuldverhältniß sich auf die betreffende Sache beschränkt. Allein diese allgemeine Vorschrift erleidet beim Kauf Modifikationen. Wie hier dem Käufer das Recht gegeben ist, statt einer fehlerhaft gelieferten Sache eine fehlerfreie zu verlangen (§ 480 B.G.B.), so erfordert es die Gerechtigkeit und es ergiebt sich aus der hier zu Tage tretenden Anschauung des Gesetzgebers, daß auch der Verkäufer den Vertrag noch nachträglich zu erfüllen in der Lage ist, wenn er statt der ursprünglich angebotenen Sache Waare gleicher Gattung liefert, ehe die erstere dem Käufer übergeben ist. (Vergl. Planck Anm. 4 zu § 243 B.G.B.; Schollmeyer Anm. 6c zu § 243 B.G.B.). Daß sich das Schuldverhältniß auf die einmal angebotene Sache beschränkt, hat mehr Bedeutung für die Frage nach dem Uebergang der Gefahr. Nur wenn nach dem Inhalt des Vertrages die einmal angebotene Sache in aller und jeder Beziehung eine species werden sollte, liegt die Sache anders Anm. 44.

(R.O.H. 7 S. 284). In diesem Falle kann aber auch der Käufer nicht andere Waare verlangen.

Anm. 45. γ) Die Zeit der Abnahme. Wenn keine besondere Zeit vereinbart ist, so muß sofort abgenommen werden (§ 271 B.G.B., von uns erläutert in Anm. 1 ffg. im Exkurse zu § 359). Hier ist noch hinzuzufügen, daß sich die Abnahmepflicht nach der vernünftigen Berücksichtigung des Geschäftsganges richtet (R.O.H. 13 S. 366), weshalb auch dann, wenn nach der Absicht der Kontrahenten ein längerer Zeitraum für die Abnahme der Waare belassen wird, die Abnahme doch nicht beliebig hinausgeschoben werden kann (Bolze 16 Nr. 414). Ueber Abnahme nach Bedarf siehe oben Anm. 25. Persönliche Behinderungen aber (Krankheit, Abwesenheit, Mangel an Raum) entschuldigen nicht.

Anm. 46. δ) Erfüllungsort für die Abnahmepflicht. Nach § 269 B.G.B. hat der Schuldner dort zu erfüllen, wo er zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz bezw. seine gewerbliche Niederlassung hat. Diese Vorschrift kann hier nicht strikt durchgeführt werden. Vielmehr ist, was ebenfalls § 269 B.G.B. vorschreibt, auf die Natur der Sache zurückzugehen. Die Abnahmepflicht des Käufers ist nämlich das natürliche Korrelat der Ablieferungspflicht des Verkäufers. Die Ablieferung ist derjenige Akt, durch welchen der Verkäufer den Käufer in die Lage versetzt oder versetzen läßt, die Waare in seine Verfügungsgewalt zu übernehmen, und der Käufer sie übernimmt. Wo die Ablieferung zu erfolgen hat, dort kann naturgemäß auch nur die Abnahme erfolgen und dort muß demzufolge die Abnahmepflicht erfüllt werden. Hat also der Verkäufer keine Uebersendungspflicht, dann hat der Käufer dort abzunehmen, wo der Verkäufer zu übergeben hat. Hat aber der Verkäufer die Uebersendungspflicht, so hat er eben die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß dem Käufer am Bestimmungsorte der Waare Gelegenheit gegeben wird, die Waare in seine Verfügungsgewalt zu übernehmen. Dann hat dieser die Waare dort zu übernehmen. Dieser Bestimmungsort ist natürlich nicht immer der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Käufers. Der Ablieferungs- oder Bestimmungsort sind von diesem Ort oft verschieden (vergl. über diese Anschauung R.G. vom 18. November 1899 bei Holdheim 9 S. 51 und in J.W. 1900 S. 12; ferner Anm. 31 im Exkurse zu § 372).

Hiernach richtet sich der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers.

Anm. 47. Durch den Verzug des Schuldners aber ändert sich der Erfüllungsort nicht. Also ändert sich auch durch die Abnahmeverzögerung oder Verweigerung des Käufers nicht der Erfüllungsort für die Abnahmepflicht des Käufers, insbesondere auch dadurch nicht, daß der Käufer die Waare zurückgehen läßt (vergl. hierüber Anm. 19 im Exkurse zu § 372).

Anm. 48. Hiernach richtet sich auch der Gerichtsstand für die Klage auf Abnahme, soweit derselbe auf § 29 C.P.O. gestützt wird.

Anm. 49. VI. **Ueber den Verzug des Käufers und des Verkäufers.** Hierüber kann an dieser Stelle nicht gehandelt werden. Ueber den Verzug des Käufers mit der Annahme siehe § 373, über den Verzug des Verkäufers mit der Lieferung und des Käufers mit der Zahlung siehe Exkurs zu § 374.

Anm. 50. VII. **Prozessuale Fragen.**
(Antrag und Tenor; Gerichtsstand; Beweislast.)

1. **Die Klage des Verkäufers auf Zahlung.** Zur Begründung der Klage des Verkäufers auf Zahlung gehört nicht die Behauptung, daß der Verkäufer die Waare geliefert hat. Ein Versäumnißurtheil kann daher ergehen, auch wenn in der Klage diese Behauptung fehlt. Im Urkundenprozesse kann geklagt werden auf Grund einer Urkunde, aus welcher hervorgeht, daß der Käufer sich nur gegen Lieferung der Waare zur Zahlung verpflichtet. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, geltend zu machen, daß der Verkäufer seinerseits noch nicht erfüllt habe (§ 320 B.G.B.). Gleichwohl ist vorauszusehen, daß man allgemein der früheren

Gepflogenheit treu bleiben und in die Klagebegründung die Frage der Erfüllung durch den Verkäufer aufnehmen wird. Die Beweislast, daß er seinerseits erfüllt habe, hat der Verkäufer. Daran ist nicht zu zweifeln (Oertmann Anm. 2 zu § 322 B.G.B.; Dernburg II S. 204; vergl. auch §§ 345 und 358 B.G.B.).

Aber wenn der Verkäufer auch nicht beweisen will oder nicht beweisen kann, daß er erfüllt hat, so ist die Folge nicht die Abweisung der Klage, sondern lediglich die Verurtheilung des Käufers zur Zahlung Zug um Zug gegen die Lieferung der Waare (§ 322 B.G.B.). Diese Konstellation hat nur auf den Kostenpunkt Einfluß. Anm. 51.

Alles dies gilt auch dann, wenn der auf Zahlung verklagte Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge ist. Auch dann kann er einwenden, daß der Verkäufer nicht erfüllt habe, und beanspruchen, daß er nur Zug um Zug gegen Lieferung der Waare zur Zahlung verurtheilt werde. Der Verkäufer kann nicht repliziren, daß der Käufer ja selbst schuld daran sei, daß der Verkäufer seiner Ablieferungspflicht nicht habe genügen können. Denn einmal gehört zum Annahmeverzuge kein Verschulden. Aber auch wenn der Käufer im schuldhaften Annahmeverzuge ist, so wird doch durch den Verzug des Gläubigers — und hier ist der Käufer der Gläubiger; er hat die Waare zu fordern und befindet sich damit im Annahmeverzuge — die Leistungspflicht des Schuldners nicht alterirt. Der Schuldner (hier der Verkäufer) bleibt verpflichtet, die Leistung zu bewirken; er kann nur die Kosten des vergeblichen ersten Angebots ersetzt verlangen (§ 304 B.G.B.). Und bewirkt ist doch die Leistung in solchem Falle nicht, mag auch der Gläubiger es verschuldet haben, daß sie noch nicht bewirkt ist (§ 322 B.G.B., besonders auch § 322 Abs. 2 B.G.B.; Schollmeyer Anm. 3 zu § 323 B.G.B.; Dernburg II S. 204; auch Begründung der Novelle von 1898 zu § 664, jetzt § 726 C.P.O.). (— Anders natürlich, wenn der Verkäufer von den Rechten aus § 373 oder von seinen sonstigen Rechten auf Grund des Annahmeverzugs Gebrauch gemacht hat. Hat er die Waare hinterlegt oder verkauft, so kann er nunmehr glatt auf Zahlung klagen. Nicht zu verwechseln damit ist der Fall, daß der Käufer die von ihm zurückgewiesene Waare zur Verfügung des Verkäufers bei einem Dritten hinterlegt hat. Hier muß auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Waare geklagt werden —). Anm. 52.

Ist nun ein Urtheil auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung ergangen, so ist zwar die Vollstreckungsklausel ohne den Nachweis zu ertheilen, daß der Verkäufer die Waare inzwischen geliefert hat oder daß der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge ist (§ 726 C.P.O.). Aber der Gerichtsvollzieher darf auf Grnud eines solchen Urtheils nur dann mit Zwangsvollstreckung vorgehen, wenn er mindestens gleichzeitig dem Käufer die Waare anbietet, es sei denn, daß der Käufer mit der Annahme im Verzuge ist (§ 322 Abs. 3 B.G.B.). Dies muß der Verkäufer dem Vollstreckungsbeamten nachweisen, der Verkäufer muß ihm durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden den Beweis erbringen, daß er dem Käufer die Waare bereits geliefert oder der Käufer im Annahmeverzuge ist (§ 756 C.P.O.). Ebenso darf das Vollstreckungsgericht keinen Vollstreckungsakt vornehmen, wenn ihm nicht der letztere Nachweis geführt ist, was auch durch das Protokoll eines Gerichtsvollziehers geschehen kann (§ 765 C.P.O.). Es genügt allerdings, daß der Annahmeverzug schon vor dem Urtheil eingetreten ist, es ist nicht etwa ein neuer nach dem Urtheil eingetretener Annahmeverzug erforderlich. Dies ergiebt sich aus den Vorschriften des B.G.B. deutlich und außerdem aus der Begründung zur Novelle zur C.P.O. vom 17. Mai 1898 zu § 726 C.P.O. Immerhin ist durch diese Vorschriften die Stellung des Verkäufers sehr erschwert. Der Verkäufer muß hiernach noch einmal durch den Gerichtsvollzieher die Waare so anbieten lassen, daß der Käufer in Annahmeverzug kommt, oder aber er muß durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen, daß der Käufer von ihm selbst schon einmal in Annahmeverzug gesetzt worden ist. Der letztere Nachweis wird oft sehr schwer sein. Man denke an den Fall, daß der Käufer dem Verkäufer persönlich erklärt hat, er werde die Waare nicht abnehmen und der Verkäufer dem Käufer in Folge dessen die Waare nur wörtlich angeboten hat (§ 295 B.G.B.). Geschah das unter vier Augen, wie soll dieser Vorgang durch öffentlich beglaubigte Urkunden nach- Anm. 53.

träglich bewiesen werden? Und wenn es nicht bewiesen werden kann, dann bleibt dem Verkäufer in solchem Falle nichts übrig, als nunmehr realiter anzubieten. Er wird also durch die Formalvorschriften der C.P.O. zu einer Rechtshandlung gezwungen, von welcher ihn das materielle Recht befreit. Oder: Der Käufer hat die Sachen abzuholen. Wie soll da durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden, daß der Käufer noch nicht abgeholt hat? Hier bleibt, wenn dieser Nachweis nicht erbracht werden kann, nichts übrig, als durch den Gerichtsvollzieher ein Realangebot vorzunehmen, obwohl nach materiellem Recht ein solches nicht erforderlich ist (§ 295 B.G.B.). Gemildert können diese Normalvorschriften nur durch eine weite Ausdehnung des Begriffs öffentliche Urkunden werden. Es wird den Gerichtsvollziehern und den Vollstreckungsgerichten genügen müssen, wenn durch öffentlich beglaubigte eidesstattliche Versicherungen des Verkäufers oder seiner Angestellten jene Verzugsthatsachen dargethan werden. Unter den Begriff der Urkunden nach §§ 415 und 416 C.P.O. fallen sie. Ferner muß eine im Urtheil erfolgte Feststellung des Annahmeverzuges genügen (so auch Begründung zur Civilprozeßnovelle vom 17. Mai 1898 zu § 726 C.P.O.).

Anm. 54. Der Gerichtsstand der Klage auf Zahlung ist außer dem allgemeinen Gerichtsstand des Käufers der des Erfüllungsortes für die Zahlung. Hierüber siehe im Exkurse zu § 372. Durch den Verzug ändert sich der Erfüllungsort nicht, also auch nicht der Gerichtsstand (R.O.H. 8 S. 84). Vergl. Anm. 19 im Exkurse zu § 372.

Anm. 55. 2. **Ueber die Klage des Verkäufers auf Abnahme** ist oben Anm. 42 ffg. gehandelt.

Die Zwangsvollstreckung aus dem auf Abnahme lautenden Urtheile erfolgt nach § 887 C.P.O. (Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen).

Will der Verkäufer auf Abnahme und Zahlung klagen, so beantragt er, zu erkennen, daß Beklagter schuldig:

1. die Waare abzunehmen;
2. Zug um Zug gegen Lieferung der Waare den Kaufpreis zu zahlen.

Jeder Theil dieses Tenors ist für sich allein vollstreckbar, ersterer nach Anm. 55, letzterer nach Anm. 53.

Anm. 56. 3. **Die Klage des Käufers auf Lieferung** anlangend, so ist auf die Ausführungen oben Anm. 50 ffg. hinzuweisen. Was dort für die Klage des Verkäufers gilt (Einwand des Schuldners, daß der Gläubiger nicht erfüllt habe; Verurtheilung Zug um Zug; Vollstreckung eines solchen Urtheils) gilt auch hier.

Die Vollstreckung eines Urtheils auf Lieferung von Waaren, die der Gattung nach bestimmt sind, erfolgt nach § 884 C.P.O. (Wegnahme solcher Sachen). — Vergl. R.G. 36 S. 372. —

Anm. 57. VIII. **Fragen der Beweislast.**

1. Den Abschluß des Kaufvertrages hat derjenige zu beweisen, der Rechte daraus herleitet.

a) Wird streitig, ob derjenige, der verhandelt hat, für sich oder als Vertreter eines Anderen gehandelt hat, so vergleiche wegen der Beweislast Anm. 4 im Exkurse zu § 58. Um auszudrücken, daß man im Namen eines Anderen handle, gebraucht die Geschäftswelt häufig die Worte: „Für Rechnung des Herrn X." Zwar besteht gerade ein juristischer Gegensatz in dem Handeln für Rechnung und in dem Handeln im Namen eines Andern (R.G. 35 S. 41). Allein wenn die Geschäftsleute diesen Ausdruck gebrauchen, so wollen sie damit sagen, daß das eigene Konto, die eigene Rechnung aus solchen Geschäften weder haften, noch Vortheile treffen sollen.

b) Ueber die Frage, wer zu beweisen hat, wenn der angemessene Kaufpreis gefordert ist, siehe Anm. 32 in unserer Allgemeinen Einleitung.

Anm. 58. 2. **Die Erfüllung des Vertrages hat der zu beweisen,** der Rechte daraus herleitet. (Vergl. oben Anm. 50). Der Erfüllung des Vertrages hat der Verpflichtete auch dann zu beweisen, wenn an die Nichterfüllung des Vertrages eine Vertragsstrafe oder ein Rücktrittsrecht geknüpft ist und er behauptet, er habe erfüllt (§§ 345, 358, 542 Abs. 3 B.G.B.; R.G. 41 S. 220; anders nur, wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht).

Daß vollständig geliefert ist, hat also der Verkäufer zu beweisen. Hat aber der Käufer die Waare als Erfüllung angenommen, so ändert sich die Beweislast (§ 363 B.G.B.). Dann muß der Käufer die Unvollständigkeit beweisen. So z. B. bei einem Manko. Hier gilt dies insbesondere dann, wenn die Waare ohne Anstand angenommen und der Geschäftsverkehr fortgesetzt ist, während ein Verzicht auf die Quantitätsrüge darin nicht ohne Weiteres erblickt werden kann (R.O.H. 15 S. 304; Bolze 8 Nr. 486; 15 Nr. 372; vergl. R.G. 20 S. 5).

3. Wegen der Beweislast beim Streite, ob gehörig oder mangelhaft geliefert ist, siehe zu § 377. Anm. 59.

4. Ein eingewendetes Ziel hat der zu beweisen, der es behauptet (vergl. Anm. 33 ffg. in unserer Allgemeinen Einleitung). Vergl. dazu noch R.G. 42 S. 157 („Es kann nicht zweifelhaft sein, daß gegenüber der gesetzlichen Regel der Kläger für die Vereinbarung einer Ausnahme beweispflichtig ist"). Anm. 60.

IX. **Uebergangsfragen.** Anm. 61.

Diese sind hier einfach und mit Sicherheit zu entscheiden. Denn auf alte Schuldverhältnisse findet nach Art. 170 E.G. zum B.G.B. das alte Recht Anwendung. Ist also der Kaufvertrag vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossen worden, so findet auf ihn das alte Recht Anwendung. Nach altem Recht entscheidet sich also der Inhalt der Verpflichtung, insbesondere auch nach den Voraussetzungen und den Wirkungen des Verzuges. Die Behauptung, daß der Verzug ein selbstständiges Schuldverhältniß sei, auf die Wirkungen des Verzuges also das neue Recht Anwendung finde, ist völlig verfehlt (vergl. hierzu Staub in der Deutschen Juristen-Zeitung Band 5 S. 126; Hölder ebenda S. 101).

§ 373.

Ist der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge, so kann der Verkäufer die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise hinterlegen.

Er ist ferner befugt, nach vorgängiger Androhung die Waare öffentlich versteigern zu lassen; er kann, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, nach vorgängiger Androhung den Verkauf auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken. Ist die Waare dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge, so bedarf es der vorgängigen Androhung nicht; dasselbe gilt, wenn die Androhung aus anderen Gründen unthunlich ist.

Der Selbsthülfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers.

Der Verkäufer und der Käufer können bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten.

Im Falle der öffentlichen Versteigerung hat der Verkäufer den Käufer von der Zeit und dem Orte der Versteigerung vorher zu benachrichtigen; von dem vollzogenen Verkaufe hat er bei jeder Art des Verkaufs dem Käufer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Benachrichtigungen dürfen unterbleiben, wenn sie unthunlich sind.

Der Annahmeverzug des Käufers.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Annahmeverzug des Käufers. Der Käufer ist hinsichtlich der Waare sowohl Gläubiger als Schuldner. Er hat sie zu fordern, er hat sie aber auch abzunehmen. In beiden Beziehungen kann er in Verzug gerathen. In dem vor- Einleitung.

liegenden Paragraphen handelt es sich nun nicht um den Verzug des Käufers in seiner Eigenschaft als Abnahmeverpflichteter, sondern in seiner Eigenschaft als Forderungsberechtigter. Der Paragraph behandelt den Fall, daß dem Käufer die Lieferung der Waare angeboten wird und er im Verzuge mit der Annahme ist. Es handelt sich um den Annahmeverzug, nicht um den Abnahmeverzug des Käufers (über den Abnahmeverzug des Käufers siehe unten Anm. 2 zu § 374). Noch weniger handelt es sich um den Zahlungverzug des Käufers. Aus diesem letzteren Grunde ist der vorliegende Paragraph auch minder wichtig. Der frühere Art. 343, der ebenfalls den Annahmeverzug behandelte, kam weniger um seiner selbst willen in Betracht, als deshalb, weil die Vorschriften des Art. 343 von dem Verkäufer auch dann zu beobachten waren, wenn er wegen des Zahlungsverzuges des Käufers Schadenersatz wegen Nichterfüllung wählte. Das fällt jetzt weg (vergl. den Exkurs zu § 374).

Im Falle des Annahmeverzuges des Käufers als Gläubigers der Waare muß dem Verkäufer die Möglichkeit gewährt werden, sich der Waare zu entledigen. Diese Möglichkeit und lediglich diese regelt der vorliegende Paragraph.

Anm. 1. I. **Voraussetzung ist, daß der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge ist.**

1. Erfordernisse des Annahmeverzuges.

a) Die Annahmepflicht und die Abnahmepflicht sind natürlich in ihrem Wesen, ihrer äußeren Erscheinung gleich. Der Käufer genügt seiner Annahmepflicht in derselben Weise, wie seiner Abnahmepflicht: durch Uebernahme der Sachen in seine Verfügungsgewalt. Er ist also mit der Annahme im Verzuge, wenn er die Waare nicht rechtzeitig zu eigener Verfügung übernimmt. Hat der Käufer die Waare vom Verkäufer abzuholen, so kommt er mit der Annahme der Waare in Verzug, wenn er dieser Abholungspflicht nicht rechtzeitig genügt. Hat der Verkäufer die Waare dem Käufer zu übersenden, so kommt er in Annahmeverzug, wenn er die Waare, die ihm am Bestimmungsort zur Ablieferung angeboten ist, dem Verkäufer oder der Transportperson nicht abnimmt, wenn er z. B. die Abnahme von der Bahnverwaltung verweigert (R.O.H. 9 S. 77; R.G. in G.Z. 26 S. 565).

Anm. 2. Ein Annahmeverzug im Sinne des vorliegendenden Paragraphen liegt nicht vor, wenn der Verkäufer die Waare bereits durch Willenserklärung dem Käufer übergeben und sie durch ein besonderes Rechtsverhältniß nunmehr für den Käufer in Besitz genommen hat (constitutum possessorium, § 930 B.G.B.). Wenn der Käufer sich nunmehr weigert, dem Verkäufer die Sache abzunehmen, so muß der Verkäufer auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses vorgehen, die Rechte aus dem vorliegenden Paragraphen stehen ihm aber nicht zu.

Anm. 3. Ein Annahmeverzug liegt auch dann vor, wenn der Käufer die Waare zwar in seine Gewahrsam nehmen will, aber unter der gleichzeitigen Erklärung der Ablehnung der Waare und mit dem Vorbehalt, daß die Waare für Rechnung und Gefahr des Verkäufers bei ihm lagern solle. Denn dann ist der Verkäufer der Sorge um die Aufbewahrung nicht ledig und die Verfügungsgewalt ist nicht auf den Käufer übergegangen (vergl. Bolze 5 Nr. 652).

Anm. 4. Desgleichen liegt ein Annahmeverzug im Sinne des vorliegenden Paragraphen dann vor, wenn der Käufer zwar die Waare zunächst angenommen, nach erfolgter Untersuchung aber bei einem Dritten niedergelegt hat. Die Frage ist allerdings zweifelhaft und auch von uns früher anders beantwortet worden (siehe auch R.G. vom 17. Febr. 1898 in J.W. 1899 S. 101, 102; dagegen Harnier in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 110 und 194; Huch ebenda S. 233). Allein bei näherer Erwägung kommen wir zu dem Ergebnisse, daß der vorliegende Paragraph auch in diesem Falle Platz greift. Zwar hat der Käufer in solchem Falle die Waare zunächst angenommen, er hat aber seiner Annahmepflicht nicht voll genügt, nicht in dem Sinne des Vertrages und des Gesetzes. Denn die Pflicht, die Waare anzunehmen (und bezw. abzunehmen) ist dahin zu deuten, daß er sie endgiltig abnimmt, nicht bloß vorläufig, vorübergehend, um sie zu untersuchen und zu prüfen, sondern endgiltig; er muß sie also auch behalten wollen. Sonst wird der Verkäufer von der Sorge um die Aufbewahrung

doch nicht frei und die Möglichkeit, sich dieser Sorge zu entledigen, muß ihm gewährt werden.

Das Gleiche wird gelten müssen, wenn der Käufer die Waare nach geschehener Anm. 5.
Uebernahme in seine Gewahrsam prüft, dem Verkäufer zur Verfügung stellt und sie in seiner Gewahrsam zur Verfügung des Verkäufers behält. Auch in diesem Falle liegt keine defininitive Annahme vor. Der Verkaufer wird in solchem Falle im Wege einstweiliger Verfügung die Waare herausverlangen können, wenn sie ihm der Käufer zur Verfügung stellt, sich aber dieser Erklärung zuwider weigert, sie herauszugeben.

Ein Annahmeverzug liegt endlich auch dann vor, wenn er zwar die Waare annehmen will, zugleich aber den fälligen und vom Verkäufer geforderten Kaufpreis nicht anbietet (§ 298 B.G.B.).

Liegt ein Kauf gegen Dispositionspapier (Kauf gegen Konnossement ꝛc.) vor, so liegt Annahmeverzug im Sinne des vorliegenden Paragraphen auch dann vor, wenn der Käufer sich weigert, das Dispositionspapier anzunehmen (vergl. hierüber unten Anm. 28).

b) Verzug in der Annahme muß vorliegen.

α) Zum Verzuge gehört hier nicht Verschulden. Zum Gläubigerverzuge gehört Anm. 6.
nach dem B.G.B. kein Verschulden, und hier handelt es sich ja um Gläubigerverzug (siehe die Einleitung). Der Käufer kann sich also hier nicht damit entschuldigen, daß er die Annahme nicht bewirkt in Folge von Umständen, die er nicht zu vertreten hat. Der Käufer kommt also auch dann in Verzug, wenn er in Folge entschuldbarer Unkenntniß oder Krankheit die Annahme nicht bewirkt. Wenn aber für die Lieferung eine Zeit nicht bestimmt ist oder wenn der Verkäufer berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu liefern, so kommt der Käufer nicht in Verzug, wenn er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Waare verhindert ist, es sei denn, daß der Verkäufer ihm eine angemessene Zeit vorher die Lieferung angekündigt hat (§ 299 B.G.B.).

Aus welchen Gründen die Annahme verweigert wird, ist gleichgiltig: ob Anm. 7
etwa der Käufer glaubt, die Annahme zurückweisen zu dürfen, weil die Lieferung zu spät oder nicht in gehöriger Beschaffenheit erfolgt sei oder weil er den Kaufvertrag überhaupt bestreitet (Bolze 18 Nr. 459). Auch die Erklärung des Käufers, er werde die Waare in späterer Zeit sicher abnehmen, ist unerheblich, wenn die Abnahme schon jetzt erfolgen soll (R.G. 8 S. 22). Auch das ist gleichgiltig, ob die Waare dem Verkäufer wirklich lästig fällt; es ist nicht der Gegenbeweis zulässig, daß der Verkäufer kein Interesse daran hat, die Gewahrsam der Sache los zu werden (R.G. 5 S. 64)).

β) Wohl aber gehört zum Verzuge, daß der Verkäufer bereit und im Anm. 8.
Stande ist, die Leistung zu bewirken.

αα) Er muß bereit sein, die Leistung zu bewirken. Seine Erfüllungsbereitschaft muß der Verkäufer regelmäßig dadurch darthun, daß er thatsächlich anbietet (Realoblation). Aber ein wörtliches Angebot genügt dann, wenn der Käufer ihm erklärt hat, daß er die Waare nicht annehmen werde (siehe über diesen Fall noch unten Anm. 10), oder wenn zur Bewirkung der dem Verkäufer obliegenden Erfüllungshandlung eine Handlung (also eine Mitwirkung) des Käufers erforderlich ist. Im letzteren Falle, also wenn die Mitwirkung des Käufers zur Bewirkung der Erfüllung des Verkäufer erforderlich ist, kann statt des wörtlichen Angebots auch die Aufforderung an den Käufer erfolgen, die erforderliche Mitwirkung vorzunehmen. Eine solche Aufforderung steht dem wörtlichen Angebot der Leistung gleich (§ 295 B.G.B.). Als Fall, daß eine Mitwirkung des Käufers erforderlich ist, um die Erfüllung des Gläubigers zu bewirken, ist vom Gesetze besonders hervorgehoben der Fall, daß der Käufer die Waare abzuholen hat (§ 295 B.G.B.). Ein anderer Fall ist der, daß der Käufer Absendungsorder zu geben hat (vergl. nach früherem Recht R.G. 10 S. 97; Bolze 2 Nr. 1011 und 1016; 5 Nr. 674). Ein weiterer Fall ist der, daß der Käufer zu spezifiziren

hat. Doch darüber siehe § 375. Der Fall liegt aber auch dann vor, wenn es geschäftswidrig ist, die Waare aus einem größeren Vorrath eher auszuscheiden, als unmittelbar vor der Annahme, z. B. bei Kohlen, die zu fördern sind (R.O.H. 21 S. 74; Bolze 19 Nr. 575).

Anm. 9. Weder des thatsächlichen, noch des wörtlichen Angebots bedarf es, wenn der Käufer die ihm obliegende Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt, obgleich für dieselbe ein Kalendertag oder ein auf Grund einer Kündigung zu berechnender Kalendertag bestimmt ist (§ 296 B.G.B.).

Anm. 10. Für den Fall, daß der Käufer im Voraus erklärt, er werde die Waare nicht annehmen, wird der Verkäufer, wie erwähnt, von der thatsächlichen Anbietung der Waare frei, ebenso, wenn der Käufer während des Transports oder nach Ankunft der Waare am Bestimmungsorte jene Erklärung abgiebt. Eine solche Erklärung überhebt den Verkäufer weiterer Maßnahmen zum Zwecke thatsächlichen Angebots (R.O.H. 16 S. 421; 18 S. 336), nicht aber der Pflicht zum wörtlichen Angebot, nicht des wirklichen Erfüllungsvermögens (siehe unten Anm. 12), nicht der Pflicht, bis zum Annahmetermin zu warten (R.O.H. 10 S. 282); und endlich nicht der Pflicht, die Androhung des Selbsthilfeverkaufs nach Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen zu bewirken, wenn dieser Weg gewählt wird (R.G. 1 S. 310).

Anm. 11. Angeboten muß die Waare so werden, wie sie zu liefern ist (§ 294 B.G.B.), in Folge dessen die ganze fällige Waare, da der Verkäufer zu Theilleistungen nicht berechtigt ist (R.O.H. 16 S. 314; § 266 B.G.B.). Vergl. unten Anm. 29.

Anm. 12. ββ) Der Verkäufer muß im Stande sein, die Waare zu liefern. Ist der Verkäufer dazu nicht im Stande zur Zeit des Angebots oder zur Zeit, wo der Käufer kalendermäßig mitzuwirken hätte bei der Erfüllungshandlung des Verkäufers (vergl. oben Anm. 9), so kommt der Käufer nicht in Annahmeverzug (§ 297 B.G.B.). Die Lieferungsmöglichkeit ist nur dann vorhanden, wenn sich die Waare zu der kritischen Zeit im Besitze des Verkäufers befand oder wenigstens zu seiner Verfügung stand. Eine Versteigerung derart, daß die Lieferung an den Ersteher versprochen wird, ist deshalb ungiltig (Bolze 14 Nr. 426). Zur Verfügung des Verkäufers steht die Waare auch dann, wenn ein Dritter sie zu seiner Verfügung hält, wozu im Allgemeinen ein Vertragsanspruch auf Lieferung genügt (R.G. 29 S. 66, 34 S. 98; Bolze 14 Nr. 449c); z. B. wenn die Waare beim Lieferungsverpflichteten abgerufen, d. h. abgefordert und von diesem ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen zur Verfügung gestellt worden ist (R.G. 33 S. 97), jedoch dann nicht, wenn der Abnahme beim Dritten Hindernisse im Wege stehen, z. B. wenn der Verkäufer die Waare nur gegen Baarzahlung abnehmen konnte und ihm die Mittel hierzu nicht zur Verfügung standen (Bolze 14 Nr. 449c); oder wenn der Dritte die Waare nicht vorräthig hatte (R.G. 33 S. 95, 97; vergl. R.G. 34 S. 100). Der Umstand allein aber, daß die Waare nur gegen Baarzahlung zur Verfügung steht, ist kein solches Hinderniß, es sei denn, daß der Empfangsberechtigte zu solcher nicht im Stande ist (Bolze 15 Nr. 356).

Anm. 13. 2. Nur der Annahmeverzug entscheidet; ob außerdem Zahlungsverzug vorliegt, ist gleichgiltig. Die Folgen des Zahlungsverzuges sind hier nicht behandelt. Sie werden von uns im Exkurse zu § 374 behandelt. Aus dem dort Gesagten geht allerdings hervor, daß der Verkäufer auch wegen des Zahlungsverzuges die Waare versteigern kann. Nur sind, wenn die Versteigerung aus diesem Anlaß vorgenommen wird, die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen nicht strikt anwendbar.

Der vorliegende Paragraph kommt hiernach auch dann zur Anwendung, wenn Zahlungsverzug überhaupt nicht vorliegt, wenn also der Kaufpreis erst später zu zahlen ist oder schon gezahlt ist (R.O.H. 23 S. 189; R.G. 5 S. 63; 8 S. 22).

3. Die Beweislast. Daß der Gläubiger in Verzug gekommen sei, hat im Allgemeinen Anm. 14.
der Schuldner zu beweisen, der aus dem Gläubigerverzuge Rechte für sich herleitet. Der Verkäufer hat also, wenn er von dem Rechte des vorliegenden Paragraphen Gebrauch machen will, zu beweisen, daß der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge ist; daß er also berechtigt war, dem Käufer die Lieferung der Waare anzubieten, der Käufer aber die Annahme der Waare trotz gehörigen Angebots abgelehnt hat oder trotz des Ablaufs des für seine Mitwirkungshandlung bestimmten Termins die Handlung nicht vorgenommen hat. Dagegen ist aus der Fassung des § 297 BGB. zu entnehmen, daß der Käufer zu beweisen hat, wenn er behauptet, daß er trotz alledem nicht in Verzug gerathen sei, weil der Verkäufer nicht im Stande war, die Waare zu liefern (so auch Schollmeyer Anm. 1 zu § 297 B.G.B).

4. Fehlen die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen, so ist der Anm. 15.
Selbsthilfeverkauf gesetzlich unzulässig und der Käufer braucht den gleichwohl geschehenen Selbsthilfeverkauf nicht gegen sich gelten zu lassen (R.O.H. 13 S. 58), aber auch der Verkäufer nicht. Daß der Selbsthilfeverkauf als nicht geschehen gelte, kann man nicht gut sagen. Denn er ist eben doch geschehen, die Waare ist verkauft. Welche Folgen dies auf die Rechte und Pflichten der Kontrahenten hat, kann in einer zusammenfassenden Formel nicht gesagt werden. Unter Umständen hat sich dadurch der Verkäufer selbst in die Unmöglichkeit versetzt, den Vertrag zu erfüllen. So z. B., wenn ein Dritter die versteigerten Waaren gekauft und verbraucht hat. Wenn die Waare eine species ist oder nach § 243 Abs. 2 B.G.B. geworden ist, so treten dadurch diejenigen Folgen ein, die immer eintreten, wenn der eine Theil in Folge eines Umstandes nicht erfüllen kann, den er zu vertreten hat (§ 325 B.G.B.). Das wird wohl der regelmäßige Fall sein. Denn der Verzug des Gläubigers tritt ja nur ein, wenn der Schuldner die Leistung angeboten hat und so angeboten hat, wie sie zu bewirken ist. Er muß also seinerseits alles gethan haben, was zur Leistung der Sachen erforderlich ist. Dadurch aber wird die Gattungsschuld nach § 243 Abs. 2 B.G.B. in eine Speciesschuld umgewandelt, und wer sich schuldhaft außer Stande setzt, die geschuldete Species zu leisten, befindet sich in schuldhafter Erfüllungsunmöglichkeit. Freilich kann der Fall auch anders liegen. Es kann der Verkäufer die Waare z. B. der Vorsicht wegen selbst erstanden haben (vergl. unten Anm. 26) und auf diese Weise noch in der Lage sein, sie zu liefern. Alsdann kann er, wenn der Käufer den Selbsthilfeverkauf bemängelt, die Waare nochmals anbieten und eventuell versteigern lassen (R.O.H. 23 S. 84; R.G. 32 S. 63; Bolze 22 Nr. 443). Auch dann ist das der Fall, wenn der Käufer kein Interesse daran hat, daß ihm gerade die zu Unrecht versteigerte Waare geliefert wird (vergl. oben Anm. 44 im Exkurse vor 373). Beim Fehlen der Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen kann aber auch der Prozeßrichter durch einstweilige Verfügung die Niederlegung oder Versteigerung anordnen (Bolze 15 Nr. 708).

II. **Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen greifen die beiden Möglichkeiten Platz, sich der Waare zu entledigen:** Niederlegung und Selbsthilfeverkauf. Anm. 16.

1. **Die beiden Möglichkeiten sind kumulativ gegeben** (vergl. das Wort „ferner" in Abs. 2). Der Verkäufer kann zwar, wenn er will, die Waare bloß niederlegen oder er kann sie auch bloß versteigern lassen. Er kann sie aber auch zunächst niederlegen und alsdann versteigern lassen.

2. **Die beiden Möglichkeiten sind nur fakultativ gegeben: sie sind nur Rechte, keine Pflichten** Anm. 17.
(R.O.H. 19 S. 343; R.G. 13 S. 22; Bolze 7 Nr. 595; 10 Nr. 493). Der Verkäufer kann die Waare auch bei sich behalten trotz des Annahmeverzuges des Käufers (R.O.H. 2 S. 409; Bolze 11 Nr. 403), und er kann, wenn er dies thut, nicht bloß für das erfolglose Angebot (also die Transportkosten), sondern auch für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes liquidiren, auch wenn er selbst keine Auslagen darauf hatte, letzteres allerdings nur, wenn er ein Kaufmann ist (vergl. Bolze 11 Nr. 403; 16 Nr. 414; Anm. 13 zu § 354). Er haftet in solchem Falle nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 B.G.B.). Und auch dann, wenn der Verkäufer Kaufmann ist, verwandelt sich

diese Haftung nicht in die Pflicht, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beachten (§ 347 Abs. 2 HGB.). Wird dem Verkäufer nach Eintritt des Annahmeverzuges die Lieferung zufolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich, so wird er frei und er behält den Anspruch auf den Kaufpreis (§ 324 Abs. 2 B.G.B.). Für den Fall, daß es sich um eine Gattungsschuld handelt, gilt dies ebenfalls, jedoch mit einer Modifikation. Hier geht nämlich die Gefahr nicht mit jedem Annahmeverzuge auf den Käufer über, sondern nur mit demjenigen, der dadurch eintritt, daß der Käufer die angebotene Sache nicht annimmt, also nicht in dem Falle des § 296 B.G.B., d. h. wenn der Käufer seine erforderliche Mitwirkungshandlung zur Lieferung nicht leistet, obwohl der hierzu bestimmte Kalendertag herangekommen ist (§ 300 Abs. 2 B.G.B.). Hierbei ist darauf aufmerksam zu machen, daß der § 243 Abs. 2 B.G.B. nicht irreleiten darf. Nach diesem Paragraphen wird eine Gattungsschuld zu einer Speciesschuld dadurch, daß der Verkäufer alles gethan, was seinerseits erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken. Dadurch verwandelt sich jede Gattungsschuld in eine Speciesschuld, wenn derjenige Zustand eintritt, der die Voraussetzungen des Verzuges des Käufers in der Annahme ist. Allein es handelt sich beim § 300 Abs. 2 B.G.B. nicht um eine Schuld, die in diesem Augenblicke eine Gattungsschuld ist, sondern um eine solche, die es ursprünglich war.

Anm. 18. Hat der Verkäufer die Waare bereits versendet, so kann er, anstatt sie anderweit zu deponiren oder zu verkaufen, sie auch in seine Gewahrsam zurücknehmen. Dagegen ist er nicht berechtigt, die Waare unter allen Umständen einfach auf der Bahn zu lassen und es ruhig geschehen zu lassen, daß sie bahnamtlich versteigert wird. Er ist durch die einmal erfolgte Versendung und durch die Zurückweisung der Waare durch den Käufer der weiteren Sorge um die Waare nicht ledig (R.G. 40 S. 56). Es ist vielmehr von Fall zu Fall zu prüfen, ob die bahnamtliche Versteigerung auf sein Verschulden zurückzuführen ist (R.G. 40 S. 56). Dies wird z. B. nicht der Fall sein, wenn der Verkäufer von der Zurückweisung oder von der drohenden bahnamtlichen Versteigerung keine Kenntniß erhielt; alsdann hat sich der Käufer dieselbe selbst zuzuschreiben und der Verlust der Waare trifft ihn. Das Gleiche gilt, wenn durch das Verhalten des Käufers neue, nicht unerhebliche Kosten für die Eisenbahnverwaltung entstanden sind. Diese für den säumigen Käufer zu verauslagen und dadurch die Waare vor der bahnamtlichen Versteigerung zu schützen, gehört nicht zu den Pflichten des Verkäufers.

Anm. 19. 3. **Die beiden Möglichkeiten sind nicht ausschließlich gegeben,** wie aus § 374 hervorgeht. Vielmehr bleiben die weitergehenden Befugnisse unberührt, welche das B.G.G. für den Fall des Annahmeverzuges gewährt (hierüber zu § 374).

Außerdem aber ist auch der Prozeßrichter im Wege der einstweiligen Verfügung zu anderen Anordnungen befugt, wobei er natürlich auch von den Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen absehen kann. Denn es handelt sich hier ja nur um die verschiedenen Möglichkeiten der privaten Selbsthilfe (vergl. oben Anm. 15).

Anm. 20. 4. **Die beiden Möglichkeiten sind solange gegeben, als der Annahmeverzug des Käufers dauert.** Wann der Verkäufer sie ausüben will, liegt in seinem Ermessen (vergl. Näheres unten Anm. 31). Auch durch die Anstellung einer Klage auf Erfüllung (auf Abnahme, auf Zahlung) ist er nicht gehindert, davon Gebrauch zu machen (siehe unten Anm. 31).

Hat der Käufer einmal die Annahme verweigert, so wird er vom Annahmeverzuge nur dann befreit, wenn er seine Sinnesänderung dem Verkäufer zu erkennen gegeben hat (R.G. 32 S. 63) und dem Verkäufer außerdem die Kosten des ersten vergeblichen Angebots anbietet (§ 304 B.G.B.).

Anm. 21. 5. **Insbesondere die Niederlegung.**

a) Sie erfolgt in einem ordentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise. Also auch bei einem privaten Dritten. Auch bei der Hinterlegungsstelle? Das ist schon durch unseren Abs. 1 nicht ausgeschlossen. Abgesehen davon ist es, soweit es sich überhaupt um Gegenstände handelt, die sich zur Hinterlegung bei der staat-

lichen Hinterlegungsstelle eignen, durch § 374 H.GB. und § 372 BGB. zugelassen. Im Uebrigen wählt der Verkäufer die Niederlegungsstelle mit der ihm obliegenden Sorgfalt.

b) Sie erfolgt auf Kosten des Käufers. Der Verkäufer wird sie natürlich vorschießen müssen; der Käufer muß sie ihm erstatten. Sie treten dem Kaufpreise als Annexum hinzu und erhöhen die Zahlungsverpflichtung des Käufers aus dem Kaufvertrage, welche der Käufer ebenso wie den Kaufpreis Zug um Zug zu erfüllen hat. Vor Erstattung der Kosten braucht der Verkäufer, wenn er nicht vorzuleisten hat, dem Käufer die Waare nicht auszuantworten. Zur Abschließung des Verwahrungsvertrages im Namen des Käufers gilt er keineswegs für verpflichtet, aber auch nicht für berechtigt (vergl. R.G. 26 S. 107, wo das Reichsgericht die analoge Pflicht des Verkäufers zur Absendung der Waare und Beauftragung des Frachtführers dahin auslegte, daß er hierbei im eigenen Namen zu handeln hat). Anm. 22.

Der Inhaber der Niederlegungsstelle hat in Folge dessen auch kein direktes Klagerecht gegen den Käufer auf Erstattung der Kosten.

c) Die Niederlegung geschieht auf Gefahr des Käufers. Immerhin hat der Verkäufer die ihm obliegende Sorgfalt zu erfüllen. Wie er einen geeigneten Depositar zu wählen hat, so hat er unter Umständen auch für die Versicherung zu sorgen. Man wird dies annehmen müssen, wenn der Waare eine Gefahr droht, die dem Käufer nicht bekannt sein konnte oder wenn der Käufer annehmen konnte, daß der Verkäufer die Waare versichern werde, und es deshalb unterließ (Hahn § 5 zu Art. 343). Anm. 23.

d) Eine Anzeige an den Käufer von der bevorstehenden oder von der erfolgten Niederlegung ist nicht vorgeschrieben.

6. **Insbesondere der Selbsthilfeverkauf.** Für diesen sind besondere Formen vorgeschrieben. Anm. 24.

a) Vorangehen muß dem Selbsthilfeverkauf eine Androhung. Ist diese unterlassen, so ist der Selbsthilfeverkauf dem Käufer gegenüber unwirksam (R.O.H. 12 S. 285), auch wenn dieser von der Versteigerung in anderer Weise Kenntniß erhielt. Der Inhalt der Androhung betrifft den beabsichtigten Verkauf, nicht den Termin des Verkaufs (R.G. 1 S. 6, R.G. in G.Z. 26 S. 567). In unserem Absatz 5 ist aber außerdem eine Benachrichtigung vom Termin nach Zeit und Ort vorgeschrieben, aber nur für den Fall der öffentlichen Versteigerung und auch da nicht als Giltigkeitserforderniß, sondern unbeschadet der Giltigkeit und nur mit dem Präjudiz der Schadensersatzpflicht (vergl. hierüber unten Anm. 37). Ob die Androhung, um wirksam zu sein, auch die Art des Verkaufs, ob öffentlich oder nichtöffentlich, enthalten muß, kann nach der Fassung des Abs. 2 zweifelhaft sein. Der Wortlaut spricht dafür, da bei jeder der beiden Alternativen die vorhergegangene Androhung besonders vorgeschrieben ist. Allein die Rechtsprechung hat sich für das Gegentheil entschieden, weil der Verkäufer im Zweifel berechtigt ist, den öffentlichen Verkauf vorzunehmen (R.O.H. 10 S. 242; R.G. 1 S. 7) und dieser Rechtsprechung schließen wir uns an. Eine Form für die Androhung ist nicht vorgeschrieben; sie kann daher mündlich oder schriftlich erfolgen und reist auf Gefahr des Käufers, da sie ja durch seinen Verzug veranlaßt ist. Die Wahl des eingeschriebenen Briefes ist nicht vorgeschrieben. — Die Zeit der Androhung anlangend, so muß sie so zeitig erfolgen, daß sie ihren Zweck erfüllen kann, dem Käufer die Möglichkeit zu lassen zu der Erwägung, ob er nicht doch annehmen wolle, und zum Treffen der Vorkehrungen, daß möglichst günstig verkauft werde (R.O.H. 19 S. 223; 23 S. 170). Sie kann verbunden werden mit der im Absatz 5 vorgesehenen Benachrichtigung vom Versteigerungstermine. Sie kann aber ferner auch mit der Erfüllungsofferte verbunden werden. Diese vom R.O.H. 23 S. 170 aufgestellte Ansicht muß gebilligt werden, da sie den Interessen des Käufers völlig gerecht wird und dem Wortlaut unseres Paragraphen nicht widerspricht; denn es heißt hier nur, daß, nachdem der Käufer mit der Annahme im Verzuge ist, der Verkäufer nach vorgängiger Androhung verkaufen darf. Daß aber diese Androhung erst dann erfolgen dürfe, nachdem der Käufer in Verzug gerathen sei, ist nicht gesagt. Es

kann also der Verkäufer sagen: Ich biete Ihnen die Waare an; wenn Sie dieselbe nicht annehmen, so werde ich sie öffentlich versteigern.

Anm. 25. Ausnahmsweise kann die Androhung unterbleiben, nämlich wenn die Waare dem Verderben ausgesetzt ist und Gefahr im Verzuge ist, und ebenso, wenn die Androhung aus anderen Gründen unthunlich ist. Zunächst ist hier zu bemerken, daß in diesem Falle nur die vorgängige Androhung unterbleiben kann, die übrigen Erfordernisse des vorliegenden Paragraphen müssen aber auch in diesem Falle erfüllt werden (R.G. 5 S. 97). Sodann ist zu bemerken, daß beides vorliegen muß: die Waare muß dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge sein. Das will sagen: es muß eine nahe Gefahr des Verderbens vorliegen. Es liegt dieses Erforderniß aber nur dann vor, wenn die Waare in Folge ihrer Beschaffenheit dem Verderb ausgesetzt ist, bloße persönliche Verhältnisse des Käufers oder des Depositars genügen dazu nicht, diesen muß eben abgeholfen werden (vergl. R.O.H. 18 S. 351). Dem Verderb muß sie ausgesetzt sein: darunter ist nur die Zerstörung ihrer objektiven Brauchbarkeit (z. B. bei Lebensmitteln deren Verfaulen, bei Wechseln deren Präjudizirung), nicht andere Entwerthung, etwa durch sinkende Preiskonjunkturen (Hahn § 17 zu Art. 343; Förtsch S. 950; vergl. auch den Sprachgebrauch in §§ 1218, 1219 B.G.B.) zu verstehen. Der Verderb muß eine völlige Entwerthung im voraussichtlichen Gefolge haben, nicht bloß Schlechterwerden. Bloßes Rosten am Eisen ist kein Verderb (Bolze 2 Nr. 1006). — Die andere Ausnahme liegt vor, wenn die Androhung aus anderen Gründen unthunlich ist; z. B. weil die Adresse des Käufers nicht oder nur mit ungewöhnlichen Schwierigkeiten zu ermitteln ist.

Anm. 26. b) **Wie erfolgt der Selbsthilfeverkauf?** Durch öffentliche Versteigerung oder, wenn die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch zur öffentlichen Versteigerung befugte Personen zum laufenden Preise.

a) Die öffentliche Versteigerung muß erfolgen nach den am Orte des Verkaufs bestehenden Rechtsgrundsätzen, und wenn es solche nicht giebt, nach den bestehenden Lokalusancen (R.O.H. 20 S. 23; R.G. 1 S. 270), insbesondere nach ortsüblicher (R.O.H. 16 S. 93), eventuell angemessener Publikation (Bolze 20 Nr. 505 — ein Tag vor der Versteigerung unangemessen —). — Die Veräußerung muß erfolgen (vergl. § 383 Abs. 3 B.G.B.) durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder durch einen zu Versteigerungen befugten anderen Beamten (Kursmakler, § 34 des Börsengesetzes, sonstigen Handelsmakler, der dazu öffentlich ermächtigt ist — Art. 13 des preuß. Ausführungsgesetzes zum B.G.B. —, Notar — Art. 31 des preuß. Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit) oder durch einen öffentlich angestellten Versteigerer. Die Versteigerung muß öffentlich erfolgen. Geheime Verabredungen zum Vortheil eines Interessenten entziehen dem Verkauf nicht den Charakter der Oeffentlichkeit (R.G. 8 S. 29). Wie aber wenn der Handelsmakler nicht vereidet war? Nach dem früheren H.G.B. (vergl. R.G. 18 S. 92) und nach jetzigem Börsengesetz muß angenommen werden, daß das der Wirksamkeit der Versteigerung nicht schadet (dies gilt also für die Versteigerungen, welche die Kursmakler bewirken), nach Art. 13 des preuß. Ausführungsgesetzes zum B.G.B. dagegen hängt die Wirksamkeit der dem Handelsmakler ertheilten öffentlichen Ermächtigung von seiner Vereidigung ab (vergl. auch Anm. 5 zu § 93 Stranz und Gerhard, Kommentar zum preuß. Ausführungsgesetz zum B.G.B. Anm. 6 zu Art. 13 daselbst). Bei den übrigen Beamten hängt es davon ab, ob nach den betreffenden Vorschriften die Wirksamkeit ihrer Handlungen von der Vereidigung abhängt. — Der öffentliche Verkauf darf kein Scheinverkauf sein, sonst ist er wirkungslos (R.O.H. 8 S. 377; 16 S. 284). Auch darf er nicht mit Arglist betrieben werden, sodaß Kauflustige abgehalten werden (R.G. bei Gruchot 28 S. 1065). Auch Fahrlässigkeit nach dieser Richtung macht den Verkauf unwirksam (Bolze 21 Nr. 484). Aber dadurch, daß der Verkäufer als Mitbieter und Käufer

auftritt, wird er nicht wirkungslos; das war schon früher angenommen worden (R.G. 5 S. 58) und ist jetzt in Abs. 4 ausdrücklich ausgesprochen worden. Daraus folgt zugleich, daß der Verkäufer eine andere Person vorschieben kann (R.G. vom 31. Mai 1899, J.W. S. 495).

β) Der nichtöffentliche Verkauf ist nur zulässig, wenn die Waare einen Markt- Anm. 27.
oder Börsenpreis (hat über diesen Begriff s. Anm. 19 flg. im Exkurse vor § 373). Er erfolgt aus freier Hand. Es darf ihn vornehmen ein zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigter Handelsmakler (Kursmakler, § 34 des Börsengesetzes; vergl. oben Anm. 26). Der Verkauf kann aber auch, wenn der Verkäufer dies vorzieht (nicht bloß, wie früher nach Art. 343 in Ermangelung eines Handelsmaklers) durch eine zu öffentlichen Versteigerungen befugte Person (s. oben Anm. 26) zum laufenden Preise bewirkt werden. — Beim nichtöffentlichen Verkaufe darf der Verkäufer nicht als Käufer auftreten; das wäre ja kein wirklicher Kaufvertrag. Die Versteigerung läßt er bewirken, den Verkauf aus freier Hand bewirkt er, wie Abs. 2 sagt. Noch weniger ist es dem Verkäufer gestattet, die Waare zum Tageskurse einfach zu behalten, zu „übernehmen".

γ) Beide Arten von Verkäufen erfolgen ohne Mitwirkung des Gerichts.

c) **Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs** ist die Waare, welche den Gegenstand des Kauf- Anm. 28.
geschäftes bildet. Bei Waaren, über welche ein Dispositionspapier ausgestellt ist (Konnossement, Ladeschein, indossabler Lagerschein) kann auch das Dispositionspapier im Wege des Selbsthilfeverkaufs verkauft werden, sofern nur die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen. Denn das Dispositionspapier ist an sich geeignet, das Eigenthum und den Besitz der Waare dem Käufer zu übertragen (vergl. Anm. 31 zu § 363) und ist nach der Intention der Parteien oft dazu bestimmt. Ist letzteres nach Maßgabe des Kaufvertrages der Fall (Kauf gegen Konnossement), und ist der Käufer mit der Annahme des Dispositionspapiers im Verzug, so liegt der Fall dieses Paragraphen vor.

Theillieferungen braucht der Käufer nicht anzunehmen, und deshalb dürfen Anm. 29.
sie auch nicht Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs sein (§§ 266, 294 B.G.B.; R.O.H. 24 S. 358; R.G. 4 S. 7). Wo aber der Käufer Theillieferungen annehmen muß, wie z. B. bei successiven Lieferungen, da können auch Waarentheile zum Verkauf gestellt werden; ebenso wenn mehrere Objekte verschiedener Art ohne Gesammtpreis und so, daß sie kein einheitliches Geschäft bilden, verkauft sind (Bolze 12 Nr. 456), nicht aber auch dann, wenn es sich um Theile eines durch ein Geschäft gekauften Postens handelt, auch wenn derselbe an sich theilbar wäre (R.O.H. 21 S. 236; Bolze 2 Nr. 1010), die konkrete Untrennbarkeit des ganzen Geschäfts darf eben nicht identifizirt und verwechselt werden mit der abstrakten Theilbarkeit des Lieferungsobjekts (R.G. 4 S. 8). Auch von derselben Beschaffenheit, wie der gekaufte, muß der Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs sein (R.G. 4 S. 7); aber daß der Selbsthilfeverkauf unter allen für das ursprüngliche Kaufgeschäft vereinbarten Bedingungen, z. B. unter denselben Fristbewilligungen, mit demselben Erfüllungsorte, derselben Spezifikationsweise erfolge, ist nicht nothwendig; das bestimmt das Gesetz nicht, und daraus folgt, daß nach der an dem betreffenden Orte bestehenden geschäftlichen Uebung mit Rücksicht auf die Umstände des Falles zu verfahren ist (R.O.H. 10 S. 372; 15 S. 150; R.G. 19 S. 200; Bolze 20 Nr. 498). Es genügt, wie das R.G. (bei Bolze 22 Nr. 455) sagt, daß die Verkaufsbedingungen den am Verkaufsort üblichen entsprechen und daß nicht offenbar das Interesse des säumigen Käufers verletzt wird. (Vergl. O.L.G. Dresden in G.Z. 38 S. 262; Selbsthilfeverkauf per Kasse zulässig, obgleich mit dem Käufer Dreimonatsaccept vereinbart war.) Indessen dürfen die Abweichungen von den ursprünglich vereinbarten Bedingungen nicht derart sein, daß dadurch dem Zweck des öffentlichen Verkaufs (Erzielung des höchstmöglichen Preises) zuwidergehandelt wird. Beschränkungen in Ansehung der Beschaffenheit der Waare darf der Verkäufer nicht hinzufügen, weil diese den Preis drücken (R.G. 19 S. 198; vergl. auch R.G. vom 29. Oktober 1895 in

J.W. S. 540). Ausschluß der Gewährleistung für Güte und Beschaffenheit ist z. B. ordnungswidrig (R.G. 19 S. 198; Bolze 22 Nr. 456); denn an sich hat der Verkäufer auch bei öffentlicher Versteigerung die Mängel zu vertreten (vergl. arg. § 461 B.G.B.). Beim Spezieskauf muß die Waare vollständig identisch sein (R.O.H. 2 S. 410; 21 S. 76; Bolze 9 Nr. 402; O.L.G. Hamburg in G.Z. 43 S. 365). Auch noch auszuscheidende Waare, ja sogar noch zu fördernde Kohle kann zum Verkauf gestellt werden (R.O.H. 21 S. 74; 22 S. 7; Bolze 19 Nr. 575). Nur muß die Waare im Besitze des Versteigerers sein oder zu seiner Verfügung stehen (hierüber Näheres oben Anm. 12).

Durfte die Waare aus patentrechtlichen Gründen nicht veräußert werden, so ist auch ein Selbsthilfeverkauf nicht statthaft. Der Verkäufer darf eben nicht zum Zwecke der Selbsthilfe verkaufen, was er überhaupt nicht verkaufen darf.

Anm. 30. d) **Wo erfolgt der Selbsthilfeverkauf?** Es ist hier nicht, wie nach § 383 B.G.B. (vergl. Anm. 3 zu § 374) bestimmt, daß der Verkauf gerade am Leistungsorte, d. h. am Erfüllungsorte erfolgen muß, und nur, wenn ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, am anderen Orte. Es ist daher hier von den durch die frühere Judikatur festgestellten Grundsätzen auszugehen. Danach ist regelmäßig dort zu verkaufen, wo sich zur Zeit der Weigerung die Waare befindet: also am Absendungsorte, wenn der Käufer vorher im Empfangsverzuge ist, d. h. wenn er vorher erklärt, er werde die Waare nicht annehmen; sonst, also regelmäßig am Bestimmungsorte (R.O.H. 16 S. 425; Bolze 2 Nr. 1007; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 820; 1570). Doch ist dies nicht in der Weise als strikter Rechtsgrundsatz aufzustellen, daß absolut kein anderer Ort gewählt werden dürfe; es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle zu erwägen, ob nicht die konkreten Umstände zu dem Ergebnisse führen, daß ein ordentlicher Kaufmann in gutem Glauben den Verkauf an einem anderen Orte als den geeigneteren ansehen durfte. Es kann unter Umständen im Interesse des Käufers liegen, an einem anderen Orte zu verkaufen, insbesondere wenn an dem normalen Verkaufsorte kein Markt existirt (R.G. 15 S. 3; vergl. R.O.H. 14 S. 422; R.G. 5 S. 67; Bolze 3 Nr. 701 — bei Verkäufen, welche cif abgeschlossen sind, wird ein Abgehen von dem Orte, wo sich die Sache gerade befindet, besonders oft geboten sein —). Ohne Noth darf der Verkäufer aber einen anderen Ort nicht wählen, und wenn er es dennoch thut, so ist der Verkauf dem Käufer gegenüber unwirksam (R.O.H. vom 4. April 1876 bei Puchelt S. 949; O.L.G. Frankfurt und O.G. Wien in G.Z. 43 S. 365; Bolze 13 Nr. 441: in Morgenroth in Oberschlesien war zu erfüllen, ohne jeden Grund hatte der Verkäufer die Kohle nach Berlin, dem Wohnsitze des Käufers, schaffen und hier verkaufen lassen, was für unzulässig erklärt ist, ebenso O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1570; Bolze 14 Nr. 421: auf einer Zeche bei Essen war abzunehmen, da die Zeche die Lagerung weigerte, so hätte der Verkauf im nahen Essen erfolgen müssen, statt dessen schaffte der Verkäufer die Waare nach Kalk, weshalb die Klage auf die Differenz abgewiesen wurde; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 820; selbst bei grundloser Annahmeweigerung ist der Verkäufer nicht berechtigt, die Waare eigenmächtig nach dem Orte ihrer Provenienz zurücktransportiren und dort versteigern zu lassen). Nach dem Gesagten kann der Verkäufer gegebenen Falls auch unterwegs den Selbsthilfeverkauf veranlassen, unter Umständen wird dies sogar geboten sein (R.O.H. 13 S. 58), z. B. wenn der Käufer die Waare unterwegs besichtigt und sie nicht annehmen zu wollen erklärt. Wenn schwimmende Waare nicht angenommen wird, kann unter Umständen das Konnossement versteigert werden (oben Anm. 28).

Anm. 31. e) **Die Zeit des Selbsthilfeverkaufs.** Zuerst muß natürlich der Abnahmetermin vorüber sein. Denn eher kommt der Käufer mit der Annahme nicht in Verzug, selbst wenn er vorher erklärt hat, er werde nicht abnehmen oder er trete vom Vertrage zurück oder er annullire das Geschäft (R.O.H. 10 S. 282). Nach Eintritt des Verzuges aber kann grundsätzlich der Verkäufer die Zeit wählen (R.G. 41 S. 63). Solange der Käufer mit

der Empfangnahme im Verzuge ist, kann der Verkäufer sich jederzeit zum Verkauf der Waare entschließen (R.O.H. 9 S. 84 u. 118). In Bolze 4 Nr. 723 wurde ein Selbsthilfeverkauf nach 2 Jahren für rechtsgiltig erachtet. Das Reichsgericht fügt dem hinzu, daß der Verkäufer aber nicht zum Zwecke absichtlicher Schädigung des Käufers den Verkaufstermin hinausschieben darf (R.O.H. 21 S. 158; Bolze 9 Nr. 395; R.G. 41 S. 64). Dem steht grobe Fahrlässigkeit gleich (R.G. 36 S. 89; Bolze 14 Nr. 441: Verkäufer hatte die Waare 5 Jahre liegen lassen, inzwischen sind große Lagerspesen erwachsen, veränderte Konjunkturen eingetreten). Dagegen geht es zu weit, wenn Gareis-Fuchsberger (Note 69) und Willenbücher (Anm. 16 zu Art. 343) den Verkäufer schon dafür verantwortlich machen, daß er in einer „offenbar vorübergehenden Baisse" verkauft. Das wird sich einer Kursströmung wohl kaum ansehen lassen, ob sie vorübergeht. Durch eine *Klage auf Abnahme* begiebt sich der Verkäufer des Rechtes auf den Selbsthilfeverkauf nicht (R.O.H. 23 S. 190), selbst wenn ein Urtheil auf Abnahme ergeht (Bolze 10 Nr. 468), auch nicht durch erfolgte Niederlegung (vergl. oben Anm. 16). Aber übermäßige Verzögerung des Selbsthilfeverkaufs kann unter besonderen Umständen als Verzicht angesehen werden (R.O.H. 23 S. 83; vergl. Anm. 129 im Exkurse zu § 374). Auf jeden Fall darf der Käufer, wenn der Verkäufer ihm mitgetheilt hat, daß er sich für den Selbsthilfeverkauf entschlossen habe, davon ausgehen, daß derselbe nunmehr ohne ungebührliche Verzögerung erfolgen werde; eine gleichwohl eintretende ungebührliche Verzögerung bewirkt, daß der Käufer den Selbsthilfeverkauf nicht gegen sich gelten zu lassen braucht (R.G. 36 S. 90).

f) **Daß der Selbsthilfeverkauf rite erfolgt ist, hat der Verkäufer zu beweisen.**

g) **Welches ist die Folge, wenn der Selbsthilfeverkauf nicht rite erfolgt ist?** Der Selbst- Anm. 32.
hilfeverkauf ist dann gesetzlich unzulässig, und der Käufer braucht ihn nicht gegen sich gelten zu lassen. Aber auch der Verkäufer nicht. *Hierüber und über die weiteren Konsequenzen dieses Standpunktes siehe oben Anm. 15.*

Ist es dem Verkäufer unmöglich, die gesetzlichen Formen zu be- Anm. 33.
obachten, so folgt daraus, daß die Befugnisse des § 373 nicht ausgeübt werden können, nicht, daß er sich über diese Form hinwegsetzen kann.

Hat, um ein Beispiel von Unzulässigkeit zu geben, der Verkäufer einen frei- Anm. 34.
händigen Verkauf ohne amtliche Personen selbst unter der Hand bewirkt, so gilt dieser Verkauf dem Käufer gegenüber nicht, selbst wenn dabei ein höherer Preis erzielt ist, selbst wenn sich der Käufer etwa durch Mitbieten dabei betheiligt hat (R.O.H. 19 S. 92; 20 S. 24). Aber auch dem Verkäufer gegenüber gilt ein freihändiger Verkauf nicht, und er kann, wenn noch res integra ist, er also noch diejenige Waare, auf die der Käufer einen Anspruch hat, zum Verkauf stellen kann, nunmehr den Selbsthilfeverkauf vornehmen (R.G. 41 S. 63).

Einen formell ungiltigen Verkauf braucht der Käufer über- Anm. 35.
haupt auch dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er gegen denselben keinen Einspruch erhoben hat. Er verliert also dadurch nicht das Recht, die Mängel des Selbsthilfeverkaufs zu rügen, daß er beobachtet hat, wie er fehlerhaft vor sich ging, und sich nicht eingemischt hat (vergl. R.G. bei Gruchot 28 S. 1066; Bolze 20 Nr. 505; 21 Nr. 484). Aber unter Umständen kann in dem Verhalten des Käufers zu den Abweichungen ein stillschweigender Dispens erblickt werden (R.O.H. 19 S. 92). Dispens an sich ist jedenfalls zulässig (R.O.H. 19 S. 92; 20 S. 24), *wie überhaupt die Parteien vereinbaren können*, daß der Verkauf in anderer Form erfolgt, als das H.G.B. dies vorschreibt (Bolze 1 Nr. 1028); z. B. freihändig (Bolze 16 Nr. 428). Unter Umständen kann sogar in dem Schweigen auf die Ankündigung des freihändigen Verkaufs eine Zustimmung zu demselben liegen (Bolze 11 Nr. 390).

Ueberhaupt aber ist hier nochmals zu betonen, daß unser § 373 nur dann Platz Anm. 36.
greift, wenn der Verkäufer die Folgen des Annahmeverzugs des Käufers ziehen will. Stellt er sich auf den Standpunkt, daß der Käufer im Abnahmeverzuge, also im

Schuldnerverzuge ist, so greifen andere Regeln Platz (siehe unten Anm. 5 zu § 374), und ebenso greifen andere Regeln Platz, wenn der Käufer gleichzeitig im Zahlungsverzuge ist. Ein nicht rite erfolgter Verkauf wird also in den meisten Fällen keine nachtheiligen Folgen für den Verkäufer haben, weil meistens gleichzeitig Zahlungsverzug vorliegen wird, und in diesem Falle die strengen Formvorschriften für den Selbsthilfeverkauf nicht Platz greifen. Doch darüber kann nur an den zuständigen Stellen näher gehandelt werden (über den Abnahmeverzug unten Anm. 5 zu § 374, über den Zahlungsverzug im Exkurs zu § 374).

Anm. 37. h) **Dem Verkauf vorangehen muß, wenn es sich um Versteigerungen handelt, eine Benachrichtigung des Käufers von Zeit und Ort der Versteigerung.** Diese Benachrichtigung kann mit der Androhung nach Abs. 2 verbunden werden, aber ihr Unterbleiben hat nur Schadensersatz, nicht Unwirksamkeit des Verkaufs zur Folge (siehe oben Anm. 24). Die Benachrichtigung erfolgt formlos und läuft, wenn sie schriftlich geschieht, auf Gefahr des Adressaten (siehe oben Anm. 24). Sie ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Benachrichtigung kann unterbleiben, wenn sie unthunlich ist (siehe oben Anm. 25).

Anm. 38. i) **Dem Verkauf nachfolgen muß bei jeder Art des Verkaufs die Benachrichtigung vom vollzogenen Verkaufe,** und zwar unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung (§ 121 Abs. 2 B.G.B.). Im Falle der Unterlassung ist der Verkäufer zum Schadensersatze verpflichtet. Die Wirksamkeit des Verkaufs wird aber nicht beeinträchtigt. Die Benachrichtigung erfolgt formlos und läuft, wenn sie schriftlich geschieht, auf Gefahr des Käufers. Die Benachrichtigung kann unterbleiben, wenn sie unthunlich ist (siehe über alles dies oben Anm. 24 u. 25).

Anm. 39. k) **Der Selbsthilfeverkauf erfolgt für Rechnung des säumigen Käufers** (Abs. 3). Der Erlös ist zwar dem Verkäufer auszuhändigen, weil der Verkauf in seinem Auftrage geschieht; aber der Verkäufer hat mit dem Käufer abzurechnen. Ist der Kaufpreis fällig, so hat er ihm den Ueberschuß herauszuzahlen, indem er im Uebrigen gegen den Anspruch auf den Erlös seinen Anspruch auf den Kaufpreis kompensirt (R.G. 5 S. 65). Auch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 B.G.B. führt ihn zu gleichem Ergebnisse. Ist der Kaufpreis aber noch nicht fällig, so muß er dem Käufer den ganzen Erlös aushändigen. Ein Zurückbehaltungsrecht hat der Verkäufer in diesem Falle regelmäßig nicht, da er ja keinen fälligen Anspruch hat (§ 273 B.G.B., §§ 369 flg. H.G.B.). Dieses Ergebniß entspricht auch der Rechtsnatur des hier gegebenen Rechtsmittels. Es soll ja dies nur ein Mittel sein, um den Verkäufer von der Gewahrsam der Sache zu befreien. Dieser Erfolg wird erreicht durch den Verkauf der Waare. Will der Verkäufer den Kaufpreis nicht aushändigen, so kann er von dem Recht der Hinterlegung nach § 383 B.G.B. Gebrauch machen (vergl. Anm. 3 zu § 374). Aber das kann er wiederum nur, wenn er überhaupt von der Befugniß des § 383 B.G.B. Gebrauch macht und den dortigen Erfordernissen gemäß verfährt, insbesondere wenn er die Waare hat öffentlich versteigern lassen und zwar regelmäßig am Erfüllungsorte.

Weil der Verkauf auf Rechnung des Käufers erfolgt, so kann der Verkäufer auch Provision berechnen, wenn er ein Kaufmann ist (vergl. Bolze 12 Nr. 474).

§ 374.

Durch die Vorschriften des § 373 werden die Befugnisse nicht berührt, welche dem Verkäufer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zustehen, wenn der Käufer im Verzuge der Annahme ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph beläßt dem Verkäufer im Falle des Annahmeverzugs des Käufers auch die in diesem Falle nach B.G.B. zustehenden Rechte.** Die Vorschrift weicht von der früheren Rechtsprechung ab (R.G. 5 S. 94).

1. **Der Verkäufer kann also nach seiner Wahl sich der Rechte des § 373 H.G.B. oder der Rechte nach dem B.G.B. bedienen.** Er mag wählen, welche Rechte ihm im einzelnen Falle günstiger erscheinen. Er kann auch, wenn das eine Recht ihm weitere Rechte giebt als das andere, die mehreren Rechte nebeneinander ausüben. Anm. 1.

2. **In Betracht kommen insbesondere zwei Rechte, die das B.G.B. dem Schuldner gewährt, dessen Gläubiger sich im Annahmeverzuge befindet.** Anm. 2.

   a) Der Verkäufer kann den Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot und für die Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte (§ 304 B.G.B.). Die in diesem Paragraphen ausgesprochene Pflicht zur Erstattung der Kosten der Aufbewahrung ist kein weitergehendes Recht des B.G.B., weil es auch in § 373 Abs. 1 H.G.B. enthalten ist.

   b) Der Verkäufer kann einen zur öffentlichen Hinterlegung nicht geeigneten Gegenstand öffentlich versteigern lassen und **den Erlös hinterlegen** (§ 383 B.G.B.). Ueber die in § 373 H.G.B. gewährten Rechte hinaus geht dieses Recht deshalb, weil hier dem Verkäufer die Möglichkeit gewährt wird, den Erlös zu hinterlegen. Dadurch wird er in dem Falle, wo der Kaufpreis noch nicht fällig ist, besser gestellt als nach § 373 H.G.B., nach welchem der Verkauf einfach für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt und deshalb der Verkaufserlös, wenn der Kaufpreis noch nicht fällig ist, dem Käufer auszuzahlen ist. Will also der Verkäufer zur Hinterlegung des Erlöses gelangen, so muß er den Weg des § 383 B.G.B. wählen. Er muß aber in diesem Falle am Erfüllungsorte die Versteigerung bewirken, also dort, wo er, der Verkäufer, zu erfüllen hat; es handelt sich ja um die Leistung des Verkäufers, mit deren Annahme der Käufer als Gläubiger der Waare im Verzug ist. Nur wenn von der Versteigerung am Erfüllungsorte ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, ist die Waare am geeigneten anderen Orte zu versteigern. Befindet sich die Ware zur Zeit des Annahmeverzugs bereits auf dem Transporte oder ist sie bereits am Wohnsitze des Käufers oder am Bestimmungsorte angekommen, so muß hiernach, um dem § 383 B.G.B. zu genügen, der Verkäufer die Waare an seinen Wohnsitz zurückkommen und dort versteigern lassen; denn die Absendungspflicht verändert ja den Leistungsort nicht (§ 269 Abs. 3 B.G.B.; Anm. 6 im Exkurs zu § 372). Die Versteigerung muß eine öffentliche sein, also öffentlich durch eine öffentlich dazu angestellte Person. Zeit und Ort der Versteigerung sind öffentlich bekannt zu machen. Wenn diese Formen nicht erfüllt werden, so ist der Verkauf unwirksam. Folgen davon siehe Anm. 15 u. 32 zu § 373. Anm. 3.

Abs. 1. Nicht behandelt ist hier der Annahmeverzug des Verkäufers. Wie, wenn der Verkäufer sich weigert, den Kaufpreis anzunehmen? Hierüber gelten die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über den Annahmeverzug des Gläubigers. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind entsprechend wie beim Annahmeverzuge des Käufers: Verschulden ist nicht nöthig, wohl aber ist im Allgemeinen nöthig Realoblation, ausnahmsweise genügt auch Verbaloblation, manchmal ist auch diese nicht erforderlich; immer aber ist nöthig, daß der Käufer bereit und im Stande ist, die Zahlung zu leisten (vergl. über alles dies Anm. 8 ffg. zu § 373). Die Wirkung des Annahmeverzugs des Verkäufers ist die, daß der Käufer den Kaufpreis hinterlegen darf (§ 372 B.G.B.). Er kann aber auch nach Hinterlegung oder ohne Hinterlegung auf Lieferung klagen (hierüber Anm. 31 ffg. im Exkurs vor § 373). Anm. 4.

2. Nicht behandelt ist in den §§ 373 und 374 der Abnahmeverzug des Käufers. Es ist wohl zu unterscheiden zwischen dem **Annahmeverzug** und dem **Abnahmeverzug** des Käufers. Der Käufer ist berechtigt, die Waare zu fordern und ist insoweit Gläubiger hinsichtlich der Waare; er ist aber auch verpflichtet, die Waare abzunehmen, und ist insoweit Schuldner hinsichtlich der Waare. Die Folgen seines Gläubigerverzuges sind in den §§ 373 und 374 geregelt, über die Folgen seines Schuldnerverzuges siehe Anm. 145 im Exkurs zu § 374, insbesondere darüber, ob die Rechte des § 326 B.G.B. dabei Platz greifen. Anm. 5.

Exkurs zu § 374.

Der Erfüllungsverzug des Verkäufers und des Käufers.

A. Der Hauptfall: Der Verzug, ehe ein Theil erfüllt hat.

I. Die maßgebenden Gesetzesvorschriften.

Anm. 1. Dieselben sind die §§ 286 Abs. 1, 326, 440, Abs. 1 454 BGB., welche lauten:

§ 286 Abs. 1 B.G.B.: Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen.

§ 326 B.G.B.: Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags in Folge des Verzugs für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

§ 440 Abs. 1 B.G.B.: Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327.

§ 454 B.G.B.: Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet, so steht ihm das im § 325 Abs. 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu.

Anm. 2. II. **Das dreifache Wahlrecht des nichtsäumigen Theils.**

Die Art. 354—356 H.G.B. gaben im Falle des Verzugs des Verkäufers oder Käufers dem nichtsäumigen Theil ein dreifaches Wahlrecht. Dasselbe ist mit Modifikationen beibehalten. Das neue H.G.B. bestimmt zwar darüber nichts, vielmehr ist die das dreifache Wahlrecht gebende Vorschrift im B.G.B. allgemein für alle zweiseitigen Verträge gegeben, nämlich in den §§ 286 Abs. 1 und 326 B.G.B., welcher letztere in § 440 B.G.B. auf die Rechte des Käufers für anwendbar erklärt und in § 454 B.G.B. für den Verkäufer als anwendbar vorausgesetzt ist. Dem Anscheine nach giebt nun § 326 nur zwei Rechte zur Wahl: das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Recht, vom Vertrage zurückzutreten. Allein das dritte oder vielmehr das erste, das primäre Recht auf Erfüllung besteht selbstverständlich daneben, und ebenso selbstverständlich besteht daneben das auf § 286 Abs. 1 B.G.B. beruhende Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Die Rechtslage des nichtsäumigen Theiles läuft also auf ein dreifaches Wahlrecht hinaus, wie nach den Art. 354—356 H.G.B.

Dieses dreifache Wahlrecht soll im Folgenden behandelt werden, und zwar sub 1 die Voraussetzungen und der Inhalt des Wahlrechts im Falle des Verzuges des Käufers; sub 2 die Voraussetzungen und der Inhalt des Wahlrechts im Falle des Verzuges des Verkäufers, sub 3 die Ausübung des Wahlrechts in beiden Fällen, sub 4 die Wirkung der Ausübung des Wahlrechts in beiden Fällen.

Die Disposition hat außer den Vorzügen der Uebersichtlichkeit und logischen Begründung auch noch den weiteren, daß sie historisch gerechtfertigt ist. Sie ist diejenige, die das alte H.G.B. in dieser Materie beobachtet hat und den Juristen daher geläufig ist.

Denn von den Art. 354—356 hatte der Art. 354 die Voraussetzungen und den Inhalt des Wahlrechts im Falle des Verzuges des Käufers, der Art. 355 die Voraussetzungen und den Inhalt des Wahlrechts im Falle des Verzuges des Verkäufers, und Art. 356 die Ausübung des Wahlrechts und die Wirkung des ausgeübten Wahlrechts in beiden Verzugsfällen behandelt.

1. **Die Voraussetzungen und der Inhalt des dreifachen Wahlrechts des Verkäufers im Falle des Verzuges des Käufers.** Anm. 3.

a) **Die Voraussetzungen des dreifachen Wahlrechts.**

aa) **Der Käufer ist mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge.**

α) **Mit der Zahlung** muß der Käufer im Verzuge sein. Wenigstens ist dies der Fall, den wir hier voraussetzen und behandeln. Der Käufer hat ja allerdings noch eine andere Verpflichtung, nämlich die Abnahme (§ 433 B.G.B.). Liegt Annahmeverzug bezw. Abnahmeverzug vor, so greifen andere Regeln Platz. Ueber den Annahmeverzug s. § 373, über den Abnahmeverzug unten Anm. 145. Annahme- oder Abnahmeverzug allein ohne gleichzeitigen Zahlungsverzug kann vorliegen, wenn der Kaufpreis kreditirt oder schon im Voraus bezahlt ist; sonst fällt Abnahmeverzug und Zahlungsverzug zusammen, und der Verkäufer kann die Rechte aus dem Annahmeverzuge und aus dem Zahlungsverzuge wahlweise geltend machen. Er kann also in diesem Falle auf Grund des Annahmeverzugs gemäß § 373 die Waare hinterlegen oder verkaufen lassen und auf Zahlung klagen, er kann aber auch auf Grund des Zahlungsverzuges eines der Rechte auf Grund des § 326 B.G.B. geltend machen.

β) **Im Verzuge** muß der Käufer sein, d. h. er muß die fällige Zahlung schuldhaft unterlassen haben. Anm. 4.

αα) **Die fällige** Zahlung muß er unterlassen haben. Vor der Fälligkeit giebt es keinen Verzug. Auch wenn der Verpflichtete im Voraus erklärt hat, er werde zur Verfallzeit nicht zahlen, ist der Kaufpreis dadurch nicht fällig, und der Käufer geräth dadurch nicht in Verzug (R.O.H. 20 S. 19).

Wann der Kaufpreis fälligist, darüber s. Anm. 32 flg. im Exkurse zu § 372. Anm. 5.

Eine besondere Erörterung ist hier nur nöthig für diejenigen Fälle, in denen der Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung der Waare zu zahlen ist. Hier wird der Kaufpreis sicherlich dann fällig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Waare derart realiter anbietet, daß der Käufer Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die Waare ausgeliefert erhalten kann. Allein der Kaufpreis wird nicht bloß in diesem Falle fällig. Würde man ihn lediglich in diesem Falle fällig werden lassen, so würde dies zu unerhörten Belästigungen, zu Härten und Ungerechtigkeiten führen, die durch nichts gerechtfertigt sind und die der Gesetzgeber nicht wollte. So z. B. wenn der Käufer im Voraus erklärte, er werde die Waare nicht abnehmen. Soll der Verkäufer in diesem Falle gleichwohl die Waare dem Käufer übersenden müssen? Oder wenn der Käufer die Sache beim Verkäufer abzuholen hatte. Soll in diesem Falle der Kaufpreis nicht eher fällig werden, als bis der Verkäufer dem Käufer Gelegenheit gegeben hat, den Kaufpreis Zug um Zug gegen die Waare zu zahlen? Alles dies kann nicht gewollt sein. Den Willen des Gesetzes trifft man dann, wenn man sagt, daß bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten die Leistungspflicht desjenigen Theils fällig wird, an welchen die Gegenleistung bewirkt ist (um diesen Fall handelt es sich hier nicht), oder welcher mit der Annahme der Gegenleistung im Verzug ist: Es genügt also, daß der Käufer mit der Annahme der Waare im Annahmeverzug ist: der Verkäufer muß bereit und im Stande gewesen sein, die Waare zu liefern. Er muß seine Bereitschaft regelmäßig dadurch darthun, daß er die

Waare thatsächlich anbietet; aber ein wörtliches Angebot genügt dann, wenn der Käufer ihm erklärt hat, er werde die Waare nicht annehmen, oder wenn zur Lieferung der Waare eine Mitwirkung des Käufers erforderlich ist, insbesondere, wenn er die Waare abzuholen hat; und auch das wörtliche Angebot ist nicht erforderlich, wenn eine Mitwirkung des Käufers erforderlich, für diese ein Kalendertag bestimmt und dieser abgelaufen ist. Ueber alle diese Fälle s. Näheres Anm. 8 ffg. zu § 373 (über andere Anschauungen in dieser Lehre s. unten Anm. 12 Note 1.) Die Zahlungspflicht hat aufgehört, eine nur Zug um Zug zu erfüllende Verbindlichkeit zu sein. Die Richtigkeit dieser Erwägungen wird auch dadurch nicht beeinträchtigt, daß derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern kann, bis der andere Theil die Gegenleistung „bewirkt", und daß, solange der andere Theil die Gegenleistung nicht „bewirkt" hat, nur eine Verurtheilung Zug um Zug erfolgen kann (§§ 320, 322 B.G.B.). Es ist zwar richtig, daß dieser Einwand und diese Verurtheilung auch dann Platz greifen, wenn der Schuldner im Annahmeverzuge ist (vergl. Anm. 53 im Exkurse vor § 373), und man könnte hieraus fast den Schluß ziehen, daß, solange die Gegenleistung nicht bewirkt ist, der Kaufpreis nicht fällig geworden ist; denn sonst könnte der Käufer ja, so ist man geneigt zu sagen, zur glatten Zahlung des Kaufpreises verurtheilt werden, wenn er mit der Annahme der Waare im Verzuge ist. Gleichwohl ist dieser Schluß nicht gerechtfertigt. Denn trotz jenes Einwandes und trotz jener Verurtheilungsart kann, *wenn der Käufer im Annahmeverzug ist*, die *Vollstreckung* doch so erfolgen, als lautete das Urtheil nicht auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Waare, als lautete es vielmehr auf glatte Zahlung (s. besonders § 322 B.G.B.). Es muß nur dem Gerichtsvollzieher nachgewiesen werden, daß der Käufer in Annahmeverzug gekommen ist, und sei es auch vor dem Urtheil (vergl. Anm. 53 im Exkurs vor § 373). Daraus ergiebt sich, daß jener Einwand und jene Verurtheilung nur prozessuale Formen sind, die aber an dem materiellen Satze, den wir eben gewonnen haben, nichts ändern, daß von zwei Verpflichtungen eines gegenseitigen Vertrages, die Zug um Zug zu erfüllen sind, eine jede dadurch fällig wird, daß der Verpflichtete mit der Annahme der ihm geschuldeten Leistung in Verzug geräth. Es ist bei dieser Rechtslage mit Vorsicht aufzunehmen, wenn Hölder Anm. 1 zu § 320 B.G.B. sagt: „Auch der Umstand, daß der Schuldner in Annahmeverzug der Gegenleistung gekommen war, schließt das Recht, die von ihm geschuldete Leistung solange zu verweigern, bis ihm die Gegenleistung von neuem offerirt wird, nicht aus. Die Folgen des Annahmeverzuges sind in den §§ 300—304 B.G.B. normirt, und darunter befindet sich nicht der Verlust des Rechts der Leistungsverweigerung." Prozessual hat er damit Recht, und deshalb haben wir bei Erörterung der prozessualen Frage die Sache in gleicher Weise dargestellt. Aber wenn, wie § 322 Abs. 3 B.G.B. klar ergiebt, die Vollstreckung eines auf Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug ergangenen Urtheils im Falle des Annahmeverzugs „ohne Bewirkung der Gegenleistung" erfolgt, dann ist eben der im Annahmeverzuge befindliche Schuldner im letzten und praktischen Ende, in Wahrheit und materiell verpflichtet, *zu leisten ohne Bewirkung der Gegenleistung*. Diese Folge ist allerdings in den §§ 300—304 B.G.B. nicht ausgesprochen, aber aus § 322 Abs. 3 B.G.B. ergiebt sie sich.

Anm. 6. Der Kaufpreis wird hiernach (vergl. Anm. 8—11 zu § 373) dann fällig, wenn der Verkäufer die Waare dem Käufer an dessen Wohnsitz übersendet und sie ihm dort zur Annahme Zug um Zug anbietet; ferner dann, wenn der Käufer im Voraus erklärt, er werde die Waare nicht abnehmen,

und der Verkäufer sie ihm wörtlich anbietet; ferner dann, wenn der Käufer bei der Erfüllung mitzuwirken, z. B. die Waare abzuholen oder eine Absonderungsorder zu ertheilen hat, und der Verkäufer ihm die Waare wörtlich anbietet oder ihn zu der ihm obliegenden Leistung auffordert; endlich dann, wenn der Käufer seine Mitwirkungshandlung an einem bestimmten Tage zu bewirken, z. B. die Waare an einem bestimmten Tage abzuholen hat und dies unterläßt.

Selbstverständlich ist, daß der Verkäufer in allen Fällen, in denen er die Waare nicht realiter anbietet, auch im Stande sein muß, die Waare zu liefern. Denn das gehört ja zum Annahmeverzug des Käufers, und dieser ist ja, wenn die Waare nicht geliefert wird, das mindeste, was zur Fälligkeit des Kaufpreises erforderlich ist. Ueber die Frage, wann anzunehmen ist, daß der Verkäufer im Stande ist, die Waare zu liefern, insbesondere ob er die Waare im Besitze haben muß und in wie weit es genügt, daß er sie von andern Personen zu fordern berechtigt ist, s. Anm. 12 zu § 373. Anm. 7.

ββ) **Die Zahlung** muß er unterlassen haben, wenigstens bezieht sich auf diesen Fall nur unsere Erörterung. Ueber den Fall, daß der Käufer Sicherheit zu geben hat (Wechsel, Pfänder, Bürgen), und hiermit im Verzug ist, s. unten Anm. 102). Ist der ganze Kaufpreis fällig, und will der Käufer nur einen Theil zahlen, oder will er überhaupt weniger zahlen als fällig ist, so genügt dies als Voraussetzung des Verzuges. Denn Theilleistungen braucht sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen (§ 266 B.G.B.). Das wird besonders praktisch, wenn der Käufer aus irgend einem Grunde einen Abzug macht, sei es, indem er Preisminderung geltend macht, oder die Bewilligung eines Dekorts behauptet oder einen Schadensersatzanspruch compensando geltend macht u. s. w. Freilich muß überall schuldhafte Zurückhaltung des Theilbetrages vorliegen (vergl. unten Anm. 10). Sendet der Käufer z. B. den geforderten Kaufpreis im großen und ganzen, macht aber einen Abzug und bittet, ihm denselben zu gewähren, so kann nicht sofort vom Verzuge gesprochen werden, solange der Käufer zwar keinen Anspruch hat, aber doch immerhin die Annahme hegen konnte, es werde ihm der Verkäufer die Reduktion gewähren. Beim Abzuge des Portos und der Nichteinsendung des Bestellgeldes greift ferner § 320 Abs. 2 B.G.B. überall Platz. Dort ist bestimmt, daß, wenn ein Theil der Leistung bewirkt ist, die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Theiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dasselbe muß für die Frage des Verzugs allgemein gelten, und zwar auch dann, wenn noch kein Theil der Leistung bewirkt ist. Ueber den Fall, daß ein Theil des Kaufpreises gezahlt und angenommen wird, mit dem Rest aber der Verzug eintritt, s. unten Anm. 109 flg. Anm. 8.

γγ) **Unterlassen** muß er die Zahlung haben. Zahlt er, wenn auch unter Protest oder Vorbehalt, so liegt kein Verzug vor; bloße Meinungsverschiedenheiten begründen ihn nicht (Bolze 13 Nr. 436). Der Gläubiger braucht ja die unter ungerechtfertigten Vorbehalten gemachte Zahlung nicht anzunehmen. Wie dies nach früherem Recht angenommen wurde (Dernburg, Preußisches Privatrecht II § 92 a. E.), so liegt kein Grund vor, für das neue Recht etwas anderes anzunehmen. Anm. 9.

δδ) **Schuldhaft** muß der Käufer die Zahlung unterlassen haben. Dazu gehört, daß die Zahlung unterblieben ist auf Grund von Umständen, die er zu vertreten hat. Doch hat, wie hier sofort bemerkt werden muß, der Verkäufer nicht zu beweisen, daß solche Umstände vorliegen, vielmehr ist es Sache des Anm. 10.

Käufers, sich nach dieser Richtung zu exkulpiren. Diese Beweislast folgt aus dem Wortlaut des § 285 B.G.B. Zu vertreten hat der Käufer Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst, seines gesetzlichen Vertreters und derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient (§§ 276, 278 B.G.B.). Sein Zahlungsunvermögen aber hat er auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt (§ 279 B.G.B.). Der Einwand also, daß er nicht zahlen kann (exceptio caesarea: Wo nichts ist, da hat auch der Kaiser sein Recht verloren), entschuldigt ihn nicht, auch wenn er genügend Vorsorge getroffen hat, um den Verkäufer rechtzeitig zu befriedigen, wenn er z. B. das Geld rechtzeitig in den Geldschrank gelegt, aber durch einen Einbruchsdiebstahl verloren hat, oder wenn er das Geld rechtzeitig per Post übersendet hat; denn es reist auf seine Gefahr (§ 270 B.G.B.). Aber er ist entschuldigt, wenn der Verkäufer ihm z. B. einen unrichtigen Fälligkeitstag angegeben hat u. s. w. Dagegen entschuldigt ihn unrichtige Vertragsauslegung nicht (Bolze 19 Nr. 546); auch sonstiger Rechtsirrthum nicht (Bolze 21 Nr. 487), am allerwenigsten der Umstand, daß er die Waare nicht mehr braucht, weil er das Geschäft aufgegeben hat (R.G. 41 S. 102).

Anm. 11. Wo die Fälligkeit dadurch eintritt, daß der Käufer mit der Annahme der Lieferung in Verzug geräth (oben Anm. 5 ffg.), da muß, damit der Käufer im Schuldverzuge ist, auch der Annahmeverzug schuldhaft sein. Auch dies ergiebt sich aus § 285 B.G.B. Liegt kein schuldhafter Annahmeverzug vor (gegen den Gläubigerverzug genügt ja unverschuldeter Annahmeverzug; vergl. Anm. 6 zu § 373), so liegt kein Schuldnerverzug des Käufers vor. Denn dann unterbleibt ja die Zahlung in Folge von Umständen, die der Käufer nicht zu vertreten hat.

Anm. 12. Aber ferner gehört zur schuldhaften Unterlassung regelmäßig eine **Mahnung** (Klageerhebung oder Zustellung des Zahlungsbefehls stehen dem gleich) — § 284 B.G.B. — Die Mahnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung; sie muß daher, um wirksam zu sein, dem Käufer oder dessen legitimirtem Vertreter zugehen. Sie muß für ihre Zwecke geeignet sein, also dem Käufer Zeit zur Nachholung der versäumten Zahlung lassen; sonst ist die Mahnung unwirksam. Sie kann formlos, muß aber unzweideutig sein; sie muß das Verlangen des Verkäufers, daß ihm sofort oder zu einer von ihm bestimmten späteren Zeit — auch letzteres ist zulässig, Dernburg II S. 153 — gezahlt werde, erkennen lassen. Fordert der Gläubiger mehr oder anderes, als ihm geschuldet wird, so ist darum (wie Dernburg II S. 153 und Oertmann § 284 Nr. 1 gegen Planck S. 60 und Endemann, Einführung § 141 zutreffend annehmen) die Mahnung nicht wirkungslos. Wenn vielmehr die Mahnung nur deutlich erkennen läßt, welche Forderung erfüllt werden soll, so hat der Schuldner daraufhin zu leisten oder wenigstens anzubieten, was er schuldet, es sei denn, daß der Gläubiger erkennen läßt, daß er anders, als er fordere, die Erfüllung nicht annehmen werde. Mahnung unter einer Bedingung ist ebenso wenig prinzipiell unzulässig, wie die Kündigung unter einer Bedingung (s. Anm. 10 zu § 66).[1]) Die Mahnung muß nach der Fälligkeit geschehen. Dies schreibt § 284 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. ausdrücklich vor.

---

[1]) Endemann I § 137 Note 7 lehrt, daß, soweit der Gläubiger nur gegen die eigene Leistung etwas fordern kann, er diese mit der Mahnung anbieten muß. Cosack, Bürgerl. Recht I § 105 hält den Schuldner für entschuldigt, wenn er die Leistung deshalb nicht bewirkt, weil der andere Theil seine Leistung zu bewirken unterließ, Dernburg II S. 153 und Schollmeyer Anm. 1a zu § 285 B.G.B. lehren, die Geltung der Mahnung sei keineswegs davon abhängig, daß sich der Gläubiger bei derselben zur Bewirkung einer ihm obliegenden, Zug um Zug zu

Eine vor der Fälligkeit erfolgende Mahnung ist daher selbst dann unwirksam, wenn der Wille des Gläubigers, Erfüllung zu verlangen, nach der Fälligkeit fortbesteht (Cosack, Bürgerliches Recht I § 105, Dernburg II S. 152). Allein andererseits ist darauf aufmerksam zu machen, daß unter Umständen diejenigen Thatsachen, welche die Fälligkeit bewirken, auch die Mahnung mitenthalten. Eine Verbindung dieser Art ist möglich. Das gilt überall dort, wo der Kaufpreis dadurch fällig wird, daß der Verkäufer die Waare anbietet. Durch dieses Anbieten giebt der Gläubiger deutlich zu erkennen, daß er jetzt die Zahlung fordert. Es bedarf in diesem Falle zur Inverzugsetzung keiner besonderen Mahnung mehr (R.O.H. 15 S. 55).

Die Mahnung wird auch dadurch nicht überflüssig, daß der Käufer im Voraus erklärt hat, er werde nicht zahlen (vergl. unten Anm. 43).

Die Mahnung wird aber dadurch überflüssig, daß für die Zahlung des Kaufpreises ein Kalendertag bestimmt ist, oder daß die Fälligkeit von einer Kündigungsfrist abhängig ist und diese sich von der Kündigung ab nach Kalendertagen berechnen läßt (§ 284 Abs. 2 B.G.B.). Der Fall liegt nicht vor, wenn Zahlung per cassa vereinbart ist, oder wenn Zahlung in den ersten Tagen des Juli vereinbart ist (R.O.H. 14 S. 34) oder bei der Zahlungskondition: zahlbar zu Anfang des Winters, oder Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Waare, oder in 14 Tagen nach Lieferung. Anm. 13.

εε) **Die Beweislast** trifft den Verkäufer insofern, als er die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und die Fälligkeit darthun muß, ebenso die Mahnung. Den Nachweis, daß er gleichwohl nicht in Verzug gerathen ist, weil er die Erfüllung unterlassen hat auf Grund von Umständen, die er nicht zu vertreten hat, hat der Käufer zu führen (s. oben Anm. 10), ebenso den Nachweis, daß er erfüllt hat, wenn er sich auf diesen Standpunkt stellen will (vergl. oben Anm. 58). Aber auch hinsichtlich der Fälligkeit bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten hat der Verkäufer nur die Bereitschaft zur eigenen Leistung, nicht auch das Vermögen dazu zu beweisen (Anm. 14 zu § 373). Anm. 14.

bb) **Die zweite Voraussetzung ist, daß der Verkäufer noch nicht erfüllt hat,** wenigstens ist dies die Voraussetzung des Falles, den wir hier erörtern. Der Fall, daß der Verkäufer schon erfüllt hat und der Käufer in Verzug geräth, wird weiter unten von uns behandelt werden (Anm. 99 ffg.). Anm. 15.

b) **Der Inhalt des dreifachen Wahlrechts im Falle des Verzuges des Käufers: die drei zur Wahl gestellten Rechte.** Anm. 16.

aa) **Welches sind die Rechte, zwischen denen der Verkäufer zu wählen hat?** Er hat zunächst das Recht auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung. Dieses Recht hat er auf Grund des Kaufvertrages und des § 286 B.G.B. Er hat aber ferner nach § 326 B.G.B. das Recht, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. (Im Grunde genommen hat der Verkäufer noch ein viertes Recht: das Recht der Zurückbehaltung der eigenen Leistung, darüber s. unten Anm. 33).

bb) **Insbesondere das Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.** Anm. 17.

---

erfüllenden Gegenleistung bereit erklärt. Allein Endemann fordert zu viel, Dernburg und Schollmeyer zu wenig. Alle aber gehen von unzutreffenden Gesichtspunkten aus. Denn nicht ein Requisit des Verzuges, sondern ein Requisit der Fälligkeit ist hier in Frage, die Fälligkeit der Forderung ist bei Zug um Zug zu erfüllenden Obligationen davon abhängig, daß der Verpflichtete hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug ist. Dazu gehört regelmäßig das Anbieten der Leistung seitens des Gläubigers (vergl. oben Anm. 5 ffg.).

a) **Das Recht auf Erfüllung.** Das ist das Recht auf Zahlung des Kaufpreises. Der Verzug erschwert weder, noch mindert er die Pflicht zur Zahlung. Er erschwert sie regelmäßig nicht, so daß der Ort der Zahlung trotz des Verzuges unverändert bleibt (R.O.H. 8 S. 84). Also muß der Käufer an seinem Wohnsitze auf Zahlung verklagt werden (vergl. Anm. 19 im Exkurse zu § 372 u. Anm. 54 im Exkurse vor § 373). Der Verzug mindert aber auch die Zahlungspflicht nicht und etwaige Belästigungen, die dem Käufer dadurch entstehen, daß der Verkäufer auf Erfüllung besteht, hindern den Verkäufer nicht, dieses Recht zu wählen. So z. B. wenn Waaren für einen längeren Zeitraum zum allmählichen Verbrauch geliefert werden sollten, so muß der Käufer, wenn er sich während der ganzen Lieferungszeit geweigert hatte, abzunehmen und zu bezahlen, sich nunmehr gefallen lassen, daß der Verkäufer die Abnahme und Zahlung des ganzen Quantums auf einmal verlangt (Bolze 7 Nr. 575), auch wenn die Waare jetzt, etwa wegen des Ablaufs der Saison, schlechter zu verwerthen ist (Bolze 8 Nr. 186). Anders aber soll nach Bolze 5 Nr. 677 der Fall liegen, wenn innerhalb einer bestimmten Zeit zu liefern war, so zwar, daß nach der Intention der Parteien die Lieferung nach der Frist nicht mehr als Vertragsleistung zu betrachten war, z. B. beim Bierabnahmevertrage. Alsdann soll der Verkäufer, dem die Lieferung innerhalb der Frist durch den Verzug des Käufers unmöglich geworden ist, nicht auf Abnahme und Zahlung klagen dürfen, sondern nur auf Entschädigung. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden. Daß er auf Entschädigung ohne Selbsthilfeverkauf klagen dürfe, ist richtig, daß er aber nur auf Entschädigung klagen dürfe, dafür ist kein Grund vorhanden. Der Käufer kann sich auf seinen eigenen Verzug nicht berufen.

Ueber die prozessualen Punkte bei der Klage auf Zahlung haben wir schon im Exkurs vor § 373 (Anm. 50 ffg. daselbst) gehandelt, insbesondere auch über den Gerichtsstand, das Petitum, den Einwand der nicht erfolgten Lieferung u. s. w.

Anm. 18. β) Als Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung hat der Verkäufer besonders die gesetzlichen Zinsen zu verlangen (§ 288 B.G.B.; §§ 352, 355 H.G.B.). Der Anspruch auf höheren Schadensersatz ist nicht ausgeschlossen (§ 288 Abs. 2 B.G.B.; vergl. auch Anm. 8 zu § 352, wo dargelegt ist, daß auf Grund des § 288 Abs. 2 B.G.B. bei allgemein steigendem Zinsfuße ein höherer Zins ohne weiteres gefordert werden kann). Geltendmachung der Erfüllung ohne gleichzeitige Geltendmachung des Verspätungsschadens schließt den letzteren nicht aus. Ebenso wenig giebt es eine gesetzliche Vorschrift, daß die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung ohne Weiteres den Verzicht auf den Verspätungsschaden enthält (vergl. R.G. 43 S. 268). Ist allerdings an die verspätete Zahlung eine Vertragsstrafe geknüpft, so liegt in der vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Zahlung der Verzicht auf die Vertragsstrafe (§ 341 Abs. 3 B.G.B.; vergl. hierüber Näheres bei uns Anm. 16 zu § 348).

Anm. 19. Für die Klage auf den Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung gilt prozessual dasselbe wie für die Klage auf Erfüllung. Der Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung ist ein Annex, ein Zuwachs der eigentlichen Erfüllung. Der Käufer kann, wenn der Verkäufer noch nicht geleistet hat auch zur Zahlung dieser Schuld nur verurtheilt werden Zug um Zug gegen Lieferung der Waare, und wenn ohne Lieferung glatt gegen ihn vollstreckt werden soll, so muß dem Vollstreckungsbeamten dargethan werden, daß der Käufer mit der Annahme der Waare im Verzuge ist (vergl. Näheres Anm. 53 im Exkurse vor § 373).

Desgleichen ist der Erfüllungsort hier der gleiche, wie für die Hauptleistung. Darum ist auch der Gerichtsstand der gleiche (Anm. 8 im Exkurse zu § 372).

Nach allen diesen Richtungen würde Anderes gelten, wenn die neue Theorie, daß der Verzug ein neues selbstständiges Schuldverhältniß begründe, richtig wäre. Sie ist aber irrig, wie an anderer Stelle dargethan worden ist (vergl. Anm. 61 im Exkurse vor § 373).

cc) **Insbesondere das Recht des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Anm. 20.

α) **Inhalt dieses Rechts im Allgemeinen.** Das alte H.G.B. gab dem Verkäufer im Falle des Verzuges des Käufers kein einfaches Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wie dem Käufer beim Verzuge des Verkäufers, sondern gab ihm nur eine bestimmte Art des Schadensersatzes an die Hand: er mußte, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung liquidiren wollte, im Wege eines offiziellen Selbsthilfeverkaufs die Waare verkaufen lassen, wie im Falle des Annahmeverzuges, und der hierbei erlittene Ausfall am Kaufpreise bildete den Inhalt seines Schadensersatzanspruchs. Das neue Recht hat davon Abstand genommen, das Recht des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in dieser Weise einzuschränken und zu formalisiren. Vielmehr giebt der § 326 B.G.B. Jedem, dem der andere Theil das auf Grund eines zweiseitigen Vertrages Geschuldete nicht leistet, also auch dem Verkäufer gegenüber dem Käufer, einfach das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die Art, wie der Schadensersatz liquidirt wird, ergiebt sich aus der jedesmaligen Sach- und Rechtslage. Der Verkäufer ist daher auf jene Art der Schadensliquidation, welche das frühere Recht vorschrieb, nicht beschränkt. Sie ist ihm zwar gestattet, aber er ist auf sie nicht angewiesen. Vielmehr kann der Verkäufer seinen Schaden auch in jeder anderen Weise liquidiren; z. B. auf Grund eines freihändigen Verkaufs der Waare, auch ohne Verkauf durch bloße Liquidation der Preisdifferenz u. s. w. Die verschiedenen Arten der Schadensliquidation werden wir weiter unten betrachten. Zunächst muß der von uns aufgestellte Grundsatz, daß der Verkäufer in jeder sachgemäßen Art seinen Schaden liquidiren kann, näher begründet werden. Denn er ist höchst bestritten.

Die Denkschrift zum H.G.B. (S. 219) stellt sich auf den von uns vertretenen Standpunkt, desgleichen Cosack (Bürgerl. Recht I § 130; Oswalt in der Deutschen Juristen-Zeitung 4 S. 214; Leo in der Hanseatischen Gerichtszeitung, Beilage zu Nr. 2 pro 1900; dagegen mit großer Entschiedenheit Adler bei Holdheim 6 S. 110 und S. 170 und in Kohler und Rings Archiv 17 S. 136, Kaufmann in Nr. 7 und Götte in Nr. 19 der Deutschen Juristen-Zeitung Bd. 4). Die gegentheilige Meinung wird damit begründet, daß Derjenige, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung wähle, von seiner eigenen Verpflichtung nicht frei werde. Der Verkäufer habe daher die Waare dem Käufer zu liefern, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Nur wenn gleichzeitig Annahmeverzug des Käufers vorliege, habe der Verkäufer ein Recht auf den Silbsthilfeverkauf, dann aber auch nur auf den offiziellen. Unsere Gegner gehen also *von der Voraussetzung aus, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ebenfalls ein Anspruch auf Erfüllung sei*, und wer Erfüllung des Vertrages fordere, schuldet, so argumentiren sie weiter, seine eigene Leistung. Wäre jene Voraussetzung richtig, so wäre auch dieser Schluß richtig und unsere Meinung irrig. Aber jene Voraussetzung ist nicht zutreffend. Zwar sprechen Planck Anm. 3a zu § 325 B.G.B., Dernburg II S. 215, Schollmeyer Anm. 3 zu § 326 B.G.B. jenen Rechtssatz aus. Aber ihnen kann nicht beigetreten werden. Erfüllt vielmehr der Käufer trotz gestellter Frist nicht, so kann der Verkäufer denjenigen Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch erwachsen ist, daß der Käufer den Vertrag nicht erfüllt. *Des Verkäufers Anspruch auf Erfüllung ist alsdann ausgeschlossen*, wie das Gesetz in § 326 B.G.B. ausdrücklich bestimmt, und dadurch ist ganz selbstverständlich auch der Anspruch des Käufers auf Erfüllung ebenfalls ausgeschlossen. Denn der Verkäufer braucht nur zu erfüllen, wenn der Käufer seinerseits erfüllt. Freilich ist der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch eine Art der Realisirung des Vertrages, aber jedenfalls ist er nicht der Anspruch auf *Erfüllung*. „Nichterfüllung" mag Alles sein, nur Anm. 21.

nicht Erfüllung des Vertrages. Befriedigt der Käufer den Anspruch des Verkäufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist das nicht die eigentliche Erfüllung des Vertrages, nicht die Erfüllung κατ'ἐξοχήν, nicht diejenige Erfüllung, zu welcher der Käufer sich als Gegenleistung gegen die Lieferung der Waare verpflichtet hat, nicht das, was der Gesetzgeber im Auge hatte, wenn er von Erfüllung des Vertrages sprach. Die sekundären Verpflichtungen, die ihn treffen, wenn der Verkäufer aus dem Verzuge des Käufers statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, sind eben sekundäre Folgen; der Käufer soll eben dem Verkäufer denjenigen Schaden ersetzen, der diesem dadurch erwächst, daß der Kaufvertrag durch Schuld des Käufers unerfüllt bleibt. Es ist das eine Rechtsanschauung, die auch sonst vorkommt. Wenn der Käufer in Konkurs geräth und der Verwalter in den Kaufvertrag nicht eintritt, so kann allerdings kein Theil vom anderen Erfüllung verlangen, aber der Verkäufer kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§§ 17 und 26 K.O.). Selbstverständlich braucht er der Konkursmasse gegen die Zahlung der Dividende die Waare nicht zu liefern, auch nicht theilweise, soweit er Dividende erhält, auch nicht, wenn die Konkursmasse 100% Dividende bringt. Was unsere Gegner wollen, würde zusammenfallen mit dem Rechte auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, also mit dem ersten der drei zur Wahl gestellten Rechte. Denn was könnte der Verkäufer vom Käufer als Schadensersatz verlangen, wenn er verpflichtet wäre, ihm die Waare zu liefern? Er könnte verlangen: erstens außer den Anschaffungskosten die Differenz zwischen diesen und dem Kaufpreise, zweitens die ihm durch die Aufbewahrung und die Erhaltung der Sache entstandenen Kosten. Das erstere aber wäre nichts als der Kaufpreis, das letztere der Schadensersatz für Verspätung der Abnahme. Wenn umgekehrt Adler bei Kohler und Ring 17 S. 136 gegen unsere Auffassung einwendet, das Recht, welches wir dem Verkäufer gewähren, sei ein Rücktrittsrecht mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist er auf unrichtiger Fährte. Oft wird es allerdings darauf hinauslaufen; aber oft besteht ein großer Unterschied. So z. B. immer dann, wenn der Verkäufer bereits einen Theil der Waare geliefert hat. Das Rücktrittsrecht gewährt dem Verkäufer das Recht, die Waare zurückzufordern. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung giebt ihm dieses Recht nicht. Was der Gläubiger geleistet hat, muß er dem Schuldner belassen, wenn er das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt. Er kann ja Schadensersatz dafür verlangen, daß der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt, obgleich er dazu verpflichtet ist und obgleich er einen Theil der Waare bereits erhalten hat. Aber von der Weiterlieferung wird der Verkäufer frei. Dem Anspruch auf Schadensersatz wird derjenige Zustand zu Grunde gelegt, der in dem kritischen Zeitpunkte besteht: einen Anspruch auf Erfüllung der noch ausstehenden Verpflichtungen des säumigen Schuldners hat der nichtsäumige Kontrahent nicht, aber andererseits wird er seinerseits frei von seinen Verpflichtungen, soweit sie noch ausstehen, und für den Schaden, der ihm durch diese Sach- und Rechtslage erwächst, kann er Ersatz verlangen.

Anm. 22. Die diesseitige Meinung wird noch unterstützt durch § 326 Abs. 2 B.G.B. Hier wird von allen Seiten anerkannt, daß „die Erfüllung des Vertrages" die beiderseitige Erfüllung bedeutet (vergl. Planck Anm. 1 zu § 326 B.G.B.; Oertmann Anm. 5 zu § 321 B.G.B.). Der Abs. 2 hat zweifelsohne keinen anderen Sinn als: wenn der vertragstreue Theil kein Interesse daran hat, daß der Vertrag von den beiden Kontrahenten erfüllt wird, so kann er ohne Fristbestimmung eine derjenigen Befugnisse wählen, bei welchen der Gesetzgeber eben diesen Standpunkt einnimmt, nämlich daß der Vertrag von den Kontrahenten unerfüllt bleibt. Er bezieht sich insbesondere, wie Planck a. a. O. sagt, auf den Fall, daß der Verkäufer kein Interesse daran hat, daß der säumige Käufer den

Kaufpreis zahle gegen Lieferung der Waare. Und nun soll der Verkäufer in diesem Falle das Recht haben, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, aber nur gegen Lieferung der Waare? Das ist doch wohl eine unmögliche Annahme.

Die zweite Gesetzesstelle, die unsere Ansicht bestätigt, ist der § 376 Abs. 3 H.G.B., der ganz unverkennbar davon ausgeht, daß der Verkäufer auch einen anderweiten Verkauf beim Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu Grunde legen kann. Er will den privaten Realisirungsverkauf beim Fixhandelskauf nur dann ausschließen, wenn die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat, sonst also offensichtlich zulassen. Anm. 23.

Hiernach hat der Verkäufer, wenn er Schadensersatz wegen Nichtzahlung wählt, keine Verpflichtung, dem Käufer die Waare anzubieten, kann sie vielmehr, auch ohne daß Annahmeverzug des Käufers vorliegt, verkaufen, und zwar wie er will, und seinen Schaden so oder auch in anderer Weise gegen den Käufer liquidiren. Ja er ist nach unserer Ansicht nicht einmal berechtigt, dem Käufer die Waare anzubieten, von ihm Abnahme zu verlangen, nachdem er einmal wegen der Nichtzahlung Schadensersatz gewählt hat. Denn sein Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen, und die Abnahme ist eine derjenigen Verpflichtungen, die zur Erfüllung des Vertrages durch den Käufer gehören (§ 433 B.G.B.). Und überdies würde, wie gesagt, der unter Anbieten der Waare liquidirte Schadensersatz auf nichts anderes hinauslaufen, als auf den Anspruch auf den Kaufpreis nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Aber gerade diesen Anspruch hat ja der Verkäufer verloren, nachdem er Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat. Der Käufer kann also, nachdem der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat, verlangen, daß der Verkäufer die Waare als sein Eigenthum behalte oder verwerthe. Der ihm hierdurch, durch das Behalten der Waare oder anderweite Verwerthen der Waare erwachsene Schaden ist ja gerade der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, den allein der Verkäufer geltend zu machen berechtigt ist, nachdem er dieses Recht gewählt hat. Anm. 24.

Selbstverständlich aber bleibt der Anspruch auf Schadensersatz ein Anspruch aus dem Vertrage (R.G. 10 S. 180). Er folgt daher denselben Regeln, wie der Hauptanspruch auf Erfüllung, er ist dort zu erfüllen, wo der Vertrag überhaupt zu erfüllen ist. Er ist ja nur die Surrogatverpflichtung (vergl. Anm. 8 im Exkurse zu § 372). Anm. 25.

β) **Demgemäß kann der Verkäufer den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in jeder Weise liquidiren, welche der Sach- und Rechtslage entspricht.** Wie der Käufer seinen Schaden beim Verzuge des Verkäufers, so kann der Verkäufer den seinigen beim Verzuge des Käufers abstrakt und konkret liquidiren. Anm. 26.

αα) **Der abstrakte Schade.** Der Verkäufer kann einfach die Differenz zwischen dem Selbstkostenpreis und dem Vertragspreise verlangen. Er kann sich mit Fug auf den Standpunkt stellen, daß er diese Differenz verdient hätte, wenn der Käufer den Vertrag erfüllt hätte. Demgegenüber kann der Käufer nicht einfach einwenden, daß der Verkäufer ja im Besitze der Waare geblieben sei, sie also anderweit ebenso günstig verkaufen könne, wie an den Käufer. Denn prima facie ist davon auszugehen, daß der Verkäufer im Stande war, auch noch weitere Quantitäten derselben Waarengattung zu demselben Selbstkostenpreis anzuschaffen, und daß, auch wenn der betreffende Käufer den Vertrag erfüllt hätte, er andere Verkaufsgelegenheiten ebenfalls hätte benutzen können, und bei einer verkäuflichen Waare muß von ihrer jederzeitigen Verkäuflichkeit ausgegangen werden (R.G. 4 S. 2). Indessen können freilich im einzelnen Falle die Dinge so liegen, daß der Verkäufer nicht im Stande gewesen ist, weitere Quantitäten zu demselben Preis anzuschaffen, während er andere Anm. 27.

Verkaufsgelegenheiten wohl gehabt hat. Unter solchen Verhältnissen kann der Verkäufer allerdings keinen abstrakten Schaden liquidiren. Solche besonderen Verhältnisse aber muß der Käufer darthun.

Anm. 28. ββ) **Der konkrete Schaden.** Diesen kann der Verkäufer in der Weise liquidiren, daß er die Waare anderweit verkauft hat; die dabei erlittene Preisdifferenz (zuzüglich Lagerungs- und Verkaufskosten, Zinsen, Provision u. s. w.) ist sein Schaden. Er kann sich für diesen Verkauf der Form des § 373 H.G.B. und § 383 B.G.B. bedienen, aber, wie oben Anm. 20 ffg. eingehender gesagt, vorgeschrieben ist keine Form. Er kann auch einen privaten Verkauf vornehmen, ohne Mitwirkung irgend welchen offiziellen Organs und ohne jede Form, wie der Käufer seinen Deckungskauf auch formlos bewirken kann (vergl. unten Anm. 59). Es gelten also über die Zeit, über den Ort, über die Art und die Bedingungen des Zahlungsverzugs-Selbsthilfeverkaufs keine festen Formen. Vielmehr gilt hier, wie beim Deckungskauf des Käufers, der Grundsatz, daß der Käufer bei der Vornahme des Verkaufs nach Treu und Glauben im Verkehr zu verfahren hat. Er nimmt dabei nicht das Interesse des Käufers wahr, darf dieses aber auch nicht arglistig oder fahrlässig verletzen. Dies ist früher für den Deckungskauf in zahlreichen Entscheidungen angenommen worden (vergl. unten Anm. 59) und ergiebt sich jetzt unmittelbar aus § 254 Abs. 2 B.G.B. Da hiernach der Zahlungsverzugs-Selbsthilfeverkauf nicht unter dem Zeichen fester Normen und Formen steht, so ergiebt sich hieraus ferner, daß Abweichungen von dem, was Treu und Glauben gebieten, nicht eine Ungiltigkeit des Verkaufs bewirken, sondern nur, daß die Abweichung von der Regel nicht berücksichtigt wird, sodaß der Verkäufer die Differenz zugebilligt erhält, die sich bei einem sachgemäßen Verkauf ergeben würde (so für den Deckungskauf R.G. 11 S. 198).

Anm. 29. Wegen des Näheren über diesen Selbsthilfeverkauf gilt das unten über den Deckungskauf Gesagte überall (unten Anm. 59 ffg.). Hervorzuheben ist hierbei, daß der Verkäufer dem Käufer die redlich erzielten Preise anrechnen kann (s. unten Anm. 62). Insbesondere muß es sich um einen Verkauf derselben Waare und zu wesentlich gleichen Bedingungen handeln (vergl. unten Anm. 63). Nach einer Verkaufsgelegenheit zu suchen, braucht der Verkäufer gerade nicht. Aber er darf auch eine sich darbietende Verkaufsgelegenheit nicht ablehnen (vergl. § 254 B.G.B.).

Anm. 30. Erzielt der Verkäufer beim anderweiten Selbsthilfeverkauf Gewinn, so verbleibt ihm derselbe, weil dieser Selbsthilfeverkauf für seine Rechnung erfolgt. Er muß jedoch diesen Gewinn auf den sonstigen Schaden, den er wegen der Nichterfüllung erlitten hat, in Abzug bringen.

Anm. 31. γ) **Die Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung** erfolgt durch Klage an dem Gerichte des Ortes, an welchem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, d. i., wo die Hauptverpflichtung zu erfüllen ist (vergl. Anm. 8 im Exkurse zu § 372). Sie kann mit der Klage auf Erfüllung nicht verbunden werden, auch nicht eventuell. Der § 255 C.P.O. will dies nicht anordnen, sondern er bestimmt nur, daß der auf Zahlung klagende Verkäufer verlangen kann, daß im Urtheil eine Frist bestimmt werde, binnen welcher der Käufer zu zahlen hat, widrigenfalls der Verkäufer die Erfüllung ablehnen kann — eine sehr unpraktische Bestimmung. Denn diese Frist kann der Verkäufer selbst bestimmen, und zwar jederzeit, auch vor Erlaß oder Rechtskraft des Urtheils (über diese Auffassung siehe Hölder in Anm. 3 zu § 326 B.G.B.).

dd) **Insbesondere das Recht des Verkäufers, vom Vertrage zurückzutreten.** Wählt der Verkäufer dieses Recht, so kann er weder entgangenen Gewinn, noch auch die ihm positiv erwachsenen Schäden, z. B. Lagerungskosten, Transportkosten, Provisionen

für den Abschluß des Verkaufs, geltend machen. Cosack, Bürgerl. Recht I § 123 Nr. 6 will dem Zurücktretenden einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des negativen Vertragsinteresses gewähren, aber mit Unrecht. Denn „Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus". (Motive II S. 209.) Im einzelnen finden gemäß § 327 B.G.B. die §§ 346—356 B.G.B. Anwendung. Danach erfolgt die Ausübung des Rücktrittsrechts durch Erklärung gegenüber dem anderen Theil (§ 349 B.G.B.). Es ist also eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie muß dem anderen Theile zugehen. Mit der Erklärung des Rücktritts ist der Vertrag aufgehoben, kein Theil braucht ihn mehr zu erfüllen. Für die Ausübung des Rücktrittsrechts kann dem Berechtigten von dem anderen Theil eine angemessene Frist bestimmt werden; das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablauf der Frist erklärt wird (§ 355 B.G.B.). Anm. 32.

ee) **Im Grunde genommen steht dem Verkäufer im Falle des Verzuges noch ein viertes Recht zur Wahl, nämlich das Recht, die Waare zurückzuhalten,** bis der Käufer den Kaufpreis gezahlt hat (§ 320 B.G.B). Natürlich kann er dieses Recht nur dann ausüben, wenn er nicht die Waare vor der Zahlung des Kaufpreises zu liefern hat, wie dies auch § 320 Abs. 1 B.G.B. hervorhebt. Die Ausübung dieses Rechts wird oft geeignet sein, auf den säumigen Käufer einen Druck auszuüben, besonders wenn er die Waare braucht. Indessen läßt die Ausübung dieses Rechts das Verhältniß in der Schwebe, während wir hier eigentlich nur diejenigen Rechte behandeln, welche dem Verkäufer zu dem Zwecke gegeben sind, um im Falle des Verzuges des Käufers die Verhältnisse zur Erledigung zu bringen. Anm. 33.

2. **Die Voraussetzung und der Inhalt des dreifachen Wahlrechts des Käufers im Falle des Verzuges des Verkäufers.** Anm. 34.

a) **Die Voraussetzung des dreifachen Wahlrechts des Käufers ist, daß der Verkäufer mit der Uebergabe im Verzuge ist.** Der Verkäufer muß dem Käufer die Sache übergeben und ihm das Eigenthum an der Sache verschaffen. Durch beides zusammen erfüllt der Verkäufer seine Hauptverpflichtung, welche das eigentliche Aequivalent für den Kaufpreis ist. Er muß, so kann dies besser formulirt werden, dem Käufer die Sache zum Besitz und Eigenthum übergeben. Erst dann ist seine Hauptverpflichtung erfüllt. Verschafft er ihm zwar den Besitz, aber nicht das Eigenthum, so ist die Hauptverpflichtung nicht erfüllt. Doch ist hier hauptsächlich nur zu untersuchen, wann die Uebergabe als erfüllt gilt. Das Eigenthum geht mit derjenigen Uebergabe, die hier erforderlich ist, meist von selbst über, selbst wenn der Verkäufer es nicht hatte (vergl. Anm. 37 im Exkurse vor § 373).

α) **Mit der Uebergabe** ist der Verkäufer dann im Verzuge, wenn er dem Käufer nicht den unmittelbaren Besitz der Sache beschafft. Denn darin besteht seine Uebergabepflicht. Mit Ersatzübergabe braucht der Käufer sich nicht zu begnügen (vergl. Anm. 34 im Exkurse vor § 373). Bein Kaufe gegen Dispositionspapier (Kauf gegen Konnossement) befindet sich der Verkäufer im Uebergabeverzuge, wenn er dem Käufer das Dispositionspapier nicht rechtzeitig übergiebt. Anm. 35.

Hat sich der Käufer allerdings mit der Ersatzübergabe begnügt, hat er die Waare beim Verkäufer stehen lassen mit dem Ersuchen, sie für ihn zu verwahren, und weigert nunmehr der Verkäufer die Herausgabe, oder hindert er nach Uebergabe des Dispositionspapiers an den Käufer die rechtzeitige Ankunft oder Ausantwortung der Waare an den Käufer, so liegt Uebergabeverzug nicht vor. Verzögert der Verkäufer die hierdurch übernommenen Verpflichtungen, so ist freilich der Käufer nicht schutzlos, aber die Rechte aus § 326 B.G.B. stehen ihm nicht zu. Anm. 36.

Vom Uebergabeverzuge wohl zu unterscheiden ist aber die Lieferung mangelhafter Waare. Lieferung mangelhafter Waare ist kein Verzug.[1]) Bei Lieferung mangelhafter Waare greifen andere Regeln Platz (§ 377 H.G.B.; §§ 459 ffg. B.G.B.). Im § 326 B.G.B. wird unterlassene Lieferung Anm. 37.

vorausgesetzt (R.G. 6 S. 189; Bolze 14 Nr. 449g; 16 Nr. 431). Nur kann allerdings der Käufer auch bei Lieferung mangelhafter Waare zu einem Anspruch auf Schadensersatz gelangen, wenn er nämlich gemäß § 480 B.G.B. statt der mangelhaft gelieferten Gattungssache eine mangelfreie verlangt und diese ihm nicht geliefert wird. Näheres hierüber Anm. 3 zu § 377.

Anm. 38. Ob und in wie weit die Lieferung eines aliud den Regeln vom Uebergabeverzug oder den Regeln von der Lieferung mangelhafter Waare unterliegt, darüber siehe zu §§ 377 und 378, desgleichen über den Fall, wo die Lieferung einer anderen als der bedungenen Menge, selbst dann, wenn dies Minderlieferung bedeutet, dennoch nicht als theilweise Nichterfüllung gilt, sondern wie mangelhafte Erfüllung behandelt wird.

Anm. 39. β) **Im Verzuge** muß der Verkäufer sein, d. h. er muß die fällige Lieferung schuldhaft unterlassen haben.

αα) **Die fällige Lieferung** muß er unterlassen haben. Bis zur Fälligkeit giebt es keinen Verzug, auch wenn der Verkäufer vorher erklärt hat, er werde zur Zeit der Fälligkeit nicht liefern (vergl. oben Anm. 12 a. E.). Wann die Lieferung der Waare fällig ist, darüber siehe Anm. 33 ffg. im Exkurse zu 372. Ergänzend ist hier zu bemerken, daß, wenn der Käufer innerhalb einer bestimmten Frist den Lieferungstag zu bestimmen hat, er den Verkäufer vorher benachrichtigen muß; der Verkäufer muß Zeit haben, die Lieferung vorzubereiten, und erst nach Ablauf einer angemessenen Frist ist die Lieferung fällig (R.O.H. 5 S. 413; 6 S. 361; 9 S. 271). Eine besondere Erörterung ist aber auch hier, wie oben Anm. 5 ffg., bei der Frage nach der Fälligkeit des Kaufpreises, für diejenigen Fälle erforderlich, in denen die Waare Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu liefern ist. Hier wird die Lieferungspflicht sicherlich dann fällig, wenn der Käufer den Kaufpreis derart realiter anbietet, daß der Verkäufer in der Lage ist, Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises die Waare auszuliefern. Allein die Lieferung wird nicht bloß in diesem Falle fällig. Auch hier würde es zu großen Ungerechtigkeiten und Härten führen, so z. B. wenn der Verkäufer im Voraus erklärt hat, er werde nicht liefern. Soll in diesem Falle der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis übersenden müssen? Oder wenn der Verkäufer den Kaufpreis beim Käufer abzuholen hat. Soll in diesem Falle die Lieferungspflicht nicht eher fällig werden, als bis der Käufer dem Verkäufer Gelegenheit gegeben hat, die Waare Zug um Zug gegen Zahlung des Preises zu liefern? Alles das kann nicht gewollt sein. Den Willen des Gesetzes trifft man auch hier dann, wenn man sagt, daß bei Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeiten die Leistung desjenigen Theiles fällig wird, an welchen die Leistung bewirkt ist (um diesen Fall handelt es sich hier nicht) oder welcher mit der Annahme der Gegenleistung im Verzuge ist. (Die nähere Begründung und die Beseitigung der Bedenken gegen diese Ansicht, welche aus § 322 B.G.B. geschöpft werden könnten, siehe oben Anm. 5). Es genügt also, daß der Verkäufer mit der Annahme des Kaufpreises im Verzuge ist: der Käufer muß bereit und im Stande gewesen sein, den Kaufpreis zu zahlen. Er muß seine Bereitschaft regelmäßig dadurch darthun, daß er den Kaufpreis thatsächlich anbietet. Aber ein wörtliches Angebot genügt dann, wenn der Verkäufer ihm erklärt hat, er werde den Kaufpreis nicht annehmen, oder wenn zur Zahlung des Kaufpreises eine Mitwirkung des Verkäufers erforderlich ist, insbesondere wenn er den Kaufpreis beim Käufer abzuholen hat; und auch das wörtliche Angebot ist nicht erforderlich, wenn eine Mitwirkung des Verkäufers erforderlich ist, für diese ein Kalendertag bestimmt

---

[1]) Ausnahmsweise, nach § 53 des Börsengesetzes, ist für den Börsenterminhandel in Waaren (wozu hier nicht Werthpapiere gehören) Lieferung mangelhafter Waare als Verzug zu erachten.

und dieser abgelaufen ist. Ueber alle diese Fälle siehe Näheres Anm. 8 zu § 373.[1]) Selbstverständlich muß der Käufer in denjenigen Fällen, in denen er nicht realiter anbietet, auch im Stande sein, den Kaufpreis zu zahlen. Denn das gehört zum Annahmeverzuge des Verkäufers, und dieser ist ja, wenn der Kaufpreis nicht wirklich gezahlt wird, das mindeste, was zur Fälligkeit der Waarenlieferung gefordert wird. Die Beantwortung der Frage, wann der Käufer im Stande ist, den Kaufpreis zu zahlen, begegnet keinen Schwierigkeiten. Die Beweislast, daß der Käufer nicht im Stande gewesen sei, den Kaufpreis zu zahlen, trifft den Verkäufer (vergl. Anm. 14 zu § 373).

ββ) **Unterlassen** muß der Verkäufer die Lieferung. *Liefert er, wenn auch mangelhaft, so liegt kein Verzug vor* (siehe oben Anm. 37). Es muß aber nicht gerade die ganze Lieferung ausbleiben. Auch Theillieferungen braucht der Käufer nicht anzunehmen (§ 266 B.G.B.). Ueber den Fall, daß der Verkäufer einen Theil der Waare geliefert hat, mit dem Rest aber in Verzug geräth, siehe unten Anm. 109 ffg. Anm. 40.

γγ) **Schuldhaft** muß der Verkäufer die Lieferung unterlassen haben. *Dazu gehört zunächst, daß die Lieferung unterblieben ist in Folge von Umständen, die er vertreten muß.* Zu vertreten hat der Verkäufer Vorsatz und Fahrlässigkeit seiner selbst, seines gesetzlichen Vertreters und derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient (§§ 276, 278 B.G.B.). Handelt es sich um generische Leistungen, so hat er sein Unvermögen zur Lieferung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist (§ 279 B.G.B.). Damit sind in den meisten hier in Betracht kommenden Fällen wichtige Differenzpunkte zu Ungunsten des Lieferanten entschieden. Streik, mangelndes Wasser, Kriegszustand, Feuersbrunst, Wagenmangel werden schon aus diesem Grunde den Lieferanten meist nicht entschuldigen, weil es sich ja meist um Gattungswaare handelt, die sich der Lieferant anderweit verschaffen kann und demgemäß beschaffen muß, wenn er nicht in Verzug gerathen soll (vergl. auch nach altem Recht R.G. 28 S. 221). In solchem Falle kommt der Lieferant also trotz jener in seinen Betrieb tief einschneidenden Hindernisse in Verzug. Nur dann liegt die Sache anders, wenn es sich um eine species handelt. In diesem Falle hat der Verkäufer sein Unvermögen dann nicht zu vertreten, wenn ihn oder seine Erfüllungsgehilfen ein Verschulden nicht trifft, d. h. *wenn ein Hinderniß eingetreten ist, dessen Eintritt nicht voraussehbar und dessen Wirkung nicht abzuwenden war.* Streik, Wagenmangel und sonstige Hindernisse werden daher unter dieser Voraussetzung — aber auch nur unter dieser, nicht ohne Weiteres deshalb, weil sie große Schwierigkeiten in der Erfüllung im Gefolge haben — Entschuldigungsgründe sein und den Verzug ausschließen (vergl. R.G. 28 S. 222). Aber auch hierbei ist zu beachten, daß auch solche Hindernisse oft nur die Verzögerung entschuldigen, nicht eine Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt begründen werden. Nach Wiederaufbau der abgebrannten Fabrik, nach Wiederaufnahme der Arbeit durch die streikenden Arbeiter, nach beseitigtem Wagenmangel, muß die verzögerte Lieferung aufgenommen und geleistet werden (R.O.H. 9 S. 123; 10 S. 293). Objektive Unmöglichkeit der Leistung würde nur dann vorliegen, wenn das Hinderniß die ganze kontraktliche Lieferungsfrist hindurch dauert und nach dem Parteiwillen die Erfüllung auf die Lieferungsfrist beschränkt ist; z. B. bei Bierlieferungen für ein Restaurant (R.O.H. 7 S. 387; 9 S. 1; 10 S. 294; Bolze 14 Nr. 449 i). Aufgabe der Fabrik wegen Unrentabilität hat natürlich der Lieferant zu vertreten, selbst wenn neue unvorhergesehene Zölle diesen Schritt veranlaßt haben (R.G. vom 6. Oktober 1882 Anm. 41.

[1]) Ueber andere Anschauungen in dieser Lehre siehe oben Anm. 12 Note 1.

bei Puchelt Anm. 4 zu Art. 355). Eine zwischen Vertragsabschluß und Erfüllung erfolgende Einführung oder Erhöhung einer Steuer trifft überhaupt den Verkäufer und giebt ihm keinen Grund zum Rücktritt oder zur Erhöhung des Kaufpreises (R.G. 21 S. 180). Die entgegengesetzte Judikatur (R.G. 22 S. 81; Bolze 11 Nr. 398) bezog sich auf die in das B.G.B. nicht aufgenommenen Vorschriften des preußischen Rechts über veränderte Umstände und war überdies auch nach diesen bedenklich. In den Fällen, in denen dem Verkäufer hiernach die Lieferung unmöglich ist in Folge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, greifen die §§ 323 und 324 B.G.B. Platz, d. h. er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung für den Fall, daß auch der Käufer den Umstand nicht zu vertreten hat; er behält den Anspruch, wenn der Käufer den Umstand zu vertreten hat. (Das Nähere hierüber kann hier nicht erörtert werden).

Anm. 42. Weiter aber gehört zur schuldhaften Unterlassung eine Mahnung. Das Nähere über die Mahnung siehe oben Anm. 12, wo auseinandergesetzt ist, ob sie an eine Form gebunden ist; daß sie dem anderen Theil zugehen muß; ob sie den geforderten Anspruch ganz genau enthalten muß und sonst unwirksam ist; ob sie auch vor der Fälligkeit erfolgen kann oder wenigstens bei der Fälligkeit und insbesondere implicite durch diejenigen Erklärungen und Rechtshandlungen, welche auch die Fälligkeit begründen, z. B. Anbietung des Kaufpreises und Forderung der Lieferung.

Anm. 43. Hinzuzufügen ist, daß die Mahnung auch dadurch nicht überflüssig wird, daß der Verkäufer im Voraus erklärt hat, er werde nicht liefern. Die früher herrschend gewesene Ansicht, daß der Verkäufer sich dadurch selbst in Verzug setze (R.G. 4 S. 69; 7 S. 44), kann gegenüber der bestimmten Vorschrift des Gesetzes (§ 284 B.G.B.: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug") nicht aufrecht erhalten werden.

Anm. 44. Wohl aber wird die Mahnung dadurch überflüssig, daß für die Lieferung ein Kalendertag bestimmt ist. Liefert der Verkäufer an dem für die Lieferung bestimmten Tage nicht, so kommt er in Verzug, wenn die übrigen Voraussetzungen vorhanden sind (vergl. oben Anm. 13).

Anm. 45. δδ) **Wegen der Beweislast hinsichtlich der den Verzug begründenden Thatsachen** siehe oben Anm. 14 u. Anm. 39.

Anm. 46. b) **Der Inhalt des dreifachen Wahlrechts im Falle des Verzuges des Verkäufers: die drei zur Wahl gestellten Rechte.**

aa) Welches sind die Rechte, zwischen denen der Käufer wählen darf?

Auch hier sind es gemäß § 326 B.G.B. folgende drei Rechte: Das Recht auf Lieferung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung; das Recht auf Schadensersatz wegen nicht erfolgter Lieferung; und endlich das Recht des Rücktritts. (Im Grunde genommen auch noch ein viertes Recht: das Recht der Zurückbehaltung des Kaufpreises, siehe unten Anm. 13).

Anm. 47. bb) **Insbesondere das Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.**

Anm. 48. α) Das Recht auf Erfüllung d. h. auf Lieferung. Ueber dieses Recht, den Erfüllungsort für dasselbe, die gerichtliche Geltendmachung desselben ꝛc. siehe Anm. 31—38 u. 56 im Exkurse vor § 373.

β) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Dieses Recht ist wohl zu unterscheiden von dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Letztere wird unten Anm. 49 flg. behandelt. Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung besteht bei Waaren, welche einen Marktpreis haben, mindestens in der Differenz zwischen dem Marktpreise zur Zeit des eingetretenen Verzuges und dem geringeren Marktpreise zur Zeit der erfolgten Lieferung, nicht in der Differenz zwischen dem Ver-

tragspreise und dem Marktpreise am Tage des eingetretenen Verzuges, weil der Käufer ja die Waare erhält und sein Interesse nur in dem Unterschiede besteht zwischen dem, was er jetzt hat, und dem, was er bei rechtzeitiger Lieferung gehabt haben würde (R.O.H. 24 S. 155; R.G. 4 S. 6; 14 S. 112; Bolze 18 Nr. 466). Diese Differenz ist indessen das Minimum, was er verlangen kann. Er ist nicht verpflichtet, sich um einen Deckungskauf zu bemühen, darf aber andererseits eine Deckungsgelegenheit nicht ablehnen (L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 520; § 254 B.G.B.). Er kann auch nachweisen, daß sein Schaden ein größerer ist. Auch ist hiernach ein Deckungskauf nicht absolut ausgeschlossen (vergl. R.G. 14 S. 112), auch Konventionalstrafen wegen verspäteter Lieferung kann der Käufer fordern bezw. geltend machen, wenn er sie seinen Kunden gegenüber verwirkt hat. Doch liegt konkurrirendes Versehen vor, wenn er auf eine zu hohe Vertragsstrafe den Verkäufer nicht aufmerksam gemacht hat. (§ 254 B.G.B.). In der vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Lieferung allein liegt kein Verzicht auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verspätung (R.G. 1 S. 21; 43 S. 268; Bolze 21 Nr. 481; L.G. u. O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 519 u. 520), wohl aber, wenn vorbehaltlose Zahlung des Kaufpreises hinzutritt (R.O.H. 3 S. 274). Wenn an die verspätete Lieferung eine Konventionalstrafe geknüpft ist, so liegt in der vorbehaltlosen Annahme der verspäteten Lieferung der Verzicht auf die Konventionalstrafe (§ 341 Abs. 3 B.G.B., vergl. hierüber bei uns Anm. 16 zu § 348).

cc) **Insbesondere das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Auch diesen Anspruch macht der Käufer auf Grund des Vertrages geltend, er realisirt mit demselben den Vertrag nach einer bestimmten Richtung (R.G. 10 S. 180), doch ist es nicht das Recht auf die eigentliche Erfüllung, das der Käufer damit geltend macht. Der Käufer schuldet daher, wenn er dieses Recht wählt, wie er das Recht auf Lieferung verliert, auch seinerseits den Kaufpreis nicht (vergl. oben Anm. 20 flg.). Anm. 49.

Der Schadensersatz besteht in dem Nachtheil, der dem Käufer durch die Nichtlieferung zur Lieferungszeit erwächst, nicht in dem weiteren Nachtheil, der ihm durch den Nichtbesitz der Waare seit dem Erfüllungstage entsteht. Denn auf diesen Besitz verzichtet er ja und wählt statt desselben Schadensersatz (R.O.H. 6 S. 194). Ueberhaupt kann er neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht auch noch Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen (R.O.H. 13 S. 425), insbesondere also auch nicht eine Konventionalstrafe wegen verzögerter Erfüllung (R.O.H. ebenda, R.G. 2 S. 29). Anm. 50.

Den Schadensersatz kann, wie nicht zweifelhaft ist, der Käufer in jeder sachgemäßen Art geltend machen: Er kann den abstrakten und den konkreten Schaden liquidiren. Er kann auch zwischen diesen beiden Arten wählen, ohne daß er an die einmal getroffene Wahl gebunden wäre (O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 517; vergl. unten Anm. 95). Anm. 51.

α) **Der abstrakte Schaden.** Jedenfalls und als Minimum steht dem Käufer der Anspruch zu auf Zahlung der Differenz zwischen dem Kontraktpreise und dem Marktpreise zur Zeit und am Orte der schuldigen Lieferung. Das ist der Schaden, den der Käufer an dem Werthe der Sache unmittelbar erleidet. Zwar ist das Prinzip, daß diese Preisdifferenz zu erstatten ist, nur im § 376 ausgesprochen. Aber dasselbe Prinzip ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen auch hier und ist von der Judikatur bei Anwendung des früheren Art. 355 stets vertreten worden. (R.O.H. 7 S. 377; 9 S. 348; 10 S. 150 und 170; 11 S. 169; 14 S. 142; 17 S. 257; 21 S. 248; 24 S. 153; R.G. 1 S. 241; 6 S. 26 und 59; Bolze 10 Nr. 490; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 262, 322; 1399). Unter dem Marktpreise ist hierbei derjenige zu verstehen, den der Käufer beim Weiterverkauf hätte Anm. 52.

erzielen können, nicht etwa bloß derjenige, zu welchem er hätte die Waare kaufen müssen, wenn er sich gedeckt hätte.[1]) Die so berechnete Differenz kann der Käufer als das Mindeste verlangen, und der Verkäufer ist nicht berechtigt, ihm den Gegenbeweis zu führen, daß er sich thatsächlich billiger gedeckt habe (R.O.H. 24 S. 155) oder daß er noch keine Abnehmer gehabt habe (R.G. 4 S. 3). Er kann sie auch dann verlangen, wenn er zunächst versucht hat, seinen konkreten Schaden zu berechnen; er kann also diese Berechnung fallen lassen und den Schaden abstrakt liquidiren (vergl. unten Anm. 95).

Anm. 53. Diese abstrakte Schadensberechnung beschränkt sich übrigens nicht auf Waaren, die einen Marktpreis haben, vielmehr hat die Judikatur dieselbe auf alle Waaren ausgedehnt, welche den Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, hat bei allen solchen Waaren bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß sie verkäuflich seien, und daß daher der Käufer nicht nachzuweisen habe, daß er bereits Abnehmer für die Waare gefunden habe. Es ist also in diesem Falle zu ersetzen die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Verkäuflichkeitspreise (R.G. 4 S. 3; Bolze 7 Nr. 571; 10 Nr. 813; vergl. auch R.O.H. 11 S. 183; ebenso Anm. 17 zu § 347).

Anm. 54. Zu Grunde zu legen ist hierbei **der Marktpreis zur Zeit der geschuldeten Lieferung** (R.O.H. 3 S. 95; 14 S. 8; 15 S. 336; R.G. 6 S. 59; Bolze 10 Nr. 467), wobei natürlich eine, wenn auch nur stillschweigend erfolgte, Prolongation der Lieferungsfrist von Einfluß ist (R.O.H. 18 S. 217). Die Zeit der geschuldeten Lieferung ist derjenige Tag, an welchem die Waare spätestens geliefert werden sollte, also regelmäßig der Eintritt des Verzuges (R.O.H. 15 S. 336; Bolze 10 Nr. 467). Wenn aber auf Grund des § 326 B.G.B. eine Nachfrist gewährt worden ist, so kann der Preis, welcher beim Ablauf dieser Frist marktgängig war, zu Grunde gelegt werden. Unter der Herrschaft des früheren Rechts wurde vorausgesetzt, daß zur Bewilligung dieser Frist eine Pflicht oder mindestens ein gerechtfertigter Anlaß vorlag, während der Käufer durch unbefugte Setzung einer Frist die Lage des Verkäufers nicht verschlechtern darf (R.O.H. 11 S. 184; 13 S. 246; R.G. 5 S. 104; Bolze 16 Nr. 422; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 253). Das kann jetzt nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Fristbestimmung ist im § 326 Abs. 1 B.G.B. grundsätzlich und strikt geboten. Auch in dem Ausnahmefalle des § 326 Abs. 2 (vergl. unten Anm. 88) ist es dem Gläubiger nur gestattet, von der Fristbestimmung abzusehen. Der säumige Schuldner kann sich auch in diesem Ausnahmefalle nicht beschweren, daß ihm der Gläubiger eine Frist gesetzt hat, um das Versäumte nachzuholen. Die Nachfrist darf aber dem Käufer nicht zum Nachtheil gereichen; die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise bei Beginn des Lieferungsverzuges ist das Mindeste, was er zu beanspruchen hat (R.O.H. 11 S. 182; R.G. 6 S. 59). Mit anderen Worten: der Käufer hat die Wahl, ob er seiner abstrakten Schadensberechnung den Marktpreis zur Zeit des eingetretenen Verzuges oder den Marktpreis am Ende einer Nachfrist zu Grunde legen will (R.O.H. 11 S. 182).

Anm. 55. Zu Grunde zu legen ist **der Marktpreis am Orte der geschuldeten Lieferung,** d. i. der Ablieferungsort (zu unterscheiden vom Erfüllungsort), d. h. derjenige Ort, an welchem nach Absicht der Kontrahenten die Waare thatsächlich abgeliefert und vom Käufer in Empfang genommen werden soll (vergl. Anm. 6 im Exkurse zu § 372; vergl. auch zu § 377). An diesem Orte würde der Käufer die Waare zu seinen Geschäftszwecken verwendet haben; hier wird er also beim Ausbleiben der Waare geschädigt (R.O.H. 3 S. 96; 14 S. 7; 21 S. 248; R.G. 6 S. 27). Es kann

[1]) Auch sonstige Vortheile, die er durch den Verkauf gehabt hätte, kann er in den abstrakten Schaden hineinrechnen, so z. B. staatliche Ausfuhrprämien.

jedoch auch der davon verschiedene Bestimmungsort zu Grunde gelegt werden, d. h. der Ort, wohin der Käufer die Waare bestimmt hatte, jedoch unter Abzug der Transportkosten vom Ablieferungs- zum Bestimmungsorte (R.O.H. 21 S. 249; 24 S. 332; Bolze 9 Nr. 410); ja nicht bloß der bestimmte Ort, sondern auch derjenige Ort, den der Käufer bestimmt haben würde, wenn der Verkäufer sich nicht geweigert hätte zu erfüllen, kann zu Grunde gelegt werden (Bolze 9 Nr. 410). Ist der Ablieferungsort ein unbedeutender Platz ohne eigenen Marktpreis, so gelten die Preise des nächsten maßgebenden Handelsplatzes unter Zuschlag der Fracht (R.O.H. 14 S. 140), wobei es unerheblich ist, daß der nächste maßgebende Handelsplatz im Auslande liegt. Das Reichsgericht nimmt in solchem Falle und überhaupt an, daß der Käufer, wie er auf die Uebersendung vom Erfüllungsort nach dem Ablieferungsort verzichten kann, so auch im Falle der Nichterfüllung den Schadensersatz nach der Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Marktpreise des Erfüllungsortes berechnen kann. Bolze 17 Nr. 460. Die Entscheidung ist bedenklich und widerspricht der Rechtsprechung des R.O.H. (vergl. z. B. R.O.H. 21 S. 248).

β) **Der konkrete Schaden.** Statt durch abstrakte Bezugnahme auf den Marktpreis Anm. 56.
oder den sonst üblichen Preis der Waare (oder auch unter Fallenlassen der so aufgestellten Berechnung, vergl. unten Anm. 95) kann der Käufer auch die konkrete Schadensberechnung machen. Besonders wird er dies dann thun, wenn er einen höheren Schaden liquidiren will, als ihn die abstrakte Schadensberechnung ergiebt (R.O.H. 14 S. 142). Er hat aber die Beweislast. Den Beweis kann er auf zweierlei Weise führen: entweder dadurch, daß er die Waare bereits anderweit verkauft hatte und nicht liefern konnte, weil er von seinem Lieferanten im Stich gelassen wurde; oder dadurch, daß er seinen Waarenbedarf anderweit zu höherem Preise gedeckt hat.

αα) Hatte der Käufer anderweit verkauft und konnte nicht liefern, Anm. 57.
so kann er allen Schaden, einschließlich des entgangenen Gewinns, den er hierdurch erlitten, liquidiren (R.O.H. 9 S. 322; 13 S. 200). Wenn er seinem Kunden eine Konventionalstrafe zu zahlen hatte, so haftet ihm der Verkäufer dafür (R.G. 15 S. 73), und es genügt hierbei, daß sie verfallen ist, gleichgültig, ob er sie schon bezahlt hat, weil auch die Belastung mit einer Schuld ein Schade ist (vergl. unten Anm. 62 Note 1). Aber es ist konkurrirendes Versehen, wenn er auf eine zu hohe Vertragsstrafe den Verkäufer nicht aufmerksam gemacht hat (§ 254 B.G.B.). Ueberall ist hier vorausgesetzt, daß der Verkäufer bereits anderweit perfekte Kaufverträge abgeschlossen hat; daß er einseitig die Waare für einen Kunden bestimmt hat, kann nicht zur Grundlage der konkreten Schadensberechnung gemacht werden (R.O.H. 3 S. 286).

ββ) Hat der Käufer sich anderweit gedeckt, so kann er die Differenz Anm. 58.
zwischen dem Preise des Deckungskaufs und dem Vertragspreise liquidiren.[1] [2]) Das ist aber nicht dahin zu verstehen, daß der Käufer sich nur dann decken darf, wenn er eine bestimmte Gelegenheit zum Wiederverkauf hat, vielmehr kann der Käufer sich stets decken, wenn der Verkäufer im Verzuge ist; eine Absatzgelegenheit kann er jeden Augenblick erwarten, er braucht das aktuelle

[1]) Diese Formulirung entspricht eigentlich nur dem Normalfall. Genauer und alle Fälle umfassend müßte dahin formulirt werden: Es kann der Käufer den Unterschied liquidiren zwischen dem Aufwande des Deckungskaufs und dem Vertragspreise. Es kann nämlich im Einzelfalle der Aufwand beim Deckungskauf sich dadurch verringern, daß der Käufer von seinem Deckungslieferanten eine Konventionalstrafe wegen verspäteter Lieferung zu verlangen hat. Da es sich hier um eine Liquidation des konkreten Schadens handelt, so muß er sich diese abrechnen lassen (R.G. 15 S. 73).

[2]) Für den Deckungskauf kann der Käufer keine Provision berechnen, da er auf seine Rechnung erfolgt.

Interesse an der anderweiten Beschaffung ebensowenig darzuthun, wie das Interesse an der Realerfüllung, wenn er diese verlangt. Deshalb braucht der Käufer nicht zu beweisen, daß die Deckung notwendig war (R.G. 11 S. 198). Aber auch der Verkäufer kann nicht mit Erfolg den Gegenbeweis antreten, daß der Käufer die Waare nicht gebraucht habe.

Anm. 59. **Ueber den Deckungskauf** gilt Folgendes:

Er ist etwas völlig Verschiedenes von dem Selbsthilfeverkauf des § 373. Er ist ein privater Kauf, ohne Angehung irgendwelchen offiziellen Organs und ohne jede Form (R.G. 11 S. 199). Es gelten über die Zeit, über den Ort, die Art und die Bedingungen des Deckungskaufs keine festen Normen. *Vielmehr gilt der Grundsatz, daß der Käufer bei Vornahme des Deckungskaufs, gerade weil derselbe ohne Mitwirkung offizieller Organe und ohne jede strikte Form erfolgt, nach Treu und Glauben im Handelsverkehr zu verfahren hat.* Er nimmt dabei sein eigenes Interesse, nicht das Interesse des Verkäufers wahr, darf dieses aber auch nicht dolos oder grobfahrlässig verletzen, weil dies eben gegen Treu und Glauben verstößt (R.G. 11 S. 199; Bolze 12 Nr. 467; vergl. Bolze 7 Nr. 579, wo die Annahme, daß der Käufer auch das Interesse des Verkäufers wahrzunehmen hat, als recht bedenklich bezeichnet ist). Das folgt jetzt auch aus § 254 Abs. 2 B.G.B. Daraus ergeben sich wohl Normen darüber, wie der Käufer regelmäßig zu verfahren hat, aber gleichzeitig die Sanktion aller Abweichungen, die sich im konkreten Falle mit Treu und Glauben vereinigen lassen. Daraus, daß der Deckungskauf nicht unter dem Zeichen fester Normen und Formen steht, ergiebt sich ferner, daß Abweichungen von dem, was Treu und Glauben gebieten, nicht eine Ungültigkeit des Deckungskaufs bewirken, sondern nur, daß die unbillige Abweichung von der Regel nicht berücksichtigt wird, so daß der Käufer die Differenz zugebilligt erhält, die sich bei einem sachgemäßen Kauf ergeben haben würde (R.G. 11 S. 198). Im Einzelnen gilt hinsichtlich der Modalitäten des Deckungskaufs Folgendes.

Anm. 60. *Die Zeit des Deckungskaufs.* Regel ist, daß der Deckungskauf alsbald vorgenommen werden muß. Es folgt dies daraus, daß der Deckungskauf gedacht ist als Mittel zur Befriedigung des vom Verkäufer ungedeckt gebliebenen Bedürfnisses. (Doch ist nicht etwa ein wirklich vorhandenes Bedürfniß Erforderniß des Deckungskaufs; vergl. oben Am. 58). Ganz präcis läßt sich allerdings die Zeit für den Deckungskauf nicht angeben. Die kritische Zeit ist die Zeit des eingetretenen Verzuges oder — nach Wahl des Käufers — das Ende der gegebenen Nachfrist. Ein nachträglich gemachter Abschluß kann nicht mehr als Deckungskauf betrachtet werden. Vergl. oben Anm. 54. Nach früherem Rechte wurde angenommen, daß, wenn der Verkäufer bestimmt erklärt, er wolle nicht liefern, der Käufer ohne Nachfrist zur Deckung berechtigt und verpflichtet sei (R.G. 4 S. 71; 5 S. 103; 7 S. 44; Bolze 2 Nr. 1020). Ja der Käufer sei sogar, wenn der Verkäufer schon vor Ablauf der Lieferungsfrist bestimmt erklärt, er wolle nicht liefern, berechtigt, den Deckungskauf vor Ablauf der Frist vorzunehmen (Bolze 4 Nr. 726). Mit den Grundsätzen des neuen Rechts verträgt sich das nicht mehr (vergl. oben Anm. 12 u. unten Anm. 75 u. 76). *Der Beweis* der Rechtzeitigkeit des Deckungskaufs liegt dem Käufer ob (R.O.H. 14 S. 10). Ein zur Unzeit bewirkter Deckungskauf bewirkt nicht Ungültigkeit desselben (vergl. oben Anm. 59).

Anm. 61. *Der Ort des Deckungskaufs* ist in der Regel der Ablieferungsort, bezw. der für denselben maßgebende Marktplatz, also nicht der Erfüllungsort, sondern derjenige Platz, an welchem nach dem Vertrage die Waare thatsächlich abgeliefert und vom Käufer abgenommen werden soll, weil sie

dort seinen Geschäftszwecken dienen soll (R.O.H. 14 S. 182; 21 S. 248; R.G. 11 S. 198; 15 S. 72). Jedoch ist er in Gemäßheit des oben Anm. 59 Gesagten hierauf nicht absolut beschränkt. Jede mit der Redlichkeit zu vereinigende Abweichung von dieser Regel gilt der Wahl des Ablieferungsorts gleich (R.O.H. 21 S. 249; R.G. 11 S. 199; 15 S. 72), und ein hiernach am falschen Orte bewirkter Deckungskauf ist nicht gerade ungültig (vergl. oben Anm. 59).

Anm. 62. Beim Suchen der anderweiten Kaufgelegenheit hat der Käufer nur als redlicher Kaufmann zu verfahren in Gemäßheit des oben Anm. 59 Gesagten. Er braucht daher nicht eingehende Untersuchungen anzustellen, wo und wie er die Waare am vortheilhaftesten einzukaufen habe. Andererseits darf er eine sich ihm darbietende Deckungsgelegenheit nicht ablehnen (vergl. § 254 Abs. 2 B.G.B.; oben Anm. 59). Die redlich von ihm gezahlten[1]) Preise kann er dem Verkäufer in Anrechnung bringen (R.G. 11 S. 199; vergl. R.O.H. 4 S. 320; 21 S. 249; Bolze 12 Nr. 467). Der Regel nach hat er zum Marktpreise zu kaufen; weicht er hiervon ab, so bleibt ihm der Beweis offen, weshalb er — z. B. wegen der Größe der Lieferung, ungünstiger Lage seines Wohnorts — gleichwohl die höheren Preise habe bezahlen müssen (R.O.H. 21 S. 249; R.G. 11 S. 198). Das Verhalten des Verkäufers wird hier überall mit in Betracht zu ziehen sein; der Verkäufer wird, wenn er selbst nicht im Stande ist, dem Käufer eine bessere Quelle zu benennen, oder ihm eine bekannte Quelle nicht benannt hat, dem Käufer nicht mit Erfolg entgegenhalten können, daß er eine günstige Kaufgelegenheit unbenutzt hat vorübergehen lassen (Bolze 12 Nr. 467).

Anm. 63. Es müssen natürlich dieselben Lieferungsbedingungen sein, keine schwereren, als der Käufer sie beim Lieferanten hatte (R.O.H. 14 S. 6). Auch die Beschaffenheit der Deckungswaare muß dieselbe sein. Aber auch in diesen Beziehungen greift überall der Grundsatz Platz, daß die Beobachtung von Treu und Glauben die Abweichung von der Regel entschuldigt. Hat sich der Käufer vergeblich bemüht, sich dieselbe Qualität zu beschaffen, und die Waare doch dringend gebraucht, so gilt der Deckungskauf trotz der Konzession schwererer Bedingungen und der Beschaffung besserer Waare (Bolze 3 Nr. 697; 10 Nr. 483). Der Käufer muß alsdann die konkrete Sachlage darthun, wegen deren er sich mit der Abweichung von seinen Vertragsbedingungen decken oder seine besseren Vorräthe verwenden mußte (Bolze 3 Nr. 700). Das Gleiche gilt, wenn er eine andere Sorte zur Deckung einkaufen mußte (Bolze 1 Nr. 1088).

Anm. 64. Erzielt der Käufer beim Deckungskauf Gewinn, so verbleibt ihm derselbe, weil der Deckungskauf für seine Rechnung erfolgt (R.O.H. 20 S. 223); er muß jedoch diesen Gewinn auf den sonstigen Schaden, den er etwa wegen der Nichterfüllung erlitten hat, in Abzug bringen, compensatio lucri et damni (R.O.H. 22 S. 187; R.G. 15 S. 73).

γ) **Die Geltendmachung des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung** kann Anm. 65. erfolgen durch Klage bei demjenigen Gerichte, an welchem die konkrete Verpflichtung zu erfüllen ist, d. h. wo die Hauptverpflichtung, also die Lieferung zu erfüllen ist (vergl. Anm. 8 im Exkurse zu § 372). Sie kann mit der Klage auf Erfüllung nicht verbunden werden, auch nicht eventuell. Auch der § 255 C.P.O. will dies nicht anordnen (vergl. oben Anm. 31).

---

[1]) Oder vielmehr bewilligten Preise; auf die wirkliche Zahlung kommt es nicht an, Belastung mit einem Schuldverhältnisse ist auch ein Schade (R.O.H. 3 S. 198; 12 S. 269; 13 S. 200).

Anm. 66. dd) **Insbesondere das Recht des Rücktritts** oder, wie das frühere H.G.B. sagte, das Recht, vom Vertrage abzugehen, als wenn derselbe nicht geschlossen wäre. Wählt der Käufer dieses Recht, so kann er weder entgangenen Gewinn, noch auch positiven Schaden liquidiren (vergl. oben Anm. 32). Auf diesen Rücktritt finden die §§ 346 bis 357 B.G.B. Anwendung (vergl. § 327 B.G.B.). Danach erfolgt die Rücktrittserklärung gegenüber dem andern Theil (es ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie muß also dem andern Theil zugehen). Mit der Erklärung des Rücktritts ist der Vertrag aufgehoben und kein Theil braucht ihn mehr zu erfüllen. Für die Ausübung des Rücktrittsrechts kann der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist stellen; das Rücktrittsrecht erlischt, wenn die Frist fruchtlos verstreicht. Frachtauslagen und sonstige Verwendungen kann der Käufer natürlich ersetzt verlangen (§ 347 B.G.B.).

Anm. 67. ee) **Im Grunde genommen hat der Käufer noch ein viertes Recht: das der Zurückbehaltung des Kaufpreises.** Die Ausübung dieses Rechts ist für den Käufer ein geeignetes Mittel, um auf den Verkäufer einen Druck auszuüben, besonders dann, wenn dieser das Geld braucht. Doch ist dieses vierte Recht von uns hier nicht behandelt; denn hier sind nur diejenigen Rechtsmittel, durch welche das Verhältniß erledigt werden soll, behandelt, während das Zurückbehaltungsrecht das Verhältniß in der Schwebe hält.

Anm. 68. 3. **Die Ausübung des Wahlrechts in beiden Fällen (im Falle des Verzuges des Käufers und des Verkäufers).**

a) **Welches Ziel hat das Wahlrecht?** Das Recht auf Erfüllung steht dem Kontrahenten ohne Weiteres zu; das Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung tritt in Folge des Verzuges des Gegenkontrahenten accessorisch hinzu. Um diese Rechte zu *erlangen*, braucht der vertragstreue Kontrahent kein Wahlrecht auszuüben. Das Gesetz giebt aber bei eingetretenem Verzuge dem vertragstreuen Kontrahenten die Befugniß zu wählen, ob er das primäre Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung *behalten*, oder statt dieses Rechts die Befugniß *erlangen* will, eines der beiden anderen (sekundären) Rechte geltend zu machen. Er übt dieses Wahlrecht zwischen jenem primären Rechte und dem Rechte der Geltendmachung eines der beiden sekundären aus durch die Fristbestimmung des § 326 B.G.B., über welche unten das Nähere gehandelt werden soll. Durch diese Fristbestimmung wird diese Wahl ausgeübt. Mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist ist die Wahl ausgeübt. Das Recht auf Erfüllung (nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung) ist erloschen und es bleibt nunmehr übrig das Recht des vertragstreuen Kontrahenten, eines der beiden anderen Rechte geltend zu machen. (Natürlich nur eines; zur Ausübung der engeren Wahl zwischen diesen beiden anderen Rechten kann er durch eine weitere Fristbestimmung angehalten werden; vergl. hierüber unten Anm. 96).

Anm. 69. b) **Die Wahl wird ausgeübt** durch eine Erklärung, welche man im engen Anschluß an das Gesetz als **eine mit dem Präjudiz der Ablehnung der Erfüllungsannahme erfolgende Fristbestimmung**, ebenso gut aber auch umgekehrt bezeichnen kann als eine mit Fristbestimmung erfolgende Androhung der Erfüllungsannahmeablehnung.

α) **Die Form der Fristbestimmung.** Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Sie kann daher schriftlich oder mündlich erfolgen. *Sie ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung*, sie muß also dem anderen Theil zugehen. Sonst ist sie unwirksam (Dernburg II S. 214; früher anders R.O.H. 8 S. 80). *Auch eine Erklärung im Prozesse* ist genügend, sei es in einer zweiseitigen Verhandlung zu Protokoll oder in einem dem Gegner zugestellten Schriftsatz: In der Klage (R.O.H. 9 S. 347; 11 S. 425; Bolze 1 Nr. 1091), in der Widerklage (R.O.H. 11 S. 237; Bolze 9 Nr. 391), in der Klagebeantwortung (R.O.H. 9 S. 324; 11 S. 239), in der Replik (R.O.H. 12 S. 63). Es liegt keine Veranlassung vor, von dieser Judikatur des früheren Rechts abzuweichen. Auch ist (gegen Förtsch in der Deutschen

Juristenzeitung Band 4 S. 489) anzunehmen, daß der Prozeßbevollmächtigte ohne Weiteres dazu bevollmächtigt ist. Ob man ganz allgemein sagen kann, daß die Prozeßvollmacht auf alle diejenigen Rechtshandlungen sich erstreckt, die dem Machtgeber zum Siege verhelfen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls giebt es eine Reihe von Erklärungen, zu denen nach altem Brauche und daher nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr der Prozeßbevollmächtigte ohne Weiteres als bevollmächtigt erscheint, und dazu gehört die Fristbestimmung des nicht säumigen Kontrahenten an den säumigen zum Zwecke der Ausübung des hier in Rede stehenden Wahlrechts. Freilich ist die vom Prozeßbevollmächtigten erfolgende Fristbestimmung unwirksam, wenn der Prozeßbevollmächtigte nicht seine Vollmacht vorlegt und der andere Theil aus diesem Grunde die Fristbestimmung unverzüglich zurückweist (§ 174 B.G.B.). Aber die Prozeßvollmacht gilt auch dann als dem Gegner vorgelegt, wenn sie dem Gerichte eingereicht ist. Dort liegt sie zu seiner Einsicht und Prüfung. Im landgerichtlichen Prozesse ist daher schon aus diesem Grunde anzurathen, die Prozeßvollmacht einzureichen.

Die Fristbestimmung muß erfolgen an den Gegenkontrahenten oder seinen legitimirten Vertreter. Als legitimirt zur Empfangnahme muß aber auch gelten der Handlungsagent auf Grund des § 86 Abs. 2 (vergl. Anm. 4 zu § 86), der Reisende, wenn er am Orte anwesend ist, auf Grund des § 55 Abs. 3 (vergl. Anm. 5 zu § 55); ferner auch der Prozeßbevollmächtigte in Gemäßheit der in Anm. 69 entwickelten Verkehrsanschauung. Anm. 70.

Die Fristbestimmung kann schließlich auch durch den Richter im Urtheil erfolgen. Nach § 255 C.P.O. kann der auf Erfüllung klagende Kontrahent beantragen, daß der Richter im Urtheil die Frist bestimmt. Anm. 71.

β) **Der Inhalt der mit Präjudiz versehenen Fristbestimmung** ist im § 326 B.G.B. deutlich vorgeschrieben. Sie muß dahin gehen, daß dem Säumigen zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist bestimmt wird mit der Erklärung, daß der Nichtsäumige nach dem Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne. Dieser Inhalt ist allerdings nicht wörtlich vorgeschrieben. Aber immerhin muß doch die Erklärung dem Sinne nach deutlich diesen Inhalt ergeben. Anm. 72.

Die Erklärung hat also einen doppelten Inhalt: Es muß eine Fristbestimmung und eine eventuelle Ablehnung sein (oder auch umgekehrt die Androhung einer Ablehnungserklärung mit einer Fristbestimmung).

aa) Der eine Theil der Erklärung ist also eine Fristbestimmung. **Dieser Theil der Erklärung ist absolut nothwendig.** Das Gesetz fordert ihn so bestimmt und unzweideutig; er ist eine an so mannichfachen Fällen des Gesetzbuchs wiederholte Art der Rechtsausübung, daß es nicht angeht, bei der hier vorliegenden Rechtsausübung in irgend einem Falle davon abzusehen. Es kann daher Cosack (Bürgerliches Recht I § 123) nicht zugestimmt werden, wenn er sagt, daß, wenn der nichtsäumige Kontrahent eine Nachfrist zu setzen verweigere, mit dieser Erklärung eine angemessene Nachfrist ihren Lauf beginne. Er nimmt dies an, weil die Verweigerung der Nachfrist nicht anders behandelt werden könne, als eine zu kurze Bemessung der Nachfrist. Allein die Fälle liegen wesentlich verschieden. Derjenige Kontrahent, der eine zu kurze Nachfrist setzt, stellt sich auf den Boden des Gesetzes, er will dem Gesetze genügen und glaubt ihm zu genügen. Er vergreift sich nur in der Beurtheilung der Sachlage, und an die Stelle derjenigen Nachfrist, die er auf Grund unrichtiger Beurtheilung der Sachlage setzt, tritt von Rechtswegen die den Umständen angemessene Nachfrist, wenn der Säumige innerhalb dieser erfüllen zu wollen erklärt (vergl. unten Anm. 78). Wer aber die Nachfrist zu setzen verweigert, will dem Gesetze nicht genügen, es kann also die Nachfrist, die er nicht setzen will, nicht von selbst laufen. Anm. 73.

Anm. 74. Auch Dernburg II S. 214 kann nicht gefolgt werden, wenn er die Ablehnung der Erfüllung ohne Setzen einer Nachfrist dann für ausreichend hält, wenn der säumige Kontrahent eine angemessene Frist verstreichen läßt, ohne zu erfüllen. Wenn Dernburg diese seine Ansicht durch die Berufung auf die frühere Rechtsprechung begründet (vergl. über diese unsere 5. Auflage § 19 zu Art. 356), so ist dies nicht angängig, weil in dem früheren Art. 356 nicht bestimmt war, „der nichtsäumige Kontrahent müsse dem Säumigen eine Frist bestimmen", wie dies jetzt § 326 B.G.B. strikt vorschreibt, sondern es verlangte jener Artikel, der Nichtsäumige müsse dem Säumigen die Wahl anzeigen und ihm dabei eine Nachfrist „gewähren". Dieses Gewähren wurde in einem „Belassen" der Nachfrist erblickt, das „Setzen", das „Bestimmen" einer Nachfrist wurde mit Rücksicht auf diesen Wortlaut nicht für nöthig gehalten. Das neue Gesetz stellt ein strafferes Erforderniß auf. Es erfordert ausdrücklich die Frist„bestimmung". Von dieser kann nicht abgesehen werden, da es die von dem Gesetzgeber für erforderlich erachtete Grundlage für die weitgehende Umgestaltung des Rechtsverhältnisses ist, wie sie in der Ablehnung der Annahme der Erfüllung liegt. Gewähren ist passives Verhalten, Fristbestimmung ist eine positive Thätigkeit. Die Ablehnung der Annahme der Erfüllung ist vom neuen Gesetz auch nur als Präjudiz des Fristablaufs, nicht, wie früher, selbstständig vorgeschrieben.

Anm. 75. Endlich kann auch der Denkschrift S. 221 nicht zugestimmt werden, wenn sie im Anschluß an die frühere Rechtsprechung (vergl. unsere 5. Aufl. § 22 zu Art. 356) erklärt, die Fristbestimmung brauche dann nicht zu erfolgen, wenn der säumige Kontrahent sich vorher bestimmt geweigert habe, zu erfüllen. Hiergegen sprechen alle diejenigen Gründe, die wir eben gegen Dernburg ins Feld geführt haben. Im Sinne des neuen Gesetzes liegt es, daß dem Säumigen auch dann eine Frist zur Erfüllung mit dem schweren Präjudiz der Erfüllungsablehnung und des Entstehens jener sekundären Rechte gesetzt werde, wenn er sich geweigert hat zu erfüllen. Das Gesetz macht für diesen Fall keine Ausnahme, obwohl es im § 326 Abs. 2 an die Regelung von Ausnahmefällen herangetreten ist. Und es hat dies seinen guten Grund. Auch demjenigen Kontrahenten, der sich weigert, zu erfüllen, soll durch jene Fristbestimmung nochmals vorgehalten werden, welche schweren Folgen aus seinem vertragswidrigen Verhalten gezogen werden sollen. Die vorher erfolgende Weigerung zu erfüllen macht eine solche Fristbestimmung und Androhung, wie sie § 326 B.G.B. vorschreibt, keineswegs immer oder auch nur in der Mehrzahl der Fälle aussichtslos und überflüssig. Im § 634 Abs. 2 B.G.B. (beim Werkvertrage) wird im Falle der Weigerung von dem Erfordernisse der Fristbestimmung abgesehen, hier nicht. Es kommt hinzu, daß nach § 284 B.G.B. der Verzug erst eintritt durch eine nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgende Mahnung (vergl. oben Anm. 12). Unmöglich kann durch eine vor der Fälligkeit vom Schuldner abgegebene Erklärung dem Gläubiger das Recht gegeben werden, den Schuldner so zu behandeln, als sei die Fälligkeit schon eingetreten und der Schuldner in Verzug gerathen.

Anm. 76. Die Kaufmannswelt ist allerdings geneigt, in diesem Rechtszustande eine Lücke des Gesetzes und eine Ungerechtigkeit zu finden. Sie ist geneigt, anzunehmen daß derjenige Schuldner, der vor der Fälligkeit erklärt, er werde zur Zeit der Fälligkeit nicht erfüllen, so behandelt werden müsse, wie ein bereits in Verzug gerathener Schuldner, und sich daher gefallen lassen müsse, daß der Gläubiger jetzt schon seine Rechte geltend macht, die ihm der Verzug des Schuldners gewähre, also das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt. Daß dies nicht angängig ist, ist schon ausgeführt. Aber es kann auch nicht zugegeben werden, daß hierdurch ein mißlicher Rechtszustand geschaffen werde. Denn

wenn auch dem Gläubiger einem solchem Schuldner gegenüber nicht das Recht gewährt werden kann, die aus dem Verzuge sich ergebenden Rechte geltend zu machen, so daß es dem Gläubiger nicht erspart bleibt, beim Eintritt der Fälligkeit den Schuldner in Verzug zu setzen und ihm in den geeigneten Fällen die Fristbestimmung und Androhung des § 326 B.G.B. zugehen zu lassen und die beim Eintritt der Fälligkeit oder nach der geschehenen Fristbestimmung erfolgende Erfüllung anzunehmen, so hat doch andererseits der Schuldner durch jene vor der Fälligkeit abgegebene Erklärung, er werde zur Verfallzeit nicht erfüllen, vertragswidrig gehandelt. Zweifellos handelt der Schuldner dem Vertrag zuwider, wenn er nach Abschluß des Vertrages bestimmt erklärt, er werde zur Verfallzeit seine Verpflichtung nicht erfüllen. Kann der Gläubiger aus dieser Erklärung auch nicht diejenigen Rechte herleiten, welche ihm der wirkliche Verzug gewährt, hat vielmehr der Schuldner auch das Recht, bis zum Eintritt der Fälligkeit, also des Zeitpunktes, zu welchem die Leistung überhaupt erst zu bewirken ist, oder nach der Fristbestimmung des § 326 B.G.B. seine Gesinnung zu ändern und zur Vertragstreue zurückzukehren, so liegt doch in diesem Verhalten, in der Ankündigung der Vertragsuntreue selbst eine Vertragsuntreue und die Folgen dieser Vertragswidrigkeit muß der Schuldner tragen. Der Gläubiger, der durch dieses Verhalten Schaden erlitten hat, kann diesen Schaden nach allgemeinen Grundsätzen (Anm. 11 zu § 347) ersetzt verlangen. Er muß sich also zwar gefallen lassen, daß der Schuldner zur Verfallzeit erfüllt, aber er kann verlangen, daß, wenn er inzwischen sich gedeckt hat, oder sonstige Dispositionen in Folge seiner vorzeitigen Erfüllungsweigerung getroffen oder zu treffen unterlassen hat (z. B. in Folge der angedrohten Lieferungsverweigerung seinerseits nicht mehr verkauft hat), der Schuldner ihm diesen Schaden ersetze. Der vertragstreue Kontrahent muß mit der Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit rechnen, daß der Schuldner bei seiner Weigerung stehen bleiben und zur Zeit der Fälligkeit nicht erfüllen werde. Er kann danach sein eigenes Verhalten einrichten. Aendert der Schuldner nachträglich seinen Sinn und erfüllt er zur Verfallzeit, also ohne in Verzug zu gerathen, oder nach erfolgter Fristbestimmung, so muß er doch die Folgen seiner Ankündigung der Erfüllungsweigerung tragen. Erfüllt der Schuldner zur Verfallzeit wirklich nicht, kommt er vielmehr in Verzug, so kann der Gläubiger diejenigen weiteren Rechte geltend machen, die ihm der Verzug gewährt.

Es muß eine angemessene Frist bestimmt werden. Es genügt aber keineswegs, wenn der Käufer sagen würde: Ich bestimme Ihnen hiermit eine „angemessene" Frist, wie dies Planck Anm. 2 zu § 250 B.G.B. für zulässig hält. Der Buchstabe des Gesetzes würde damit allerdings erfüllt. Aber sein Sinn ist ebenso unzweifelhaft nicht getroffen. Eine angemessene Frist ist nur dann bestimmt, wenn eine bestimmte Frist angegeben ist, damit der Säumige sehen kann, bis zu welchem Zeitpunkte der vertragstreue Kontrahent auf die Erfüllung rechnet. Die Gesetzesworte sind dahin auszulegen: es muß eine Frist bestimmt werden und diese muß angemessen sein. Anm. 77.

Die gestellte Frist muß also angemessen sein. Die Frage der Angemessenheit entscheidet sich nach den Umständen des Falles, doch nicht von dem Gesichtspunkte aus, als müsse dem Säumigen Zeit gelassen werden, die in Angriff genommene Erfüllung jetzt zu beginnen, sondern nur um die ins Werk gesetzte Erfüllung zu beschleunigen und zu vollenden (R.O.H. 7 S. 392; 13 S. 192). Anm. 78.

Wie nun, wenn die Frist zu kurz gestellt ist? Nach unserer Meinung kann in diesem Falle weder gesagt werden, die Fristbestimmung sei wirkungslos (so Planck I Anm. 2 zu § 250 B.G.B.), noch sie habe die Wirkung, daß der Schuldner in angemessener Zeit erfüllen kann (so Cosack, Bürgerliches Recht I, § 123 Nr. III 2 c α). Vielmehr gilt Folgendes: Anm. 79.

In der Fristbestimmung liegt die Erklärung des Nichtsäumigen, er habe die Absicht, dem Gesetze zu genügen und dem Säumigen eine Frist zu setzen und zwar eine angemessene, nach Lage des Falles erachte er eine Frist von acht Tagen für angemessen. Schweigt der Säumige, so giebt er damit zu erkennen, daß er an der gesetzten Frist nichts auszusetzen habe. Er hat zwar keine Rechtspflicht, eine Nachfrist zu erbitten. Aber einer solchen Meinungsäußerung des vertragstreuen Kontrahenten, der dem Gesetze genügen will, gegenüber, muß er sich nach Treu und Glauben gefallen lassen, daß sein Schweigen dahin gedeutet wird, daß er die Meinung des Nichtsäumigen über die Angemessenheit der gesetzten Frist theile, wenn er ihr nicht widerspricht. Es wäre dolos, wollte er, ohne der Dauer der Fristbestimmung zu widersprechen, einfach nach Ablauf der vom Gläubiger gestellten, aber innerhalb einer von ihm, dem Säumigen, für angemessen erachtetenFrist die Erfüllung anbieten oder sich umgekehrt auf den Standpunkt stellen, die gestellte Frist sei zu kurz gewesen, die Ablehnung der Annahme der Erfüllung daher unwirksam. Aehnliche Grundsätze sind auch im früheren Recht aufgestellt worden und es liegt kein Grund vor, von diesen abzuweichen (R.O.H. 8 S. 127; R.G. 7 S. 79; Bolze 11 Nr. 395). Aber nicht bloß widersprechen muß der Säumige der Frist, sondern er muß auch seinen Widerspruch begründen. Denn der Nichtsäumige braucht nur die ihm bekannten Umstände bei Bemessung der Frist in Erwägung zu ziehen. Legt daher der Säumige seine Gegengründe nicht dar, so kann er sich nicht hinterher auf den Standpunkt stellen, unter Berücksichtigung dieser Gegengründe sei die Frist zu kurz gewesen (R.O.H. 8 S. 127; Bolze 7 Nr. 582). Widerspricht der Säumige der gestellten Frist gehörig, so muß er nunmehr in der von ihm für gehörig erachteten Nachfrist erfüllen. Thut er das und lehnt der Gläubiger die Annahme der Erfüllung ab, so hat der Richter zu entscheiden, ob nach Lage des Falls die Erfüllung innerhalb einer angemessenen Frist angeboten ist. Thut er aber auch das nicht, läßt er auch die von ihm für gehörig erachtete Nachfrist fruchtlos verstreichen, dann ist für den Gläubiger das Wahlrecht in Kraft getreten. Der Schuldner kann sich nunmehr nicht etwa auf den Standpunkt stellen, die Nachfrist sei zu kurz gewesen und daher wirkungslos und deshalb sei der Vertrag intakt geblieben und der Gläubiger müsse auch die weit später erfolgte Erfüllung annehmen. Seinen Rechten geschieht vollauf Genüge, wenn seiner Erklärung und Anschauung gemäß die Frist bemessen wird. Wenn er auch diese Frist nicht innehält, so kann er sich nicht beschweren, wenn die Folgen der Androhung nunmehr eintreten.

Das Gleiche muß natürlich gelten, wenn der Schuldner unter Angabe von Gründen um eine bestimmte Frist gebeten und der Nichtsäumige diese zu Unrecht kürzer bemessen hat. Denn ob der Widerspruch gegen die zu kurze Frist vorher oder nachher erfolgt, muß natürlich gleichgiltig sein.

Anm. 79 a. Ist die Frist länger als angemessen, so gilt sie jedenfalls gegen den Nichtsäumigen, der sie gestellt hat: bis zu ihrem Ablauf hat der Säumige das Recht zur Erfüllung (R.O.H. 8 S. 127).

Anm. 80. ββ) Der zweite Theil der Erklärung ist die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme. Es braucht also nicht die Erklärung abgegeben zu werden, welches der beiden sekundären Rechte, ob Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt, der vertragstreue Kontrahent wählt. Diese engere Wahl kann er später treffen. Hierüber unten Anm. 95. Es kann aber diese engere Wahl schon jetzt getroffen werden. Die Erklärung muß jedenfalls deutlich ersehen lassen, daß man von dem Rechte auf Erfüllung endgiltig Abstand nimmt. Die Anzeige eines möglicher Weise zu fassenden Entschlusses genügt daher nicht (R.O.H. 18 S. 386).

Es genügt hiernach nicht die Redewendung, daß man in Erwägung ziehen Anm. 81.
werde, ob man die Annahme der Erfüllung nicht ablehnen werde; auch nicht die Redewendung, daß man nach Ablauf der Frist die gesetzlichen Konsequenzen ziehen werde, auch nicht, daß man den Gegenkontrahenten für den Schaden verantwortlich machen werde, da es einen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung und einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung giebt und bei dieser Erklärung nicht ersichtlich ist, welcher gemeint ist (Bolze 8 Nr. 484; Dernburg II S. 215). Aus demselben Grunde genügt nicht die Erklärung, daß man den Gegner für die Differenz belasten werde. Wohl aber genügt die Erklärung, daß man nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen werde; darin liegt implicite die Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme. Auch genügt die Erklärung des Käufers, sich im Falle der Nichterfüllung decken zu wollen (Bolze 4 Nr. 717; R.O.H. 15 S. 335). Denn der Deckungskauf erfolgt der Regel nach, um den Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begründen, sodaß, wenn der Kaufmann schreibt, er sei gezwungen, sich anderweit zu decken, er regelmäßig im Sinn hat, er wolle nicht mehr geliefert haben, seinen Bedarf werde er nunmehr anderweit beziehen und den Lieferanten für diesen Schaden verantwortlich machen. Die Erklärung des Käufers, er werde im Fall der Nichtlieferung sich die Waare anderweit beschaffen, genügt (R.O.H. 18 S. 386; anders R.O.H. 15 S. 335). Die Erklärung des Verkäufers, er werde die Waare zu bestmöglichem Preise für Rechnung des Käufers verkaufen und ihn mit der Differenz belasten, hat das Reichsgericht (Bolze 8 Nr. 495) für qualifizirte Mahnung, nicht als genügende Wahlanzeige im Sinne des früheren Art. 356 erklärt. Es ist aber nicht abzusehen, was hier zur Deutlichkeit fehlen soll (vergl. R.O.H. 12 S. 285).

Genügend ist die Erklärung, das Geschäft werde „annullirt" und Schadens- Anm. 82.
ersatz gefordert. Ein Vergleichsanerbieten mit eventueller Androhung einer Schadensklage wegen Nichterfüllung wurde im R.O.H. 3 S. 278 nicht für genügend erklärt. Doch darf das nicht verallgemeinert werden. Es kann darin sehr wohl eine genügende Erfüllungsablehnung liegen.

c) **Die Zeit der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme.** Dieselbe setzt im Grunde Anm. 83.
genommen den Verzug voraus. Dies ist aber nicht derart strikte aufzufassen, daß unter allen Umständen der Verzug schon eingetreten sein müsse, ehe die Erfüllungsablehnung mit Fristbestimmung angedroht wird. Vielmehr muß es für zulässig erachtet werden, daß die Androhung mit der Mahnung verbunden wird (für früheres Recht vergl. R.O.H. 10 S. 241; 12 S. 285; 23 S. 170). Für das neue Recht muß das Gleiche angenommen werden, da die ersten Worte des § 326 B.G.B.: „Ist der eine Theil im Verzuge" nur eine Bedingung, eine Voraussetzung, keine absolute Zeitbestimmung enthalten. Da nun, wie oben Anm. 12 u. 42 hervorgehoben wurde, die Mahnung wiederum mit demjenigen Erfüllungsangebot verbunden werden kann, durch welches die Fälligkeit bewirkt wird, und da ferner auch die Verkaufsandrohung nach § 373 mit der Androhung nach § 326 B.G.B. verbunden werden kann, so kann es kommen, daß eine ganze Reihe hierbei erforderlicher Erklärungen zusammengefaßt wird: nämlich diejenige Erfüllungsofferte, welche die Forderung fällig macht, ferner die Mahnung zum Zwecke der Inverzugsetzung, sodann die Androhung der Erfüllungsablehnung und endlich die Androhung des Verkaufs nach § 373. Es kann z. B. der Verkäufer schreiben: Ihre Erklärung, daß Sie die Waare fix per 1. Oktober bestellt haben und deshalb die Ordre annulliren, stimmt mit der Schilderung meines Reisenden nicht überein. Ich habe in Folge dessen die Waare zu Ihrer Verfügung bereit gestellt (Verbalofferte), ersuche Sie, dieselbe innerhalb drei Tagen abzunehmen und zu bezahlen (Mahnung) und werde mich sonst genöthigt sehen, unter Ablehnung der Erfüllungsannahme Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen (Androhung der Erfüllungsablehnung) und zu diesem Zwecke die Waare öffentlich versteigern lassen (An-

drohung des Verkaufs nach § 373). In der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme wird übrigens meistentheils zugleich die Mahnung, also die Inverzugsetzung implicite liegen und da beide Erklärungen nach dem oben Gesagten überhaupt verbunden werden können, so steht nichts entgegen, eine Aufforderung, welche beide Erklärungen dem Sinne nach implicite enthält, für genügend zu erklären.

Anm. 84. Dagegen kann eine vor dem Eintritt des Erfüllungstages erfolgende Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme nach neuem Rechte nicht für genügend erachtet werden. Nach früherem Recht hat man ihr die Wirkung in gewissen Fällen nicht versagt, so wenn sie kurz vor Eintritt der Erfüllungszeit und in der Voraussicht der Nichterfüllung geschehen ist, insbesondere dann, wenn der Säumige schon vorher seine Weigerung, zu erfüllen bestimmt erklärt hatte (R.O.H. 10 S. 24; 13 S. 137; 17 S. 226; R.G. 7 S. 44; R.G. vom 19. April 1884 bei Gruchot 28 S. 1064). Dernburg II S. 214, 215 will auch nach neuem Recht derartige vorher abgegebene Erklärungen, wenn sie nicht zurückgenommen werden, als nach Eintritt des Verzuges fortwirkend ansehen. Wir können uns aber nicht entschließen, Dernburg beizutreten. Denn nach neuem Recht ist, wie schon in anderem Zusammenhange dargelegt (vergl. oben Anm. 75), die mit dem Präjudiz der Ablehnung der Erfüllungsannahme begleitete Fristbestimmung eine so strikte, in den verschiedensten Fällen durchgeführte Vorschrift, daß wir keine Möglichkeit sehen, uns über die Gesetzesworte hinweg zu setzen, zumal wir der Ueberzeugung sind, daß wir damit den gesetzgeberischen Willen durchkreuzen würden. Denn die ratio jener strikten Vorschrift geht dahin, daß der säumige Kontrahent, auch wenn er sich vorher renitent gezeigt und zu erkennen gegeben hat, er sei entschlossen, den Vertrag nicht zu erfüllen, nach dem kritischen Zeitpunkte, nach Eintritt der Fälligkeit, mit einer Nachfrist aufgefordert werden soll zu erfüllen und an die Folgen seiner Säumniß erinnert werde. Dadurch soll auf ihn gewirkt werden, daß er seinen Entschluß ändere, und ihm Zeit gegeben werden, dem veränderten Entschluß gemäß zu verfahren. Schäden, die durch die vor der Erfüllungszeit erklärte Erfüllungsverweigerung dem andern Theil erwachsen sein sollten, kann dieser aus anderen Gesichtspunkten ersetzt verlangen (siehe oben Anm. 76).

Anm. 85. Nach Eintritt des Verzuges kann die Androhung der Erfüllungsannahmeablehnung der Regel nach jederzeit erfolgen, nicht etwa nothwendig in naher Zeit. Der säumige Kontrahent wird dadurch nicht in unberechtigter Weise benachtheiligt, da er ja das Recht hat, so lange zu erfüllen und dadurch den Verzug zu heilen, bis der Gegenkontrahent die Ablehnung der Erfüllungsannahme angedroht hat und die von ihm gestellte Frist abgelaufen ist. (R.O.H. 7 S. 392; 9 S. 324; 23 S. 83; R.G. 32 S. 64; Bolze 9 Nr. 395; 14 Nr. 441). Indessen ist eine zeitliche Grenze insofern angenommen worden, als eine illoyal verspätete Geltendmachung der Vertragsrechte den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht und deshalb des rechtlichen Schutzes entbehrt. In Fällen solcher Art verliert der nichtsäumige Kontrahent durch allzulanges Zuwarten jedes Vertragsrecht, also auch das Wahlrecht (hierüber unten Näheres Anm. 129). Abgesehen davon aber kann der Nichtsäumige während der ganzen Dauer des Verzuges mit der Fristbestimmung und Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme vorgehen. Der Umstand, daß der nichtsäumige Kontrahent nach eingetretenem Verzuge das Recht auf Erfüllung geltend macht, hindert ihn nicht, bei fortgesetztem Verzuge des Schuldners davon abzusehen und mit der Fristbestimmung und Erfüllungsablehnung vorzugehen (Bolze 19 Nr. 572). Deshalb liegt darin, daß er den Säumigen an Erfüllung mahnt, wiederholt mahnt, ihm gar mit Klage droht, noch nicht die definitive Wahl des Rechts auf Erfüllung (R.O.H. 8 S. 82; 13 S. 434; Bolze 2 Nr. 1018; 19 Nr. 572). Auch die Klage auf Erfüllung bindet ihn nicht definitiv an das Recht auf Erfüllung. Dies hat (gegen unsere Ansicht) das Reichsgericht schon früher angenommen (R.G. 15 S. 68; Bolze 11 Nr. 409). Jetzt folgt es unmittelbar aus § 325 Abs. 2 B.G.B., da hiernach der Gläubiger, der ein rechtskräftiges Urtheil auf Erfüllung in Händen hat, nunmehr noch

die Fristbestimmung und Erklärung der Ablehnung der Erfüllungsannahme vornehmen und die übrigen Rechte wählen kann (vergl. auch § 255 C.P.O.).

d) **Das Wahlrecht ist ausgeübt, wenn die mit dem Präjudiz der Ablehnung der Leistungsannahme gestellte Frist fruchtlos abläuft.** Anm. 86. Erst dann ist der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung ausgeschlossen und an seine Stelle das Recht zur engeren Wahl zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rücktrittsrecht getreten oder wenn eine engere Wahl zugleich mit der Hauptwahl ausgeübt ist (vergl. oben Anm. 80), das solchergestalt gewählte Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder aus dem Rücktritt in Kraft getreten. Der Schuldner hat nach geschehener Fristbestimmung das Recht, rechtzeitig zu erfüllen — das nennt man purgatio morae, Heilung des Verzuges — und dadurch die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme unwirksam zu machen. Was „rechtzeitig" heißt, haben wir oben Anm. 77 bis 79 dargelegt. Rechtzeitig heißt innerhalb der nach den vorliegenden Umständen für angemessen zu erachtenden Frist. Dazu kommt, wie oben Anm. 78 dargelegt, auch das Verhalten des Säumigen bei oder nach Setzung der Frist mit in Betracht.

Hiernach verliert die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme z. B. Anm. 87. dann ihre Wirksamkeit, wenn der Verkäufer nach Empfang der Androhung die Waare sofort absendet; der Nichtsäumige kann alsdann die Annahme nicht ablehnen (R.G. 7 S. 79; Bolze 1 Nr. 1092). War die Waare zur Zeit des Empfanges der Fristbestimmung bereits abgesandt, dann ist die Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme erst recht unwirksam. Aber freilich muß eine wirkliche rechtzeitige Erfüllung vorliegen, nicht bloß ein Erfüllungsangebot (ich stelle Ihnen die Waare zur Verfügung). — R.G. vom 16. Juni 1896 in J.W. S. 400. —

Ueber die purgatio morae siehe Weiteres unten Anm. 97.

e) **Ausnahmsweise ist die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme nicht erforderlich, wenn die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat.** Anm. 88.

a) Voraussetzung ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat. Die Erfüllung des Vertrages ist etwas Anderes als die Leistung des Säumigen.

Der Fall, daß die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat, liegt z. B. auch dann vor, wenn der Verkäufer kein Interesse daran hat, daß der Vertrag erfüllt werde, d. h. daß der Käufer ihm gegen Lieferung der Waare den Kaufpreis zahle. Der Hauptfall wird allerdings der sein, daß die Waare für den Käufer kein Interesse mehr hat. Kein Interesse hat die Vertragserfüllung dann für den Kontrahenten, wenn das mit dem Abschlusse oder mit der Ausführung des Vertrages erstrebte Interesse weggefallen ist. Daß die Erfüllung des Vertrages gar kein Interesse mehr für den Nichtsäumigen hat, ist nicht erforderlich. Wenn die Waare z. B. für eine bestimmte Saison oder mit Rücksicht auf eine bestimmte Mode gekauft war, so liegt der Fall vor, obgleich man doch nicht sagen kann, daß die Waare nun gar kein Interesse mehr für den Käufer hat. Denn irgendwie läßt sie sich doch auch nach Schluß der Saison, nach Wechsel der Mode verwerthen. Auch genügt es, daß die Leistung zu dem Zwecke nicht verwendet werden kann, für den sie zunächst bestimmt war. Ob diese Zweckbestimmung dem anderen Theil bekannt war, ist gleichgiltig. Das Gesetz setzt das nicht voraus und hineingelegt kann es in das Gesetz nicht werden. So liegt der Fall z. B. dann vor, wenn der Verkäufer die Waare für bestimmte Kunden bestimmt hat, und diese Kunden ihrerseits den Vertrag gelöst haben, eine andere naheliegende Verkaufsmöglichkeit aber nicht vorliegt (vergl. nach früherem Recht Bolze 1 Nr. 1094). Im Großen und Ganzen wird sich alles das decken mit der früheren Formel: Die Nachfrist sei nicht nothwendig, wenn die Natur des Geschäfts dies nicht zuläßt. Die konkreten Umstände zur Zeit der Erfüllung entscheiden über das Erforderniß (R.G. 4 S. 56).

Anm. 89. β) Die Wirkung ist, daß alsdann die Rechte aus § 326 Abs. 1 d. h. das Recht, die Ablehnung der Leistungsannahme anzudrohen und aus dem fruchtlosen Ablauf der Frist die gesetzlichen Konsequenzen zu ziehen, auch ohne eine Fristbestimmung dem Nichtsäumigen zusteht, also lediglich in Folge des eingetretenen Verzuges. Auch ohne Fristbestimmung, das bedeutet: ohne daß der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine Frist mit dem Präjudiz der Ablehnung der Leistungsannahme bestimmt. Weder die Bestimmung der Frist noch die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme ist also erforderlich. Denn das eine ist nur eine Modalität des andern: Es liegt eine Fristbestimmung mit dem Präjudiz der Ablehnung der Leistungsannahme oder, wenn man will, umgekehrt eine mit Fristbestimmung versehene Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme vor. (Denkschrift S. 221.) Das weicht vom früheren Recht ab, nach welchem in den analogen Fällen, wenn die Natur des Geschäfts die Gewährung einer Nachfrist nicht zuließ, eben nur diese, nicht auch das Erforderniß der Wahlanzeige fortfiel (vergl. unsere 5. Aufl. § 22 zu Art. 356). Es muß allerdings gesagt werden, daß der Schuldner in solchem Falle schlimm bestellt ist und um so schlimmer, als es ja Umstände sein können, die ihm gar nicht bekannt sind, aus welchen der Gläubiger mit Recht die Folgerung herleitet, daß die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat. Es kann nicht ungesagt bleiben, daß darin eine große Ungerechtigkeit liegt, da ja der in Verzug gerathene Schuldner solchergestalt in die Lage kommen kann, die Erfüllung vorzubereiten, um, wenn er die Leistung dann anbietet, zu erfahren, daß der Gläubiger die Annahme ablehne, indem er, gestützt auf § 326 Abs. 2 B.G.B., von dem Recht des Rücktritts oder gar des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ohne vorherige Fristbestimmung, ohne vorherige Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme Gebrauch macht. Den Anschauungen des Handelsstandes widerstrebt das in hohem Maße, und es kann nicht ausbleiben, daß sich alsbald Handelsgebräuche bilden, nach welchen der säumige Theil in denjenigen Fällen, in welchen der säumige Schuldner diejenigen Umstände nicht kannte, noch auch kennen mußte, aus welchen die Interesselosigkeit der verspäteten Leistung für den Gläubiger folgt, dieser dem Schuldner eine Nachfrist setzen muß. Bezeichnend ist, daß der für die wiederhergestellte Berliner Produktenbörse im Anfange des Jahres 1900 festgestellte Schlußschein für die Zeitgeschäfte im effektiven Getreide die Bestimmung aufgenommen hat, daß der Nichtsäumige dem Säumigen ausnahmslos, auch in dem Falle des 326 Abs. 2 B.G.B. eine Nachfrist gewähren muß (vergl. Rießer, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte S. 84).

Anm. 90. Für den Fall, daß der Nichtsäumige in solchem Falle Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht, liegt eine kleine Milderung in der Vorschrift des § 254 Abs. 2 B.G.B., nach welchem bei der Frage, ob und inwieweit ein verursachter Schaden zu ersetzen ist, konkurrirendes Verschulden des Beschädigten auch dann in Betracht kommt, wenn es darin besteht, daß er es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Aber die Milderung ist nur sehr klein und wird nur selten Platz greifen.

Anm. 91. Zu erwähnen ist schließlich noch, daß die Ausnahme nur dahin geht, daß der Nichtsäumige keine Nachfrist zu setzen verpflichtet ist. Er ist natürlich berechtigt, auch in den hier in Rede stehenden Fällen eine Nachfrist zu setzen.

Anm. 92. f) **Andere gesetzliche Ausnahmen zu machen ist nicht gestattet.** Insbesondere liegt ein Ausnahmefall dann nicht vor, wenn der säumige Theil die Erfüllung bestimmt verweigert hat (vergl. oben Anm. 75).

Anm. 93. g) **Dagegen ist es gestattet, auf die Fristbestimmung durch Vertrag zu verzichten,** sowohl im Voraus (R.O.H. 11 S. 425), als auch nachträglich (R.G. 7 S. 79). Das Geschäft wird dadurch noch kein Fixgeschäft (Näheres Anm. 19 zu § 376).

Anm. 94. Auch sonstige Abänderungen der gesetzlichen Bestimmungen über die im Falle des Verzuges dem nichtsäumigen Theil zustehenden

Rechte sind zulässig. Es kann z. B. vereinbart werden, daß der säumige Theil verpflichtet ist, eine Nachfrist ausdrücklich oder gar schriftlich, vor Ablauf der Verfallzeit oder nachher nachzusuchen, widrigenfalls er das Recht auf sie verliert; es kann vereinbart werden, daß die Nachfrist eine bestimmte Zeit beträgt, ohne daß dadurch das Geschäft ein Fixgeschäft würde. (Näheres hierüber zu § 376). Es kann auch vereinbart werden, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur im Wege des offiziellen Verkaufs oder Ankaufs erfolgen dürfe. Es kann auch vereinbart werden, daß der Selbsthilfeverkauf und der Deckungskauf für Rechnung des säumigen Theils erfolgen, so daß ein etwaiger Mehrerlös diesem zu Gute kommt. Es kann vereinbart werden, daß der nichtsäumige Theil das Rücktrittsrecht überhaupt nicht hat u. s. w.

4. **Die Wirkungen des ausgeübten Wahlrechts** oder die Wirkungen des fruchtlosen Ablaufs der gehörigen Fristbestimmung.

a) **Die Wahl des Gläubigers ist endgiltig getroffen.** Ein jus variandi besteht nicht (R.O.H. 24 S. 331). Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Der Gläubiger hat nunmehr die engere Wahl zwischen dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rechte, zurückzutreten, wenn er nicht etwa schon bei seiner Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme gleichzeitig auch diese engere Wahl getroffen hat. Trifft er, sei es gleichzeitig mit der Androhung der Erfüllungsannahmeablehnung oder nunmehr nach fruchtlosem Ablauf der gestellten Frist die engere Wahl zwischen Nichterfüllungsschaden und Rücktritt, so ist er daran gebunden. Die einmal getroffene Wahl ist für ihn bindend. Dagegen kann er innerhalb des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von der getroffenen Wahl abgehen. Das will sagen: Hat er von den ihm zur Wahl stehenden mehreren Arten von Schadensliquidationen die eine gewählt, so ist er daran nicht gebunden und kann noch die andere geltend machen; er kann von der abstrakten auf die konkrete und von der konkreten auf die abstrakte Schadensliquidation übergehen. Die Androhung des Käufers, er werde sich auf Kosten des säumigen Verkäufers decken, hindert ihn nicht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, auch wenn er den Deckungskauf unterlassen hat, und wenn er den angedrohten Deckungsverkauf verwirklichte, aber zu spät oder zu früh oder nicht gehörig, so kann er immer noch den abstrakten Schaden liquidiren (R.G. 6 S. 58), sofern darin nur nicht ein konkurrirendes Versehen liegt, welches nach § 254 B.G.B. bei jeder Schadensliquidation in Betracht kommt. Anm. 95.

Uebt der Nichtsäumige die ihm zustehende engere Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nicht aus, so kann ihm der Schuldner eine Frist stellen, nach deren fruchtlosen Ablauf das Recht auf Rücktritt erlischt und nur noch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übrig bleibt (§ 355 u. § 327 B.G.B.). Anm. 96.

b) **Dem Schuldner ist die Möglichkeit der Heilung des Verzuges nunmehr genommen.** Bis der Nichtsäumige bestimmt erklärt, daß er die Erfüllung nicht mehr wolle und statt ihrer Schadensersatz begehre oder vom Vertrage zurücktrete, besteht das primäre Recht des Nichtsäumigen auf Erfüllung nebst Zögerungsschadensersatz. Der Säumige erfüllt nur seine entsprechende Rechtspflicht, wenn er erfüllt. Thut er dies, ehe der Nichtsäumige eines der sekundären Rechte gewählt hat, so hat er moram purgirt und dem Nichtsäumigen das Recht und die Möglichkeit zu dieser Wahl genommen, auch wenn er vorher die Erfüllung bestimmt verweigert hat; auch vorbehalten kann sich der Nichtsäumige sein Wahlrecht nicht; nur Verzögerungsentschädigung bis zur Erfüllung kann er verlangen (R.O.H. 13 S. 99; 14 S. 394; Bolze 8 Nr. 484, O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 218). Insbesondere kann der säumige Theil, wenn er sich zur Erfüllung erbietet, ehe der andere Theil eines der sekundären Rechte gewählt hat, den Nichtsäumigen zur Erfüllung zwingen (Bolze 2 Nr. 1016) und im Falle der Weigerung desselben Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (Bolze 7 Nr. 596). Ganz dasselbe gilt, wenn er innerhalb der Nachfrist erfüllt; vorausgesetzt daß die Erfüllung des Vertrages für den Gläubiger das Interesse noch nicht verloren hat (R.O.H. 8 S. 14; 13 S. 103; 23 S. 39). Die innerhalb angemessener Nachfrist be- Anm. 97.

wirkte Erfüllung kann der vertragstreue Kontrahent nicht zurückweisen (R.G. 7 S. 79). Hat aber der Säumige innerhalb der Nachfrist nicht erfüllt, so tritt das vom Nichtsäumigen gewählte Recht in Kraft. Daß der Säumige erfüllt hat, ehe er die Rücktrittsanzeige erhalten hat, hat dieser zu beweisen (R.G. 4 S. 55).

Anm. 98. c) **Diese Wirkungen treten aber nur ein, wenn der Nichtsäumige sein Recht in zulässiger Weise ausgeübt hat.** Hatte er es in unzulässiger Weise ausgeübt, so treten natürlich die Wirkungen nicht ein. Hat der Nichtsäumige z. B. dem Käufer nur eine Frist bestimmt, aber ohne die Ablehnung der Leistungsannahme anzudrohen, oder hat er umgekehrt die Ablehnung der Leistungsannahme angedroht, ohne eine Frist zu bestimmen, so ist dies unzulässig und der Vertrag bleibt bestehen. Beide Theile, nicht bloß der Säumige, sondern auch der Nichtsäumige können sich auf die wirkungslose Ausübung des Wahlrechts berufen und den Vertrag als bestehend behandeln. Dieser Grundsatz war auch früher vom Reichsgericht angenommen worden, aber die Anwendungen dieses Grundsatzes, welche in diesen Entscheidungen gemacht worden sind, können jetzt nicht mehr für zutreffend erachtet werden. Das Reichsgericht hatte angenommen, daß, wenn der Käufer erklärt hat, wenn der Verkäufer nicht liefern werde, so werde er vom Vertrage zurücktreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen, dies unzulässig sei und den Vertrag bestehen lasse. Da jetzt aber nicht die Anzeige des gewählten Rechts, sondern nur die Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme erforderlich ist, diese aber auch in solcher Erklärung deutlich ausgedrückt ist, so muß angenommen werden, daß jene Androhung zulässig ist. (Die Entscheidungen sind Bolze 18 Nr. 456; R.G. vom 5. März 1898 in J.W. S. 364). Ein anderes Beispiel ist, daß der Verkäufer, ohne Nachfrist zu setzen und ohne daß der Ausnahmefall der Interesselosigkeit der Vertragserfüllung vorliegt, erklärt, er werde die Annahme der Erfüllung ablehnen. In diesem Fall ist nicht, wie Cosack I § 123 annimmt, das Recht auf Erfüllung für ihn endgiltig verloren gegangen, vielmehr ist es bestehen geblieben.

B. Besonderheiten für den Fall, daß der Nichtsäumige ganz oder zum Theil erfüllt hat.

Anm. 99. Nur eine wirkliche Besonderheit besteht hier, nämlich in dem Falle, daß der Verkäufer die Sache übergeben hat und der Kaufpreis gestundet ist. Hierüber siehe unten Anm. 101. Die anderen Konstellationen bieten keine Besonderheit. Nur der Vollständigkeit und Klarheit wegen wird eine kurze Darstellung der hier in Betracht kommenden Fälle gegeben.

Anm. 100. I. **Ist der Käufer im Verzuge, so sind zwei Fälle zu unterscheiden:** Der Fall, daß ihm der Kaufpreis nicht gestundet ist, und der Fall, daß der Kaufpreis gestundet ist.

1. **Ist einem Käufer der Kaufpreis nicht gestundet,** so bietet der Fall keine Besonderheiten: es treten lediglich diejenigen Konsequenzen ein, die sich aus den im Hauptfall zu A. aufgestellten Grundsätzen ergeben. Hat also der Verkäufer ganz erfüllt und ist der Käufer im Verzuge, so hat der Verkäufer das dreifache Wahlrecht (im früheren Recht war dies anders. Der frühere Art. 354 bezog sich nur auf den Fall, daß der Verkäufer noch nicht übergeben hatte). Er kann also entweder Zahlung des Kaufpreises und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, also Verzugszinsen und etwaigen weiteren Schaden liquidiren (vergl. oben Anm. 18) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auch den Rücktritt wählen. Neben Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Verkäufer die gelieferte Waare nicht zurückfordern. Das wäre ja Rücktritt. Nur seine Leistung, soweit sie noch aussteht, braucht er richtiger Ansicht nach nicht zu bewirken (vergl. oben Anm. 20 ffg.). Sein Anspruch besteht darin, daß der Käufer den Vertrag nicht erfüllt, obgleich er geschlossen und vom Verkäufer bereits ganz oder zum Theil erfüllt ist, die durch diese Sach- und Rechtslage geschaffene Vermögensverschlechterung des Verkäufers ist der Schaden, der ihm erwachsen und vom Käufer in Geld zu ersetzen ist. Will er den Schaden abstrakt berechnen, so be-

steht der Schaden in diesem Falle in dem Betrage des Kaufpreises und den Verzugszinsen. Wenn er ihn konkret berechnen will, so kann er einen Selbsthilfeverkauf nicht zu Grunde legen. Denn die Waare gehört dem Käufer und ist von diesem an- bezw. abgenommen. Der Verkäufer hat daher nicht die Macht und nicht das Recht zu einem Selbsthilfeverkauf (Denkschrift S. 220). Vielmehr kann er seine konkrete Berechnung nur auf solche Verluste stützen, die ihm die Nichtzahlung des Kaufpreises gebracht hat (Cosack, Bürgerliches Recht I § 130 Nr. 2). Praktisch wird dies meist mit dem Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zusammenfallen (Denkschrift S. 220), jedoch nicht immer, z. B. dann nicht, wenn der Verkäufer noch andere Leistungen zu machen hatte, die ihm ja in diesem Falle erspart bleiben, besonders wenn der Verkäufer nur zum Theil erfüllt hat. — Im Falle des Rücktritts greifen die §§ 346—357 B.G.B. Platz: Der Käufer muß also die Waare zurückgeben, da beide Theile einander das Empfangene zurückzugewähren haben (§ 346 B.G.B.), für Verschlechterungen, Untergang oder sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe wird Schadensersatz geleistet, Nutzungen müssen vergütet, Verwendungen ersetzt werden (§ 347 B.G.B.). Diese Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (§ 348 B.G.B.). Im Uebrigen siehe über dies Rücktrittsrecht oben Anm. 32).

2. **Ist dem Käufer der Kaufpreis gestundet,** so tritt eine Besonderheit ein. Hier bestimmt Anm. 101. § 454 B.G.B., daß der Verkäufer das Rücktrittsrecht nicht hat. Er hat also nur ein zweifaches Wahlrecht: Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Rücktrittsrecht dagegen ist dem Verkäufer in diesem Falle versagt. Der Grundgedanke des Gesetzes ist der, daß der Käufer, wenn ihm der Kaufpreis gestundet ist, ohne Gefahr über die Waare verfügen soll. Er soll nicht Gefahr laufen, nachträglich zur Rückgabe der Waare verpflichtet zu sein (daraus ergiebt sich zugleich, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Anspruch auf das vom Nichtsäumigen Geleistete ausschließt). Für den Fall, daß der Verkäufer den Vertrag zum Theil erfüllt hat, greift § 454 B.G.B. ebenfalls Platz. Es soll ihm dasjenige Recht versagt sein, welches den Käufer in die Lage bringt, das vom Verkäufer Geleistete zurückgeben zu müssen. Sonst wäre er in seiner Bewegungsfreiheit hinsichtlich der empfangenen Waare gehindert, und die Stundung des Kaufpreises würde ihm wenig Vortheil bringen.

Die Stundung des Kaufpreises liegt dann vor, wenn dem Käufer gestattet Anm. 102. ist, den Kaufpreis nach der Lieferung der Waare zu leisten. Wenn der Zahlungstermin und der Lieferungstermin hinausgeschoben ist, beide Leistungen aber Zug um Zug zu erfüllen sind, so liegt Stundung nicht vor. Bloße Nichteinforderung des Kaufpreises trotz Lieferung der Waare ist ebenfalls keine Stundung. Einbeziehung des Kaufpreises in ein Kontokorrentverhältniß ist Stundung (Anm. 16 zu § 355). Ist dem Käufer der Kaufpreis zwar gestundet, aber nur gegen Sicherheiten (Wechsel, Pfänder, Bürgschaft), so liegt der Fall des § 454 B.G.B. nicht eher vor, als bis die Sicherheiten gegeben sind. Denn in solchem Falle liegt keine glatte Stundung vor, sondern eine bedingte. Der Kaufpreis soll in diesem Falle eben nicht ohne Weiteres kreditirt werden, sondern nur, wenn der Käufer durch Wechsel, Pfänder oder Bürgschaften dem Verkäufer Sicherheit gewährt, daß beim Ablauf des Ziels Zahlung erfolgen werde. Mit der Verweigerung der zugesagten Sicherheiten fällt die Bedingung der Stundung fort (vergl. Anm. 41 im Exkurse vor § 373). Oft liegt eine stillschweigende, auf Handelsgebrauch beruhende Stundung vor. So ist es z. B. im Geschäftsverkehr oft üblich, daß der Kaufpreis der innerhalb eines Monats erfolgten Lieferungen erst nach Ablauf des Monats nach Empfang des Monatsauszuges regulirt wird.

Ist ein Theil des Kaufpreises gestundet, so bleibt der Rücktritt nur wegen Anm. 103. der Nichtbezahlung dieses Theiles ausgeschlossen. Er bleibt zulässig, wenn die Voraussetzungen des Verzuges bei dem übrigen Theil des Kaufpreises eintreten.

II. **Ist der Verkäufer im Verzuge,** so tritt keine Besonderheit ein, mag der Käufer ganz oder Anm. 104. zum Theil erfüllt haben, mag die Lieferungsfrist gestundet sein oder nicht.

1. Fordert daher der Käufer Erfüllung, d. h. Lieferung der Sache, so bleibt seine Verpflichtung zur Zahlung des Restkaufpreises in Kraft, es sei denn, daß seine Kaufpreis-

schuld gegen den vom Verkäufer zu leistenden Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung ganz oder zum Theil aufgerechnet werden kann (Cosack, Bürgerliches Recht I § 123 Nr. 7).

Anm. 105. 2. Fordert der Käufer statt der Lieferung Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er den bereits gezahlten Kaufpreis nicht zurückfordern, er mag ihn ganz oder zum Theil geleistet haben. Das wäre ja sonst Rücktritt. Nur soweit der Kaufpreis gezahlt ist, kann er ihn nicht zurückfordern. Sein Schaden besteht darin, daß der Käufer nicht liefert, obgleich er sich zur Lieferung verpflichtet und den Kaufpreis bereits ganz oder zum Theil gezahlt erhalten hat. Aber von Gegenleistungen, soweit sie noch ausstehen, wird der Käufer befreit. Denn er braucht ja nur zu leisten, wenn der Verkäufer liefert (vergl. oben Anm. 49). Natürlich muß der Käufer bei seiner Schadensberechnung alles, was er durch Unterlassung der Gegenleistung erspart, in Abzug bringen. Bei der Berechnung des Schadens wird der Betrag des gezahlten Kaufpreises als der erste handgreifliche Schaden zunächst in Ansatz kommen (R.O.H. 24 S. 107). Bei der Berechnung des Schadensersatzes kann er ferner von dem gezahlten Kaufpreis auch Zinsen verlangen, und zwar vom Tage der Zahlung ab, denn in dem entgangenen Zinsgenusse liegt auch ein Schaden (vergl. Bolze 4 Nr. 254). In der Ausübung wird der Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Ausübung des Rücktrittsrechts oft ähnlich sein. Aber das darf zu einer allgemeinen Identifizirung beider Rechte nicht führen.

Anm. 106. 3. Tritt der Käufer vom Vertrage zurück, so wird er von seinen Verpflichtungen frei. Er kann also auch den bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern und zwar sammt Zinsen (vergl. oben Anm. 66; § 347 B.G.B.).

Anm. 107. III. Diese Grundsätze kommen auch zur Anwendung bei den sogenannten **Successivlieferungsgeschäften.** Kommt der Käufer mit der Bezahlung des ersten Postens, der Verkäufer mit der Lieferung des ersten Postens in Verzug, so kann das dreifache, bezw. in dem Falle, daß der Kaufpreis gestundet ist, das zweifache Wahlrecht hinsichtlich des ganzen Geschäfts ausgeübt werden. Doch siehe hierüber das Nähere unten Anm. 118 ffg. im Zusammenhange.

Anm. 108. IV. **Im Uebrigen gelten natürlich die oben im Hauptfall sub A. erörterten Grundsätze** auch in dem Falle, wo der nichtsäumige Theil ganz oder zum Theil erfüllt hat.

C. Besonderheiten in dem Falle, wo der Säumige schon zum Theil erfüllt hat, insbesondere die Successivlieferungsgeschäfte.

Anm. 109. I. Für den Fall, daß der Säumige schon zum Theil erfüllt hat, kommen **folgende Vorschriften zur Anwendung:**

§ 326 Abs. 1 Satz 3 B.G.B.: Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist theilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

§ 325 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.: Bei theilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten.

§ 280 Abs. 2 B.G.B.: Im Falle theilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Theiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung.

Anm. 110. II. **Voraussetzung ist, daß der Säumige zum Theil schon erfüllt hat,** sei es, daß er berechtigt war, theilweise zu erfüllen, oder daß der Gläubiger die theilweise Erfüllung ohne Rechtspflicht angenommen hat. Denn der § 326 Abs. 1 Satz 3 B.G.B. behandelt ja nur den

Fall, daß die Leistung theilweise „bewirkt" ist. Sie muß also theilweise bereits bewirkt, also nicht bloß angeboten sein. Denn an dem Grundsatze des § 266 B.G.B., daß der Gläubiger Theilleistungen nicht anzunehmen braucht, sollte durch den § 326 B.G.B. nicht gerüttelt werden. Bietet vielmehr der Säumige die Leistung theilweise an, ohne dazu berechtigt zu sein, so ist der Gläubiger befugt, sie abzulehnen, und es gilt dann Alles, was für den Totalverzug gilt. Nur ist zu beachten, daß der Theilverzug dann dem Gläubiger überhaupt keine Verzugsrechte gewährt, wenn der ausbleibende Rest unwesentlicher Natur ist (vergl. oben Anm. 8). Nimmt aber der Gläubiger die Theilleistung an, mit oder ohne Rechtspflicht, ist also die Leistung theilweise bewirkt, und liegt der Verzug in der Leistung eines weiteren Theiles vor, so greift unsere Vorschrift Platz.

III. **In diesem Falle kommt es darauf an, ob die theilweise Erfüllung für den nichtsäumigen Kontrahenten Interesse hat oder nicht.** Anm. 111.

1. Hat die theilweise Erfüllung für ihn Interesse, so hat er nur hinsichtlich des noch ausstehenden Theiles das dreifache Wahlrecht. Insbesondere kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, dieses Recht nur hinsichtlich des Restes ausüben. Soweit die Leistung bewirkt ist, bleibt es dabei. Er muß also für die bereits bewirkte Leistung den entsprechenden Theil der Gegenleistung bewirken. Ebenso kann er nur wegen des noch ausstehenden Restes der Leistung sein Rücktrittsrecht ausüben. Für den bereits bewirkten Theil der Leistung muß er seine Gegenleistung bewirken.

„Der Verzug ergreift also in seinen Wirkungen nur den noch rückständigen Rest, der bereits erfüllte Theil des Vertrages löst sich als selbstständig zu erledigen ab". In dieser Weise hatte Keyßner die rechtliche Situation, die sich hierbei ergiebt, beurtheilt, als es sich um die Erläuterung des früheren Art. 359 handelte. Es muß hier das Gleiche gelten. Denn es handelt sich hier um die gleiche Materie, die der Art. 359 regelte. Der Unterschied liegt nur darin, daß der Art. 359 den Fall ausdrücklich regelte, in welchem die Leistung theilbar ist, der § 326 Abs. 1 Satz 3 B.G.B. dagegen umgekehrt den Fall ausdrücklich regelt, in welchem die Leistung nicht theilbar ist, während die Regelung des anderen Falles, daß die Leistung theilbar ist, jetzt aus dem Zusammenhange der Gesetzesvorschriften zu entnehmen ist. Aus dem Zusammenhange der Gesetzesvorschriften aber folgt das hier dargestellte Ergebniß. Denn wenn das Gesetz nur in dem Falle der Untheilbarkeit die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt hinsichtlich des ganzen Vertrages giebt, so folgt hieraus mit zwingender Nothwendigkeit, daß im Falle der Theilbarkeit der Leistung diese Rechte nur wegen des durch Erfüllung noch nicht erledigten Theils des Vertrages ausgeübt werden können. Anm. 112.

2. Hat aber die theilweise Erfüllung für den Nichtsäumigen kein Interesse, so kann der Nichtsäumige die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Rücktritt in Bezug auf den ganzen Vertrag geltend machen. Der Käufer z. B., dem der Verkäufer zwar einen Theil der Waare geliefert hat, den anderen Theil aber nicht, kann, wenn er darlegen kann, daß die theilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, in derselben Weise seinen Schadensersatz verlangen, wie wenn der Verkäufer den ganzen Vertrag nicht erfüllt hätte. Demzufolge muß er natürlich die bereits empfangene Waare zurückgeben. Denn er macht ja geltend, daß der empfangene Theil für ihn kein Interesse hat. Darauf bezieht sich § 280 Abs. 2 B.G.B., der gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 und § 325 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. hier Anwendung findet. Für diese Rückgabe finden die Regeln über das Rücktrittsrecht Anwendung. Hat der Nichtsäumige seinerseits bereits ganz oder theilweise erfüllt, so kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, nicht etwa das von ihm Geleistete einfach zurückfordern, sondern nur, wenn die Art der Schadensberechnung dies mit sich bringt. Der im § 325 Abs. 1 Satz 2 citirte § 280 Abs. 2 darf in dieser Beziehung nicht irreführen. Die Regeln vom vertragsmäßigen Rücktritt finden ja nur „entsprechende" Anwendung, also nur insoweit, als überhaupt derjenige, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, zur Rückleistung verpflichtet und zur Zurückforderung nach Lage der Sache berechtigt erscheint. Er will keineswegs einfach anordnen, daß beide Theile Anm. 113.

das Geleistete einander zurückgewähren müssen. Das wäre ja eben ein Rücktrittsrecht, kein Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Anm. 114. 3. Bei der Anwendung der Regeln zu 1 und 2 kommt es nicht darauf an, ob der Gegenstand nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien theilbar ist. Insofern unterscheidet sich diese Regelung von der des früheren Art. 359. Es kommt lediglich objektiv darauf an, ob die theilweise Erfüllung für den nichtsäumigen Theil Interesse hat oder nicht.

Anm. 115. 4. Beispiele für den Fall, daß die theilweise Erfüllung des Vertrages ohne Interesse für den Nichtsäumigen ist: Ein Farbensortiment von Waaren; Lieferung der gesammten Einrichtung eines Gasthofes (R.O.H. 21 S. 204); Partiekauf (Ramschwaare); Lieferung einer Maschine; eines zusammenhängenden literarischen Werkes; eines Zweigespanns von Pferden; ferner der Fall, wenn die Waare nach kaufmännischer Sitte nur in einer Minimalquantität gehandelt wird. Doch kann auch in solchem Falle die Sachlage anders sein, z. B. wenn eine Maschine als altes Eisen nach Gewicht verkauft wird, oder ein zusammenhängendes Werk als Makulatur.

Der umgekehrte Fall liegt meist vor bei einer Quantität kurshabender Werthpapiere, doch kann hier der Fall wieder anders liegen, z. B. wenn eine bestimmte Anzahl von Aktien zum Kauf gesucht wird, um eine Majorität zu erlangen.

Anm. 116. 5. Zu bemerken ist auch hier, daß der nichtsäumige Theil auch in dem Falle, daß die Leistung theilweise bewirkt ist, sein viertes Recht geltend machen kann, das der Zurückbehaltung. Er kann also beim Vertrage stehen bleiben, Erfüllung verlangen und einen Druck auf den Gegenkontrahenten dadurch ausüben, daß er die eigene Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückbehält.

Anm. 117. 6. Im Uebrigen greifen die allgemeinen Grundsätze Platz (vergl. das zu A und B Gesagte). Insbesondere aber ist hier zu erwähnen, daß in den Falle der Anm. 113 diejenigen Regeln Platz greifen, die für den Fall gegeben sind, daß die Erfüllung des Vertrages für den Nichtsäumigen kein Interesse hat: Der Nichtsäumige braucht daher keine Nachfrist zu setzen und keine Erfüllungsablehnung anzudrohen (vergl. oben Anm. 113).

Anm. 118. IV. **Der Hauptanwendungsfall liegt vor bei den sogenannten Successivlieferungsgeschäften,** d. h. bei denjenigen Geschäften, bei denen in einem einheitlichen Vertrage ratenweise Lieferung vereinbart wird. Diesen muß hier eine besondere Betrachtung gewidmet werden.

1. Das Wichtigste, was zur Klarstellung hier zu sagen ist, ist, daß für die Successivlieferungsgeschäfte keine Abweichung von denjenigen Grundsätzen gilt, die für die sonstigen Fälle von Theilerfüllung und Theilverzug bestehen.

Demgemäß gestaltet sich die Sache wie folgt:

Anm. 119. 2. **Die Verpflichtungen des Käufers und der Verzug in der Erfüllung derselben.** Der Käufer ist, wenn nichts anderes vereinbart ist, bei solchen Successivlieferungsgeschäften verpflichtet, jeden einzelnen Posten Zug um Zug gegen Lieferung zu bezahlen (Bolze 5 Nr. 675; 6 Nr. 393). Er darf insbesondere nicht den Kaufpreis hinterlegen, um sich die Weiterlieferung zu sichern (Bolze 5 Nr. 675). Wenn er mit einer fälligen Kaufpreisrate in Verzug gelangt, so ist der Verkäufer berechtigt, wegen der sämmtlichen restirenden Raten das Wahlrecht auszuüben (R.O.H. 13 S. 104; 16 S. 193 und 202). Er kann also, wenn der Käufer gleich den ersten Posten nicht bezahlt, wegen des ganzen Vertrages die Ablehnung der Leistungsannahme androhen und alsdann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages oder Rücktritt vom ganzen Vertrage wählen. Wenn der Käufer eine Rate oder mehrere Raten bereits bezahlt hat und mit einer weiteren Kaufpreisrate in Verzug geräth, so kann der Verkäufer sein Wahlrecht nur wegen des vom Käufer noch nicht erfüllten Theiles geltend machen, es sei denn, daß, was selten vorkommen wird, die theilweise Erfüllung des Vertrages für den Verkäufer kein Interesse mehr hat (vergl. oben

Anm. 113). Soweit der Verkäufer selbst schon erfüllt hat, kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, den Gegenstand seiner Leistung nicht zurückfordern, sondern nur den Werth derselben bei seiner Schadensberechnung in Anrechnung bringen. Wenn er aber den Rücktritt wählt, so hat er das Recht zurückzufordern (vergl. oben Anm. 32). Es ist endlich auch hier darauf aufmerksam zu machen, daß der Verkäufer gegenüber dem Verzuge des Käufers ein viertes Recht hat, nämlich das der Zurückbehaltung seiner eigenen noch ausstehenden Leistung (Bolze 6 Nr. 393; O.L.G. Braunschweig in G.Z. 40 S. 516; § 320 B.G.B.), soweit nicht etwa die Zurückbehaltung wegen Geringfügigkeit des noch ausstehenden Theils oder aus sonstigen Gründen gegen Treu und Glauben verstößt (§ 320 Abs. 2 B.G.B.). In solcher Zurückbehaltung liegt kein Rücktritt vom Vertrage (Bolze 7 Nr. 570).

Weiter aber ist von der Judikatur angenommen worden, daß der Verkäufer hinsichtlich der verschiedenen successiv zu liefernden Posten verschiedene Rechte geltend machen kann: Er kann z. B. theilweise zurücktreten, theilweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung und theilweise Erfüllung verlangen (R.O.H. 9 S. 122; 13 S. 331; Bolze 9 Nr. 397; 20 Nr. 510). Diese Zerreißung des Vertrages ist im Urtheil des R.G. 17 S. 59 nur ganz isolirt für bedenklich erklärt worden. Anm. 120.

Eine Modifikation tritt insoweit ein, als der Verkäufer bereits geliefert und den Kaufpreis gestundet hat. Dann fällt das Rücktrittsrecht weg, natürlich nur insoweit, als die Stundung reicht (vergl. oben Anm. 101—103). Wann der Fall der Stundung vorliegt, ist an jener Stelle von uns erörtert worden, insbesondere daß darin allein keine Stundung liegt, daß die Zahlung zwar hinausgeschoben ist, aber so, daß sie Zug um Zug gegen die Lieferung der Waare zu leisten ist. Die gegentheilige Annahme würde ja dazu führen, daß bei Successivlieferungsgeschäften, wenn über die Zahlung nichts besonderes vereinbart ist, das Rücktrittsrecht überhaupt nicht ausgeübt werden könnte. Denn hier soll ja die Zahlung erst bei Lieferung jeder Waarenrate erfolgen, bis dahin ist die Zahlung der Kaufpreisrate hinausgeschoben. Anm. 121.

3. **Die Verpflichtungen des Verkäufers und der Verzug in der Erfüllung derselben.** Auch der Verkäufer hat Mangels anderer Vereinbarungen die Verpflichtung, jeden einzelnen Posten des Successivlieferungsgeschäfts Zug um Zug gegen Zahlung des entsprechenden Theiles des Kaufpreises zu liefern. Auch er darf die Waare nicht deponiren, um sich die Zahlung der weiteren, noch nicht fälligen Kaufpreisraten zu sichern. Wenn er mit Lieferung eines Postens in Verzug geräth, so ist der Käufer berechtigt, wegen aller ausstehenden Lieferungsraten sein Wahlrecht auszuüben (R.O.H. 2 S. 84; 9 S. 59 und 119; 13 S. 78 und 104; 16 S. 193; Bolze 5 Nr. 658; 9 Nr. 407; 20 Nr. 511; 22 Nr. 430). Er kann also, wenn der Verkäufer gleich den ersten Posten nicht liefert, wegen des ganzen Vertrages die Ablehnung der Leistungsannahme androhen und alsdann (geeigneten Falls auch ohne diese) Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder den Rücktritt vom ganzen Vertrage wählen. Wenn der Verkäufer einen oder mehrere Posten schon geliefert hat, so kann der Käufer regelmäßig nur wegen der noch nicht gelieferten Posten seine Rechte ausüben, und nur dann kann er dies auch hinsichtlich des schon gelieferten Theiles thun, wenn die theilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat (Beispiele oben Anm. 113), was aber bei Successivlieferungsgeschäften selten der Fall sein wird; denn die successive Lieferung wird meist nur bei theilbaren Leistungen vereinbart. Anm. 122.

Soweit der Käufer selbst schon erfüllt hat, kann er, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, seine eigenen Zahlungen nicht zurückfordern, sondern nur den Betrag derselben in seine Schadensberechnung mit aufnehmen. Wenn er aber den Rücktritt wählt, so kann er auch das von ihm Bezahlte zurückfordern. Anm. 123.

Es ist endlich auch hier darauf aufmerksam zu machen, daß der Käufer auch bei Successivlieferungsgeschäften, wenn der Verkäufer mit einer Lieferungsrate im Verzuge ist, die Bezahlung früherer Lieferungsraten solange zurückbehalten kann (ohne vom Vertrage zurückzutreten), bis der Verkäufer seinen rückständigen Lieferungspflichten nachkommt (R.O.H. 23 S. 77). Anm. 124.

Anm. 125. Weiter aber ist von der Judikatur angenommen worden, daß der Käufer mit jeder Rate ein verschiedenes Recht ausüben kann (R.O.H. 9 S. 122; 13 S. 341; Bolze 9 Nr. 397). Der Käufer kann z. B. wegen der nicht gelieferten Posten Nichterfüllungsschaden, wegen des Gelieferten Verspätungsschaden verlangen, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (R.O.H. 9 S. 123).

Anm. 126. Wenn auf Grund der vorstehenden Grundsätze Nichterfüllungsschaden gewählt wird, so muß derjenige Zeitpunkt zu Grunde gelegt werden, in welchem die einzelnen Waarenposten zu liefern waren, nicht der Zeitpunkt des aus Anlaß eines Ratenverzuges allgemein erklärten Wahlrechts oder der allgemein erklärten Ablehnung oder des Ablaufs der gestellten Frist. Gesetzt z. B., der Verkäufer habe im April, Mai, Juni je einen Posten zu liefern. Dann kann der Käufer seinen Schadensersatz in der Weise geltend machen, daß er, wenn die Aprillieferung ausbleibt, zu Grunde legt die Preise, die bei einem in diesem Zeitpunkte zu machenden Abschluß per Mai und Juni zu zahlen sind (vergl. die ähnliche Schadensberechnung in § 18 Abs. 2 K.O.). Oder er kann auch den Mai und Juni abwarten und dann die angemessenen Preise zu Grunde legen.

Anm. 127. 4. **Verschieden von dem Fall des successiven Lieferungsgeschäfts liegt der Fall, wo zwischen zwei Personen mehrere selbstständige Geschäfte geschlossen werden,** mag dies auch zu derselben Zeit oder in demselben Schlußschein geschehen sein (R.O.H. 15 S. 424). Der Verzug in der Erfüllung eines Geschäfts giebt dem andern Theil kein Recht, irgend ein Wahlrecht, insbesondere ein Rücktrittsrecht hinsichtlich des andern auszuüben, es sei denn, daß die besonderen Voraussetzungen vorliegen, unter welchen wegen Kreditunwürdigkeit von einem Geschäfte oder von der Krediteinräumung zurückgetreten werden kann (vergl. Anm. 28 ffg. im Exkurse vor § 373).

Anm. 128. Indessen hat die Rechtsprechung die Grundsätze vom successiven Lieferungsgeschäft analog angewendet auf die Fälle, in denen verschiedene Geschäfte derart zusammengehören, daß nach der Intention der Parteien die Bezahlung des Kaufpreises aus dem einen Geschäft Vorbedingung für die Lieferung der auf Grund des anderen Geschäfts geschuldeten Waare sein sollte. Das kann der Fall sein bei gleichzeitig geschlossenen Geschäften, aber auch bei Geschäften, die hintereinander selbstständig geschlossen werden, doch so, daß die mehreren Successivabschlüsse von vornherein in Aussicht genommen und besprochen waren und für alle insgesammt im Voraus die Zahlungsbedingungen vereinbart wurden (Bolze 9 Nr. 407). Indessen muß diese analoge Anwendung mit Vorsicht geschehen.

D. Verwirkung der Rechte aus dem Verzuge in Folge illoyal verspäteter Geltendmachung.

Anm. 129. An sich ist weder die Ausübung des Wahlrechts nach § 326 B.G.B. an eine Zeitgrenze gebunden (R.G. 32 S. 64; 36 S. 86), noch auch das Recht auf Erfüllung und Ersatz des Zögerungsschadens (bis auf die Verjährung). Der Nichtsäumige kann vielmehr während der ganzen Dauer des Verzuges die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen oder durch die Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme sich die Rechte auf die beiden anderen Befugnisse (Nichterfüllungsschaden oder Rücktritt) sichern. Aber eine Grenze hat die Judikatur hier stets gezogen: sie liegt da, wo die Hinausschiebung ein arglistiges oder wenigstens illoyales Verhalten involviren würde (R.G. 32 S. 63; 36 S. 87; 41 S. 64). Aus diesem Gesichtspunkte ist angenommen worden: nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann, wenn der eine Theil die Erfüllung verweigert, zwar nicht in dem Schweigen des anderen Theils allein, aber in der langen Dauer des Schweigens das Einverständniß des Nichtsäumigen mit jener Weigerung und demgemäß ein Fallenlassen des abgelehnten Erfüllungsanspruchs gefunden werden (R.O.H. 9 S. 411; 14 S. 395; R.G. 32 S. 64; Bolze 8 Nr. 350; 12 Nr. 247). Das wird insbesondere gelten, wenn die Verhältnisse inzwischen ganz andere geworden sind, z. B. wenn der Käufer nach mehreren Jahren auf eine Kohlenlieferung zurückkommt, die der Verkäufer zu einer bestimmten Zeit verweigert

hatte (vergl. R.O.H. 23 S. 83), oder wenn das Objekt sich inzwischen gänzlich verändert hat (auf die zu liefernden Aktien sind inzwischen Einzahlungen, Rückzahlungen, Dividendenzahlungen, Reduktionen erfolgt, R.O.H. 20 S. 335).

Man darf freilich diesen Gesichtspunkt nicht überspannen. Darin allein insbesondere Anm. 130.
liegt keine Arglist, sondern die zulässige Wahrung kaufmännischer Interessen, daß der Käufer mit seinem Anspruch auf Lieferung hervortritt, wenn die Waare im Preise steigt (R.G. 36 S. 88; R.G. vom 30. November 1892 in J.W. 1893 S. 39).

E. Der Verzug nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Erfüllung.

Ist der säumige Kontrahent rechtskräftig verurtheilt, so wurde nach früherem Recht Anm. 131.
angenommen, daß der Nichtsäumige nunmehr definitiv an die solchergestalt getroffene Wahl gebunden ist und nun nicht mehr statt der Erfüllung Schadensersatz oder Rücktritt vom Vertrage wählen kann (R.G. 15 S. 69; R.O.H. 10 S. 244; 24 S. 327). Nur selbstständige Ansprüche bei fruchtloser Vollstreckung des Urtheils gab man dem Gläubiger (R.G. 36 S. 374). Nach neuem Recht gilt das nicht mehr. Vielmehr greifen die §§ 325 Abs. 2, 283 B.G.B. Platz. Danach hat der Gläubiger nach erfolgter rechtskräftiger Verurtheilung des Schuldners das Recht, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung zu bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Gläubiger, wenn nicht etwa die Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt wählen oder sich auf den Standpunkt des § 323 B.G.B. stellen, d. h. auf den Standpunkt, daß der Schuldner, der nicht leistet, den Anspruch auf die Gegenleistung verliert.

Bei theilweiser Nichtbewirkung der Leistung treten die oben Anm. 2 flg. erörterten Rechte Anm. 132.
für den Gläubiger ein. Außerdem aber das oben erwähnte Recht aus § 323 B.G.B., modifizirt dahin, daß der Schuldner, der seine Leistung theilweise nicht bewirkt, seines Anspruchs auf die Gegenleistung zwar nicht ganz verlustig geht, aber verhältnißmäßig, wie bei dem Minderungseinwande (vergl. zu § 377).

Eine Ausnahme macht auch hier der Fall, daß der Verkäufer die Sache bereits über- Anm. 133.
geben und den Kaufpreis gestundet hat. In diesem Falle findet das Rücktrittsrecht jedenfalls nicht statt (§ 454 B.G.B.).

F. Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten.

Stirbt der Käufer oder der Verkäufer, ehe er in Verzug gerathen ist, so kommt der Anm. 134.
Erbe während der Ausschlagungsfrist überhaupt nicht in Verzug und nach der Ausschlagungsfrist kann er nach §§ 2014 und 2015 B.G.B. die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft (jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus) und wenn er den Antrag auf Erlaß des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft stellt und der Antrag zugelassen wird, bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens verweigern. Solange diese Fristen dauern, kommt der Erbe nicht in Verzug (vergl. Planck Vorbemerk. V[1] vor § 2014 B.G.B.).

Einigermaßen abkürzen kann der Gläubiger diese Fristen dadurch, daß er gemäß Anm. 135.
§ 1961 B.G.B. für die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft einen Nachlaßpfleger bestellen läßt. Dieser vertritt den Erben als gesetzlicher Vertreter (§§ 1915, 1793 B.G.B.; Planck Anm. 1 zu § 2017 B.G.B.). Aber auch diesem stehen die ebengedachten aufschiebenden Einreden aus §§ 2014 und 2015 B.G.B. zu, nur daß die Fristen von seiner Bestellung an beginnen (§ 2017 B.G.B.).

Anm. 136. Auf diese Weise tritt durch den Tod des Käufers oder Verkäufers ein sehr schlimmer Schwebezustand ein, der bei Waaren, die Preisschwankungen unterliegen, besonders empfindlich ist. Der Verkäufer ist insofern noch besser gestellt, als der Käufer, als er, wenn gleichzeitig Annahmeverzug des Käufers vorliegt, die Waare nach § 373 verkaufen kann. Denn nur in Schuldnerverzug kann der Erbe zunächst nicht kommen, wohl aber in Gläubigerverzug (auch in diesen nicht, wenn ihm die Rücknahme der Leistung angesonnen wird gegen Bewirkung der eigenen Leistung, wie z. B. im Falle der Leistung Zug um Zug, § 298 B.G.B.). Die erforderlichen Benachrichtigungen ergehen in diesem Falle an den Nachlaßpfleger, wenn ein solcher bestellt ist, jedoch hat der Verkäufer nicht die Verpflichtung, einen solchen zu bestellen, nur damit die erforderlichen Benachrichtigungen an ihn ergehen können. Ist kein Pfleger bestellt und hat der Erbe noch nicht angenommen, so ist die Androhung und Benachrichtigung eben unthunlich.

Anm. 137. Der Käufer dagegen kann, wenn der Verkäufer gestorben ist, allenfalls den Kaufpreis hinterlegen. Aber zum Deckungskauf ist er zunächst nicht berechtigt, weil ein Schuldnerverzug nicht eintritt.

Anm. 138. Auch wenn der Erblasser im Verzuge war, tritt ein Schwebezustand ein, denn die Fristbestimmung des § 326 B.G.B. kann solange nicht erfolgen, als die Leistung verweigert werden kann, und ebenso treten die Rechte des § 326 im Falle des Abs. 2 nicht ein, solange die Leistung verweigert werden kann.

Anm. 139. Stehen dem Erben oder dem Nachlaßpfleger die aufschiebenden Einreden nicht mehr zu, so kann der nichtsäumige Theil nunmehr Erfüllung fordern. Wird ihm nicht volle Erfüllung angeboten, sondern mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses Erfüllung nach Kräften des Nachlasses, so kann er seinerseits die Rechte aus § 326 B.G.B. ausüben. Außerdem kann er wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses auch aus einem anderen Gesichtspunkte zurücktreten (wegen eingetretener Kreditunwürdigkeit, Anm. 29 im Exkurse vor § 373).

G. Verzug in der Erfüllung anderer Verpflichtungen, außer der Uebergabe der Waare und der Zahlung des Kaufpreises.

Anm. 140. Unter der Herrschaft des früheren Rechts wurde angenommen, daß, soweit der Käufer und der Verkäufer andere Verpflichtungen übernimmt neben der Uebergabe der Waare oder der Zahlung des Kaufpreises, hierauf nicht die Vorschriften der Art. 354—356 Anwendung finden, sondern die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der schuldhaften Verletzung von Vertragspflichten (also insbesondere Schadensersatz). Vergl. unsere 5. Aufl. § 34 zu Art. 355; R.G. 1 S. 56; 22 S. 112; Bolze 12 Nr. 461).

Anm. 141. Der Käufer kommt z. B. mit der Abnahme in Verzug oder der Verkäufer hat sich verpflichtet, die Waare an andere Kaufleute eines bestimmten Bezirks nicht zu liefern; oder eine Probe mit einer zu liefernden Maschine vorzunehmen; oder im Interesse des Kunden in einem Blatte zu annonciren. Oder der Käufer hat sich verpflichtet, von keinem anderen Lieferanten Waare zu beziehen oder dem Verkäufer vierteljährlich eine Bilanz seines Vermögens zu überreichen ꝛc.

Anm. 142. Kommt, das ist die Frage, in solchen Fällen ebenfalls § 326 B.G.B. zur Anwendung? Cosack (Bürgerliches Recht I § 130 VI) bejaht diese Frage, da er auf den Verzug in der Abnahme die Vorschrift des § 326 anwendet, und die gleiche Auffassung hatte der Verfasser des neuen H.G.B., als er im § 375 dem Verkäufer, wenn der Käufer mit der Spezifikation im Verzuge ist, die Rechte des § 326 B.G.B. wahlweise gab (vergl. Denkschrift S. 218).

Anm. 143. Wir müssen jedoch diese Frage verneinen. Wir sind der Auffassung, daß der § 326 B.G.B. lediglich auf den Fall zugeschnitten ist, daß der Schuldner mit derjenigen Leistung im Verzuge ist, welche das eigentliche Aequivalent, die eigentliche Gegenleistung für die Leistung des Nichtsäumigen ist. Nur diese eigentliche Gegenleistung steht mit der Leistung

des Nichtsäumigen in jenem synallagmatischen Verhältnisse, welches es rechtfertigt, daß der Verzug in der Erfüllung dem Nichtsäumigen das Recht giebt, vom ganzen Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen und die eigene Leistung dabei zu verweigern. Nur auf jene Hauptleistung, wie wir sie nennen möchten, paßt auch die Fassung des § 326, wonach der Nichtsäumige jene weitgehenden Rechte hat, wenn der eine Theil „mit der ihm obliegenden Leistung" im Verzuge ist. Es ist die dem Säumigen obliegende Leistung, die Leistung κατ' ἐξοχήν, deren Nichterfüllung dem Nichtsäumigen jene weitgehenden, den ganzen Vertrag erfassenden Rechte giebt. Nur auf die Hauptleistung, die das eigentliche Aequivalent für die Leistung des nichtsäumigen Theiles ist, paßt es, wenn der § 323 B.G.B. in dem Falle, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung ohne sein und des andern Theils Verschulden nicht zu leisten vermag, bestimmt, daß der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Das verträgt sich lediglich mit der Auffassung, daß die dem Schuldner obliegende Leistung die Hauptleistung ist. Ebenso ist im § 325 Abs. 2 B.G.B. bestimmt, daß, wenn der Schuldner nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Erfüllung trotz nunmehriger Fristbestimmung schuldhaft nicht erfüllt, er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. Die Nichterfüllung einer Nebenleistung kann nicht diese Folgen nach sich ziehen. Soll etwa der Käufer lediglich deshalb, weil er nicht rechtzeitig für genügende Lagerräume gesorgt hat und deshalb in Abnahmeverzug geräth, nach § 326 B.G.B. den Rücktritt vom Vertrage und nach § 325 Abs. 2 B.G.B. sogar den Verlust auf die Gegenleistung über sich ergehen lassen müssen, wenn er den Kaufpreis zu zahlen bereit ist oder gar schon bezahlt hat? Soll, wenn der Verkäufer die Maschine geliefert und nur verabsäumt hat, die versprochene erste Probe damit zu machen, der Käufer alle die weitgehenden Rechte des § 326 und § 325 Abs. 2 B.G.B. haben, die den ganzen Vertrag ergreifen und den Verkäufer sogar unter Umständen seines Anspruchs auf den Kaufpreis verlustig gehen lassen? Zu allen diesen Argumenten tritt noch hinzu, daß der § 326 B.G.B. ausgesprochener Maßen (vergl. die Kommissionsprotokolle bei Mugdan II S. 640) in den Art. 354—356 des alten H.G.B. sein Vorbild hat und im Anschluß an sie in das neue Gesetzbuch eingeführt ist. Jene Vorschriften des alten H.G.B. aber hatten, wie stets angenommen wurde, und wie dies allein den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und der Gerechtigkeit entspricht, zur Voraussetzung, daß die beiden Kontrahenten mit ihrer eigentlichen wirthschaftlichen und begrifflichen Gegenleistung, der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare, der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge sind. Man kann auch nicht etwa sagen, daß, wenn eine solche Nebenleistung nicht erfüllt wird, der im § 326 erörterte Fall der theilweisen Nichterfüllung vorliegt und daß daher die Folgen theilweiser Nichterfüllung in solchem Falle Platz greifen. Denn es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß die theilweise Erfüllung etwas ganz anderes bedeutet. Sie bedeutet nicht, daß von zwei heterogenen Verpflichtungen die eine erfüllt wird, sondern sie betrifft lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Theil erfüllt wird, also wenn der Verkäufer nicht die ganze Waare liefert, der Käufer nicht den ganzen Kaufpreis zahlt. Das geht insbesondere auch aus § 323 Abs. 1 B.G.B. hervor. Wenn sich hiernach bei theilweiser Erfüllung die Gegenleistung entsprechend dem ausbleibenden Theile mindern soll, und noch dazu nach den Regeln der Minderung beim mangelhaft erfüllten Kaufvertrage, so kann sich dies nur auf die quantitative Theilerfüllung beziehen. Wie sollte sich z. B., wenn der Käufer mit der Abnahme im Verzuge ist, der Kaufpreis entsprechend der Nichterfüllung dieser Verpflichtung mindern?

Ist daher der Verkäufer mit einer jener Nebenleistungen im Verzuge, wie wir sie oben Anm. 141 erwähnt haben, so greift der § 326 B.G.B. nicht Platz. Vielmehr finden auf die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen die allgemeinen Regeln vom Verzuge Anwendung, oder von der Unmöglichkeit der Erfüllung (§§ 286, 280 B.G.B.) und wenn der Schuldner eine Verpflichtung mangelhaft erfüllt, sodaß er nicht im Verzuge ist, und die nachträgliche Erfüllung möglich, durch die mangelhafte Erfüllung aber inzwischen ein Schaden erwachsen ist, so greift der allgemeine Grundsatz Platz, daß die Verletzung übernommener Anm. 144.

Verpflichtungen im Zweifel, d. h. wenn diese Folge nicht ausgeschlossen ist, zum Schadensersatz verpflichtet (vergl. Anm. 11 zu § 347).

Anm. 145. Insbesondere gilt dies von dem Falle, daß der Käufer mit der Abnahme im Verzuge ist. Zwar legt der § 433 B.G.B. dem Käufer die Verpflichtung zur Abnahme auf und zwar in einem Athemzuge mit der Verpflichtung zur Zahlung. Gleichwohl stehen von den hier maßgebenden Gesichtspunkten aus die Zahlungs- und die Abnahmepflicht des Käufers nicht gleich. Die Abnahmepflicht ist keineswegs, weder juristisch, noch wirthschaftlich das Aequivalent für die Lieferungspflicht des Verkäufers. Das Aequivalent für die Lieferung der Waare ist der Kaufpreis. Zur Abnahme ist der Käufer allerdings auch verpflichtet, damit der Verkäufer die Sorge um die Waare los werde, aber diese Befreiungspflicht ist nicht die Hauptverpflichtung, nicht das eigentliche Korrelat der Lieferungspflicht. Der § 326 B.G.B. greift daher auf den Abnahmeverzug nicht Platz. Vielmehr stehen in diesem Falle, da gleichzeitig Annahmeverzug, d. h. Gläubigerverzug vorliegt, dem Verkäufer die Rechte aus § 373 H.G.B. und aus den betreffenden Vorschriften des B.G.B. zu. Aber auf Grund des Schuldnerverzuges, der gleichzeitig in der verzögerten Abnahme liegt, kann der Gläubiger nicht die Rechte aus § 326 und im Falle der rechtskräftigen Verurtheilung zur Abnahme nicht die Rechte aus § 325 Abs. 2 B.G.G. geltend machen, sondern lediglich die Rechte aus §§ 286 und 280 B.G.B. d. h. der Verkäufer hat Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der ihm durch die verzögerte Abnahme erwächst, aber kein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Verweigerung der eigenen, noch ausstehenden Leistung, kein Recht zum Rücktritt vom Vertrage, und im Fall der rechtskräftigen Verurtheilung zur Abnahme, kein Recht, den Käufer des Anspruchs auf die Waare verlustig zu erklären. Dieses Ergebniß widerspricht, wie wir oben gesehen haben, der herrschenden Meinung, aber sie entspricht der Gerechtigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse.

Anm. 146. Das Gleiche gilt von sonstigen Nebenverpflichtungen, die der Verkäufer oder der Käufer übernimmt. Liefert der Verkäufer z. B. die Maschine und unterläßt er es, wie er versprochen, die erste Probe mit derselben zu veranlassen, so hat der Käufer kein Rücktrittsrecht, sondern lediglich den Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung und wenn die Probe kein Interesse mehr für den Käufer hat, weil er sie z. B. schon anderweit hat vornehmen lassen, nur den Anspruch auf Schadensersatz.

Anm. 147. Bei der Anwendung dieser Regeln muß jedoch darauf aufmerksam gemacht werden, daß sehr häufig derartige Verpflichtungen in so engem Zusammenhange mit der Hauptverpflichtung stehen, daß sie als eine Modalität der Hauptleistung sich darstellen, und die Hauptleistung nicht als bewirkt gilt, wenn die Nebenleistung nicht mit ihr verknüpft ist. So z. B. wenn Maschinen geliefert werden und der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer die Hantirung derselben zu zeigen, weil diese Geheimniß des Verkäufers ist. In diesem Falle greifen natürlich die Regeln des § 326 und § 325 Abs. 2 B.G.B. auch dann Platz, wenn die Nebenverpflichtung nicht erfüllt wird, denn es sind ja eben keine Nebenverpflichtungen.

Anm. 148. Ferner ist darauf aufmerksam zu machen, daß oft kein reiner Lieferungsvertrag vorliegt, sondern ein gemischtes Geschäft, sodaß mehrere Verpflichtungen als Hauptverpflichtungen zu betrachten sind. Das ist z. B. der Fall bei den sehr häufigen Verträgen, bei denen Jemand sich zur Lieferung verpflichtet, und dem Abnehmer zusichert, nur ihm allein in einem bestimmten Bezirke zu liefern. Diese negative Verpflichtung ist ebenso eine Hauptverpflichtung, wie die Lieferungsverpflichtung. Die Verletzung verpflichtet den verletzenden Theil zum Schadensersatz und der Schadensersatz wegen dieser Verletzung kann, wenn die Erfüllung des Vertrages in Folge jener Vertragsverletzung kein Interesse mehr für den Verletzten hat, den ganzen Vertrag ergreifen. Handelt es sich um Nichterfüllung von positiven Verpflichtungen solcher Art, so liegt Verzug in der Erfüllung einer Hauptverpflichtung vor und der § 326 B.G.B. findet Anwendung.

H. Der Fall des Verzuges im Konkurse.

Anm. 149. Hierüber siehe in dem Exkurse zu 382.

§ 375.[1])

Ist bei dem Kaufe einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen.

Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer die Bestimmung statt des Käufers vornehmen oder gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Im ersteren Falle hat der Verkäufer die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzutheilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen. Wird eine solche innerhalb der Frist von dem Käufer nicht vorgenommen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph giebt Sonderbestimmungen für den sogenannten Spezifikationskauf. Im früheren Recht fehlten solche Spezialbestimmungen. Der Mangel derselben machte sich aber sehr fühlbar, da die Spezifikationskäufe sehr häufig sind.

Die Bestimmungen des vorliegenden Paragraphen sind nicht erschöpfend, wie weiter unten dargestellt werden soll.

Anm. 1.

I. **Begriff und Arten des Spezifikationskaufs.** Zunächst ist nicht als Spezifikationskauf anzusehen der Fall, wo Jemand unter verschiedenen, wenn auch zahlreichen, Waarensorten die Wahlbefugniß hat. Dies ist vielmehr ein einfacher Alternativkauf (R.G. 35 S. 2). Sehr häufig erfolgen jedoch im Handelsverkehr Bestellungen derart, daß das Quantum der abzunehmenden Waare verabredet, hinsichtlich der Qualität aber eine zwar bestimmte Sorte vereinbart wird, doch so, daß der Käufer bestimmen kann, in welche Maßen oder in welchen Formen zu liefern ist (Eisen in bestimmten Dimensionen; Garn einer bestimmten Sorte in verschiedenen Nummern). Hinsichtlich der Preisbestimmung wird ein Grundpreis vereinbart und für die verschiedenen Arten der Formgebung Ueberpreise. Das sind Spezifikationskäufe. Solche Verträge sind perfekte Kaufverträge (R.O.H. 14 S. 41; 16 S. 204; R.G. 10 S. 97; 14 S. 243; 30 S. 101; R.G. 35 S. 2). Auf Grund unseres § 375 kann das nun nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Oft komplizirt sich der Fall dahin, daß das abzunehmende Quantum unter Verschiedenheit der Grundpreise nicht aus einer Waarensorte zu leisten ist, sondern unter beliebiger Theilung aus mehreren Sorten gewählt werden darf. Auch dies ist ein perfekter Kaufvertrag (R.O.H. 18 S. 48; R.G. 30 S. 100). Sind nun aber auch die beiden Reichsgerichte darin einig, daß in diesen Fällen perfekte Kaufverträge zu erblicken sind, so bestehen doch hinsichtlich der juristischen Konstruktion Verschiedenheiten. Im einfachen Spezifikationskauf erblickt das R.O.H. (16 S. 205; vergl. R.G. 10 S. 97) einen Kauf mit der Nebenabrede, daß der Verkäufer zu einer gewissen in das Belieben des Käufers gestellten Formgebung sich verpflichtet; in dem komplizirten Spezifikationskauf erblickt das R.O.H. (18 S. 48) eine Mehrheit von Käufen, bei welcher sich durch die Erklärung des Käufers entscheiden soll, welcher Kaufvertrag mit bestimmter Waare und bestimmtem Preise zur Geltung kommt. Das Reichsgericht (30 S. 102) verwirft diese Konstruktion und erblickt in jedem Spezifikationskauf einen einheitlichen Vertrag, indem es darauf hinweist, daß man auch bei einem Kaufvertrag mit alternativer Leistungspflicht an der Einheitlichkeit des Vertrags nicht gezweifelt habe; daß die umfänglichere Wirkung der Wahlentscheidung im vorliegenden Falle ein abweichendes Ergebniß nicht bedinge; und daß es endlich nicht geboten sei, zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die

---

[1]) Literatur für das frühere Recht: Oertmann, der Kauf mit Spezifikation im Archiv für civilistische Praxis Bd. 85 S. 202.

Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft; daß vielmehr beide Arten von Bestimmungen Merkmale feststellten, welche die Waare haben solle (so auch Oertmann a. a. O. S. 215).

Anm. 2. II. **Voraussetzung des vorliegenden Paragraphen ist, daß der Käufer mit der Spezifikation im Verzuge ist.** Das ist eine Art des Abnahmeverzuges (vergl. unten Anm. 12). Der Käufer, der nicht spezifiziren will, verzögert und verhindert schon in diesem Vorstadium die ihm obliegende Abnahme bezw. Annahme der auf Grund einer Spezifikation fertig zu stellenden Waare. Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug. Denn im Annahmeverzug befindet sich der Käufer, wenn er die ihm als Lieferungsgläubiger geschuldete Waare nicht annimmt. Zu diesem Gläubigerverzuge gehört aber, wie überhaupt zum Gläubigerverzug, nicht schuldhaftes Verhalten. Der Käufer hat nun aber außerdem auch als Schuldner die Verpflichtung, die Waare abzunehmen. Abnehmen und Annehmen sind derselbe Rechtsakt. Aber zum Abnahmeverzug gehört, wie immer zum Schuldnerverzuge, schuldhaftes Verhalten. Mithin liegt Abnahmeverzug vor, wenn der Käufer sich im schuldhaften Annahmeverzuge befindet.

Anm. 3. Es müssen also zunächst die Voraussetzungen des Annahmeverzuges des Gläubigers vorliegen: d. h. es muß der Verkäufer bereit und im Stande sein, die Waare nach erfolgter Spezifikation zu liefern. Im Einzelnen vergl. hierüber Anm. 8 ffg. zu § 373, wo das Nähere auseinandergesetzt ist, wie der Verkäufer seine Bereitschaft dem Käufer gegenüber darzuthun hat — Realoblation, Verbaloblation, unter Umständen auch ohne jegliches Angebot —, und wann der Verkäufer, besonders wenn er die Waare nicht in seinem unmittelbaren Besitz hat, im Stande ist, die Waare zu liefern. — Bei den Erfordernissen der Bereitschaft ist hervorzuheben, daß die Spezifikation eine Handlung des Käufers ist, welche unter Mitwirkung der Leistung des Verkäufers erforderlich ist, weshalb insbesondere die §§ 295 und 296 B.G.B. Platz greifen (siehe besonders Anm. 8 zu § 373).

Anm. 4. Es muß aber ferner schuldhaftes Unterlassen der Spezifikation vorliegen. Die Spezifikation muß unterbleiben auf Grund von Umständen, die der Käufer zu vertreten hat.

III. **Die Rechte des Verkäufers beim Spezifikationsverzuge des Käufers.**

Anm. 5. 1. **Der Verkäufer hat selbstverständlich das Recht, auf Vornahme der Spezifikation zu klagen.** Der Käufer ist nach Abs. 1 unseres Paragraphen verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen, und diese Pflicht kann natürlich auch eingeklagt werden (vergl. nach früherem Recht R.G. 26 S. 213). Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 887 C.P.O. (die Handlung kann auch durch einen Dritten vorgenommen werden), anscheinend anders R.G. 29 S. 19, welches § 888 C.P.O. anwenden will. Daß aber die Handlung eine solche ist, die auch durch einen Dritten vorgenommen werden kann, dafür ist der beste Beweis der Abs. 2 unseres Paragraphen, da dieser ja dem Verkäufer unter Umständen das Recht giebt, die Spezifikation selbst vorzunehmen. Die Rechte aus § 325 Abs. 2 B.G.B. stehen dem Verkäufer nach rechtskräftiger Verurtheilung des Käufers zur Spezifikation nicht zu. Denn nach unserer Anschauung stehen dem Gläubiger diese Rechte nur dann zu, wenn der Schuldner mit der ihm obliegenden Hauptleistung im Verzuge ist (vergl. unten Anm. 143). Daran kann auch der Umstand nichts ändern, daß unser § 375 Abs. 2 dem Verkäufer die Rechte aus § 326 giebt, dadurch wird § 325 Abs. 2 nicht anwendbar; der irrthümliche Grund, aus welchem § 326 für anwendbar erklärt ist, ist nicht Gesetz geworden. Wohl aber hat der Verkäufer in diesem Falle die Rechte aus § 326 B.G.B., wie überhaupt die Rechte aus § 375 Abs. 2 H.G.B., weil die Anwendung dieses Paragraphen durch die rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners nicht ausgeschlossen wird (vergl. unten Anm. 17).

Zu diesem Recht auf Erfüllung der Spezifikationspflicht tritt wiederum als selbstverständlich hinzu das Recht auf Schadensersatz wegen verspäteter Spezifikation. Dieses Recht ergiebt sich aus § 286 B.G.B.

Anm. 6. 2. **Der Verkäufer hat das Recht, die Spezifikation selbst vorzunehmen.** Dieses Recht giebt ihm Abs. 2 unseres Paragraphen. Die von ihm vorgenommene Spezifikation wird aber erst dann maßgebend, wenn der Verkäufer dem Käufer die von ihm vorgenommene

Spezifikation mitgetheilt und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweiten Spezifikation gesetzt hat.

a) Näheres über diese Fristsetzung siehe Anm. 69 flg. im Exkurse zu § 374, wo im Einzelnen auseinandergesetzt ist, in welcher Form die Frist zu setzen ist — auch im Prozesse? —, an wen und durch wen sie zu erfolgen hat (im Urtheil kann sie nicht erfolgen, § 255 C.P.O. greift hier nicht Platz), was unter angemessener Frist zu verstehen ist, welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Frist zu kurz gestellt ist, ob sie auch vor Eintritt des Verzuges gesetzt werden kann, wann sie nach Eintritt des Verzuges erfolgen kann u. s. w. Anm. 7.

b) Die Frist muß auch dann gesetzt werden, wenn der Käufer sich vorher bestimmt geweigert hat, zu spezifiziren (vergl. Anm. 75 im Exkurse zu § 374). Noch weniger kann auch hier von der Fristbestimmung abgesehen und ein bloßes Abwarten einer angemessenen Frist für genügend erachtet werden (vergl. Anm. 74 im Exkurse zu § 374) und endlich läuft auch hier die Nachfrist nicht von selbst, wenn der Verkäufer sich weigert, eine solche zu setzen (vergl. Anm. 73 im Exkurse zu § 374). Die Ausnahme des § 326 Abs. 2 B.G.B., daß die Fristbestimmung als entbehrlich fortfällt, wenn der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat, kann hier natürlich nicht Platz greifen. Denn die Ausübung des hier fraglichen Rechts der eigenen Spezifikationsvornahme setzt voraus, daß der Verkäufer an der Erfüllung des Vertrages ein Interesse noch hat. Anm. 8.

c) Ueber die Zeit, wann das Recht der Spezifikationsvornahme ausgeübt werden kann, ob vor dem Eintritt des Verzuges und wann nach dem Eintritt, gilt Analoges wie in Anm. 85 im Exkurse zu § 374. Anm. 9.

d) Das Recht ist endgiltig ausgeübt, wenn die mit der Mittheilung der Spezifikation und der Aufforderung zur anderweiten Spezifikation gesetzte Frist fruchtlos abläuft. Bis dahin kann der Käufer die Spezifikation noch vornehmen, aber nicht nachträglich. Wenn das Reichsgericht früher angenommen hat (R.G. 37 S. 30), daß der Käufer noch spezifiziren könne, solange noch res integra sei, d. h. solange der Verkäufer die Erfüllung nicht in Gemäßheit seiner Specifikation vorzubereiten begonnen hat, so kann das für das neue Recht nicht mehr gelten. Denn die Bestimmung des § 375 Abs. 2 Satz 3 sagt das Gegentheil, obgleich jenes Urtheil und seine Ergebnisse bei der Fassung dieser Vorschrift in Erwägung gezogen worden sind. Eine nachträgliche purgatio morae durch nachträgliche Spezifikation des Käufers ist also nicht mehr zulässig: die Bestimmung des Verkäufers wird vielmehr nach Ablauf der Frist allein maßgebend. Anm. 10.

e) Die Folge der Ausübung des Rechts ist, daß die vom Verkäufer vorgenommene Spezifikation maßgebend ist. Sie ist maßgebend für beide Theile. Der Käufer muß diese Waare abnehmen und bezahlen, der Verkäufer muß diese Waare liefern. Thut der Käufer ersteres nicht, so kommt er in Abnahme- und Zahlungsverzug und daraus ergeben sich die im Exkurse zu § 374 ausführlich erörterten Folgen des Zahlungs- und Abnahmeverzuges. Thut der Verkäufer das letztere nicht, so kommt er in Lieferungsverzug und muß die im Exkurse zu § 374 behandelten Folgen des Lieferungsverzuges über sich ergehen lassen. Anm. 11.

3. **Der Verkäufer kann drittens gemäß § 326 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten.** Die Denkschrift S. 218 geht davon aus, daß er diese Rechte schon auf Grund des § 326 B.G.B. habe und daß unser Paragraph sie ihm nicht nehme. Nach unserer hiervon abweichenden Ansicht (vergl. Anm. 143 im Exkurse zu § 374) griffe auf den Verzug in der Spezifikation der § 326 B.G.B. mit seinen den ganzen Rechtsbestand des Vertrages ergreifenden Rechtsfolgen an sich nicht Platz. Denn auch die Spezifikationspflicht des Käufers ist nicht diejenige Leistung, welche das eigentliche Aequivalent für die Waare bildet. Die Spezifikationspflicht ist vielmehr eine Art der Abnahmepflicht, der Spezifikationsverzug eine Art des Abnahmeverzuges (vergl. R.G. 10 S. 99; Anm. 12.

43 S. 103). Der § 326 B.G.B. bezieht sich aber nach unserer Anschauung nur auf den Verzug in derjenigen Verpflichtung, die die eigentliche Hauptleistung, das eigentliche Korrelat der dem Gläubiger obliegenden Gegenleistung darstellt. Unser Paragraph beläßt also dem Verkäufer nicht die ihm ohnedies zustehenden Rechte aus § 326 B.G.B., sondern er giebt sie ihm. Für die Anwendung der Vorschrift ist es natürlich gleichgiltig, ob unser Paragraph dem Verkäufer die Rechte giebt oder sie ihm beläßt.

Anm. 13. Der Verkäufer kann hiernach gemäß § 326 B.G.B., d. h. unter den Voraussetzungen und unter Beobachtung der Vorschriften des § 326 B.G.B. die Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt ausüben. Er hat also das Recht, dem mit der Spezifikation in Verzug gerathenen Käufer eine angemessene Frist zur Spezifikation zu bestimmen mit der Erklärung, daß er die nach Ablauf der Frist erfolgende Spezifikation zurückweisen werde.

Anm. 14. Das Nähere über die Ausführung dieses Rechts (über die Form der Fristbestimmung, über den Begriff der Angemessenheit, an wen und durch wen sie zu erfolgen hat, ob sie auch vor dem Eintritt des Verzuges gestellt werden kann, über die Ausnahme, wenn die nachträgliche Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, ob weitere Ausnahmen anzunehmen sind, z. B. wenn der Käufer sich vorher bestimmt geweigert hat, zu spezifiziren, über die Möglichkeit der Heilung des Verzuges, über die Folgen der Ausübung des Wahlrechts siehe Anm. 69 ffg. im Exkurse zu § 374; desgleichen über die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und über die Form des Rücktritts Anm. 20 ffg. im Exkurse zu § 374, über die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung aber auch noch unten Anm. 23.

Anm. 15. 4. **Der Verkäufer hat noch ein weiteres Recht, nämlich das Recht auf Zahlung des Mindestpreises zu klagen.** Das R.G. (30 S. 103) hatte dies in dem Falle angenommen, daß der Käufer zur Vornahme der Spezifikation verpflichtet ist, indem es erwog, daß der Verkäufer im Falle des Spezifikationsverkaufs jedenfalls eine feste Forderung auf den Mindestpreis habe, den der Verkäufer geltend machen könne, wenn der Käufer mit der Spezifikation in Verzug geräth, weil der Käufer damit in der Annahme in Verzug gerathe, in diesem Falle aber die Verbaloblation genüge, um den Kaufpreis fällig zu machen (vergl. auch R.G. 43 S. 104). Alle diese Erwägungen treffen auch für das neue Recht zu: Die Weigerung der Spezifikation ist eine Art des Annahmeverzuges (vergl. oben Anm. 2 u. 3 u. unten Anm. 16), der Verkäufer braucht, wenn der Käufer die Spezifikation ablehnt, auch nach den Vorschriften des B.G.B. nur noch wörtlich anzubieten (§ 295 B.G.B., vergl. auch R.G. 43 S. 104, welches Erkenntniß, obwohl unter dem früheren Recht ergangen, bereits die neue Vorschrift citirt); wenn aber der Käufer als Gläubiger der Waare mit der Annahme derselben in Verzug geräth, so begründet dies die Fälligkeit der Kaufpreisforderung (vergl. Anm. 5 im Exkurse zu § 374). Allerdings kann, wenn die Zahlung nur gegen Lieferung der Waare zu leisten ist, trotz dieses Annahmeverzuges nicht wie früher — vergl. R.G. 30 S. 104 — auf glatte Zahlung geklagt werden, sondern nur auf Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Waare. Doch ist dies, wie wir im Exkurse zu § 374 Anm. 5 auseinandergesetzt haben, eine bloße Form, da die Zwangsvollstreckung trotz dieser Tenorirung ohne Anbietung der Waare erfolgen kann, wenn der Käufer, und sei es auch vor dem Urtheil, in Verzug gerathen ist. Die Form aber wird dadurch erfüllt, daß der Käufer verurtheilt wird zur Zahlung Zug um Zug gegen Lieferung von Waaren, welche der Beklagte durch Vertrag vom 15. Dezember 1900 vom Verkäufer mit der vorbehaltenen Bestimmung der Maaße und Formen gekauft hat und welche jenen Vertragspreis erreichen.

Anm. 16. 5. **Der Verkäufer hat aber endlich noch ein weiteres Recht im Falle des Spezifikationsverzuges: er kann den Selbsthilfeverkauf nach § 373 H.G.B. vornehmen.** Der Käufer geräth, wenn er die Spezifikation verzögert, nicht bloß in Schuldnerverzug, sondern auch, da er außerdem Gläubiger der Waare ist, in Annahmeverzug (vergl. R.G. 30 S. 108; 43 S. 104). Der Verkäufer kann daher gegen ihn diejenigen Rechte geltend machen, welche ihm im Falle des Annahmeverzuges des Käufers zustehen. D. h. er kann im vor-

liegenden Falle die Waare in den Formen des § 373 verkaufen lassen mit der Spezifikationsbefugniß für den, der bei diesem Selbsthilfeverkauf Käufer ist. Das ist früher angenommen worden (R.G. 37 S. 28; 43 S. 104), und es liegt kein Anlaß vor, dies nicht auch jetzt anzunehmen (vergl. Denkschrift S. 219).

Ueber die näheren Voraussetzungen und über die Ausübung des Selbsthilfeverkaufs siehe zu § 373.

IV. **Das Verhältniß der verschiedenen Rechte zu einander.** Anm. 17.

1. Macht der Verkäufer das Recht zu 1 (Klage auf Spezifikation) geltend, so kann er jederzeit davon wieder abgehen. Selbst nach rechtskräftiger Verurtheilung kann er die übrigen Rechte noch geltend machen. Denn das neue Recht giebt durch mehrfache Bestimmungen (vergl. insbesondere §§ 326, 283 B.G.B., § 255 C.P.O.) zu erkennen, daß die Geltendmachung des Hauptrechts auf Erfüllung den Gläubiger nicht beschränkt in der Ausübung der Surrogatrechte für den Fall des Verzuges des Schuldners, selbst dann, wenn die Geltendmachung im Wege des Prozesses erfolgt ist und selbst ein rechtskräftiges Urtheil schon ergangen ist.

   Ueber die rechtskräftige Verurtheilung zur Spezifikation, insbesondere darüber, daß Anm. 18. in diesem Falle der Verkäufer nicht die Rechte aus § 325 Abs. 2 B.G.B. geltend machen kann, wohl aber die Rechte aus § 375 Abs. 2 H.G.B. siehe oben Anm. 5.

2. Macht der Veräufer aber von dem Rechte zu 2 Gebrauch, d. h. hat er Anm. 19. definitiv das Selbstbestimmungsrecht nach Abs. 2 unseres Paragraphen ausgeübt, so kann er nun nicht mehr wegen Verzuges in der Spezifikation andere Rechte geltend machen. Das liegt in den Worten unseres Abs. 2: die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung ist maßgebend. Die Spezifikation ist also vorgenommen, gleich als wenn der Schuldner sie vorgenommen hätte. Der Schuldner ist also nicht mehr verpflichtet, zu spezifiziren und kann daher in dieser Hinsicht nicht mehr in Verzug gerathen. Aber auch schon dadurch, daß der Verkäufer die von ihm selbst vorgenommene Spezifikation mittheilt, übt er sein Wahlrecht, wenigstens eventuell, definitiv aus (vergl. auch die Denkschrift S. 218, welche wohl dahin zu verstehen ist). Er kann daher nicht mehr während des Laufs der Frist die Fristbestimmung zurückziehen und erklären, daß er auf Grund des bereits eingetretenen Spezifikationsverzuges den Selbsthilfeverkauf vornehmen werde. Auf die ihm gestellte Frist hat der Käufer vielmehr ein Recht, und wenn der Verkäufer die ihm innerhalb der gestellten Frist angebotene Spezifikation zurückweisen würde, würde er in Lieferungsverzug gerathen.

3. Macht der Verkäufer von dem Rechte zu 3 Gebrauch, d. h. setzt er dem Anm. 20. Käufer eine Frist zur Spezifikation mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Spezifikation zurückweisen würde, so ist er auch an diese Wahl gebunden. Er kann, nachdem er diese Erklärung abgegeben hat, nicht mehr erklären, daß er sich anders besonnen und vorgezogen habe, die Spezifikation selbst vorzunehmen. Vielmehr hat er auf dieses Recht durch jene Erklärung verzichtet (Denkschrift S. 218). Auch das Recht, die Waare mit Spezifikationsbefugniß im Wege der Selbsthilfe zu verkaufen, hat der Verkäufer während des Laufs der von ihm gestellten Frist nicht. Auf den Lauf der gestellten Frist hat vielmehr der Käufer ein Recht und der Verkäufer würde in Lieferungsverzug gerathen, sollte er die ihm vom Käufer vor Ablauf der Frist angebotene Spezifikation zurückweisen.

   Ist die Frist verstrichen, so hat der Verkäufer nunmehr das Recht der engeren Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, wenn er nicht etwa diese engere Wahl schon bei der Fristbestimmung selbst getroffen hat.

4. Hat der Verkäufer von dem Rechte zu 4 auf Zahlung des Mindest- Anm. 21. preises Gebrauch gemacht, so stehen ihm die Rechte zu 1, 2 und 3 gleichwohl noch zu, da, wie oben Anm. 17 auseinandergesetzt, die Geltendmachung des Rechts auf Erfüllung den Surrogatrechten wegen des Erfüllungsverzuges nicht präjudizirt.

Anm. 22. 5. Hat der Verkäufer von dem Rechte zu 5, dem Selbsthilfeverkaufsrechte, Gebrauch gemacht, so kann er natürlich die Rechte zu 1—4 nicht mehr geltend machen. Vielmehr kann er nur noch das Recht auf Zahlung des Mindererlöses und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder Nichterfüllung geltend machen.

Anm. 23. **Zusatz. Auf ganz anderem Gebiete liegt der Fall, daß der Käufer im Zahlungsverzuge ist.** Liegt gleichzeitig Spezifikationsverzug vor, so kann der Verkäufer alle Rechte geltend machen, welche ihm nach dem oben Gesagten zustehen. Wenn aber nur Zahlungsverzug vorliegt, die Waare aber noch nicht spezifizirt ist, so z. B. wenn der Kaufpreis im Voraus zu zahlen st, so kann der Verkäufer die Rechte aus § 326 B.G.B. schon wegen des Zahlungsverzuges geltend machen.

Das Nähere hierüber ist für diesen Fall im Exkurse zu § 374 auseinandergesetzt. Nur wegen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist hier eine Bemerkung zu machen. Der Verkäufer darf nach unserer Ansicht seiner Schadensberechnung einen offiziellen Verkauf nach § 373 zu Grunde legen, aber er kann auch den Schadensersatz anders berechnen. Er kann z. B. darlegen, welchen Preis er an einem anderweiten privaten Verkauf der billigsten Sorte der zu spezifizirenden Waare erzielt hat, und kann den Unterschied zwischen diesem Preise und dem Vertragspreise als konkreten Schadensersatz fordern. Die Vornahme einer selbstständigen Spezifikation liegt darin nicht; er verlangt ja nicht Abnahme der solcher Gestalt spezifizirten Waare vom Käufer, er hat auch nicht für den Käufer spezifizirt, er hat nur, da der Käufer sie nicht bezahlt hat und er in Folge dessen seine eigene Leistung an diesen nicht mehr zu bewirken braucht, seiner Befugniß gemäß die Waare anderweit ordnungsmäßig verwerthet und weist nach, daß er dabei Schaden gehabt hat. Er kann aber endlich seinen Schadensersatz auch in analoger Weise abstrakt berechnen, d. h. durch die Darlegung, daß, wenn der Käufer den Vertrag erfüllt hätte, er mindestens den Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise zur Zeit der geschuldeten Zahlung erzielt hätte.

§ 376.

Ist bedungen, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Theil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Vertrage zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.

Wird Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und hat die Waare einen Börsen- oder Marktpreis, so kann der Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- oder Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung gefordert werden.

Das Ergebniß eines anderweit vorgenommenen Verkaufs oder Kaufes kann, falls die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur zu Grunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablaufe der bedungenen Leistungszeit oder Leistungsfrist bewirkt ist. Der Verkauf oder Kauf muß, wenn er nicht in öffentlicher Versteigerung geschieht, durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise erfolgen.

Auf den Verkauf mittelst öffentlicher Versteigerung findet die Vorschrift des § 373 Abs. 4 Anwendung. Von dem Verkauf oder Kaufe hat der Gläubiger den Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Der vorliegende Paragraph bestimmt die Besonderheiten für die sogenannten Fixgeschäfte, richtiger Fixhandelskäufe.

I. Allgemeines über die Fixgeschäfte. Anm. 1

1. Begriff und Wesen der Fixgeschäfte oder vielmehr Fixhandelskäufe.

Der Fixhandelskauf ist eine Abart des Fixgeschäfts, von welchem § 361 B.G.B.[1]) handelt. Der Fixhandelskauf (von jeher als Fixgeschäft par excellence bezeichnet) liegt dann vor, wenn ein Handelskauf geschlossen ist (vergl. über diesen Anm. 2—6 im Exkurse vor § 373) und bei diesem Kaufgeschäfte die Leistung des einen Theils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll.

a) Die Leistung des einen Theils muß fix versprochen sein. Ein Fixhandelskauf liegt also sowohl dann vor, wenn die Lieferung, als auch dann, wenn die Zahlung fix versprochen ist. Darin liegt eine Abweichung vom früheren H.G.B., nach dessen Art. 357 nur in ersterem Falle, wenn die Lieferung fest versprochen war, ein Fixhandelskauf vorlag. Meist kommen übrigens die fixen Handelskäufe in der Form vor, daß die beiden Leistungen fix vereinbart sind und beide an demselben Stichtage Zug um Zug zu bewirken sind. Genau genommen hatte schon Art. 357 den Fall, daß der Käufer Zug um Zug gegen die fix zu liefernde Waare den Kaufpreis fix zu zahlen hat, mit geregelt (vergl. unsere 5. Aufl. § 8 zu Art. 357). Anm. 2.

b) Die Leistung muß fix vereinbart sein. Das bedeutet einmal, daß sie terminirt sein muß. Es muß ein Zeitgeschäft sein. Soll die Lieferung sofort beim oder gleich nach dem Vertrage erfolgen, so liegt kein Fixkauf vor (R.O.H. 20 S. 236). Ferner muß die Leistung zu einer bestimmten Zeit geschuldet werden, das Gesetz sagt sogar: zu einer genau bestimmten Zeit. Solange die Fristbestimmung noch einen nach den Umständen zu bemessenden Spielraum übrig läßt, kann von einem Fixgeschäfte keine Rede sein, bei diesem muß vielmehr der Endpunkt ein von vornherein ganz genau bestimmter, jedes weitere Ermessen ausschließender sein (Beispiele unten Anm. 6). Leistung auf Kündigung kann als Fixgeschäft vereinbart sein; alsdann bestimmt die erste Kündigung den Stichtag (R.O.H. 7 S. 145). Anm. 3.

Aber damit ist der Fixcharakter noch keineswegs erschöpft. Nicht jedes Geschäft mit bestimmter oder, wie das Gesetz sagt, mit genau bestimmter Lieferungszeit oder Zahlungszeit ist ein Fixkauf. Vielmehr muß hinzukommen, daß nach der ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Abrede die Erfüllungszeit ein derart wesentlicher Bestandtheil des Geschäfts sein soll, daß mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden soll; aus den gebrauchten Worten (fix, genau, präzise) oder der Beifügung der kassatorischen Klausel oder aus den Umständen muß hervorgehen, daß beide Parteien dies als Theil des Vertragsinhalts gewollt, die Zeitbestimmung in diesem prägnanten Sinne aufgefaßt haben (R.O.H. 2 S. 93; 3 S. 275; 11 S. 432; 13 S. 168; 16 S. 292; R.G. 1 S. 241; 36 S. 84; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 380; 1256; 1287; O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 221). Anm. 4.

---

[1]) § 361 B.G.B. lautet:
Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Theil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt.

Anm. 5. 2. **In welcher Weise wird der Fixcharakter vereinbart? Auch durch konkludente Handlungen?** Die Vereinbarung des Fixcharakters kann nach dem in Anm. 4 Gesagten ausdrücklich oder stillschweigend geschehen.

Anm. 6. 3. **Beispiele.** Durch welche Worte beispielsweise die ausdrückliche Vereinbarung gewöhnlich erfolgt, ist ebenfalls in Anm. 4 gesagt. Ueber geeignete Umstände, die auf eine solche Vertragsintention hindeuten, läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Das R.O.H. (9 S. 409) hat hervorgehoben, daß der Umstand allein, daß die Waare Preisschwankungen ausgesetzt ist, nicht ausreicht, und das R.G. (36 S. 85) hat sich dem angeschlossen, und an einer anderen Stelle (R.O.H. 7 S. 260) sagt das R.O.H., daß auch das Hinzutreten des Umstandes, daß die Waare zur Anfertigung von Modeartikeln bestimmt ist, nicht genügt, wie überhaupt nach der Ansicht des R.O.H. (13 S. 169) es zum Vorhandensein eines Fixgeschäfts nicht ausreicht, daß ein Theil oder beide Theile an der rechtzeitigen Erfüllung ein erhebliches Interesse haben. So z. B. genügt nicht der Umstand, daß die Lieferung für den regelmäßigen Bedarf eines Kohlenhändlers bestimmt ist (R.O.H. 11 S. 237) oder zur Speisung eines Hochofens (R.O.H. 13 S. 435). Andererseits ist in R.O.H. 8 S. 236 und 16 S. 292 erkannt, daß, wenn die Waare erfahrungsmäßig erheblichen Preisschwankungen unterliegt, insbesondere einen Gegenstand der Börsenspekulation bildet und das Geschäft erkennbar mit Rücksicht auf den durch die Preisschwankungen zu erzielenden Gewinn und im Börsenhandel abgeschlossen, ist, ein Fixgeschäft vorliegt; ebenso (R.O.H. bei Puchelt Anm. 4 g), wenn ein solches Geschäft nicht an der Börse, aber zwischen zwei Kaufleuten unter Angabe eines bestimmten Stichtages geschlossen ist. Aus dieser Rechtsprechung ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz zu entnehmen, daß der Schluß aus Umständen auf die stillschweigende Vereinbarung des Fixcharakters, der ja eine sehr erhebliche Singularität darstellt, nur ausnahmsweise gestattet sein wird, jedenfalls nur dann, wenn die Umstände unzweifelhaft und zwingend dafür sprechen (R.O.H. 6 S. 19; R.G. 36 S. 85). Die thatsächliche Feststellung im Einzelfall ist mit der Revision nicht anfechtbar, es sei denn, daß ein Rechtsirrthum über das Wesen und die Erfordernisse eines Fixgeschäfts unterlaufen ist (R.O.H. 6 S. 398). Eine bestimmte Erfüllungszeit ohne weiteren Zusatz ist in der Regel keine fixe Zeitbestimmung (R.O.H. 5 S. 172); keine fixe Zeitbestimmung liegt ferner vor, wenn „sofort" zu erfüllen ist, denn hier fehlt eben das Erforderniß des Gesetzes: genau zu einer festbestimmten Zeit (R.O.H. 20 S. 236); aus demselben Grunde bei der Bestimmung: binnen kürzester Frist (R.O.H. 3 S. 288); oder „umgehend" oder „schleunigst" oder „so schnell als möglich"; oder „promptmöglichst" (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1268 und 1605); oder „sogleich" (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 546); desgleichen: im Monat März (R.O.H. 7 S. 369); per 4 Wochen (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1466); desgleichen successive von Woche zu Woche (R.O.H. 3 S. 273); täglich (R.O.H. 13 S. 435); in nächster Woche (R.O.H. 9 S. 83); bei erster offener Schifffahrt (R.O.H. 11 S. 432); bis ultimo Juni oder spätestens bis Ende Juni (R.O.H. 6 S. 22; 227; 261); April, Mai, Juni zu liefern (R.O.H. 7 S. 260); Lieferungstermin November (Bolze 11 Nr. 408); in einem Falle war stipulirt, es müsse binnen 5, höchstens 6 Wochen geliefert werden, da der Käufer später keine Verwendung dafür habe; es lag dennoch kein Fixgeschäft vor, weil die Zeitbestimmung nicht genau fixirt war; vielmehr lag ein gewöhnlicher Kauf vor, bei welchem nur die Gewährung einer Nachfrist nicht erforderlich war (R.O.H. 5 S. 437); in einem anderen Falle war ausgemacht, daß innerhalb der Saison, die notorisch Ende April zu Ende war, zu liefern ist; es lag aus gleichem Grunde dennoch kein Fixgeschäft, sondern ein gewöhnlicher Kauf ohne Nachfristgewährung vor (Bolze 10 Nr. 466). „Im Herbst" ist natürlich kein fixer Termin (irrig O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 284).

Anm. 7. 4. **Die Beweislast,** daß ein Fixgeschäft vorliegt, hat Derjenige, der aus den Besonderheiten des Fixgeschäfts Rechte herleitet (R.G. 36 S. 85; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 520). Dagegen braucht derselbe nicht besonders darzuthun, welches Interesse er an der Einhaltung der Frist hat (R.O.H. 5 S. 261).

II. Die besonderen Rechtsfolgen des Fixhandelskaufs. Anm. 8.

Kurz zusammengefaßt bestehen die besonderen Rechtsfolgen des Fixhandelskaufs darin, daß der nichtsäumige Theil zwar dieselben Rechte hat, wie beim Nichtfixgeschäft, aber unter wesentlich veränderten Voraussetzungen. Insbesondere hört durch die Nichterfüllung am Stichtage das Recht des Gläubigers auf Erfüllung auf, das primäre Vertragsrecht zu sein. Dadurch entsteht eine totale Umgestaltung des ganzen Geschäfts (vergl. besonders unten Anm. 18 u. 19). Die thatsächliche Entwickelung, welche die Fixhandelskäufe im Falle der Nichterfüllung am Stichtage nehmen, ist die, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, „die Differenz" verlangt wird. Auf Erfüllung wird regelmäßig nicht bestanden, weil es ja das Naturgemäße an solchen Geschäften ist, daß nur die Erfüllung am Stichtage von Interesse für den Gläubiger ist, auf Erfüllung gerade am Stichtage wird gerechnet; zur Geltendmachung des bloßen Rücktrittsrechts aber hat der nichtsäumige Theil meist keine Veranlassung. Denn säumig ist der Schuldner wohl nur dann, wenn die allgemeine Lage des Marktes für ihn günstiger ist, als die Rechtslage nach dem Vertrage. Ist jene ungünstiger, so liegt ihm natürlich daran, die günstigeren Bedingungen des Vertrages auszunutzen, und zu einem Verzuge kommt es in solchen Fällen meist nicht. Ist die Marktlage aber dem Schuldner günstiger, der Vertrag also ihm ungünstiger, so hat der Gläubiger ein Interesse daran, daß der Vertrag zu den dem Schuldner ungünstigeren, dem Gläubiger günstigeren Bedingungen ausgeführt wird, und wenn dies nicht geschieht, so entsteht eben für den Gläubiger ein Schaden, indem er von den günstigeren Bedingungen des Vertrages keinen Vortheil ziehen kann und auf die ihm ungünstigeren Chancen des allgemeinen Marktes angewiesen ist. Diesen Schaden liquidirt er. So löst sich das Verhältniß meist in einen Anspruch auf die Differenz auf, und daher kam es auch, daß die sogenannten reinen Differenzgeschäfte früher lediglich in die Form des Fixgeschäftes gekleidet wurden, weil diese Form sich am besten für diesen Zweck eignete.

A. Die einzelnen, dem nichtsäumigen Kontrahenten zustehenden Rechte und ihre Voraussetzungen. Anm. 9.

1. Ohne weitere Voraussetzung hat der nichtsäumige Theil das Rücktrittsrecht. Schon darin liegt eine Abweichung vom Nichtfixgeschäft. Denn bei diesem hat der nichtsäumige Theil das Rücktrittsrecht nur dann, wenn der Schuldner im Verzuge ist und regelmäßig nur nach fruchtlosem Ablauf einer mit der Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme verknüpften Fristbestimmung. Beide Erfordernisse fallen hier weg.

a) Voraussetzung des Rücktrittsrechts ist hier also nicht der Verzug des Schuldners. Es genügt vielmehr, daß die Leistung trotz Fälligkeit nicht bewirkt ist. Die Fälligkeit entsteht, da es sich um eine kalendermäßige Verpflichtung handelt, ohne Mahnung (§ 284 Abs. 2 B.G.B.). Da es sich ferner um eine Verpflichtung aus einem zweiseitigen Vertrage handelt, so müssen, wenn die Leistungen Zug um Zug zu erfolgen haben, auch noch die besonderen Voraussetzungen des Verzuges bei Verpflichtungen dieser Art d. h. bei Zug um Zug zu erfüllenden Verpflichtungen aus zweiseitigen Verträgen vorliegen: es muß der Schuldner hinsichtlich derjenigen Leistung, die ihm als Gegenleistung für seine Leistung zu bewirken ist, im Annahmeverzug sein. Denn nur dann geräth in solchem Falle der Schuldner mit seiner eigenen Leistung in Schuldnerverzug (vergl. Anm. 5 im Exkurse zu § 374). Anm. 10.

b) Der Rücktritt muß erklärt werden. Die Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (vergl. daher über ihre Erfordernisse Anm. 32 im Exkurse zu § 374). Die Erklärung braucht nicht sofort abgegeben zu werden. Das Erforderniß sofortiger Erklärung ist im Abs. 1 Satz 2 unseres Paragraphen nur für die Erhaltung des Rechts auf Erfüllung gegeben. Der Gläubiger kann also auch noch nach Ablauf der Frist den Rücktritt oder den Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen, und der Schuldner muß darauf gefaßt sein, daß dies selbst dann noch geschieht, wenn der Schuldner die Erfüllung vorbereitet oder die fertig gestellte Waare anbietet. Der Schuldner kann aber dem Gläubiger zur Abgabe der Rücktrittserklärung zur Vermeidung des Verlustes des Rechts mit Fristbestimmung auffordern (§§ 327, 355 B.G.B.; Anm. 32 Anm. 11.

im Exkurse zu § 374). Auch sonst finden auf dieses Rücktrittsrecht die §§ 346—356 B.G.B. Anwendung. Denn der § 327 B.G.B. gilt auch hier, der im § 376 H.G.B. behandelte Fixhandelskauf gehört zu jenen Verträgen, welche die §§ 326 und 327 B.G.B. zum Gegenstande haben, der § 376 H.G.B. will nur die Folgen der Nichterfüllung für eine bestimmte Art von zweiseitigen Verträgen modifiziren (vergl. unten Anm. 32).

Anm. 12. **2. Außerdem hat der nichtsäumige Kontrahent das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.**

a) Dieses Recht hat aber nicht bloß die Fälligkeit der Leistung, sondern auch den Verzug des Schuldners in der Erfüllung zur Voraussetzung. Ueber die Voraussetzungen der Fälligkeit siehe oben Anm. 10. Verzug ist schuldhafte Unterlassung der fälligen Leistung. Das Nähere hierüber, insbesondere bei Leistungen, die Zug um Zug zu erfüllen sind, siehe Anm. 5 im Exkurse zu § 374.

Dagegen ist auch für dieses Recht nicht Voraussetzung, daß dem säumigen Schuldner eine Frist zur Erfüllung bestimmt und hierbei die Ablehnung der Erfüllungsannahme angedroht wird. Vielmehr ist durch den bloßen Verzug des Schuldners das Recht zur Ausübung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begründet.

Anm. 13. b) Ausgeübt wird das Recht durch eine empfangsbedürftige formlose Willenserklärung. Eine Frist hierzu ist nicht gegeben. Illoyal verspätete Geltendmachung schließt es allerdings aus (vergl. unten Anm. 34).

Anm. 14. c) Uebt der nichtsäumige Theil dieses Recht aus, so hat er damit die Wahl definitiv getroffen. Er kann nun nicht mehr zurücktreten und nicht mehr auf Erfüllung bestehen.

Anm. 15. d) **Die Berechnung des Schadensersatzes.** Im Allgemeinen gelten hierüber die für den gewöhnlichen Handelskauf erörterten Grundsätze. Insbesondere können Käufer und Verkäufer den konkreten und den abstrakten Schaden liquidiren. In dieser Beziehung herrscht im Allgemeinen kein Unterschied vom gewöhnlichen Handelskauf. Nur in der Art der Geltendmachung des konkreten Schadensersatzanspruchs besteht ein Unterschied. Derselbe beruht auf Abs. 3 unseres Paragraphen. Während nämlich beim gewöhnlichen Handelskauf der Käufer und der Verkäufer den konkreten Schadensanspruch durch den Hinweis auf jeden anderweit vorgenommenen Verkauf oder Kauf darthun kann, sofern nur die Gebote der Billigkeit und Redlichkeit dabei beobachtet sind (vergl. Anm. 20 flg. und Anm. 51 flg. im Exkurse zu § 374), kann hier beim Fixhandelskauf ein Realisirungsverkauf oder Deckungskauf, falls die Waare einen Börsen- oder Marktpreis hat, dem Ersatzanspruche nur dann zu Grunde gelegt werden, wenn dieser Verkauf oder Kauf sofort nach dem Ablauf der bedungenen Leistungszeit bewirkt ist und zwar entweder in öffentlicher Versteigerung oder durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen ermächtigten Handelsmakler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise. Einer vorherigen Androhung bedarf es dabei nicht, wohl aber einer nachträglichen Benachrichtigung, jedoch nur zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen, nicht als Voraussetzung der Giltigkeit (vergl. Abs. 4 unseres Paragraphen). Der Verkäufer und Käufer können mitbieten (Abs. 4 unseres Paragraphen). Im Uebrigen siehe über die hier vorkommenden Begriffe zu § 373.

Anm. 16. Ein anderweiter privater Realisirungskauf oder Deckungskauf kann dem konkreten Schadensersatzanspruche dann nicht zu Grunde gelegt werden, wenn die Waare einen Markt- oder Börsenpreis hat. Würde der Käufer sich in noch so angemessener Weise anderweit decken, aber nicht sofort oder nicht durch einen Ankauf durch eine offizielle Person, so würde er die so erzielte Differenz nicht liquidiren können, und ebenso der Verkäufer nicht, wenn er die Waare noch so angemessen anderweit veräußert hätte. Wohl aber würden Beide in solchem Falle den Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise als abstrakten Schaden liquidiren können.

Anm. 17. Hat die Waare keinen Markt- oder Börsenpreis, so kann der abstrakte Schade in der Weise liquidirt werden, daß derjenige Preis, den der Ankauf oder Verkauf

voraussichtlich ergeben haben würde, zu Grunde gelegt wird, und der konkrete Schade in der Weise, daß der bei einem privaten Ankauf oder Verkauf erzielte Erlös zu Grunde gelegt wird. Auch braucht der Realisirungskauf oder Deckungskauf in diesem Falle nicht sofort zu erfolgen, um eine geeignete Grundlage für die Schadensberechnung zu sein (vergl. R.O.H. 4 S. 286).

Das Nähere über den Realisirungskauf und über den Deckungskauf s. im Exkurse zu § 374.

3. **Der Nichtsäumige hat endlich auch das Recht auf Erfüllung,** dies jedoch nur unter der Voraussetzung, daß er sofort nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. Anm. 18.

a) Das ist die erheblichste Modifikation der Verzugsfolgen beim Fixhandelskauf. Während beim gewöhnlichen Handelskauf dem nicht säumigen Kontrahenten das Recht auf Erfüllung als primäres Recht zusteht, dessen Besitz und Geltendmachung nicht von der Ausübung eines hierauf gerichteten Wahlrechts abhängt, auch wenn der Gegenkontrahent in Verzug geräth; während ferner die beiden anderen Rechte (Nichterfüllungsschaden und Rücktritt) sonst nur sekundäre Rechte sind, die man durch eine an den Gegner zu richtende Fristbestimmung und Androhung der Ablehnung der Erfüllungsannahme erst erlangen muß, gilt beim Fixhandelskauf hier überall Anderes. Hier hört dadurch allein, daß der Schuldner am Stichtage nicht erfüllt, das Recht auf Erfüllung auf, das primäre Vertragsrecht zu sein. Vielmehr ist in diesem Falle der Gläubiger zunächst und ohne weitere Voraussetzung zum Rücktritt und im Falle schuldhafter Nichterfüllung außerdem wahlweise zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung berechtigt, das Recht auf Erfüllung aber muß er sich besonders erhalten durch eine sofort nach dem Stichtage an den säumigen Kontrahenten zu richtende Anzeige, er verliert es durch Unterlassung der Anzeige. Der Schuldner aber verliert, wenn er die Erfüllung am Stichtage, und sei es auch ohne Verschulden, unterläßt, die Befugniß, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, und erst dann erhält er diese Möglichkeit wieder, wenn der Nichtsäumige seinerseits sich das Recht auf Erfüllung durch Erstattung jener Anzeige erhält und so zu erkennen giebt, daß er Erfüllung will.

Diese für beide Theile eintretenden Rechtswirkungen sind die charakteristischen Rechtsfolgen des Fixgeschäfts, nicht der Wegfall des Anspruchs auf eine Nachfrist, die ja auch beim Nichtfixgeschäft schon von Gesetzes wegen vorkommt (§ 326 Abs. 2 B.G.B.) und welche ferner beim Nichtfixgeschäft vereinbart werden kann, ohne daß dadurch das Geschäft ein Fixgeschäft würde (R.G. vom 25. November 1893 in J.W. S. 546; R.G. vom 4. November 1896 in J.W. S. 703; vergl. Anm. 93 im Exkurse zu § 374). Beim gewöhnlichen Handelskauf ohne Nachfrist bleibt ja immer noch der Anspruch auf Erfüllung als Prinzipalanspruch auch nach Ablauf des Termins bestehen, und deshalb liegt kein Fixgeschäft vor, auch wenn das Recht auf Nachfrist versagt ist. Die umgekehrte Frage, ob durch die Gewährung einer Nachfrist das Geschäft aufhört, ein Fixgeschäft zu sein, läßt sich nur an der Hand der einzelnen in Frage kommenden Gestaltungen beantworten. Ohne Weiteres wird der Fixcharakter beseitigt durch Stipulirung einer den Umständen nach angemessenen, also wandelbaren Nachfrist; denn dann fehlt es am bestimmten Termine (vergl. Anm. 3 u. 6). Das Gleiche ist der Fall bei einer Vertragsbestimmung dahin, daß unter vorläufigem Bestehenlassen des Erfüllungsanspruchs und der Erfüllungspflicht, der Nichtsäumige dem Säumigen eine im Voraus bestimmte Nachfrist zur Erfüllung (z. B. von 2 Tagen) gewähren muß, wenn dieser sie verlangt (vergl. die Bestimmungen für Lieferungsgeschäfte in Werthpapieren der Bank für Handel und Industrie zu Berlin; abgedruckt bei Hoffmann, Reichsbörsengesetz S. 81; auch bei Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, Berlin 1900 S. 76). Ein Fixgeschäft liegt in diesem Falle nicht vor, weil trotz Ablaufs des Termins der Erfüllungsanspruch des Gläubigers und die Befugniß des Schuldners, durch nachträgliche Erfüllung den Vertrag zu lösen, bestehen bleibt. Es hat nur der Gläubiger das Anm. 19.

Recht, eine Nachfrist zu setzen, nur das Recht, die Ablehnung der Erfüllungsannahme anzudrohen, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, wenn der Schuldner innerhalb der Nachfrist nicht erfüllt. Aber der Gläubiger braucht von diesem Rechte keinen Gebrauch zu machen; dann behält er das Recht auf Erfüllung und der Schuldner die Befugniß, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, während beim Fixgeschäft nach Ablauf des Termins der Schuldner die Befugniß verliert, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, und der Gläubiger sich das Recht auf Erfüllung durch besondere Anzeige erhalten muß (dieser Unterschied ist auch vom Reichsgericht in seinem Urtheil vom 28. Oktober 1899, abgedruckt in J.W. 1900 S. 54, auch in der deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 47, wohl auch in der amtlichen Sammlung Band 44 nicht gewürdigt worden; vergl. Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte S. 26). Der Fixcharakter wäre dann nicht beseitigt, trotz Stellung einer Nachfrist, wenn dieselbe im Voraus bestimmt fixirt wäre, und zwar derart, daß der Gläubiger nicht blos berechtigt ist, sie zu stellen, sondern so, daß sie auch wider den Willen des Gläubigers läuft, nach Ablauf der Nachfrist aber der Gläubiger ohne Weiteres das Recht zum Rücktritt oder zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat, während er das Recht auf Erfüllung sich durch besondere Anzeige erhalten müßte, der Schuldner aber nach Ablauf der Nachfrist kein Recht mehr hätte, den Vertrag durch Erfüllung zu lösen. In diesem Falle wäre der Ablauf der Nachfrist der eigentliche Fixtermin. Der erste Termin wäre nur ein vorläufiger Termin, an dem der Schuldner auch das Recht hätte, zu erfüllen, ohne daß die Erfüllung an diesem Tage eine vorzeitige wäre und vom Gläubiger zurückgewiesen werden könnte. Das Geschäft wäre in diesem Falle ein Fixgeschäft.

Anm. 20. b) Voraussetzung dieser Gestaltung ist die Nichterfüllung am Stichtage. Verzug des Schuldners ist hierzu nicht erforderlich; auch wenn der Schuldner in Folge von Umständen, die er nicht zu vertreten hat, am Stichtage nicht erfüllt, hat er kein Recht mehr, noch nachträglich den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, und der Gläubiger muß, wenn er sich das Recht auf Erfüllung erhalten will, auch in diesem Falle die betreffende Anzeige dem Schuldner machen.

Anm. 21. c) Die Anzeige, welche dem Gegner zu erstatten ist, ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muß also dem andern Theil zugehen. Einer Form bedarf es nicht. Inhaltlich muß sie erkennen lassen, daß man trotz des Ablaufs des Stichtages beim Recht auf Erfüllung stehen bleibe. Ein bloßer Vorbehalt der Rechte genügt nicht (R.O.H. 16 S. 291).

Anm. 22. d) Die Anzeige muß sofort nach dem Ablauf der Zeit erfolgen. Sofort: das Wort unverzüglich ist vermieden, obwohl der frühere Art. 357 es gebrauchte. Nach dem Sprachgebrauch der neuen Gesetzbücher würde das Wort bedeuten, daß die Anzeige ohne schuldhaftes Zögern erfolgen müsse. Der Gesetzgeber will aber das gerade Gegentheil festsetzen: auch wenn die Anzeige ohne schuldhaftes Verhalten verzögert wird, fällt das Recht auf Erfüllung fort. Das Erforderniß „sofort" dagegen ist objektiv aufzufassen.

Anm. 23. Nach Ablauf der Zeit oder der Frist muß die Anzeige erfolgen. Eine am Stichtage selbst oder noch früher erfolgte Anzeige, daß man Erfüllung verlange, reicht dazu nicht aus, bedeutet vielmehr nur ein Drängen auf Befriedigung des primären Rechts auf Erfüllung. Es muß vielmehr ersichtlich sein, daß man trotz des versäumten Stichtages noch Erfüllung verlangt (R.O.H. 5 S. 172).

Anm. 24. e) Die Anzeige ist auch dort nicht entbehrlich, wo schon vor dem kritischen Tage zwischen den Kontrahenten völlig festgestellt wurde, daß der eine Theil nicht erfüllen wolle, der andere Theil aber auf Erfüllung bestehe. Es ist zwar früher das Gegentheil angenommen worden (R.O.H. 13 S. 136; O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 221), kann aber nach erneuter Erwägung von uns nicht aufrecht erhalten werden. Der Wortlaut des Gesetzes ist klar und duldet eine solche Ausnahme nicht: nach Ablauf der Frist muß die Anzeige gemacht werden. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß in jenem Falle die nach Ablauf der Frist er-

folgende Anzeige zur leeren Formalität herabsinken würde. Denn das frühere Geltendmachen des Rechts auf Erfüllung bedeutet nichts als die Geltendmachung des primären Rechts (vergl. Anm. 23). Daß man dieses aber trotz der eigenthümlichen Natur des Fixgeschäfts auch noch nach Ablauf des Stichtages geltend machen wolle, ist aus der früheren Betonung des Rechts nicht ohne Weiteres zu entnehmen.

Anm. 25. f) Die Folge der Anzeige ist, daß der Nichtsäumige das Recht auf Erfüllung sich erhalten hat. Die beiden anderen Rechte d. h. das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und zum Rücktritt hat der Nichtsäumige durch diese Wahl verloren, jedoch nur insofern, als er diese Rechte nicht wegen der Nichterfüllung am Stichtage geltend machen kann. Wenn aber nunmehr der Säumige nicht erfüllt, so hat der Nichtsäumige alle Rechte aus § 326 B.G.B. (Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, Fristbestimmung mit Androhung der Erfüllungsablehnung und nach fruchtlosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt). Vergl. daher für diesen Fall die Erläuterung im Exkurse zu § 374.

Anm. 26. g) Den Beweis, daß er die Anzeige rechtzeitig und gehörig bewirkt hat, hat der Nichtsäumige zu führen.

Anm. 27. h) Die Folge der unterlassenen Anzeige ist, daß das Recht auf Erfüllung untergeht. Auch der Säumige hat kein Recht, nach Ablauf des Stichtags den Verzug zu heilen und Erfüllung anzubieten (R.O.H. 9 S. 411). Er hat nur dann ein Recht, nach dem Stichtage den Vertrag durch Erfüllung zu lösen, wenn der andere Theil von dem Rechte, sofort Erfüllung zu verlangen, Gebrauch macht (R.O.H. 4 S. 286). Aber natürlich kann der nichtsäumige Theil die ihm nachträglich angebotene Erfüllung annehmen und sie gilt dann als Vertragserfüllung, nicht etwa als neuer Vertrag (R.O.H. 17 S. 401). Der Nichtsäumige hat, wenn er die Erklärung, auf Erfüllung bestehen zu wollen, nicht abgiebt, nur noch die Rechte auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (sofern die Voraussetzungen des letzteren vorliegen) zur Wahl. Das erstere kann er auch in dem Augenblicke, wo der andere Theil die nachträgliche Erfüllung anbietet, ausüben, aber nicht mehr, wenn ihm der Nichtsäumige eine Frist vergeblich gestellt hat (vergl. hierüber oben Anm. 11).

Anm. 28. B. **Das Verhältniß der verschiedenen Rechte zu einander.** Zeigt der Nichtsäumige sofort an, daß er auf Erfüllung bestehe, so erhält er sich das Recht auf Erfüllung und verliert die beiden anderen Rechte insofern, als er den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder ein Rücktrittsrecht darauf nicht stützen kann, daß der Säumige am Stichtage nicht erfüllt hat (vergl. oben Anm. 25). Macht aber der Nichtsäumige jene Anzeige nicht sofort, so ist damit umgekehrt das Recht auf Erfüllung untergegangen und der Nichtsäumige hat nur noch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritt, ersteres, wenn der Nichtsäumige im Verzuge ist, letzteres ohne diese Voraussetzung. Das letztere Recht verliert der Nichtsäumige, wenn er es auf bestimmte Aufforderung gemäß § 355 B.G.B. nicht ausübt, und es bleibt alsdann nur noch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übrig, wenn dessen Voraussetzung (Verzug) vorliegt. Diesen Anspruch braucht der Nichtsäumige nicht sofort geltend zu machen, will er aber eine bestimmte Art des konkreten Schadensanspruchs geltend machen, so muß er den betreffenden Realisirungsverkauf und Deckungsverkauf sofort (und in gewisser Weise) bewirken (vergl. über alles dies oben Anm. 15). Verabsäumt er dies, so bleibt ihm nur noch die abstrakte Schadensberechnung übrig.

Anm. 29. Wie also, wenn der nichtsäumige Theil trotz Ablauf des Stichtages nichts erklärt? Dann kann er auf Erfüllung nicht bestehen und hat nur noch das Recht zurückzutreten und Schadensersatz nach seiner Wahl.

Anm. 30. C. **Bestehen Besonderheiten für den Fall, daß der Nichtsäumige ganz oder zum Theil erfüllt hat?** Das ist zu verneinen. Ebensowenig wie § 326 B.G.B., setzt § 376 H.G.B. voraus, daß irgend ein Theil schon erfüllt hat, während der frühere Art. 357 vorausgesetzt hatte, daß der Verkäufer noch nicht übergeben hatte.

Wird hiernach Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt, so braucht der Nichtsäumige seine Leistung, soweit sie noch aussteht, nicht mehr zu bewirken, und soweit er sie

geleistet hat, kann er sie nicht zurückfordern. Den ihm durch diese Gestaltung der Sache erwachsenen Schaden hat ihm der säumige Theil zu erstatten. Wird Rücktritt gewählt, so kann das Geleistete zurückgefordert werden (vergl. Anm. 32 im Exkurse zu § 374).

Anm. 31. Auch dann fällt das Rücktrittsrecht nicht weg, wenn der Verkäufer die Waare bereits übergeben und den Preis gestundet hat. Denn wenn auch nach § 454 B.G.B. für diesen Fall das im § 326 B.G.B. bestimmte Rücktrittsrecht versagt ist, so ist doch für Fixgeschäfte noch ein weiteres an Erfüllungssäumniß geknüpftes Rücktrittsrecht gegeben, nämlich im § 361 B.G.B. Dieses besteht auch in dem Falle, daß ein Theil schon erfüllt hat und die Leistung des Säumigen befristet ist, und ist von § 454 B.G.B. nicht berührt.

Anm. 32. D. **Gelten Besonderheiten für den Fall, daß der Säumige zum Theil schon erfüllt hat?** Auch dies muß verneint werden. Was in dieser Beziehung für den § 326 B.G.B. gesagt ist, gilt mutatis mutandis auch hier. Unser § 376 bestimmt für den Fall, daß der Säumige zum Theil erfüllt hat, überhaupt nichts Besonderes. Die Lücke wird eben durch § 326 B.G.B. ausgefüllt, der ja, wie bereits in Anm. 11 ausgeführt, überhaupt für den Fixhandelskauf insoweit gilt, als § 376 H.G.B. oder § 361 B.G.B. keine Abweichungen anordnen.

Demgemäß kommt es darauf an, ob die theilweise Erfüllung des Vertrags für den Gläubiger noch Interesse hat oder nicht. Hat sie Interesse, so kann er die Rechte aus § 376 nur wegen des noch unerfüllt gebliebenen Theiles des Vertrages geltend machen, sonst wegen des ganzen Vertrages (vergl. hierüber Näheres Anm. 109 ffg. im Exkurse zum § 374; die dort aufgestellten Regeln ändern sich natürlich gemäß § 376).

Anm 33. **Insbesondere gilt dies auch bei den sogenannten Successivlieferungsgeschäften.** Das bedeutet: Was im Exkurse zu § 374 über diese von uns ausgeführt ist, gilt mutatis mutandis auch hier. Insbesondere kann auch hier der nichtsäumige Theil wegen jedes einzelnen successiv fälligen Postens verschiedene Rechte geltend machen.

Anm. 34. E. **Verwirkung der Rechte aus dem Verzuge in Folge illoyal verspäteter Geltendmachung der Rechte.**

Was hierüber in Anm. 129 im Exkurse zum § 374 ausgeführt ist, gilt auch hier, ja sogar in erhöhtem Maße. Freilich ist hier der Grundsatz entbehrlicher, da das Recht auf Erfüllung und das Recht auf Geltendmachung des Schadensersatzes in konkreter Berechnung überhaupt von sofortigen Anzeigen und Maßnahmen abhängig sind, so daß schon ein kurzes Schweigen die Verwirkung der betreffenden Rechte zur Folge hat.

Anm. 35. F. **Der Verzug nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Erfüllung.** Was in Anm. 131 ffg. im Exkurse zu § 374 ausgeführt ist, gilt auch hier. Hat der Nichtsäumige auf Erfüllung geklagt und ist er damit rechtskräftig durchgedrungen, so hat er sich das Recht auf Erfüllung erhalten und die beiden anderen Rechte insofern verwirkt, als er Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nicht mehr deshalb geltend machen kann, weil nicht am Stichtage erfüllt sei. Der Anspruch auf Erfüllung steht nunmehr dem Nichtsäumigen so zu, wie wenn das Geschäft von vornherein kein Fixhandelskauf gewesen wäre. Und deshalb stehen ihm nach rechtskräftiger Verurtheilung diejenigen Rechte zu, welche beim gewöhnlichen Handelskauf dem nichtsäumigen Theile zustehen.

Anm. 36. G. **Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten.** Die in Anm. 134 ffg. im Exkurse zu § 374 erörterten Grundsätze gelten in entsprechender Weise auch hier. Hier ist nur zu betonen, daß das Rücktrittsrecht ohne die Voraussetzung des Verzuges, auf Grund der bloßen Nichterfüllung am Fälligkeitstage, dem nichtsäumigen Theil zusteht; das Rücktrittsrecht kann also auch während der Ausschlagungsfrist geltend gemacht werden, und die dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden halten die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht auf. Aber ausgeübt muß es doch werden! Während der Ausschlagungsfrist wird daher dem nichtsäumigen Theil, wenn er das Rücktrittsrecht ausüben will, nichts übrig bleiben, als einen Nachlaßpfleger zu bestellen, damit er diesem die Rücktrittserklärung zugehen läßt.

Anm. 37. H. **Folgen der Nichterfüllung anderer Verpflichtungen, außer der Uebergabe der Waare und der Zahlung des Kaufpreises.**

Wie § 326 B.G.B. nach unserer Ansicht sich nur bezieht auf den Verzug in der Erfüllung der Hauptverpflichtung aus dem zweiseitigen Vertrage, so gilt das Gleiche für die Anwendung des § 376: nur wenn der Verkäufer die Uebergabe, der Käufer die Zahlung trotz Fälligkeit nicht bewirkt, greifen die Rechtsfolgen des § 376 Platz. Aber natürlich können die Parteien auch anderen Verpflichtungen den Fixcharakter beilegen (vergl. R.G. 30 S. 59, wo ein Fall eines fixen Abladungstermins behandelt, aber nicht genügend berücksichtigt ist, daß die bloße Vereinbarung eines festen Termins das Geschäft noch nicht zum Fixgeschäft macht, daß vielmehr ein Fixgeschäft erst dann vorliegt, wenn die Absicht der Parteien dahin geht, daß die Erfüllung nach dem Stichtage überhaupt keine Vertragserfüllung mehr ist, so daß nach diesem Tage überhaupt nicht mehr Erfüllung angeboten werden kann und auch Erfüllung nur verlangt werden kann, wenn dies sofort nach dem Stichtage geschieht).

J. **Der Fall des Verzuges im Konkurse.** Hierüber siehe im Exkurse zu § 382.

K. **Uebergangsfragen.** Wir erachten es für unzweifelhaft, daß die Folgen eines unter der Herr- Anm. 38.
schaft der früheren Gesetzbücher abgeschlossenen, nach dem 1. Januar 1900 fälligen Fixhandelskaufs nach dem alten Recht zu beurtheilen sind. Wir wüßten nicht, wie man dazu käme, den Art. 170 E.G. zum B.G.B. einfach zu eliminiren. Die neue Lehre, daß der Verzug ein neues Rechtsverhältniß begründe, geht übrigens gerade bei dem vorliegenden Paragraphen vollständig in die Brüche. Von den drei den nichtsäumigen Kontrahenten zur Wahl stehenden Rechten steht im Falle der Nichterfüllung des Stichtages das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dann zu, wenn der Schuldner im Verzuge ist, die anderen beiden Rechte auch ohne die Voraussetzung des Verzuges. Uns ist es unerfindlich, wie sich die Rechtslage da unter Zugrundelegung der neuen Lehre gestalten soll.

Exkurs zu § 376.

Die Börsentermingeschäfte und die Differenzgeschäfte.

Einleitung.

Die Erfahrungen, welche im letzten Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts in Betreff des Einflusses der Börse auf das große Publikum gemacht wurden, führten zu der Schaffung des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896, welches unter Anderem die Vorschriften der §§ 66 ffg. brachte, nach welchen Börsentermingeschäfte nur dann giltig sein sollen, wenn sie von in das Börsenregister eingetragenen Personen abgeschlossen werden, dann aber ohne Weiteres giltig und dem Differenzeinwande entzogen. Die Ungiltigkeitsvorschrift sollte das große Publikum von der Betheiligung an der Börsenspekulation abhalten, indem man von der Erwartung ausging, daß die meisten Privatpersonen die Eintragung in das Börsenregister und die damit verbundene Veröffentlichung durch den Reichsanzeiger scheuen werden, die Giltigkeitsvorschrift aber sollte denjenigen Personen, welche dem Gesetze gemäß sich eintragen lassen, die Rechtssicherheit bringen, welche durch die Zulassung des Differenzeinwandes in hohem Grade beeinträchtigt war.

I. Die Börsentermingeschäfte.

A. **Maßgebend sind die folgenden Paragraphen des Börsengesetzes:** Anm. 1.

§ 48. Als Börsentermingeschäfte in Waaren oder Werthpapieren gelten Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen (§§ 29, 35) erfolgt.

§ 66. Durch ein Börsentermingeschäft in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in einem Börsenregister eingetragen sind, wird ein Schuldverhältniß nicht begründet.

Das Gleiche gilt von der Ertheilung und Uebernahme von Aufträgen sowie von der Vereinigung zum Abschlusse von Börsentermingeschäften.

Die Unwirksamkeit erstreckt sich auf die bestellten Sicherheiten und die abgegebenen Schuldanerkenntnisse.

Eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt.

§ 67. Wer den Vorschriften des § 58 zuwider eingetragen worden ist, gilt nur dann als eingetragen, wenn der Mangel zur Zeit des Geschäftsabschlusses dem anderen Theile nicht bekannt war.

Wer trotz erfolgter Löschung im Börsenregister noch in der Gesammtliste (§ 65) aufgeführt ist, gilt als eingetragen, sofern nicht zur Zeit des Geschäftsabschlusses der andere Theil von der bewirkten Löschung Kenntniß hatte. Das Gleiche gilt bis zum Ablauf eines Monats seit der Veröffentlichung der Gesammtliste von denjenigen Personen, welche in dieser Liste in Folge der Löschung nicht wieder aufgeführt sind.

§ 68. Die Bestimmungen des § 66 finden auch dann Anwendung, wenn das Geschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist.

In Ansehung von Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben, ist die Eintragung in das Börsenregister zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich.

§ 69. Gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften sowie aus der Ertheilung und Uebernahme von Aufträgen und aus der Vereinigung zum Abschlusse von Börsentermingeschäften kann von demjenigen, welcher zur Zeit der Eingehung des Geschäfts in dem Börsenregister für den betreffenden Geschäftszweig eingetragen war, sowie von demjenigen, dessen Eintragung nach den vorstehenden Bestimmungen (§ 68 Absatz 2) zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich war, ein Einwand nicht darauf begründet werden, daß die Erfüllung durch Lieferung der Waaren oder Werthpapiere vertragsmäßig ausgeschlossen war.

Diese Vorschrift wird durch die Vorschrift des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt.

Anm. 2. B. **Der Grundgedanke dieser Vorschriften ist der:** es wird ein einfaches aut-aut vorgeschrieben: entweder sind beide Theile in das Börsenregister eingetragen, alsdann ist der Einwand, daß die Erfüllung vertragsmäßig ausgeschlossen sei, versagt, oder ein Theil ist nicht eingetragen, alsdann wird ein Schuldverhältniß durch jene Geschäfte überhaupt nicht begründet.

a) **Vorausgesetzt ist das Vorliegen von Börsentermingeschäften.** Darunter versteht § 48 des Börsengesetzes Kauf- und sonstige Anschaffungsgeschäfte über Waaren und Werthpapiere auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt.

Anm. 3. a) Diese drei Erfordernisse müssen erfüllt sein, wenn ein Börsentermingeschäft vorliegt und das Gesetz Anwendung finden soll. Das entspricht nicht bloß der Stellung, welche die Definition des § 48 im Gesetze einnimmt, sondern auch den Motiven S. 60, welche ausdrücklich erklären, daß die gesetzliche Feststellung des Begriffes der Börsentermingeschäfte „die Grundlage für die nachfolgenden Bestimmungen sein soll." Allein das Reichsgericht vertritt mit großer Entschiedenheit die gegentheilige Anschauung, wenigstens so weit es sich um die Anwendung der Ungiltigkeitsvorschrift des § 66 handelt. In Band 42 S. 43 hat es die Definition des § 48 zwar für den § 69, der von der Giltigkeit der Geschäfte unter eingetragenen Personen handelt, nicht aber für den § 66, der von der Ungiltigkeit der Geschäfte unter nicht eingetragenen Personen handelt, für maßgebend

erklärt. Auf die unhaltbaren Folgen dieser Inkongruenz hingewiesen (vergl. Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte, Berlin 1899), hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 28. Oktober 1899. abgedruckt in J.W. 1900 S. 54, in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 47, wohl auch in der amtlichen Sammlung Band 44 erklärt, daß sich die Definition des § 48 allerdings auch auf die Ungiltigkeitsvorschrift des § 66 beziehe; allein gleichwohl müßten nach den Grundsätzen über die Umgehung von Gesetzen durch den § 66 auch alle diejenigen Geschäfte als mitbetroffen gelten, welche darauf abzielen, den Zweck der in § 66 erlassenen Ungiltigkeitsvorschrift zu vereiteln. Wir erachten auch dieses Urtheil nicht für zutreffend.

Uns erscheint der Ausgangspunkt der reichsgerichtlichen Entscheidungen nicht zutreffend. Der ihnen zu Grunde liegende Grundsatz, daß, wenn ein Gesetz ein Rechtsgeschäft verbietet oder für ungiltig erklärt oder nur unter Bedingungen für giltig erklärt, alle diejenigen Geschäfte dadurch mitbetroffen werden, deren Abschluß geeignet ist, den Zweck des Gesetzes zu vereiteln, kann in dieser schrankenlosen Ausdehnung als richtig nicht zugegeben werden. Wäre er in dieser schrankenlosen Ausdehnung richtig, so wäre jede Aufstellung gesetzlicher Begriffsbestimmungen und Thatbestände illusorisch. Denn irgend einen Zweck hat doch jedes Gesetz. Würde man jedes Gesetz nicht bloß auf diejenigen Thatbestände, die es selbst aufstellt, sondern auf alle diejenigen Thatbestände anwenden, deren Nichtsubsumirung unter das Gesetz den vom Gesetze erstrebten Zweck vereiteln würde, dann wäre es überflüssig, überhaupt noch gesetzliche Thatbestände und Definitionen aufzustellen. Aller Eifer und Sorgfalt, welche die Gesetzgeber hierauf jahraus jahrein verwenden, wäre verschwendet und statt aller Begriffsbestimmungen und gesetzlichen Vorschriften wäre es richtiger, wenn der Gesetzgeber einfach sagte, welchen Zweck er im Auge hat. Damit wäre Alles verboten und für ungiltig erklärt, was mit diesem Zwecke in Widerspruch steht. Für die Anwendung aller bestehenden Gesetze ergäbe sich aus jenem Grundsatze der jede Rechtssicherheit aufhebende Zustand, daß die im Gesetz aufgestellten Thatbestände und Begriffsbestimmungen nur Beispiele sind und keineswegs den Kreis derjenigen Thatbestände erschöpfen, auf welche das Gesetz Anwendung findet, da ja auch alle diejenigen Thatbestände unter das Gesetz zu subsumiren sein würden, deren Subsumirung der Zweck des Gesetzes erfordert. Unvollkommene, verbesserungsbedürftige Gesetze gäbe es nach diesem Grundsatze nicht mehr und der Gesetzgeber könnte abdanken.

Jener Grundsatz kann also in seiner schrankenlosen Ausdehnung nicht richtig sein. Es muß vielmehr folgende Unterscheidung gemacht werden.

Hat ein Gesetz ein wirthschaftliches Ziel im Auge und verbietet es oder erklärt es für ungiltig gewisse Rechtshandlungen, in der Absicht, damit alle Rechtshandlungen zu treffen, welche diesem Ziele widerstreben, so ist jedes Geschäft zur Umgehung des Gesetzes geeignet und dehalb durch das Gesetz mit getroffen, welches jenem Ziele widerstrebt. Hat aber ein Gesetz zwar die Absicht, ein bestimmtes wirthschaftliches Ziel zu erreichen, will es aber in dieser Absicht nur gewisse von ihm bezeichnete Rechtshandlungen verbieten, aber ohne die Absicht und die Meinung, damit alle Rechtshandlungen zu treffen, welche jenem Ziele widerstreben, so sind die vom Gesetze nicht bezeichneten Rechtsgeschäfte auch dann nicht zur Umgehung des Gesetzes geschlossen, wenn durch ihre Abschließung der wirthschaftliche Gesammtzweck des Gesetzes vereitelt wird. Vielmehr hat dann eben der Gesetzgeber zur Erreichung seines Zwecks ein unvollkommenes Mittel gebraucht und er mag sein Gesetz verbessern.

Die Gesetze der ersteren Art möchten wir apodiktische Zweckgesetze, die der letzteren Art nicht apodiktische Zweckgesetze nennen. Ob ein Gesetz der ersteren oder der letzteren Kategorie angehört, muß an der Hand der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und sonstiger Momente geprüft werden. Daß es ein apodiktisches Zweckgesetz ist, muß besonders dargethan werden. Denn die Regel ist, daß der Gesetzgeber den Zweck seines Gesetzes durch Aufstellung bestimmter Thatbestände erreichen will.

Darin besteht ja eben die Kunst der Gesetzgebung, das vom Gesetzgeber erstrebte Ziel durch bestimmte Thatbestände zu erreichen. Diese Thatbestände geben den Rechtsgenossen die Richtschnur, was sie dürfen und was sie nicht dürfen. Ob das, was hiernach erlaubt bleibt, derart ist, daß der Zweck des Gesetzes dadurch vereitelt wird, geht die Rechtsgenossen nichts an. Sie dürfen es thun. Die hierin zu Tage tretende Unvollkommenheit des Gesetzes mag für den Gesetzgeber ein Anlaß sein, von neuem gesetzgeberisch vorzugehen (vergl. Laband in der Deutschen Juristenzeitung 5 Nr. 15).

Aber es giebt auch apodiktische Zweckgesetze, Gesetze, die in apodiktischer Weise auf ihre Ziele lossteuern und von der Tendenz getragen sind, ein gewisses Ziel um jeden Preis zu erreichen. Stellen solche Gesetze bestimmte Thatbestände auf, so ist es den Rechtsgenossen nicht gestattet, sich an diese streng zu halten und alles andere zu thun, was außerhalb dieser Thatbestände liegt. Sie müssen vielmehr auch alles andere vermeiden, was geeignet ist, jenen apodiktischen Gesetzeszweck zu vereiteln, und wenn sie Angesichts eines solchen Gesetzes etwas thun, was jenen gesetzlichen Thatbestand nicht erfüllt, aber den Zweck des Gesetzes vereitelt, so ist dies eine Umgehung des Gesetzes und durch den Thatbestand des Gesetzes mit betroffen. Aber solche Gesetze sind die Ausnahmen. Wären sie die Regel und wären alle Gesetze apodiktische Zweckgesetze, so würde jener oben beschriebene Zustand eintreten, der jede gesetzliche Begriffsbestimmung illusorisch macht. Daß einem Gesetze ausnahmsweise dieser Charakter beizulegen ist, kann nur dann angenommen werden, wenn er klar erkennbar ist. Bei dem Gesetze betreffend die Abzahlungsgeschäfte ist es in § 6 ausdrücklich hervorgehoben, daß die Vorschriften des Gesetzes auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch miethsweise Ueberlassung der Sache zu erreichen, Anwendung finden. Ohne diese ausdrückliche Vorschrift würde es mehr als zweifelhaft sein, ob angesichts des Wortlauts der § 1, der nur von dem Kauf auf Abzahlung spricht, die Vorschriften des Gesetzes auch auf miethsweise Ueberlassung gegen Abzahlung anzuwenden wären. Wenn das Senatusconsultum Macedonianum, auf welches das Reichsgericht hinweist, obwohl es nur Darlehne an Haussöhne für ungiltig erklärte, nach der Meinung der römischen Juristen als ein apodiktisches Zweckgesetz erachtet und deshalb auch auf den Verkauf von Gegenständen gegen Kredit an Haussöhne angewendet wurde, so mag dies in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und den sonstigen begleitenden Momenten seine besondere Ursache gehabt haben. Aber die meisten Gesetze sind nicht apodiktische Zweckgesetze. Das Gesetz „zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" z. B. trägt seinen Zweck in diesen kurzen prägnanten Schlagworten an der Stirn. Nach seinem Titel würde man es als ein apodiktisches Zweckgesetz zu betrachten versucht sein. Gleichwohl will es nicht alle diejenigen Geschäfte treffen, welche seinem in so deutlicher Weise ausgesprochenen Zweck widerstreben, sondern es stellt, um seinen Zweck zu erreichen, bestimmte Thatbestände auf, und nur diese sind getroffen, keineswegs alle Geschäfte, welche den Zweck des Gesetzes, den unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen, vereiteln. Das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 hatte den Zweck, den Kreditwucher zu bekämpfen, und erklärte in dieser Absicht für ungiltig wucherische Darlehen und Stundungen. Erst das neueste Wuchergesetz hat darüber hinaus auch noch diejenigen wucherischen Kreditgeschäfte für ungiltig erklärt, „welche demselben wirthschaftlichen Zwecke dienen sollen." Dieser neue Zusatz wäre von dem Standpunkte aus überflüssig gewesen, daß jedes Gesetz mit seinen Thatbeständen auch alle diejenigen Geschäfte träfe, welche demselben wirthschaftlichen von dem Gesetzgeber verpönten Zwecke dienen sollen. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren.

Das Börsengesetz nun ist ein nicht apodiktisches Zweckgesetz. Mit der Einführung des Börsenregisters und der Bestimmung, daß die unter nicht eingetragenen Personen abgeschlossenen Börsentermingeschäfte ungiltig sein sollen, verfolgt es allerdings den Zweck, das große Publikum möglichst vom Börsenspiel fern-

zuhalten. Aber es will keineswegs alle diejenigen Geschäfte treffen, welche diesem Zwecke widerstreben, keineswegs alle Geschäfte, in denen das Publikum seine Neigung zum Börsenspiel bethätigen kann. Das beweisen auf das klarste die Verhandlungen der Börsen-Enquête, in denen die Frage, wie jene andern in Betracht kommenden Geschäfte, insbesondere die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte, zu behandeln sind, mehrfach zur Sprache kam (vergl. Rießer, Die handelsrechtl. Lieferungsgesch. S. 34 flg., besonders aber S. 50), ob sie durch eine weitere Fassung der für die Vorschriften über das Börsenregister als Grundlage dienenden Definition der Börsentermingeschäfte in diese Vorschriften hineinbezogen, oder ob sie wenigstens selbstständig dem Differenzeinwande entzogen werden sollen. Man hat also an die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte in den Vorstadien des Gesetzes gedacht und war sich dessen bewußt, daß auch sie zum Börsenspiel benutzt werden können, und hat sie nicht in derselben Weise behandeln wollen, wie die in § 48 definirten Börsentermingeschäfte. Man hat mit der Definition des § 48 ausgesprochenermaßen „eine erschöpfende Definition" geben wollen (Protokolle der Börsen-Enquête-Kommission S. 366; Rießer S. 36). Man hat eine bestimmte Art von Geschäften treffen wollen und auf diese Weise den Zweck des Gesetzes erreichen wollen und erreichen zu können geglaubt. Man hat auch an verwandte und zweckvereitelnde Geschäfte gedacht, auf die der Richter, dem man darin vertrauen konnte, die gegebene Definition ebenfalls anwenden würde. Aber als solche verwandte und „zweckvereitelnde" und deshalb von der gesetzlichen Definition mit getroffene Geschäfte hat man nur solche bezeichnet, welche in untergeordneten Punkten von der gesetzlichen Definition abweichen, keineswegs stand man auf dem Standpunkte, daß das Gesetz, wie das jetzt das Reichsgericht will, alle diejenigen Geschäfte, welche dem großen gesetzgeberischen Zwecke des Gesetzes, das börsenunerfahrene Publikum vom Börsenspiel fernzuhalten, als „zweckvereitelnd" mit treffen soll (vergl. die Citate bei Rießer S. 39). Das Börsengesetz ist hiernach von der Börsenenquêtekommission nicht als apodiktisches Zweckgesetz gedacht, sondern als ein Gesetz, welches, wie dies die Regel bildet, ein bestimmtes wirthschaftliches Ziel dadurch zu erreichen sucht, daß es bestimmte Thatbestände regelt, und naturgemäß damit zwar auch diejenigen Thatbestände trifft, welche in untergeordneten Punkten von dem gesetzlichen abweichen, nicht aber alle diejenigen Thatbestände, welche dem wirthschaftlichen Ziele des Gesetzes überhaupt widerstreiten. Bestätigt wird diese Auffassung durch den Ausspruch der Motive zum Börsengesetze, daß der § 48 eine rechte und echte „Feststellung des Begriffes der Börsentermingeschäfte" enthalten und daß diese erforderlich sei, damit sie die „Grundlage der nachfolgenden Bestimmungen" abgebe, daß ferner die Vorschriften über das Register nicht die Absicht haben, das Börsenspiel in jeder Form zu treffen, daß vielmehr „dem Börsenspiel ohne Rücksicht auf die Formen, in welchen es sich vollzieht", durch eine andere Vorschrift, nämlich durch die Strafvorschrift des § 78 des Gesetzes entgegengetreten werden soll (vergl. Motive S. 60 u. 59). Die römischen Juristen würden wohl auch das Senatus consultum Macedonianum nicht als apodiktisches Zweckgesetz erachtet und den Kauf auf Kredit darunter subsumirt haben, wenn die Entstehungsgeschichte jenes Gesetzes ergeben hätte, daß man auch an den Kreditkauf gedacht, gleichwohl aber nur das Darlehn civilrechtlich für ungiltig erklärt, und, um das Kreditgeben an Hayssöhne in jeder Form zu treffen, eine andere umfassendere Vorschrift erlassen hätte.

Das Börsengesetz ist nach alledem ein nicht apodiktisches Zweckgesetz. Es will nicht jedes Rechtsgeschäft für ungiltig erklären, das seinem Zwecke, das Börsenspiel des Publikums zu verhindern, widerstrebt, sondern stellt in dieser Absicht bestimmte Thatbestände auf. Nur Geschäfte, welche diese Thatbestände entweder ganz oder mit unerheblichen Abweichungen aufweisen, sind durch § 66 getroffen, andere nicht. Vielmehr steht es jedem Rechtsgenossen frei, von dem Abschlusse derjenigen Geschäfte, die das Gesetz für ungiltig erklärt oder vielmehr nur unter der Bedingung

der Eintragung für giltig erklärt, abzusehen und andere Geschäfte zu schließen, ohne der Gefahr der Ungiltigkeit dieser Geschäfte wegen Nichteintragung zu verfallen.

Anm. 4. Das ist unser Standpunkt. Das Reichsgericht müßte von dem seinigen alle Geschäfte verbieten, die zu demjenigen wirthschaftlichen Resultate führen, welches das Gesetz hat verhüten wollen, nämlich zur Heranziehung des Publikums zum Börsenspiel. Und es ist eine von seinem Standpunkte aus nicht gerechtfertigte Einschränkung, wenn es sagt: daß der § 66 dann anwendbar sei, „wenn das andere Geschäft nur eine andere Rechtsform für die Geschäfte ist, die das Gesetz in seinen §§ 48, 66 im Auge gehabt hat, und zu denselben wirthschaftlichen Resultaten führt, die das Gesetz hat verhüten wollen". An anderer Stelle der Entscheidung wird jene Einschränkung dahin formulirt, „ohne daß dadurch der Charakter der Geschäfte geändert würde". Jene Einschränkungen trüben den Standpunkt des Reichsgerichts und machen ihn undurchsichtig. Nimmt man sie wörtlich, so würde ja das Reichsgericht sich völlig im Einklange mit seinen Gegnern befinden, ja es würde sogar die Anwendung des Gesetzes nicht ausdehnen, sondern über Gebühr einschränken. Denn auf Rechtsgeschäfte, „die nur eine andere Rechtsform für die Geschäfte aus § 48 sind, ohne daß dadurch der Charakter der Geschäfte geändert wird", findet der § 66 natürlich auch Anwendung. Das wird von Niemandem bezweifelt. Auf die Rechtsform kommt es nicht an, sondern auf den materiellen Inhalt. Liegt aber ein seinem rechtlichen Charakter nach gleiches Rechtsgeschäft, wie das in § 48 definirte vor, so ist der § 66 sogar auch dann anzuwenden, wenn das Geschäft *nicht* zu demselben wirthschaftlichen Resultate führt, wie jenes. Denn cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Aber das Reichsgericht meint mit jenen scheinbaren Einschränkungen etwas ganz anderes. Das Reichsgericht stieß sich ja daran nicht, daß die von ihm unter § 66 subsumirten Geschäfte unter Ausschluß der Börsenbedingungen abgeschlossen waren, also eines Erfordernisses des § 48 gänzlich ermangelten. Seiner Entscheidung lag ja nicht etwa ein Rechtsgeschäft zu Grunde, welches nach Bedingungen abgeschlossen war, welche nur in untergeordneten oder unerheblichen Punkten von den Börsenbedingungen abwichen. In letzterem Falle hätte man sagen können, daß nur die Form eine andere ist, der Charakter des Geschäftes sich aber nicht geändert hat. Das Reichsgericht will sagen: daß der § 66 auch solche Geschäfte treffen will, die in anderer Weise, wie die im § 48 definirten, das gleiche wirthschaftliche Ziel erreichen wollen und zu erreichen geeignet sind, nämlich das Börsenspiel zu befördern. Der Schluß seiner Gründe bestätigt es, daß das Reichsgericht diese Auffassung hat. Dort ist das Schablonenhafte der Geschäfte und die Möglichkeit der jederzeitigen Deckung als der allgemeine Charakter der durch § 66 betroffenen Geschäfte hingestellt, und *von diesem Gesichtspunkte aus* hat es das seiner Entscheidung zu Grunde liegende Geschäft unter den § 66 gestellt, weil dasselbe, obwohl bei ihm die Geltung der Börsenbedingungen ausgeschlossen war, ein Erforderniß des § 48 also gänzlich fehlte, ihm gleichwohl zur Beförderung des Börsenspiels geeignet erschien. Von diesem Gesichtspunkt aus kann das Reichsgericht auch auf die andern Erfordernisse des § 48 keinen Werth legen, wie es denn auch mit keinem Worte feststellt, daß für das betreffende Geschäft eine amtliche Feststellung von Terminpreisen an der Börse erfolgt ist. Es kann von seinem Standpunkte aus auch darauf keinen Werth legen, ob das Geschäft ein Fixgeschäft ist, wenn ihm dargelegt wird, daß die reinen handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte ebenfalls den Charakter der Schablonenhaftigkeit an sich tragen und die Möglichkeit jederzeitiger Deckung gewähren, sodaß sie ebenfalls geeignet sind, das Börsenspiel zu befördern, und es ist nur eine Folge des zufälligen Umstandes, daß ihm ein Geschäft, welches nach seiner Ansicht ein Fixgeschäft ist, vorgelegen hat, wenn das Reichsgericht in seiner Entscheidung betont, daß das ihm vorliegende Geschäft im Grunde genommen als Fixgeschäft zu betrachten ist (eine Auffassung,

die allerdings nicht zutrifft, vergl. unten Anm. 7); es hätte von seinem Standpunkte aus zu derselben Entscheidung gelangen müssen, wenn es kein Fixgeschäft gewesen wäre, aber gleichwohl geeignet, das Börsenspiel des Publikums zu befördern, und deshalb den Zweck des (von ihm als apodiktisches Zweckgesetz erachteten) Börsengesetzes zu vereiteln.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu der vorliegenden Frage ist von Anm. 5.
solcher Wichtigkeit, daß wir dieselbe hier nochmals kurz präzisiren müssen, schon deshalb, damit Diejenigen, die unseren Standpunkt nicht zu theilen vermögen, einen Anhalt dafür haben, zu welchen Konsequenzen der reichsgerichtliche Standpunkt führt, und in welcher Weise der vom Reichsgericht aufgestellte Grundsatz auf die mannigfach in der Praxis vorkommenden Konstellationen weiter anzuwenden ist. Der Grundgedanke des Reichsgerichts ist: Das Börsengesetz verfolgt den Zweck, das große, börsenunkundige Publikum vom Börsenspiel fernzuhalten. Also trifft seine Ungiltigkeitsvorschrift alle Geschäfte, die zu dem wirthschaftlichen Ergebnisse führen, welches zu verhüten der Zweck des Börsengesetzes war. (Dieser Standpunkt ist mit dem Hinweis darauf zu bekämpfen, daß nicht jedes Gesetz und insbesondere nicht das Börsengesetz alle Geschäfte verbietet, welche seinem Zwecke widerstreben).

Hat das Reichsgericht die Anschauung, daß das Börsengesetz alle Geschäfte verbietet, deren Zulassung seinen Zweck zu vereiteln geeignet wäre, so ist es konsequent, wenn es darunter alle diejenigen Geschäfte versteht, welche durch ihren schablonenhaften Charakter und durch die Möglichkeit jederzeitiger adäquater Deckung die Theilnahme des Publikums am Börsenspiel in derselben Weise erleichtern, wie die in § 48 definirten Börsentermingeschäfte.

Das Reichsgericht ist allerdings nicht ganz klar, wenn es in seinen Ausführungen sagt: es seien durch das Börsengesetz alle Geschäfte getroffen, „deren Charakter nicht geändert ist und die nur eine andere Rechtsform sind für die Geschäfte, die § 48 definirt." Denn das läßt dem Gedanken Raum, als wolle das Reichsgericht nur solche Geschäfte verbieten, die in untergeordneten Punkten von den in § 48 festgesetzten abweichen; denn nur von solchen kann man sagen, daß sie nur eine andere Rechtsform darstellen, ohne ihren Charakter zu ändern. Das ist aber die Meinung des Reichsgerichts nicht. Denn es subsumirt unter das Börsengesetz auch solche Geschäfte, die das Erforderniß des Abschlusses nach festgestellten Börsenbedingungen überhaupt nicht aufweisen, weil es eben unter die Geschäfte des § 66 alle Geschäfte subsumirt, „welche denselben allgemeinen schablonenhaften, der Individualität des Einzelgeschäfts entbehrenden Charakter gewinnen, der den im § 48 des Börsengesetzes formulirten Börsentermingeschäften eigen ist". Das ist der allgemeine Charakter derjenigen Geschäfte, welche das Reichsgericht unter das Börsengesetz subsumirt, und es kann das reichsgerichtliche Urtheil vom 28. Oktober 1899 nur dahin aufgefaßt werden, daß jedes Rechtsgeschäft, welches diesen allgemeinen Charakter trägt, durch § 66 getroffen wird, insbesondere auch das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft, wenn es nur in solcher Art und Form geschlossen ist, daß jene Schablonenhaftigkeit und Deckungsmöglichkeit erzielt ist. Zwar hat das Reichsgericht am Schlusse seines Erkenntnisses auch noch angenommen (unseres Erachtens zu Unrecht, vergl. unten Anm. 7), daß das seiner Entscheidung zu Grunde liegende Geschäft im Grunde genommen ein Fixgeschäft war, ein Geschäft, bei welchem der Stichtag „fix prolongirt" war. Aber daraus folgt nicht, daß das Reichsgericht das Vorhandensein eines Fixgeschäfts für die von ihm unter § 66 subsumirten Geschäfte unter allen Umständen als condicio sine qua non erfordert. Das Reichsgericht, welches ja richterliche Spruchbehörde ist und nicht theoretische Abhandlungen schreibt, konnte garnicht anders als so verfahren. War es der Ansicht, daß jenes Geschäft, über welches es zu Gericht zu sitzen hatte, ein Fixgeschäft war, so mußte es, wie jede Spruchbehörde, sich des bestimmten Ausspruchs enthalten, ob der § 66 das Geschäft auch dann treffen würde, wenn es ein handelsrechtliches Lieferungsgeschäft gewesen wäre. Aber das hindert nicht, daß Wissen-

schaft und Praxis aus dem Prinzipe, welches das Reichsgericht in seinem Urtheile niedergelegt hat, die theoretische und praktische Konsequenz ziehen, und diese geht dahin, daß jedes Geschäft, auch das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft, wenn es nur so geschlossen wird, daß es den Charakter der Schablonenhaftigkeit annimmt und die jederzeitige Deckung durch Gegengeschäfte und die Umgehung der Effektiverfüllung ermöglicht, und so dem Börsenspiel zu dienen und so die Zwecke des Börsengesetzes zu vereiteln geeignet ist, unter § 66 fällt. Ueber die Kassengeschäfte siehe unten Anm. 7.

Anm. 6. *β*) Die drei Erfordernisse der durch das Börsengesetz getroffenen Rechtsgeschäfte sind:

αα) Es müssen Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waaren oder Werthpapieren sein auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist.

Zunächst also muß es ein Geschäft in Waaren oder Werthpapieren sein (hierüber Anm. 36—39 zu § 1, Kuxe gehören dazu nicht).

Sodann muß es ein Kauf- oder sonstiges Anschaffungsgeschäft sein (hierüber Anm. 32 ffg. zu § 1).

Anm. 7. Endlich muß es ein Geschäft mit festbestimmter Lieferungszeit oder mit festbestimmten Lieferungsterminen, also ein Fixgeschäft sein (über diese Begriffe s. § 376). Das letztere Erforderniß ist nach dem vom Reichsgericht aufgestellten Grundsatze (vergl. oben Anm. 5) überflüssig, wenn nur sonst erhellt, daß das Geschäft durch Schablonenhaftigkeit und Deckungsmöglichkeit geeignet ist, zum Börsenspiel benutzt zu werden. In seiner Entscheidung vom 28. Oktober 1899 Band 44 S. 103 hat zwar das Reichsgericht erklärt, daß das ihm vorliegende Geschäft ein Fixgeschäft sei, da in der bei jenem Geschäfte gestatteten Nachfrist von 2 Tagen lediglich eine „fixe Prolongation" liege. Gegen diese Auffassung, daß jenes Geschäft ein Fixgeschäft sei, haben wir uns in Anm. 19 zu § 376 ausführlich gewendet. Aber das Reichsgericht müßte, auch wenn es sich überzeugen würde, daß die auf Grund des Schlußscheins der Darmstädter Bank gehandelten Geschäfte keine Fixgeschäfte sind, den § 66 auf sie anwenden, wenn es konsequent bleiben und die logischen Folgerungen aus seinem prinzipiellen Standpunkte ziehen will.[1]) Auch die auf Grund des Schlußscheins der wiederhergestellten Berliner Produktenbörse (abgedruckt bei Rießer S. 80 ffg.) geschlossenen Geschäfte müßte das Reichsgericht unter § 66 stellen, obwohl jener Schlußschein den § 326 B.G.B. zu Grunde legt und überdies — päpstlicher als der Papst — stets, auch im Falle des § 326 Abs. 2 B.G.B. eine den Umständen angemessene Nachfrist dem Säumigen gewährt.[2]) Trotz alledem müßte das Reichsgericht und Jeder, der seiner prinzipiellen Auffassung folgt, den § 66 auch auf dieses Geschäft anwenden, sobald nur erhellt, daß auch dieses Geschäft den Charakter der Schablonenhaftigkeit angenommen hat, die parate Möglichkeit der Deckung und dadurch die Effektiverfüllung zu umgehen gewährt und das Publikum zum Börsenspiel heranzuziehen geeignet ist. Ja auch das Kassegeschäft ist nicht dagegen gefeit, von den Konsequenzen des reichsgerichtlichen Standpunktes ge-

---

[1]) Auch Freund in Holdheims Monatsschrift Band 6 S. 38 ignorirt das Kriterium des fixen Termins. Er spricht nur von zwei Kriterien, nämlich den beiden anderen von uns erwähnten. (Handeln nach Börsenbedingungen und amtlicher Kurs.) Dadurch kommt auch er zu einem ganz andern Begriffe der Börsentermingeschäfte und insbesondere zur Subjumirung der gewöhnlichen Zeitlieferungsgeschäfte unter dieselben. Allein sowohl im Sinne des § 48, der hier allein in Frage kommt, als auch im Sinne des § 51 Abs. 2 des Börsengesetzes, der in anderer Hinsicht wichtig ist, ist daran fest zu halten, daß vor allem ein Terminhandel, also ein Handel in Termingeschäften, vorliegen muß. Termingeschäfte aber sind nach § 48 Geschäfte mit festbestimmter Lieferungszeit, also Fixgeschäfte. Dies ergiebt schon die Uebereinstimmung der Definition mit der des früheren Art. 357 H.G.B., die sicherlich mit Absicht gewählt ist, dies ergiebt ferner der Umstand, daß die Termingeschäfte an den Börsen, welche das Börsengesetz treffen sollte, Fixgeschäfte waren, und dafür spricht endlich der Umstand, daß nur vom Fixgeschäft mit seinem festen Stichtage und dem unmittelbaren Anspruch auf die Preisdifferenz, wenn am Stichtage nicht erfüllt wird, einmal die wirthschaftliche Bedrängniß des Schuldners, der am bestimmten

troffen und unter § 66 des Börsengesetzes subsumirt zu werden. Denn auch dieses kann, wenn auch vielleicht nicht in allen Formen, geeignet sein, denjenigen typischen Charakter anzunehmen, welcher die parate Möglichkeit zur Deckung und damit zur Umgehung der Effektiverfüllung gewährt, und so das Publikum zum Börsenspiel heranzieht. Nach unserer Ansicht ist, wenn kein Fixgeschäft vorliegt, sondern z. B. ein Kassegeschäft oder ein nach § 326 B.G.B. zu beurtheilendes Lieferungsgeschäft, § 48 des Börsengesetzes nicht erfüllt und deshalb greift weder § 66, noch § 69 Platz.

ββ) Sie müssen nach Geschäftsbedingungen geschlossen sein, die von dem Börsenvorstand für den Terminhandel festgesetzt sind. Nach der Meinung des Reichsgerichts (Bd. 42 S. 44) genügen auch stillschweigend zugelassene Bedingungen, was nach unserer Meinung dem Begriffe der Festsetzung nicht entspricht. Aber das Reichsgericht meint weiter, daß auch das ganze Erforderniß fehlen kann, was wir noch weniger zu billigen vermögen (vergl. ausführlich oben Anm. 3). Nach unserer Meinung liegt ein Börsentermingeschäft nicht vor, wenn das Geschäft nicht nach Börsenbedingungen geschlossen ist, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind. Unerhebliche Abweichungen der Vertragsbedingungen von den vom Börsenvorstande festgesetzten sind allerdings gleichgiltig, wie dies auch bei der Entstehung des Börsengesetzes mehrfach betont wurde (Rießer S. 39). Anm. 8.

γγ) Es muß eine amtliche Feststellung von Terminpreisen für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte dieser Art erfolgen. Das Reichsgericht hält offenbar auch dieses Erforderniß für überflüssig (vergl. auch Rießer S. 32; auch oben Anm. 4 u. 5). Wir halten es für gleich wesentlich wie die anderen und meinen, daß die Bestimmungen des Börsengesetzes nicht Platz greifen auf Geschäfte, die dieses Erforderniß nicht aufweisen. Daß die betreffenden Geschäfte, um deren Charakter als Börsentermingeschäfte es sich gerade handelt, zu dem betreffenden amtlichen Kurse abgeschlossen wurden, ist nicht erforderlich, sondern nur, daß ein solcher Kurs amtlich notirt wird. Wird er aber amtlich nicht festgestellt, sondern nur privatim, so liegt kein Termingeschäft vor, auch wenn es sich um ein Fixgeschäft handelt und für dasselbe Geschäftsbedingungen maßgebend sind, welche der Börsenvorstand festgesetzt hat. Anm. 9.

γ) Dagegen ist nicht erforderlich, daß das Geschäft an der Börse geschlossen wird. Anm. 10.

δ) Endlich werden in gleicher Weise, wie die Börsentermingeschäfte selbst die Aufträge und Vereinigungen zum Abschluß von solchen behandelt. Durch die Aufträge sollen vornehmlich die Kommissionsgeschäfte getroffen werden. Es kann aber der Kommissionsauftrag hiernach ungiltig, das Ausführungsgeschäft giltig sein und umgekehrt. Zu den Vereinigungen gehören insbesondere die Gelegenheitsgesellschaften zum Abschluß solcher Geschäfte. Vereinigungen zum Abschlusse von Börsentermingeschäften sind also nur giltig, wenn die Gesell- Anm. 11.

Tage nicht erfüllt, und andererseits die Auflösung der Geschäfte in die verpönten reinen Differenzgeschäfte befürchtet wurde. Das gewöhnliche Zeitlieferungsgeschäft sollte nach wiederholter Erklärung im Parlament nicht getroffen werden. Es sollte nicht, wie Freund S. 43 meint, jede Geschäftsform getroffen werden, bei welcher der Lieferungstermin hinausgeschoben und dadurch ohne Festlegung von Kapital die Möglichkeit späterer Deckung erzielt wird (vergl. auch Bondi bei Holdheim 6 S. 140).

[2]) Nach dem Gesetze vom 14. Juni 1900 betreffend Abänderung des Reichsstempelgesetzes sind diese Börsen-Zeitgeschäfte in Waaren ausdrücklich dem Reichsstempel unterworfen worden. Gleiwohl vermögen wir darin nicht eine „Legalisirung" jener Geschäfte zu erblicken. Die Stempelgesetze beschäftigen sich mit der Giltigkeitsfrage nicht. Auch ergiebt sich die Ungiltigkeit auch nach dem Standpunkte des Reichsgerichts nicht aus der Urkunde, sondern aus den begleitenden Umständen, dem massenhaften Abschluß solcher Geschäfte an einem Markte.

schafter in das Börsenregister eingetragen sind. Ob die von der Gesellschaft geschlossenen Börsentermingeschäfte ungiltig sind, ist eine andere Frage. Getroffen ist auch eine stille Gesellschaftsbetheiligung beim Geschäftsbetrieb eines Bankiers, wenn sie zum Abschluß von Börsentermingeschäften erfolgt (Motive S. 51). Ebenso sind offene Handelsgesellschaftsverträge, welche diesen Zweck verfolgen, ungiltig, bezw. insoweit ungiltig, als sie diesen Zweck verfolgen. Hier genügt es für die Giltigkeit der Vereinigung, wenn die offene Handelsgesellschaft in das Börsenregister eingetragen wird.

Anm. 12. ε) Dagegen ist ein Darlehn zum Zwecke des Abschlusses von Börsentermingeschäften nicht ungiltig (vergl. unten Anm. 61, besonders auch über Scheindarlehen).

Anm. 13. 2. **Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen kommen die Sondervorschriften des Börsengesetzes über die Wirksamkeit und Unwirksamkeit von Börsentermingeschäften in Geltung.**

a) Ist ein Theil in das Börsenregister nicht eingetragen, so wird ein Schuldverhältniß nicht begründet. Auch die bestellten Sicherheiten und abgegebenen Schuldanerkenntnisse sind unwirksam und nur eine Rückforderung dessen, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist, findet nicht statt.

Anm. 14. α) Demgemäß können Ansprüche aus solchen Geschäften weder eingeklagt noch zur Aufrechnung benutzt werden.

Auch Auslagen können nicht ersetzt verlangt werden (z. B. Stempel und Provisionen).

Pfänder und Pfandrealisirungen können zurückgefordert werden (vergl. R.G. 30 S. 214; 37 S. 416; 38 S. 238; vergl. auch R.G. 35 S. 289). Werden aber Pfänder mit Einwilligung des Schuldners realisirt und der Erlös mit seiner Einwilligung zur Deckung verwendet, so liegt Leistung zum Zwecke der Erfüllung vor und diese kann nicht zurückgefordert werden. Hypotheken, bestellt für Börsenterminschulden, sind ungiltig (R.G. vom 25. April 1900 in J.W. S. 495); aber dem dritten redlichen Erwerber kann der Einwand nicht gemacht werden (§ 1138 B.G.B.). Auch ein gezahlter „Einschuß" kann zurückgefordert werden, er mag als Sicherheit oder als Vorschußzahlung geleistet sein. Denn in keinem Falle ist dies eine Leistung bei oder nach abgewickeltem Geschäft (vergl. R.G. 38 S. 232).

Bürgschaften für solche Geschäfte sind ungiltig (R.G. vom 25. April 1900 in J.W. S. 495; R.G. 37 S. 216; 38 S. 238; vergl. Anm. 2 zu § 349).

Anm. 15. β) Auch das Anerkenntniß macht die Schuld nicht giltig. Darüber, ob sich das auch auf das Anerkenntniß eines Kontokurrentsaldos bezieht und wie sich die Frage stellt, wenn ein Theil der solchergestalt anerkannten Schulden Börsenterminschulden waren, ein anderer Theil aber sonstige, giltige Schulden, s. Anm. 30 und 31 zu § 355. Danach macht das in der Saldofeststellung liegende Anerkenntniß die zu Grunde liegenden Forderungen nicht giltig und der Saldo ist insoweit nicht einklagbar. Soweit aber in der Saldofeststellung eine Verrechnung von Zahlungen und Gegenforderungen des Terminschuldners liegt, kann dies an sich heilend wirken auf die zu Grunde liegenden unwirksamen Geschäfte. Allein dieser heilenden Wirkung steht meist eine andere Vorschrift entgegen: der § 139 B.G.B. Mag auch von den in der Saldofeststellung liegenden Geschäften nur der eine Theil (das Anerkenntniß) nicht im Stande sein, die unwirksamen Geschäfte wirksam zu machen, während der andere Theil (die Verrechnung von Zahlungen und Forderungen) diese Kraft besitzt, so wird doch meist der ganze Rechtsakt der Saldofeststellung in Folge der Ungiltigkeit jenes einen Theils ungiltig sein. Denn meist wird nicht anzunehmen sein, daß die Verrechnungserklärung ohne das Anerkenntniß abgegeben worden wäre (auf diesem Gedankengang beruht wohl auch das Urtheil des Reichsgerichts vom 11. April 1900 in J.W. S. 445). Ungiltig ist es, wenn die Börsenterminschuld in eine Darlehnsschuld umgewandelt wird. Denn nach § 607 Abs. 2 B.G.B. setzt diese Novation

voraus, daß der eine Theil dem andern etwas schuldet, und das ist hier nicht der Fall.

Was auf die Anerkenntnißschuld gezahlt ist, kann natürlich nicht zurückgefordert werden. Darüber gilt das Folgende.

γ) Nur das kann nicht zurückgefordert werden, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts zu seiner Erfüllung geleistet worden ist. Anm. 16.

Als Leistung zur Erfüllung gilt außer der Baarzahlung jede andere Erfüllung, wenn sie als solche angenommen wurde, insbesondere auch die Hingabe an Zahlungsstatt (R.G. 35 S. 197), ferner auch der Fall, wo der Schuldner dem Gläubiger nach Abwicklung des Geschäfts Sachen oder Werthpapiere giebt, damit er sie veräußere und den Erlös auf die Schuld verrechne; auch die vereinbarte Aufrechnung, hier sog. Verrechnung (R.G. 35 S. 288), aber nur die nach erledigtem Geschäfte vereinbarte Aufrechnung, die nicht ersetzt wird durch eine im Voraus erfolgte Abrede, der Schuldner solle das im Voraus hingegebene Geld als Zahlung auf die Schuld eventuell gelten lassen (R.G. 38 S. 238). Dabei ist unter völliger Abwicklung des Geschäfts der Zeitpunkt zu verstehen, wo es sich nur noch um einen Geldanspruch handelt, während die Lieferung bereits erfolgt ist oder sich durch Realisirung oder Schadensberechnung erledigt hat. In dieser Weise kann auch ein Theil des Geschäfts „völlig abgewickelt" sein. Wenn der Bankier die Stücke angeschafft und der Kunde einen Theil des Kaufpreises bezahlt hat, der Rest ihm aber gestundet worden ist und der Bankier für diesen gestundeten Rest die Stücke im Depot behält, so ist gezahlt bei Abwicklung des Geschäfts, es besteht nur noch ein Geldanspruch. Wenn dagegen der Bankier den Kunden zwar auf Stückkonto erkannt, ihm aber die Stücke nicht übergeben oder sonst übereignet hat, sondern nur ein Anspruch des Kunden an den Bankier auf Lieferung der Stücke besteht, so ist das Geschäft noch nicht abgewickelt.

Was vor Abwicklung des Geschäftes gegeben ist, kann auch dann zurückgefordert werden, wenn nachher abgewickelt worden ist, soweit nicht in der nachträglichen Abwicklung giltige Erfüllungshandlungen liegen.

δ) Bei Wechseln muß hiernach unterschieden werden:

Werden sie als Einschuß oder Vorschuß oder zur Sicherheit gegeben, so können sie zurückgefordert werden. Der erhobenen Wechselklage kann der Einwand, falls die sonstigen Voraussetzungen des Art. 82 vorliegen, entgegengesetzt werden. Das Gleiche gilt von Wechseln, welche zahlungshalber gegeben sind; denn auch diese sind nur Anerkenntnisse, keine Leistungen (Bolze 20 Nr. 526; R.G. vom 3. April 1900 in J.W. S. 448; vergl. Staub W.O. § 37 zu Art. 82). Daß Wechsel, die an Zahlungsstatt gegeben werden, als wirkliche Zahlung gelten, hat das Reichsgericht (Bd. 35 S. 197) bejaht, dagegen im Urtheil vom 22. Juni 1896 in J.W. S. 421 verneint (in letzterem Sinne auch R.G. vom 25. April 1900 in J.W. S. 495). Man muß unterscheiden, ob es Wechsel sind, welche dem Schuldner gehören und fremde Unterschriften tragen, oder solche Wechsel, welche lediglich die Unterschrift des Schuldners tragen. Im ersteren Falle liegt eine Leistung zur Erfüllung im Sinne des § 66 vor, im letzteren lediglich ein Schuldanerkenntniß. Im ersteren Falle hat zwar das eigene Giro des Schuldners keine verpflichtende Kraft, aber die Uebertragungswirkung des Giros bleibt bestehen. Anm. 17.

Wird der zahlungshalber oder an Zahlungsstatt gegebene Wechsel mit lediglich eigener Unterschrift vom Schuldner freiwillig eingelöst, so liegt nunmehr eine Leistung zur Erfüllung des Geschäfts vor, aber auch wenn er an dritte redliche Erwerber nothgedrungen gezahlt hat, kann das Gezahlte vom Terminschuldner nicht zurückgefordert werden; denn auch hier liegt Leistung zur Erfüllung des Geschäfts vor. Solche Wechseleinlösung ist wirkliche Zahlung (R.G. 35 S. 196; R.G. vom 22. Juni 1896 in J.W. S. 420, 421). Nur muß die Sache so liegen, daß der Wechselgeber zur Zeit der Weiterbegebung des Wechsels durch den Wechselnehmer Anm. 18.

mit derselben einverstanden war (R.G. vom 6. Mai 1899 bei Holdheim 8 S. 188 ffg.), was allerdings (anders das Reichsgericht a. a. O.) angenommen werden muß, solange er nicht widerspricht: seine in der Hingabe des Wechsels liegende Genehmigung der Weiterbegebung muß als fortdauernd wirkend erachtet werden; anders auch nicht, wenn der Schuldner in Konkurs geräth. Sache des Konkursverwalters ist es, der Begebung zu widersprechen.

Anm. 18a. Wird ein vorschußweise oder zur Sicherheit gegebener Wechsel nach erledigtem Geschäfte freiwillig bezahlt, so liegt wirkliche Zahlung vor. Wird er aber nothgedrungen an den redlichen Erwerber bezahlt, sei es vor oder nach erledigtem Geschäfte, so kann der Gezahlte zurückgefordert werden. Denn in diesem Falle lag in der Hingabe des Wechsels keine bedingte Leistung nach erledigtem Geschäft, sondern eben nur ein Vorschuß oder eine Sicherung vor.

Anm. 18b. Von Verpflichtungsscheinen gilt das Analoge.

Anm. 19. ε) Ein Rückforderungsrecht aus sonstigem Grunde ist auch hinsichtlich dessen zulässig, was bei oder nach völliger Abwicklung des Geschäfts gezahlt ist. Z. B. wegen Irrthums oder Betruges. Aber eine Zurückforderung, die lediglich darauf gestützt wird, daß man nicht gewußt hat, es lägen ungiltige Börsentermingeschäfte vor, ist nicht begründet, und zwar schon nach § 66 Abs. 4, außerdem aber auch nach § 814 B.G.B.

Anm. 20. ζ) Auch ein Vergleich über eine Börsenterminschuld ist unwirksam (vergl. Bolze 20 Nr. 526; R.G. 37 S. 417). Selbst ein gerichtlicher Vergleich über eine solche Schuld ist nichtig, auch wenn der Börsentermingeschäftscharakter im Prozesse nicht zur Sprache kam (R.G. 37 S. 418). Das auf Grund des Vergleichs Geleistete kann natürlich nicht zurückgefordert werden. Davon gilt das oben Anm. 16 Gesagte. Auch soweit in dem Vergleiche etwas anderes als eine Anerkennung, z. B. ein Verzicht liegt, ist er giltig. Ebenso ist eine im Vergleich liegende Verrechnung giltig, sofern nicht die Verrechnung selbst etwa deshalb ungiltig ist, weil, wie das häufig in solchen Fällen geschieht, zunächst ein Terminschuldsaldo anerkannt und gegen diesen dann aufgerechnet wird. In den letzteren Fällen ist die Verrechnung ungiltig, weil nur gegen eine wirkliche Forderung aufgerechnet werden kann, der anerkannte Terminschuldsaldo aber keine wirkliche Forderung ist, auch nicht etwa als Terminschuld gilt, welche der Tilgung durch Verrechnung fähig wäre. Sind hiernach einzelne Bestandtheile des Vergleichs giltig, andere ungiltig, dann hängt es von § 139 B.G.B. ab, ob hier der ganze Vergleich giltig oder ungiltig ist (vergl. oben Anm. 15). — Ferner ist die bei Schließung eines Börsentermingeschäftes getroffene Vereinbarung, daß ein bestimmtes Rechtsmittel, z. B. die Revision, ausgeschlossen wird, ungiltig, weil das ganze Geschäft ungiltig ist (R.G. 36 S. 423).

Anm. 21. η) Auch das ergangene schiedsgerichtliche Urtheil kann mit dem Einwande aus § 66 angefochten werden, weil sich derselbe als Geltendmachung der Nichtigkeit des ganzen Vertrages, von welchem der Schiedsvertrag rechtlich nicht zu trennen ist, darstellt (R.G. 27 S. 379; 31 S. 398). Jedoch ist nach Ansicht des Reichsgerichts diese Geltendmachung zwar nicht dadurch verwirkt, daß sich der Schuldner auf das schiedsgerichtliche Verfahren überhaupt nicht eingelassen hat (R.G. 31 S. 399), wohl aber dadurch, daß er sich eingelassen hat, ohne dort den Einwand zu erheben (R.G. 27 S. 380), wenn auch der allgemeine Widerspruch genügt, daß ein Börsentermingeschäft vorliege (Bolze 20 Nr. 844), und auch ein sonstiges stillschweigendes Bestreiten der Zulässigkeit der schiedsgerichtlichen Prozedur genügt (R.G. 43 S. 408). Verlangt aber der Terminschuldner selbst z. B. durch Erhebung einer Widerklage die Entscheidung des Schiedsgerichts, so kann er die Unzulässigkeit des Verfahrens im ordentlichen Prozesse nicht mehr einwenden (R.G. 43 S. 408).

Anm. 22. ϑ) Die Ungiltigkeit des Geschäftes muß von Amtswegen berücksichtigt werden. Keine der Parteien kann auf diese Berücksichtigung verzichten. Sobald

erhellt, daß ein Börsentermingeschäft vorliegt und ein Theil nicht eingetragen ist, kann der Richter ein verurtheilendes Erkenntniß nicht fällen (R.G. vom 8. Juli 1899 bei Holdheim 8 S. 247, jetzt auch citirt in R.G. 44 S. 52). Dagegen hat der Richter nicht das Recht, inquisitorisch zu forschen, ob beide Theile eingetragen sind (abweichend Freund bei Holdheim 6 S. 174).

ι) Gleichgiltig ist, ob das Geschäft im Auslande geschlossen, auch gleichgiltig, ob es im Auslande zu erfüllen ist (§ 68 Abs. 1 des Börsengesetzes). Auch ist es nicht gerade nothwendig, daß es im Auslande geschlossen ist nach hiesigen Börsenbedingungen, es genügt, daß es im Auslande geschlossen ist nach ausländischen Börsenbedingungen (R.G. 43 S. 91; vergl. auch R.G. vom 8. Juli 1899 bei Holdheim 8 S. 247; R.G. vom 24. April 1900 in der Deutschen Juristenzeitung Band 5 S. 253). Anm. 23.

Verschieden hiervon ist die Frage, ob ein über ein nichtiges Börsentermingeschäft ergangenes ausländisches Urtheil in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden kann. Das muß nach der neuen Vorschrift der C.P.O. (§ 328 Nr. 4 C.P.O.) verneint werden. Danach ist die Anerkennung des Urtheils eines ausländischen Gerichts ausgeschlossen, wenn die Anerkennung gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Unter diesen Gesetzesworten ist (analog unseren Ausführungen in Anm. 5 im Exkurse zu § 372) der Fall zu verstehen, daß die fortgesetzte Vollstreckung derartiger ausländischer Urtheile in Deutschland einen Zustand schaffen würde, welchen der deutsche Gesetzgeber aus Gründen des Gemeinwohles durch ein deutsches Gesetz beseitigen oder nicht aufkommen lassen wollte. Dieser Fall liegt hier vor. Denn durch die fortgesetzte Zulassung der Vollstreckung des ausländischen Urtheils würde der durch § 66 des Börsengesetzes erstrebte Zweck vereitelt werden, der dahin geht, durch Versagung der richterlichen Anerkennung der Börsentermingeschäfte das Publikum vom Börsenspiel fernzuhalten und dadurch eine Gefahr für die Wohlfahrt weiter Kreise des Volkes zu bannen. Anm. 24.

b) Sind aber beide Theile in das Börsenregister eingetragen, so ist das Geschäft giltig. Anm. 25.

α) Die hier gegebene Giltigkeitsvorschrift bezieht sich nur auf die Geschäfte des § 48 des Börsengesetzes und diejenigen Geschäfte, welche nur in unerheblichen Punkten von jener Begriffsbestimmung abweichen. Die Judikatur des Reichsgerichts, nach welcher auch erheblich abweichende Geschäfte, wenn sie zur Umgehung des Gesetzes geschlossen werden, unter den § 66 fallen, greift hier nicht Platz. Unter den § 69 fallen solche Geschäfte nicht, wie auch das Reichsgericht Band 42 S. 49 selbst hervorhebt. Denn an die Umgehung können zwar die Nachtheile geknüpft werden, welche an das verbotene Geschäft geknüpft waren, aber die Vortheile, welche an das rite abgeschlossene Geschäft geknüpft werden, werden den Umgehungsgeschäften nicht zu Theil. Solche Geschäfte also, welche von § 48 erheblich abweichen, aber doch den allgemeinen Charakter von schablonenhaften Börsengeschäften haben, sind zwar nach der Judikatur des Reichsgerichts nichtig, wenn sie unter nicht eingetragenen Personen geschlossen werden; aber dadurch, daß sie zwischen eingetragenen Personen geschlossen werden, werden sie nicht ohne Weiteres giltig und dem Einwande des Differenzgeschäfts entzogen. Des Vorzugs des § 69 wird vielmehr nur ein Geschäft theilhaftig, welches dem § 48 im Wesentlichen entspricht.

β) Die Geschäfte sind giltig. Das ist zwar nicht besonders, aber im § 66 implicite ausgesprochen. Die Giltigkeit im Falle der Eintragung ist die Umkehrung der im § 66 für den Fall der Nichteintragung angeordneten Ungiltigkeit. Im § 69 wird noch eine besondere Giltigkeitsvorschrift gegeben. Die Giltigkeit wird verschärft durch ein Privilegium: gegen Ansprüche aus solchen Börsentermingeschäften Anm. 26.

ist nämlich der Einwand, daß die Erfüllung durch Lieferung vertragsmäßig ausgeschlossen sei, versagt. Also auch dann, wenn wirklich die Erfüllung vertragsmäßig ausgeschlossen war, kann ein Einwand darauf nicht gestützt werden. Der Differenzeinwand ist damit hier vollständig beseitigt und kann auch „auf andere Momente" nicht gestützt werden, da der einzige Inhalt des Differenzeinwandes niemals ein anderer gewesen ist, als die Behauptung, die Effektivlieferung sei durch Abrede ausgeschlossen, eine Behauptung, auf welche eben bei Börsenterminegeschäften fortan ein Differenzeinwand nicht gestützt werden kann (dies gegen den entgegengesetzten unklaren Ausspruch der Motive zum Börsengesetz S. 53; Näheres hierüber Staub bei Holdheim 6 S. 70; zust. Freund bei Holdheim 6 S. 177). Der Differenzeinwand muß auch nach dem neuen Recht zwischen eingetragenen Personen als vollständig beseitigt gelten, obwohl der § 764 B.G.B. nicht eine Vereinbarung des Ausschlusses effektiver Erfüllung voraussetzt, sondern sich mit der erkennbaren Absicht begnügt; denn das war ja gerade der Zweck des durch Art. 14 Nr. V E.G. zum H.G.B. eingeschobenen Abs. 2 des § 69, dem § 764 B.G.B. die Geltung auf Börsenterminegeschäfte zwischen eingetragenen Personen zu versagen. Das ist der klare Sinn dieses Absatzes 2, und es ist nicht erfindlich, warum Gareis, Handelsrecht 6. Auflage ihm nachsagt: „Dunkel ist der Rede Sinn". (Uebereinstimmend mit uns Werner in der Deutschen Juristenzeitung Band 5 S. 249). Der Differenzeinwand ist hier aber auch insofern vollständig beseitigt, als er gegen alle Ansprüche aus Börsenterminegeschäften, nicht etwa bloß gegen die Klagen auf die Differenz versagt ist. Das geht aus dem umfassenden Wortlaut des § 69 (gegen „Ansprüche" aus Börsenterminegeschäften) und aus der Absicht desselben klar hervor: es sollten nicht die Differenzklagen beschützt, also die Spieldifferenz klagbar gemacht werden, sondern die Börsenterminegeschäfte unter eingetragenen Personen sollten ihres Spielcharakters entkleidet, die Börsenterminegeschäfte zum reellen Geschäft, der Einwand, Effektiverfüllung sei vertraglich ausgeschlossen, radikal beseitigt und damit der durch die Untersuchung der konkludenten Umstände erzeugten Rechtsunsicherheit begegnet werden, welche sämmtliche Zwecke nicht erreicht würden, wenn nur gegen die Klage auf die Differenz, nicht aber gegen die übrigen Ansprüche aus Börsenterminegeschäften der Differenzeinwand versagt wäre. Es kann also auch auf Lieferung und auf Abnahme geklagt werden. Solche Börsenterminegeschäfte sind hiernach wirklich reelle Geschäfte (Kauf oder Kommission u. s. w.). Denn ein Geschäft, welches alle Wirkungen eines Kaufs hat, ist ein Kauf. Oder sollte ein Spiel um eine Geldsumme vorliegen, aus welchem auf Lieferung einer Waare geklagt werden kann? (Dies gegen das Reichsgerichtsurtheil vom 29. Februar 1896 in J.W. S. 233; gegen Freund, Deutsche Juristenzeitung 1896 S. 215 u. 465; gegen Bondi bei Holdheim 6 S. 136; Näheres hierüber Staub bei Holdheim 6 S. 70).

Anm. 27. Selbstverständlich ist endlich, daß nicht bloß ein Einwand im engeren Sinne, eine eigentliche exceptio, auf jene Abrede nicht gestützt werden kann, sondern daß überhaupt die Wirksamkeit des Geschäfts durch die Vorschützung jener Abrede nicht in Frage gestellt werden kann, das Wort Einwand in § 69 ist in einem weiteren Sinne gebraucht.

Anm. 28. Und weiter ist selbstverständlich, daß eine Anfechtung aus sonstigem Grunde (wegen Irrthums, Betrugs u. s. w.) nicht ausgeschlossen ist (vergl. oben Anm. 19). Auch der Einwand des Scheins ist nicht ausgeschlossen. Besteht aber der Schein nur darin, daß nicht effektiv geliefert, die Differenz aber gezahlt werden soll, so ist ein hierauf gestützter Einwand gemäß § 69 nicht begründet.

Anm. 29. c) Ausnahmsweise ist das Geschäft auch ohne Eintragung wirksam, nämlich in Ansehung von Personen, welche im Inlande weder einen Wohnsitz, noch eine gewerbliche Niederlassung haben (§ 68 Abs. 2 des Börsengesetzes). Das trifft meist auf Personen zu, welche im Auslande wohnen, eigenthümlicher Weise aber auch auf deutsche Landstreicher (vergl. Cosack S. 397). Die Ausnahme bedeutet, daß eine solche Person

für die Frage der Wirksamkeit als eingetragen gilt. Schließt eine solche Person mit einer eingetragenen Person ein Geschäft ab, so ist es giltig. Ist der Gegenkontrahent nicht eingetragen, so ist das Geschäft ungiltig, aber nur, weil der Letztere nicht eingetragen ist.

Eine andere Ausnahme der hier beregten Art (Kontrahent nicht eingetragen, Geschäft doch wirksam) liegt vor, wenn ein Kontrahent im Register gelöscht, aber in der Gesammtliste noch eingetragen ist, es sei denn, daß der andere Theil von der Löschung Kenntniß hatte (§ 67 Abs. 2 des Börsengesetzes).

d) Umgekehrt ist in einem Falle das Geschäft ausnahmsweise nicht wirksam, obwohl beide Theile eingetragen sind, nämlich dann, wenn die Eintragung den Vorschriften des Börsengesetzes zuwider erfolgt ist und der Mangel dem andern Theil bekannt war (§ 67 Abs. 1 des Börsengesetzes). Anm. 30.

e) Dagegen ist die Rechtsfolge der Ungiltigkeit nicht geknüpft an den Thatbestand des § 78 des Börsengesetzes. Diese Strafvorschrift umfaßt zwar auch die Verleitung zu Börsentermingeschäften und findet auch Anwendung, wenn beide Theile eingetragen sind. Aber civilrechtliche Folgen knüpft das Gesetz an diesen Thatbestand nicht und hat es nicht knüpfen wollen, obgleich Wiener (Das Differenzgeschäft) und die Börsenenquête der Kommission dies vorgeschlagen hatte (Motive S. 60). Nothwendig aber ist die Folge der Ungiltigkeit bei Verbotsgesetzen nicht (vergl. § 134 B.G.B., Kammergericht vom 9. April 1900 in der Deutschen Juristenzeitung über das Verhältniß der Lotterieverbote zum § 763 B.G.B.). Anm. 31.

II. Die Differenzgeschäfte.

1. **Die Begriffsbestimmung und ihre Entstehungsgeschichte.** Ein reines Differenzgeschäft ist nach der Definition, welche § 764 B.G.B. giebt, ein auf Lieferung von Waaren oder Werthpapieren lautender Vertrag, der in der Absicht geschlossen ist, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Theil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Anm. 32.

Diese gesetzliche Begriffsbestimmung verdankt ihre Entstehung der bekannten Judikatur des Reichsgerichts (vergl. unsere 5. Aufl. §§ 32 ffg. zu Art. 357). Die Ergebnisse dieser Judikatur sollten festgelegt werden (vergl. den Kommissionsbericht zu § 764 B.G.B.). Aber sie sind nicht nur festgelegt, sondern der Begriff ist über die Konstruktion des Reichsgerichts hinaus erweitert worden. Denn das Reichsgericht hatte stets an dem Erfoderniß der Vereinbarung des Ausschlusses effektiver Erfüllung festgehalten, wenn es auch mit dem Erfordernisse dieser Vereinbarung etwas frei operirte, freier wohl als bei sonstigen Vereinbarungen. Die neue Vorschrift aber sieht davon ab, daß der Ausschluß der effektiven Erfüllung vereinbart worden ist, sie begnügt sich damit, daß die Absicht dahin ging, daß nur die Kursdifferenz gezahlt werden soll, und auch diese Absicht braucht nur bei dem einen Theile vorhanden zu sein, der andere Theil braucht sie nur gekannt zu haben; ja er braucht sie nicht einmal gekannt zu haben, wenn seine Nichtkenntniß auf Fahrlässigkeit beruhte. Anm. 33.

2. **Auf welche Geschäfte bezieht sich § 764 B.G.B.?** Es sollten damit alle diejenigen Börsengeschäfte getroffen werden, welche das Börsengesetz nicht treffen will. Das Börsengesetz ist als Spezialgesetz für eine bestimmte Klasse von Geschäften gedacht. Seine Vorschriften sollten durch § 764 B.G.B. nicht berührt werden, wie dies in § 69 Abs. 2 des Börsengesetzes einem entstandenen Zweifel gegenüber nachträglich hervorgehoben wurde. Indem der § 764 B.G.B. die Ungiltigkeit von börsenmäßigen Geschäften ausspricht, trifft er also die eigentlichen Börsentermingeschäfte nicht: die unter nicht eingetragenen Personen abgeschlossenen Börsentermingeschäfte sind vielmehr ungiltig auch ohne die besondere Voraussetzung des § 764 B.G.B., d. h. eo ipso wegen der bloßen Nichteintragung, ohne daß die Absicht nur die Kursdifferenz zu zahlen festgestellt wird, ja auch dann, wenn die gegentheilige Absicht festgestellt wird. Die unter eingetragenen Personen abgeschlossenen Anm. 34.

Börsentermingeschäfte aber sind giltig, auch wenn die Absicht der bloßen Kursdifferenzzahlung festgestellt wird.

Faßt man nun die Ungiltigkeitsvorschrift des Börsengesetzes in jenem weiten Sinne auf, den das Reichsgericht für zutreffend hält (vergl. oben Anm 3 und 4), indem jedes Geschäft unter § 66 des Börsengesetzes fällt, durch welches der Zweck des Gesetzes, die Fernhaltung des Publikums vom Börsenspiel, vereitelt wird, so wird die Anwendung des § 764 B.G.B. bedeutend eingeengt. Denn nach der Judikatur des Reichsgerichts sind ja alle börsenmäßigen Geschäfte unter nicht eingetragenen Personen ungiltig, auch wenn sie nicht gerade unter die Definition des § 48 fallen. Da nun andererseits die unter § 48 fallenden Geschäfte unter eingetragenen Personen durch § 69 des Börsengesetzes dem Differenzeinwande entzogen sind, so bleiben unter Zugrundelegung der Judikatur des Reichsgerichts für die Anwendung des § 764 B.G.B. nur übrig diejenigen börsenmäßigen Geschäfte, welche unter eingetragenen Personen abgeschlossen werden, aber nicht unter die Definition des § 48 fallen. Dadurch und durch den Umstand, daß die Eintragung des Börsenpublikums gänzlich unterbleibt, die Eintragung in das Börsenregister überhaupt fast ganz unpraktisch geblieben ist, sinkt des § 764 B.G.B. durch jene reichsgerichtliche Judikatur zur praktischen Bedeutungslosigkeit herab.[1])

Anm. 35. Wir erachten, hiervon abweichend, den § 764 B.G.B. für anwendbar auf alle diejenigen Börsengeschäfte, unter nicht eingetragenen Personen oder unten eingetragenen Personen, welche nicht unter § 48 des Börsengesetzes fallen, *also insbesondere auch auf Fixgeschäfte, bei welchen nicht alle Requisite des § 48 des Börsengesetzes vorhanden sind, und auf die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte.* Beim *Kassegeschäft* wird die Konstruktion des Differenzeinwandes schon schwieriger sein, aber begrifflich ist er auch hier möglich, und die Gerichte werden nicht gerade sonderlich abgeneigt sein, den Differenzeinwand beim Kassegeschäft z. B. dann zuzulassen, wenn zwar per Kasse gekauft worden ist, der Bankier sich aber ein für allemal oder jedesmal die Ermächtigung hat ertheilen lassen, über die angeschafften Papiere frei zu verfügen. In solchen Fällen kann leicht angenommen werden, daß es beiden Theilen nur um die Kursdifferenz des Anschaffungs- und Veräußerungstages zu thun war. Will der Bankier beim Kassegeschäft vor dem Differenzeinwande geschützt sein, so muß er die angeschafften Stücke stets dem Kunden ausliefern oder wenigstens effektiv in sein Depot legen. In der Entscheidung des Reichsgerichts vom 11. April 1900 (J.W. S. 445) ist ausgeführt, daß, wenn der Kunde die im Kassegeschäft durch die Bank verkauften Effekten niemals an die Bank oder an Dritte geliefert hat, die Vermuthung nahe liegt, daß auch bei ihnen keine reellen Geschäftsabschlüsse beabsichtigt worden seien. Der § 764 B.G.B. steht der Anwendung auf Kassegeschäfte nicht entgegen. Zwar lautet sein Wortlaut so, als bezöge er sich nur auf Zeitgeschäfte; allein die Worte sind nur schlecht gewählt, die zweifellose Absicht des Gesetzes ging dahin, alle Börsengeschäfte zu treffen, und darum muß der § 764 B.G.B. über seinen Wortlaut hinaus ausdehnend interpretirt werden[2]).

Anm. 36. **3. Die einzelnen Bestandtheile der Definition.**

a) *Ein auf Lieferung von Waaren oder Werthpapieren lautender Vertrag* muß es sein. Ueber Waaren und Werthpapiere s. Anm. 36 ffg. zu § 1. Kuxe fallen nicht darunter. Sollen Geschäfte über diese aus ähnlichen Gründen nichtig sein, so müssen die Erfordernisse des Scheingeschäfts nach §§ 117 und 118 B.G.B. vorliegen.

---

[1]) Eine eigenthümliche Konsequenz dieser Anschauung ist, daß hiernach, während der § 69 durch einen eingeschobenen Abs. 2 davor geschützt wurde, durch § 764 B.G.B. berührt zu werden, dieser selbst durch § 66 in seiner praktischen Bedeutung beinahe ganz aufgehoben wird.

[2]) Das ist eine ganz andere Art von Interpretation, als sie (vergl. oben Anm. 3 u. 4) das Reichsgericht beim § 66 des Börsengesetzes für zulässig hält. Dort will das Reichsgericht den § 66 nicht blos anwenden auf Geschäfte, die das Gesetz treffen wollte, sondern auf solche, die es nicht treffen wollte, die aber seinen wirthschaftlichen Zweck vereiteln.

b) Es muß die Absicht vorliegen, daß der Unterschied zwischen dem ver- Anm. 37.
einbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Theil an den gewinnenden gezahlt werden soll. Es genügt, wenn nur die Absicht des einen Theils auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Theil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

In den meisten Fällen werden die Rechtsregeln über das Scheingeschäft aus- Anm. 38.
reichen, um ein solches Geschäft für nichtig zu erklären. Denn meist wird eine wirkliche Vereinbarung vorliegen, daß nur die Kursdifferenz gezahlt werden soll. Ist dies der Fall, dann liegt ein Lieferungsvertrag nur dem Namen nach vor, in Wahrheit aber sind die auf Lieferung und Abnahme der Waare lautenden Verpflichtungserklärungen im gegenseitigen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben und das Geschäft ist deshalb nichtig (§ 117 Abs. 1 B.G.B.). Durch jene Erklärung soll in solchen Fällen nur das eigentliche Rechtsgeschäft durch das Spiel verdeckt werden und es gelten daher die für das Spiel geltenden Vorschriften (§ 117 Abs. 2 B.G.B.). Oft wird schon deshalb Nichtigkeit vorliegen, weil der eine Theil (der Kunde) die auf Lieferung und Abnahme gerichteten Erklärungen nicht ernstlich und in der Erwartung abgegeben hat, der Mangel der Ernstlichkeit werde von dem andern Theil (dem Bankier) nicht verkannt worden. Auch in diesem Falle ist das Geschäft schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nichtig (§ 118 B.G.B.).

Aber unser § 764 B.G.B. geht noch weiter. Wenn beide Theile die Absicht Anm. 39.
haben, nur die Kursdifferenz zu zahlen, nicht aber effektiv zu liefern und abzunehmen, so erblickt er darin die Erfordernisse eines Spielvertrages. Er geht also davon aus, daß, wenn die Parteien die Absicht haben, nicht effektiv zu erfüllen, sie auch die auf Lieferung und Abnahme gerichteten Verpflichtungserklärungen nicht ernstlich abgegeben haben, daß sie vielmehr in solchem Falle nur spielen wollten. Begrifflich zwingend ist diese Anschauung nicht (vergl. aus der früheren Judikatur R.O.H. 6 S. 224; 15 S. 278; R.G. 12 S. 17; Bolze 1 Nr. 1103; 14 Nr. 450). Haben die Parteien auch nicht die Absicht, einen Lieferungsvertrag durch wirkliche Lieferung und Abnahme zu lösen, sondern nur durch Zahlung der Differenz, des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, so wird dadurch die Ernstlichkeit des Lieferungsvertrages begrifflich nicht ausgeschlossen. Ihre Absicht und die Art, wie sie den Vertrag lösen wollen, ist nicht entscheidend für den Vertragscharakter. Man kann sich sehr wohl durch einen ernstlichen Lieferungsvertrag zur Lieferung verpflichten und doch die Absicht haben, den Lieferungsvertrag durch Zahlung der Differenz zu lösen. Man kann ja durch den anderen Theil im Wege Rechtens gezwungen werden, das Entgegengesetzte dessen zu thun, was man die Absicht hatte zu thun, nämlich zu erfüllen, wie es die übernommene Vertragspflicht gebietet. Aber das neue Gesetz geht nun einmal davon aus, daß, wenn beide Theile die Absicht haben, den Vertrag durch Zahlung der Differenz zu lösen, hierin nicht ein rechtlicher Lieferungsvertrag, sondern ein Spiel zu erblicken ist.

Das B.G.B. geht aber noch weiter: auch wenn nur ein Theil die Absicht hat, Anm. 40.
den Vertrag durch Zahlung der Differenz zu lösen, der andere Theil aber diese Absicht gekannt hat, liegt ein Spiel und kein ernstlicher Lieferungsvertrag vor. Begrifflich ist dies noch weniger zwingend. Denn der andere Theil, der diese Absicht nicht hat, hat es ja in der Hand, den, der jene Absicht hat, zu zwingen, seiner Absicht zuwider den Vertrag durch Erfüllung zu lösen. Die Absicht des einen Theils, nur die Differenz zu zahlen, geht den anderen Kontrahenten nichts an; aber das Gesetz bestimmt, daß in solchem Falle ein Spiel vorliegt.

Das Gesetz geht aber endlich noch weiter: auch dann, wenn der eine Theil die Anm. 41.
Absicht der Lösung des Vertrags durch Kursdifferenz hat und der andere Theil dies nicht wußte, diese Unkenntniß aber auf Umständen beruht, die er zu vertreten hat, liegt kein ernstlicher Kaufvertrag vor, sondern ein Spiel. Daß dies vollends begrifflich nicht zwingend ist, braucht nicht weiter hervorgehoben zu werden.

Anm. 42. 4. **Die Anwendung des § 764 B.G.B. im Einzelnen** wird sich anschließen an die Judikatur des Reichsgerichts und die hiernach für den Differenzcharakter sprechenden konkludenten Umstände. Das Reichsgericht hatte bekanntlich bei dem Differenzeinwande unter dem früheren Recht die für den Differenzcharakter sprechenden konkludenten Umstände in umfassendem Maße zur Anerkennung gebracht, und wenn auch die Begriffsbestimmung des Differenzgeschäfts nach § 764 B.G.B. eine andere, weitere ist, als die, welche das Reichsgericht unter dem früheren Recht gab, so war doch das Reichsgericht in der Anerkennung der konkludenten Umstände schon so weit gegangen, daß schon seine Rechtsprechung alle diejenigen Fälle traf, auf welche § 764 B.G.B. anwendbar ist. Denn das Reichsgericht hatte ja aus der Absicht der nichteffektiven Erfüllung, auch wenn nur der eine Theil diese Absicht hatte, dies aber dem andern erkennbar war, geschlossen, daß eine Vereinbarung nach dieser Richtung vorliegt (vergl. Bolze 20 Nr. 527; R.G. vom 28. Februar 1898 in J.W. S. 293).

Anm. 43. Wenn das Reichsgericht die nach früherem Recht nothwendige Vereinbarung als vorliegend erachtet hat, ohne Rücksicht auf den Hinweis darauf, daß der Spekulant durch das Geschäft sich decken kann, so muß dies jetzt noch mehr gelten. Jetzt, wo nicht eine Vereinbarung, sondern nur die erkennbare Absicht, nicht effektiv zu erfüllen, vorzuliegen braucht, greift noch mehr die Erwägung durch, daß „die bei allen Spekulationsgeschäften vorhandene börsenmäßige Möglichkeit der Deckung nur für den auf Gewinn durch Umsatz spekulirenden Kaufmann einen Sinn hat, nicht aber für den Spekulanten, der nicht umsetzen will und kann, weil er weder den Preis zahlen, noch die Waare liefern kann“ (vergl. Bolze 21 Nr. 499; R.G. vom 28. Februar 1898 in J.W. S. 293).

Anm. 44. Jetzt muß man daher mit noch größerem Recht als früher dazu gelangen, im Grunde genommen die Spekulationsgeschäfte jedes Privatmannes, die weiter reichen, als er durch Abnahme und Lieferung in natura erfüllen kann, für reine Differenzgeschäfte zu erklären. Dabei wird, wie früher, auf das Unvermögen der Abnahme und Lieferung in natura, auf das geringe Depot, den Lebensberuf, die Höhe der Umsätze Gewicht zu legen sein, desgleichen auf die bei den Verhandlungen gefallenen Erklärungen (z. B. Sie brauchen nicht abzunehmen). (Vergl. nach früherem Recht R.G. 34 S. 83 u. 264; Bolze 20 Nr. 528 u. 530). Jetzt noch mehr als früher muß betont werden, daß, wenn aus sonstigen Umständen — Vermögenslage, Lebensberuf, nicht erfolgten Lieferungen — ein Anzeichen (das Reichsgericht sagt: „eine Anzeige“) für das Differenzgeschäft vorliegt, nicht die allgemeine durch den Börsenverkehr gebotene Möglichkeit für Eingehung von Deckungsgeschäften genügt, um jene Anzeichen zu beseitigen, sondern nur der Nachweis bestimmter aus der konkreten Sachlage entnommener Gegenmomente (vergl. nach früherem Recht R.G. vom 16. u. 19. Dezember 1896 in J.W. 1897 S. 90 u. 91; Bolze 22 Nr. 465).

Anm. 45. Kein Hinderniß für das Vorliegen der Absicht der bloßen Differenzzahlung und dem zu Folge des reinen Differenzcharakters ist das Bestehen von Schlußscheinen, in denen Effektiverfüllung vereinbart ist. Das ist, wenn die Absicht der bloßen Differenzzahlung als vorhanden anzunehmen ist, nur die Form, in welche das Spiel gekleidet wurde (R.G. 30 S. 29; Bolze 14 Nr. 450, 451; 22 Nr. 465).

Anm. 46. Daß der Bankier nur als Kommissionär beauftragt wurde, die Geschäfte für den Kunden auszuführen, ist für das Reichsgericht (R.G. 34 S. 83 u. 264) kein Hinderniß für die Annahme des Differenzgeschäfts. Das ist auch nach neuem Recht dann richtig, wenn die Umstände dafür sprechen, daß ein eigentlicher Auftrag nicht vorliegt, sondern daß die Absicht dahin geht, die Stücke nicht effektiv abzunehmen oder abzuliefern, die zwischen Kommittent und Kommissionär entstehenden Rechtsbeziehungen vielmehr durch Differenzzahlungen zu lösen. Der § 764 B.G.B. kommt dann mindestens zur analogen Anwendung.

Darüber, ob ein ernstgemeinter Auftrag zum Abschluß von reinen Differenzgeschäften giltig ist, siehe unten Anm. 60.

Anm. 47. 5. **Die Rechtsfolge des Vorliegens eines Differenzgeschäfts** ist, daß der Vertrag als Spiel aufzufassen ist. Ueber die Rechtsfolgen des Spiels aber sagt § 762 B.G.B.:

Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Theil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Theile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntniß.

Es wird also ein Schuldverhältniß nicht begründet; Verbindlichkeiten, die zum Zweck der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen waren, insbesondere Schuldanerkenntnisse, sind ebenfalls ungiltig, und nur das auf Grund des Spiels Geleistete kann nicht zurückgefordert werden.

a) Klage und Einrede aus solchen Geschäften wird versagt. Es kann Anm. 48.
weder die Auszahlung des Gewinnes verlangt, noch die Bezahlung des Verlustes, noch auch Lieferung, oder Abnahme der Waare, noch auch Ersatz von Auslagen (Stempel und Provision) verlangt werden.

Auch die bestellten Sicherheiten sind unwirksam (R.G. vom 25. April 1900 in J.W. S. 495; warum Cosack, Bürgerliches Recht § 157 Nr. 2a das Rückforderungsrecht von Sicherheiten ausschließen will, ist nicht klar). Nur das auf Grund des Spiels Geleistete d. h. zur Erfüllung Geleistete kann nicht zurückgefordert werden). Pfänder und Pfandrealisirungserlöse können daher zurückgefordert werden (vergl. oben Anm. 14); werden aber Pfänder mit Einwilligung des Schuldners realisirt und zur Deckung verwendet, so liegt wirkliche Leistung auf Grund des Spiels vor, und es kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden (vergl. oben Anm. 14).

Auch ein gezahlter Einschuß kann zurückgefordert werden, sofern er ein Depot Anm. 49.
ist, eine Hingabe zur Sicherung. Denn wenn auch „das auf Grund des Spiels Geleistete" nicht zurückgefordert werden kann, so ist doch ein solcher Einschuß nicht auf Grund des Spiels „geleistet", sondern nur zum Zwecke der Sicherung der künftigen Spielschuld gegeben. Leisten heißt aber im Sinne des B.G.B. erfüllen (vergl. § 241 und zahlreiche andere Stellen). Auf Grund des Spiels leisten heißt eine Spielverbindlichkeit erfüllen. Ist aber der Einschuß eine Vorschußzahlung, so kann er nicht zurückgefordert werden; denn das Geleistete braucht nicht gerade nach Entscheidung des Spiels gegeben zu werden, um der Zurückforderung entzogen zu sein (Planck, Anm. 2a zu § 762 B.G.B.). Die Entscheidung des Reichsgerichts Band 38 S. 232, welche sich für das Recht der Rückforderung eines Einschusses ausspricht, kann daher nur dann auf das neue Recht angewendet werden, wenn es ein Einschuß zum Zwecke der Sicherung ist; die Annahme, daß nur das der Zurückforderung entzogen sei, was nach verlorenem Spiel, also nach Entscheidung des Spiels geleistet ist, trifft für das Recht des B.G.B. nicht zu. Eine geleistete Bürgschaft ist ungiltig (vergl. Anm. 2 zu § 349).

b) Für Schuldanerkenntnisse und Novation gilt das oben Anm. 15 Gesagte. Anm. 50.

c) Nur das kann nicht zurückgefordert werden, was auf Grund des Spiels Anm. 51.
geleistet worden ist. Es bedeutet das nicht dasselbe, wie die in den § 66 des Börsengesetzes gebrauchten Worte: das bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts Geleistete. Vielmehr kann alles, was auf Grund des Spiels geleistet ist, auch das, was vor Entscheidung des Spiels, also vor Abwickelung des Geschäfts, geleistet ist, nicht zurückgefordert werden kann (vergl. Anm. 49).

Mit dieser Maßgabe aber gilt das oben Anm. 16 Gesagte. Vergl. daselbst Anm. 52.
Näheres, insbesondere über die Hingabe an Zahlungsstatt, besonders den Fall, wo Papiere zum Verkauf und zur Verrechnung gegeben wurden, über die vereinbarte Kompensation oder Verrechnung. Die im Voraus vereinbarte Kompensation gilt hier ebenfalls nicht: denn sie enthält eine Verbindlichkeit, die zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen wird, es ist die Verbindlichkeit, sich die künftige Aufrechnung gefallen zu lassen, und daher nach § 762 Abs. 2 B.G.B. ungiltig. Sie enthält nicht

etwa eine bedingte Aufrechnung, und würde sie eine solche enthalten, so wäre sie nach § 388 B.G.B. unwirksam.

Anm. 53. d) Bei Wechseln muß unterschieden werden:

Werden sie als Einschuß zur Sicherheit gegeben, so können sie zurückgefordert werden. Der erhobenen Wechselklage kann der Einwand, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Art. 82 vorliegen, entgegengesetzt werden. Das Gleiche aber gilt von Wechseln, welche vorschußweise gegeben sind; denn sie enthalten eine Verbindlichkeit, welche zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingegangen wird, weshalb § 762 Abs. 2 B.G.B. Platz greift. Und ebenso gilt dies von Wechseln, welche Zahlungshalber gegeben werden (vergl. nach früherem Recht Bolze 20 Nr. 526; vergl. auch Staub W.O. § 37 zu Art. 82). Die Zweifelsfrage, ob ein an Zahlungsstatt gegebener Wechsel die Unwirksamkeit der Differenzschuld heilt, wird jetzt gelöst durch § 762 Abs. 2 B.G.B. Denn auch ein solcher Wechsel ist eine Verbindlichkeit, welche der verlierende Theil zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld eingeht, (vergl. R.G. vom 25. April 1900 in J.W. S. 495), doch gilt das nur für Wechsel, welche lediglich die eigene Unterschrift des Schuldners tragen; werden Wechsel, die der Schuldner in Händen hat, und die die Unterschrift anderer Personen tragen, an Zahlungsstatt zur Begleichung einer Differenzschuld gegeben, so ist zwar das eigene Giro des Schuldners insofern bedeutungslos, als es keine Verpflichtung erzeugt, aber die Uebertragungswirkung des Giros bleibt bestehen (vergl. oben Anm. 17).

Anm. 54. Wird der vorschußweise oder zahlungshalber oder an Zahlungstatt gegebene Wechsel mit lediglich eigener Unterschrift vom Schuldner freiwillig eingelöst, so liegt wirkliche Zahlung vor. Aber auch wenn einem dritten redlichen Erwerber nothgedrungen bezahlt werden mußte, kann das Gezahlte vom Differenzschuldner nicht zurückgefordert werden; denn auch hier liegt wirkliche Zahlung vor; ein Zahlungsversuch, der nunmehr definitiv geworden ist (R.G. 35 S. 196; R.G. vom 22. Juni 1896 in J.W. S. 420, 421). Nur muß die Sache so liegen, daß der Wechselgeber zur Zeit der Realisirung des Wechsels durch den Wechselnehmer noch mit derselben einverstanden war (R.G. vom 6. Mai 1899 bei Holdheim 8 S. 188 flg.), was allerdings (anders in dieser Hinsicht a. a. O.) angenommen werden muß, wenn er nicht widerspricht: seine bei der Hingabe erfolgte Genehmigung muß als fortdauernd wirksam erachtet werden; anders auch nicht, wenn der Differenzschuldner in Konkurs geräth.

Von Verpflichtungsscheinen gilt das Analoge.

Anm. 55. e) Die Zurückforderung wird auch dadurch nicht möglich, daß der Differenzschuldner nicht gewußt hat, es handle sich um eine klaglose Differenzschuld.

Wohl aber sind andere Anfechtungsgründe nicht ausgeschlossen (wegen Irrthums, Betrugs u. s. w.). Vergl. hierüber oben Anm. 19.

Anm. 56. f) Ueber Vergleiche gilt das oben Anm. 20 Gesagte.

Anm. 57. g) Ueber das schiedsgerichtliche Urtheil gilt das in Anm. 21 Gesagte.

Anm. 58. h) Gleichgiltig ist auch hier, ob das Geschäft im Auslande geschlossen ist, auch gleichgiltig, ob es im Auslande zu erfüllen ist (vergl. oben Anm. 23; auch Bolze 22 Nr. 11).

Ein im Auslande ergangenes Urtheil aus einer Differenzschuld kann im Inlande nicht vollstreckt werden. Die Begründung ist die gleiche, wie oben Anm. 24.

Anm. 59. i) Gesellschaftsverträge zum Zwecke des Abschlusses von Differenzgeschäften sind jedenfalls insoweit giltig, als auf Zahlung des Verlustes oder Gewinnes geklagt werden kann (R.G. 43 S. 152, wo auch auf die Bestimmungen des B.G.B. Bezug genommen ist). Die weitere Frage, ob aus solchen Gesellschaftsverträgen auf Zahlung von Einschüssen zum Zwecke der Ausführung und auf Ausführung von Differenzgeschäften geklagt werden kann, läßt das Reichsgericht in Band 43 S. 152 dahingestellt. Sie ist zu bejahen. Wie das Reichsgericht in dieser Entscheidung anerkennt, ist das Differenz-

geschäft weder ein verbotenes, noch ein unsittliches Geschäft. Ist dies aber der Fall, und ist deshalb, wie das Reichsgericht weiter anerkennt, die gesellschaftliche Vereinigung zum Abschlusse von solchen Geschäften überhaupt giltig, dann ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch auf Erfüllung dieser Societät in jeder Beziehung geklagt werden kann. Warum sollen sich zwei Personen nicht giltig vereinigen können, um Geschäfte zu machen, die klaglos sind? Muß denn der erstrebte Gesellschaftszweck rechtlich erzwingbar sein? Es genügt vielmehr, wenn er sittlich und nicht gesetzlich unzulässig ist.

Anm. 60. Das Gleiche muß gelten von Aufträgen zu Differenzgeschäften (vergl. nach früherem Recht R.G. 40 S. 259; 43 S. 151; anders Cosack, Bürgerliches Recht I § 157 Nr. 2a), jedoch mit der Maßgabe, daß das Auftragsverhältniß nicht dazu dienen darf, ein Spiel zwischen dem Auftraggeber und Beauftragten zu arrangiren und zu verdecken (hierüber oben Anm. 46).

Anm. 61. Ein Darlehn zum Zwecke des Abschlusses von Differenzgeschäften ist giltig (vergl. Planck Vorbem. III vor § 762 B.G.B.; Cosack, Bürgerl. Recht I § 157 Nr. 2a). Es darf aber natürlich die Sache nicht so liegen, daß die Form des Darlehns nur zum Schein gewählt wurde, um die Differenzschuld als ausgeglichen anzusehen und eine Klage aus dem Darlehn zu begründen, wie z. B. wenn ein Bankier dem Kunden erklärt, er stelle dem Kunden ein Darlehn zur Verfügung und bitte den Kunden, ihm das zur Verfügung gestellte Geld zur Ausgleichung des Differenzkontos zu überweisen. Das solchergestalt gewährte Darlehn würde unklagbar sein. Denn in Wahrheit ist nichts weiter beabsichtigt, als buchmäßige Ausgleichung des Differenzkontos und gleichzeitige Entstehung einer anscheinend klagbaren Verbindlichkeit.

6. **Die Beweislast** für das Vorliegen eines Differenzgeschäfts trifft den Schuldner, weil die Vermuthung für die Kongruenz der Erklärung mit der Parteiabsicht spricht (R.G. vom 10. Februar 1897 in J.W. S. 171). Eine andere Frage ist, ob der Richter den Spielcharakter des Geschäfts, wenn derselbe irgendwie hervorgetreten ist, von Amtswegen zu berücksichtigen hat. Diese Frage ist zu bejahen (Kohler bei Holdheim 1894 S. 48). Und wieder auf anderem Gebiete liegt es, daß der Richter hier, wie immer, nach freier Ueberzeugung zu urtheilen hat (vergl. Bolze 12 Nr. 51). Anm. 62.

§ 377.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Waare unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange thunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterläßt der Käufer die Anzeige, so gilt die Waare als genehmigt, es sei denn, daß es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muß die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Waare auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschriften nicht berufen.

Einleitung. **Inhalt des Paragraphen und Eintheilung des Erläuterungsstoffes.** Der Inhalt des Paragraphen ist der Rechtsgrundsatz, daß der Käufer eine sofortige Mängelanzeige zu machen verpflichtet ist, um sich seine Rechte aus der mangelhaften Beschaffenheit der Waare zu erhalten. Das weicht von den Vorschriften des B.G.B. ab, welches eine solche Pflicht nicht kennt und in der Regel nur dann den Gewährleistungsanspruch des Käufers ausschließt, wenn er eine mangelhafte Sache angenommen hat, obwohl er den Mangel kannte (§ 464 B.G.B.). Der Rechtsgrundsatz ist aber nur anwendbar im Verkehr der Kaufleute unter einander (worin eine Abweichung vom früheren Recht liegt), aber nicht bloß beim Uebersendungsgeschäft, sondern auch beim Platzgeschäft (worin wiederum eine Abweichung vom früheren Recht liegt).

Die Erläuterung des Paragraphen soll erfolgen nach folgender Disposition:

I. Die Voraussetzungen der Rügepflicht (Handelsgeschäft für beide Theile, mangelhafte Beschaffenheit der Waare).
II. Die Mängelanzeige selbst und ihre Grundlage: die Untersuchung, sowie ihre zeitlichen, formellen und inhaltlichen Erfordernisse.
III. Die Rechtsfolgen der unterbliebenen und der erfolgten Mängelanzeige.
IV. Der besondere Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels.
V. Die Besonderheiten bei theilweiser Lieferung und bei theilweiser Mangelhaftigkeit.
VI. Vertragliche Aenderungen der Regeln über die Anzeigepflicht und die Gewährleistung.

In einem Zusatz 1 soll dann der Fall des einseitigen Handelskaufs, in einem Zusatz 2 der Fall der Zusendung unbestellter Waare erörtert werden.

Anm. 1. **I. Die Voraussetzungen der Rügepflicht.**

Dieselben sind: A. das Vorliegen eines Handelskaufs unter Kaufleuten, B. mangelhafte Beschaffenheit der Waare.

A. Das Vorliegen eines Handelskaufs unter Kaufleuten.

1. Zunächst muß ein Handelskauf vorliegen. Ueber diesen Begriff s. Anm. 2—6 vor § 373. In kurzem sei wiederholt, daß es ein Kaufvertrag sein muß über eine Waare oder ein Werthpapier, und zwar ein Handelsgeschäft, und daß dazu auch der sog. Lieferungsvertrag gehört, durch welchen sich Jemand verpflichtet, einem Andern eine Sache zu beschaffen, die er zu diesem Zwecke anschaffen will, oder eine solche, die er aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herstellen will, gleichviel, ob dies eine vertretbare oder eine unvertretbare Sache ist.

Der Kaufvertrag muß perfekt sein. Auf den Fall der Zusendung unbestellter Waare findet der vorliegende Paragraph keine Anwendung (R.O.H. 10 S. 144). Ueber diesen s. unten Anm. 158 ffg. Ueber Zuvielsendungen s. unten Anm. 7.

Dagegen braucht es kein Uebersendungskauf zu sein (anders als im früheren Recht).

Daß sich der Paragraph auch auf den Kauf auf Probe und auf den Kauf nach Probe bezieht, ist selbstverständlich (Denkschr. S. 224). Näheres hierüber im Exkurse zu § 382.

Anm. 2. 2. Unter Kaufleuten muß der Kaufvertrag abgeschlossen sein oder, wie unser Paragraph sagt: der Kauf muß für beide Theile ein Handelsgeschäft sein. Wann ein Handelsgeschäft vorliegt, richtet sich nach §§ 343 und 344, auf welche hier verwiesen werden muß. Zu erinnern ist nur daran, daß auch Derjenige, dessen Firma eingetragen ist, dessen Gewerbe aber kein Handelsgewerbe ist, nach § 5 als Kaufmann gilt. Aber auch Derjenige, der sich sonst im Rechtsverkehr als Kaufmann gerirt, muß jedenfalls gegen sich gelten lassen, daß er Kaufmann ist. Er muß also jedenfalls die Pflichten des vorliegenden Paragraphen erfüllen. Aber auch der andere Theil muß, wenn er mit ihm als mit einem Kaufmann kontrahirt hat, ihm gegenüber die Pflichten des § 377 erfüllen.

Ist ein Theil kein Kaufmann, und gilt er auch nicht als Kaufmann, so greifen andere Grundsätze Platz (s. unten Anm. 154).

B. **Mangelhafte Beschaffenheit der Waare** (Qualitätsmangel). Die Anwendung des Paragraphen setzt regelmäßig voraus, daß die gekaufte Waare geliefert, jedoch mit Qualitätsmängeln behaftet ist. Anm. 3.

1. Geliefert muß die Waare sein. Wird überhaupt nicht geliefert, so liegt Nichterfüllung vor und es greift § 326 B.G.B. Platz. Und ebenso ist umgekehrt auf das schärfste zu betonen, daß wenn geliefert ist, der § 377 und die Regeln von der Gewährleistung Platz greifen, nicht die Regeln vom Erfüllungsverzuge. In solchen Fällen ist eben, wenn auch mangelhaft, so doch jedenfalls geliefert. Mangelhafte Erfüllung aber ist wohl zu unterscheiden vom Erfüllungsverzug (vergl. Anm. 37 im Exkurse zu § 374). Das war schon in der früheren Rechtsprechung wiederholt betont worden (vergl. z. B. R.G. 6 S. 189; Bolze 14 Nr. 449g, 16 Nr. 431) und kann jetzt nach dem System des B.G.B. überhaupt nicht mehr zweifelhaft sein (vergl. über den Erfüllungsverzug den § 326, dagegen über die Gewährleistung wegen Mängel die §§ 459 flg.). Es ist daher unzutreffend, wenn Cosack, Bürgerliches Recht I § 127 II 1 sagt, der Käufer könne zunächst die Annahme der Sache verweigern und habe alsdann alle Rechte, die ihm bei Nichtlieferung der Sache zustehen, und außerdem habe er die ädilizischen Ansprüche. Nur in einem Ausnahmefall (§ 53 des Börsengesetzes: beim Börsenterminhandel in Waaren) kommt der Verkäufer durch Lieferung unkontraktlicher Waare in Verzug. Auch dann, wenn der Wandlungsanspruch geltend gemacht und durchgesetzt wird, der Käufer also die gelieferte Waare als mangelhaft mit Recht zurückgewiesen hat, knüpfen sich daran nicht die Folgen des Erfüllungsverzuges. Vielmehr treten diese Folgen nur dann ein, wenn der Käufer einer Gattungssache gemäß § 480 B.G.B. den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache geltend macht und der Verkäufer diesem Anspruche nicht genügt. Ob auch bei bloßer Wandlung Schadensersatz wegen der mangelhaften Erfüllung verlangt werden kann, darüber s. unten Anm. 59.

2. Die gekaufte Sache muß geliefert sein. Ist eine andere Waare geliefert, so liegt eigentlich Nichterfüllung vor, und auf diesem Standpunkte stand auch die frühere Rechtsprechung (vergl. unsere 5. Aufl. §§ 12 u. 13 zu Art. 347). Allein diese Rechtsprechung war zu sicheren Ergebnissen nicht gelangt und deshalb ist in § 378 der § 377 regelmäßig auch dann für anwendbar erklärt worden, wenn eine andere Waare geliefert ist. Anm. 4.

Abgesehen aber von dem Falle der Lieferung anderer Waaren, der besonders behandelt werden muß (vergl. § 378), muß die Waare, damit der § 377 Platz greift, mit Qualitätsmängeln behaftet sein.

a) Qualitätsmängel jeder Art sind gemeint, d. h. alle diejenigen Fehler, für welche nach den Regeln der Gewährleistung wegen Mängel der Sache gehaftet wird. Hierüber s. unten Anm. 32 flg. Anm. 5.

b) Nur Qualitätsmängel sind gemeint. Anm. 6.

α) Also eigentlich nicht Quantitätsmängel. Aber unter Umständen werden gemäß § 378 auch diese nach den Regeln des § 377 behandelt.

Außerdem aber kann ein Quantitätsmangel zugleich Qualitätsmangel sein, z. B. zu große oder zu kleine Dimensionen bei Garnfäden von bestimmter Länge (R.O.H. 15 S. 411), bei Tapeten von bestimmten Dimensionen (R.O.H. 15 S. 303), das Fehlen einzelner Stücke bei einer Kollektion von Waaren in bestimmter Musterzusammenstellung, oder bei einer kompletten Zimmereinrichtung. Vergl. die Beispiele bei O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 212: Gläser mit eingemachten Fischen, die deren zu wenig enthalten; Bretter, welche zu dick oder zu dünn sind; Tuche, die zu schmal sind; Stücke Schlachtvieh, welche nicht das zugesicherte Schlachtgewicht haben. Auch eine Partie Waaren (sog. Ramschposten) ist

ein untheilbares Ganze: Zuviel- oder Zuweniglieferung verändert die Qualität des Postens. Der Quantitätsmangel ist dann zugleich Qualitätsmangel, wenn der Posten untheilbar ist. Das Erkennungszeichen für die Untrennbarkeit oder Untheilbarkeit liegt bei einer Mankolieferung darin, daß das Gelieferte in Folge des Manko nicht bloß im numerischen Verhältniß zum Ganzen, sondern um ein Plus minderwerthig wird, und ebenso bei einer Zuvielsendung darin, daß die Ausscheidung des Zuviel das Ganze nicht bloß entsprechend, sondern um ein Plus entwerthen würde. In diesen Fällen ist eine Ergänzung des Zuwenig und eine Ausscheidung des Zuviel ohne unverhältnißmäßige Entwerthung des Ganzen nach der Sachlage nicht thunlich, und deshalb liegt ein Qualitätsmangel vor (vergl. unten Anm. 143, wo die Untrennbarkeit von einem andern Gesichtspunkte aus behandelt wird, nämlich für den Fall, daß die untrennbaren Gegenstände zwar alle geliefert sind, aber ein Theil mangelhaft).

Anm. 7. Auch dann kann eine Zuvielsendung ein Qualitätsmangel sein, wenn die Ausscheidung des Zuviel zwar thunlich ist, insofern sie die Waare nicht entwerthen würde, aber zeitraubend und kostspielig wäre (R.O.H. 18 S. 242; R.G. 23 S. 127; R.G. in G.Z. 26 S. 572). Vergl. unten Anm. 144.

Anm. 8. β) Auch sonstige Vertragswidrigkeiten sind nicht gemeint: in Bezug auf die Zeit (Zuspätsendungen — R.G. 1 S. 21 — oder Zufrühsendung), in Bezug auf den Ort, in Bezug auf die Art der Lieferung (z. B. Versendung auf einem theureren Verkehrswege, oder auf ungünstige Art (z. B. mit Begleitschein I statt mit Begleitschein II; Bolze 19 Nr. 574); in Bezug auf die Erfüllung sonstiger Zusagen, z. B. Nichterfüllung des zugesagten Alleinverkaufs, Nichtinserirung der Uebertragung des Verkaufs trotz Zusage; Bestehen einer höheren Spiritussteuer als garantirt (Bolze 8 Nr. 499); Mangel des vereinbarten Attestes über den Zustand der Waare bei der Abladung (Bolze 4 Nr. 714); desgleichen regelmäßig die Verpackung (Bolze 21 Nr. 482); vergl. jedoch über die Verpackung das Folgende.

Anm. 9. Es muß aber auch hier betont werden, daß auch Abweichungen anderer Art sich oft als Qualitätsmängel darstellen, wenn z. B. Verpackung der Waare in kleinen Kistchen bedungen ist (R.O.H. 11 S. 106; vergl. Bolze 4 Nr. 724 — Nichtübereinstimmung des Maßes mit den Angaben auf den Etiquetten ist Qualitätsmangel, weil die Enthüllung der Waare dieselbe entwerthet hätte —; Bolze 8 Nr. 500 — beim Büchsenhopfen gehört die Verpackung zur Qualität —; ferner Bolze 12 Nr. 457 — Schmalz in schweren Fässern ist schlechter verkäuflich, daher hier schwere Tara Qualitätsmangel —; Bolze 14 Nr. 425 — Verpackung von Cigarren ist meist Eigenschaft der Waare).

Anm. 10. γ) Am allerwenigsten gehört dazu eine Abweichung vom bedungenen Preise. Der Käufer ist weder verpflichtet, die Preisberechnung in der Faktura zu moniren oder sofort zu moniren, wenn sie vom bedungenen Preise abweicht, noch ist er berechtigt, die Waare deshalb zur Disposition zu stellen oder den Empfang abzulehnen. Er ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, die Waare anzunehmen. Die Rüge kommt regelmäßig zurecht, wenn sie bei der Preisregulirung erfolgt (vergl. R.O.H. 1 S. 149; 2 S. 382; 6 S. 166; Bolze 3 Nr. 714; R.G. vom 21. März 1894 bei Holdheim 3 S. 327); doch kann nach Treu und Glauben im Handelsverkehr hier unter Umständen eine sofortige Monitur gefordert werden. Auf keinen Fall aber greifen die formellen Vorschriften des § 377 Platz (vergl. über die Unterschiede, die sich hieraus ergeben, unten Anm. 157). Auch abweichend Gareis-Fuchsberger Note 120, welche die Moniturpflicht sogar schon von Empfang der Faktura an erstrecken. Auch kann unter Umständen dem Käufer das Recht zugestanden werden, die Annahme der Waare abzulehnen, wenn ihm die Zahlung eines höheren als des verabredeten Preises zugemuthet wird, es müssen dann allerdings die aus der Annahme entstehenden Gefahren erhebliche sein (vergl. Bolze 5

Nr. 647). Jedenfalls darf der Käufer, wenn er die Waare des Preises wegen beanstandet hat, es nicht unterlassen, auch die Qualität zu bemängeln, da die erstere Rüge die zweite keineswegs ersetzt (R.O.H. 2 S. 382; 6 S. 166).

II. Die Mängelrüge selbst und ihre Grundlage, die Untersuchung.

A. Die Grundlage der Mängelanzeige ist die Untersuchung.

1. Verhältniß der Untersuchung zur Mängelanzeige. Wohlbewußt bringen wir das Moment der Untersuchung in dieses untergeordnete Verhältniß zur Mängelanzeige. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist allerdings die Untersuchung dem Käufer als Pflicht auferlegt und der Mängelanzeige ebenbürtig an die Seite gestellt. Aus der Natur der Sache aber ergiebt sich, daß die Untersuchung nicht den Charakter einer der Mängelanzeigepflicht koordinirten Rechtspflicht hat, sondern nur als Grundlage der Mängelanzeige in Betracht kommt in dem Sinne, daß der Käufer berechtigt ist, seine Mängelanzeige auf eine Untersuchung der Waare zu stützen. Anm. 11.

   Daraus folgt, daß die Mängelanzeige auch dann dem Gesetze entspricht, wenn der Käufer die Waare nicht untersucht hat. Der Käufer kann die Kenntniß der Mängel auch anderswoher haben, z. B. von seinen Abnehmern (R.O.H. 8 S. 221) oder sie nur vermuthen oder auf's Geradewohl behaupten, wenn er sie nur rechtzeitig rügt und sie wirklich vorhanden sind (R.O.H. 12 S. 92; 13 S. 10; 15 S. 204). Damit hängt es zusammen, daß der Käufer auch vor der Ankunft der Waare am Ablieferungsorte die Mängel anzeigen kann (vergl. unten Anm. 28). Anm. 12.

2. Die Untersuchung muß, wenn sie erfolgt, sachgemäß und rechtzeitig geschehen. Anm. 13.

   a) Sachgemäß. Was dies bedeutet, sagt das Gesetz nicht, wie es dieses Erforderniß überhaupt nicht hervorhebt; worin das Erforderniß besteht, ergiebt sich aus dem Zweck der Untersuchung und der Handelssitte (vergl. R.G. in G.Z. 26 S. 571). Dieselbe soll dem Käufer die zuverlässige Ueberzeugung von der Beschaffenheit der Waare verschaffen. Demzufolge involvirt das Recht der Untersuchung das Recht des Käufers, die Sache so lange und in der Weise zu prüfen, daß er in der Lage ist, zu einem zuverlässigen Urtheile über die Beschaffenheit der Waare zu gelangen. Die zur Untersuchung erforderliche Zeit und die hierzu erforderlichen Hantirungen mit der Waare sind integrirende Elemente des Untersuchungsrechts; durch sie vergiebt sich der Käufer nichts.[1]) Hiernach ist der Käufer nicht verpflichtet, sofort zu rügen, sobald er die Mangelhaftigkeit nur vermuthet, sondern erst wenn er sie feststellt bezw. volle Sicherheit über sie erlangt hat (R.O.H. 11 S. 99; 18 S. 215; ferner Bolze 4 Nr. 711, Käufer hatte aus der dunklen Farbe des Mehles vermuthet, das Mehl sei dumpf, gleichwohl durfte er das Mehl erst durch eine Backprobe prüfen). Vergl. auch Bolze 1 Nr. 1085; Bolze 9 Nr. 405; 15 Nr. 357; anders anscheinend Bolze 2 Nr. 1014. Aber die Untersuchung muß begonnen werden, sobald die Zweifel hervortreten (Bolze 19 Nr. 544). Dagegen kann die Untersuchung durch Bearbeitung unterbleiben, wenn die Waare schon ohnedies als vertragswidrig erkannt ist (R.O.H. 16 S. 321). Zur sachgemäßen Untersuchung gehört unter Umständen auch die Zuziehung von Sachverständigen; nämlich dann, wenn nur ein Sachverständiger mit technischen Kenntnissen zur Untersuchung im Stande ist und Käufer ein solcher nicht ist, und wenn in dem betreffenden Handelszweige die Prüfung durch Sachverständige üblich ist (Bolze 7 Nr. 585). Anders, wenn dies nicht üblich ist (R.O.H. 7 S. 409: der zur Aussaat gekaufte Samen war auf seine Keimfähigkeit durch den gelehrten Botaniker sofort, durch den gewöhnlichen Landwirth

---

[1]) Wohl aber durch Ueberschreitung dieser Befugniß, also wenn der Käufer länger untersucht, denn dadurch verzögert sich die Anzeige, oder wenn er mehr verbraucht, als zur Prüfung nöthig ist, denn darin liegt eine unberechtigte Disposition über die Waare, die ihn jedenfalls an der Redhibition hindert (R.O.H. 16 S. 321). Vergl. unten Anm. 52 ffg.

erst nach dem Resultate der Aussaat untersuchbar, die Untersuchung der letzteren Art wurde für genügend erklärt), oder wenn die Untersuchung durch einen Sachverständigen zweckwidrig ist (Bolze 13 Nr. 428). Das Recht der Untersuchung giebt dem Käufer ferner das Recht des Gebrauchs der Waare, wenn und soweit die Qualität ohne Gebrauch nicht festgestellt werden kann, wie z. B. bei Maschinen (R.O.H. 11 S. 99), Anheizen von Kaminen (R.O.H. 11 S. 312); unter Umständen sogar monatelanges Gebrauchen der Maschine (Bolze 6 Nr. 561), ja sogar das Recht des theilweisen Verbrauchs, wenn dies zur Ueberzeugung von der gehörigen Qualität gehört, z. B. Verarbeiten von Wolle (R.O.H. 12 S. 91); von Tabak (R.O.H. 22 S. 151); Färben eines Theils der Waare (R.O.H. 9 S. 404); Weben und Färben Bolze 7 Nr. 561; probeweises Verbacken von Mehl (R.O.H. 8 S. 174; ebenso Bolze 4 Nr. 711); Verarbeitung der Kohlen zu Cokes zum Zwecke der Prüfung des Cokesgehaltes (Bolze 9 Nr. 399); Einmälzen von Gerste (Bolze 15 Nr. 357). Ebenso kann die Umhüllung der Verpackung beseitigt werden, wenn der Käufer sich anders ein zuverlässiges Urtheil über die Waare nicht bilden kann, es sei denn, daß die Waare dadurch in ihrem Werthe gemindert wird (Champagner, Konserven u. s. w.). In letzterem Falle darf der Käufer die Waare nicht enthüllen, braucht es aber auch nicht. Es handelt sich vielmehr alsdann um einen nicht sofort erkennbaren Mangel. Doch wird bei größeren Quantitäten die Oeffnung des einen oder anderen Stücks angezeigt sein (R.O.H. 17 S. 117).

Anm. 14. Soweit der Käufer berechtigt ist, von seinem Untersuchungsrecht Gebrauch zu machen, soweit ist er aber auch zur Vermeidung des Genehmigungspräjudizes dazu verpflichtet, wenn er durch die unterlassene Prüfung die Mängelanzeige verzögern würde. Der Mehlhändler muß daher, wenn eine äußere Besichtigung nicht genügt, ohne Verzug eine Backprobe anstellen und darf nicht warten, bis er das Mehl an die Bäcker veräußert und von diesen das Resultat erfahren haben wird (R.O.H. 8 S. 174), der Lichtehändler muß einige Lichte zur Probe brennen lassen (R.O.H. 3 S. 84); der Käufer von Gerste sie durch Zerschneiden und Zerdrücken auf Würmer untersuchen (Bolze 12 Nr. 470). Vergl. auch R.O.H. 9 S. 404: Seide muß probeweise gefärbt und verarbeitet, nicht bloß gefärbt werden; ferner Bolze 7 Nr. 561; 16 Nr. 418; endlich O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 209: (Einschmelzen einer Kette im Werthe von 25 M. bei einer Sendung von 1000 M. ist geboten).

Anm. 15. Zur sachgemäßen Untersuchung gehört auch ihr Umfang. Man könnte vielleicht meinen, daß eine Erörterung dieses Punktes überflüssig ist, weil ja die Untersuchung überhaupt nur ein Recht des Käufers ist. Ist der Käufer überhaupt nicht verpflichtet, zu untersuchen, so kann ihm auch ein bestimmter Umfang der Untersuchung nicht vorgeschrieben werden. Indessen in einem andern Sinne ist dieser Punkt von der Judikatur erörtert worden. Es kann nämlich dem Käufer nicht immer zugemuthet werden, die ganze Waare in allen ihren einzelnen Bestandtheilen zu untersuchen. Es wäre das oft zu zeitraubend und oft auch zu kostspielig. Daher wird es mit Recht für genügend erachtet, wenn der Käufer bei einer Waare, deren einzelne Stücke von gleicher Beschaffenheit sein sollen und voraussichtlich auch sind, immer nur einzelne Stücke untersucht, etwa in Form von Stichproben. Thut dies der Käufer, so gilt die ganze Waare als untersucht; bezeichnet er hiernach die Waare als mangelhaft und gelingt ihm der Beweis, daß die von ihm gemachten Stichproben die Mängel hatten, so wird es so angesehen, als sei die ganze Waare mangelhaft. In diesem Sinne hat das R.O.H. mehrfach entschieden, daß die Untersuchung nicht so skrupulös zu sein braucht, aber auch nicht zu oberflächlich sein darf; es kann die eine oder die andere Kiste, Flasche u. s. w. untersucht werden; aber nicht übermäßig wenig (R.O.H. 5 S. 261; 7 S. 428; 12 S. 93; 14 S. 287; Bolze 13 Nr. 429). Nach der Meinung des Reichsgerichts bleibt indessen dem Verkäufer der Gegenbeweis offen, daß die nicht untersuchten Stücke gut und fehlerfrei sind (Bolze 8 Nr. 502), außer wenn eine Sendung vorliegt, welche als einheitliches Ganze zu betrachten ist (Bolze 13 Nr. 429). Wir können uns dem nicht anschließen.

Genügen nach Lage der Sache Stichproben und ist nach den Stichproben die Waare als mangelhaft zu betrachten, so ist sie eben inter partes als mangelhaft zu betrachten, und der Käufer kann mit dieser Rechtslage rechnen. Allenfalls kann man dem Verkäufer das Recht gewähren, in unmittelbarem Anschluß an die Mängelanzeige den Gegenbeweis, daß die Waare in Wirklichkeit nicht fehlerhaft ist zu führen. Umgekehrt kann der Käufer, wenn der untersuchte Theil sich als vertragsmäßig, der nicht untersuchte aber nachträglich als fehlerhaft erweist, diesen Mangel noch nachträglich geltend machen, als einen bei sofortiger Untersuchung nicht erkennbar gewesenen Fehler (R.O.H. 12 S. 93). Wenn aber der Schluß auf gleichmäßige Beschaffenheit der in mehreren Stücken, Kisten u. dgl. gelieferten Waare ausgeschlossen ist, z. B. wenn die Waare von verschiedenen Ursprungsorten kommt, in kleineren Partien vom Lieferanten gekauft wird u. s. w., dann muß die Untersuchung die einzelnen Theile umfassen (R.O.H. 7 S. 427; 12 S. 93).

b) Rechtzeitig muß die Untersuchung erfolgen, nämlich unverzüglich nach der Ablieferung, Anm. 16.
soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang thunlich ist. Die Ablieferung ist derjenige Akt, durch welchen der Verkäufer die Waare aus seiner Verfügungsgewalt entläßt und sie in die Verfügungsgewalt des Käufers oder seines Bevollmächtigten gelangt (R.G. vom 21. Oktober 1899 bei Holdheim 9 S. 50). In der bloßen Uebergabe des Frachtbriefs ist keine Ablieferung zu finden (R.G. 5 S. 32), sondern erst in der Abladung am Ende des Transports (R.O.H. 6 S. 167, 13 S. 366) oder wenn der Adressat die Waare der Bahn beläßt zum Zwecke der Weiterversendung (R.O.H. 10 S. 146) oder zur Verwahrung für ihn. Hat der Verkäufer die Aufstellung von Maschinen, Oefen u. s. w. übernommen, so ist die Ablieferung erst mit der vollendeten Aufstellung vollzogen (R.G. vom 5. Dezember 1893 in J.W. 1894 S. 22, auch abgedruckt bei Bolze 17 Nr. 470). In anderen Erkenntnissen war als Ablieferung der Akt verstanden, durch welchen der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit gewährte, die Sache in seine Verfügungsgewalt zu bringen (vergl. R.G. 5 S. 31; Bolze 16 Nr. 416) und man datirte in diesen Entscheidungen die Untersuchungspflicht schon von diesem Rechtsakte ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer von der Möglichkeit, die Sache in seine Verfügungsgewalt zu bringen, Gebrauch macht. Allein unter der Ablieferung kann füglich nur verstanden werden der Akt, durch welchen die Sache aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des Käufers gelangt. Macht der Käufer von der ihm gewährten Möglichkeit, die Sache in seine Verfügungsgewalt zu bringen, keinen Gebrauch, so ist es eben zur Ablieferung nicht gekommen. Der Verkäufer hat dann versucht, die Waare abzuliefern, sie ist aber in Folge des Widerstandes des Käufers nicht gelungen. Nur ist die Waare natürlich auch dann abgeliefert, wenn es dem Verkäufer gelungen ist, auch ohne Mitwirkung des Käufers die Waare in seine Gewahrsam zu bringen, z. B. sie auf seinem Lagerplatze abzuladen. Denn entscheidend ist natürlich nicht, ob der Käufer die Waare in seine Gewahrsam erlangt hat durch seine Mitwirkung, entscheidend ist nur, daß sie mit seinem Wissen in seine Gewahrsam gelangt ist.

Was Rechtens ist in dem Falle, wenn der Käufer es zur Ablieferung nicht Anm. 17.
kommen läßt, darüber s. unten Anm. 28.

Die Ablieferung ist auch maßgebend bei Zufrüh- und Zuspätsendungen. Läßt Anm. 18.
es der Käufer in diesen Fällen zur Ablieferung nicht kommen, so ist dies eine andere Sache. Läßt er sich aber die Ablieferung gefallen, so beginnt von diesem Zeitpunkte seine Untersuchungs- und Rügepflicht.

Unverzüglich, soweit dies nach dem ordnungsmäßigen Geschäfts- Anm. 19.
gang thunlich ist. Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges richtet sich dabei nach objektiven Regeln. Keinesfalls ist hierunter zu verstehen, daß nothwendig bei der ersten Gelegenheit reklamirt werden müsse, sondern nur, daß keine Zeit verstreichen darf, die bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange als unmotivirter Verzug erscheint (R.O.H. 2 S. 237; Bolze 15 Nr. 357; 16 Nr. 432). Zu Grunde zu legen ist hierbei

die Natur der Waare: Versandwein muß sich z. B. erst setzen und dadurch klären (R.O.H. 15 S. 213); eine Maschine erfordert Aufstellung und eine längere Beobachtung (R.O.H. 11 S. 99), Mehl muß probeweise gebacken werden (Bolze 4 Nr. 711). Auch die Frage, ob die Waare erheblichen Preisschwankungen ausgesetzt ist, ist in Betracht zu ziehen; wenn dies der Fall ist, so ist größere Eile in der Untersuchung erforderlich (R.O.H. 2 S. 336). Auch der allgemeine Gang eines Geschäfts, wie es der Käufer betreibt, ist zu berücksichtigen. Bei einem Betriebe von unbedeutendem Umfange, bei dem der Geschäftsherr selbst den technischen Betrieb zu leiten und die kaufmännische Disposition zu treffen hat, auch der Einzige zu sein pflegt, welcher die zur Prüfung der Waare erforderliche Sachkunde besitzt, kann die Untersuchung sich oft um einige Tage hinausschieben (O.L.G. Kiel in G.Z. 36 S. 257). Regelmäßig aber sind nicht zu berücksichtigen zufällige persönliche Behinderungen (O.L.G. Karlsruhe u. O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 258), z. B. Abwesenheit des Käufers (O.G. Wien vom 7. Juni 1888 bei Geller Anm. 46), ungenügende Lagerräume (Bolze 16 Nr. 418), ungenügendes Personal. Für solche Fälle muß der Firmeninhaber gehörige Vorkehrungen treffen, das gehört zum ordnungsmäßigen Geschäftsgange (R.O.H. 3 S. 42, 47). Aber unter besonderen Verhältnissen wurde eine kurze Abwesenheit des Käufers, der keinen Stellvertreter hatte, für entschuldbar befunden (R.O.H. 11 S. 306). So wird man es auch als Entschuldigung gelten lassen müssen, wenn mehrere große Sendungen zu unerwarteter Zeit eintreffen (Hahn S. 303).

Anm. 20. Ueber vertragsmäßige Ausdehnung oder Verkürzung der Untersuchungsfrist siehe unten Anm. 30.

Anm. 21. Der Ort der Untersuchung ist regelmäßig der Ablieferungsort (R.G. bei Puchelt Anm. 7a, Art. 347; bei Bolze 18 Nr. 451; vergl. auch Bolze 13 Nr. 439). Welches der Ablieferungsort ist, richtet sich nach dem Begriffe der Ablieferung (vergl. daher oben Anm. 16). Daß der Ablieferungsort nicht nothwendig mit dem Erfüllungsort identisch ist, da ja der Verkäufer regelmäßig an seinem Wohnsitz erfüllt (R.O.H. 6 S. 303; 11 S. 40) ist schon anderweit dargelegt (vergl. Anm. 6 im Exkurse zu § 372). Versendet daher der mit der Entgegennahme der Ablieferung vom Käufer beauftragte Spediteur am Ablieferungsorte dem an einem andern Orte wohnenden Käufer eine Ausfallprobe, die dieser dann erst untersucht, und entsteht hierdurch eine Verzögerung, so ist die Rüge verspätet (Bolze 2 Nr. 1012; 19 Nr. 555). Am Ablieferungsorte darf die Untersuchung jedenfalls geschehen (R.O.H. 18 S. 205), aber der ordnungsmäßige Geschäftsgang kann oft eine Untersuchung an einem anderen Orte erfordern, z. B. bei chemischen Untersuchungen und in sonstigen Fällen, wo es dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entspricht, die Waare an einen andern Ort zu senden. So z. B. wenn die Waare in Originalverpackung weiterveräußert werden soll und wenn die Betheiligten verständiger Weise nur beabsichtigen können, daß ein dritter Abnehmer die Prüfung bewirke (vergl. über alles dieses unten Anm. 30). Bei alternativ bestimmten Ablieferungsorten entscheidet die getroffene Wahl (R.O.H. 15 S. 130).

Anm. 22. B. **Die Erstattung der Mängelanzeige.**

1. **Der Inhalt der Mängelanzeige.** Er muß so beschaffen sein, daß die Anzeige ihren Zweck erfüllt. Dieser besteht darin, daß der Verkäufer die Nachricht erhält, daß der Käufer die Waare als gesetz- oder vertragswidrig befunden hat und sich dies nicht gefallen lassen will.

   a) Lediglich eine Anzeige der Mängel ist nothwendig. Es entspricht nicht dem Gesetze, wenn die Kaufmannswelt stets von einer Zurdispositionstellung, niemals von einer Mängelanzeige spricht. Es scheint, als herrsche im Handelsstande die Meinung, der Käufer habe die Verpflichtung, die Waare zur Disposition zu stellen, damit der Verkäufer anders darüber verfügen könne. Es involvirt diese Meinung eine irrige Auffassung des Gesetzes. Durch die gehörige und rechtzeitige Mängelanzeige wahrt vielmehr der Käufer seine Rechte aus der mangelhaften Beschaffenheit der Waare, die keineswegs bloß in dem Rechte auf Zurückweisung der Waare bestehen (vergl. unten

Anm. 37 ffg.). Die Judikatur vertritt die hier niedergelegte Auffassung konstant: R.O.H. 5 S. 252; 9 S. 206; 20 S. 351; R.G. 1 S. 246; 25 S. 27; 27 S. 395; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 513; O.L.G. Kolmar in G.Z. 43 S. 369. Gewißheit über die Rechtslage kann sich der Verkäufer auf andere Weise schaffen: er kann sich zur Wandlung erbieten und den Käufer zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandlung verlange; nach Ablauf der Frist kann der Käufer Wandlung nicht mehr verlangen (§ 466 B.G.B.; unten Anm. 96). Er kann sich beim Gattungskauf zur Lieferung anderer Waare erbieten und den Käufer zu der Erklärung auffordern, ob er Lieferung anderer Waare verlange; nach Ablauf der Waare kann der Käufer dieses Recht nicht mehr geltend machen (§ 480 B.G.B.; unten Anm. 96). Der Verkäufer kann ferner auf Zahlung klagen; dann ist der Käufer prozessualisch gezwungen, sich über das Recht, welches er wählen will (Wandlung, Minderung, Lieferung anderer Waare, Schadensersatz) zu erklären. Ist der Zahlungsanspruch befristet, so wird die Klage auf Abnahme oder auf Feststellung helfen.

Wenn nun aber auch der Käufer nicht sofort zu erklären braucht, welche Ansprüche Anm. 23.
er erhebt, so muß er doch erkennen lassen, daß er solche Ansprüche zu erheben gedenkt oder, wie Förtsch Anm. 8b zu Art. 347 sagt, daß er die Waare nicht genehmige. Es darf nicht etwa ein Tadel sein lediglich zu dem Zwecke, damit der Verkäufer künftig besser liefere, oder um Stundung des Kaufpreises zu erwirken.

b) Die Mängelanzeige muß dem Verkäufer die Mängel kund geben. Sie Anm. 24.
muß substantiirt sein, damit Verkäufer Art und Umfang des Mangels erkenne (Bolze 1 Nr. 1086). Bloße Zurückweisung der Waare ohne jede Grundangabe genügt nicht, auch nicht eine allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit (R.G. vom 17. Februar 1897 in J.W. S. 193; z. B. die Waare sei nicht preiswürdig, man sei mit der Waare nicht zufrieden, R.O.H. 10 S. 269; die Waare sei schlecht; nicht vertragsmäßig, O.G. Wien vom 30. Oktober 1884 bei Geller Anm. 58; unter aller Kritik; der reine Schund; absolut nicht zu gebrauchen); vielmehr müssen die Mängel, wenn auch nicht detaillirt und in alle Einzelheiten gehend, doch so bezeichnet sein, daß der Verkäufer ermessen kann, um welche Mängel es sich handelt (R.O.H. 5 S. 261; 14 S. 68). Die Anzeige, daß die Waare nicht gesetzlich oder nicht vertragsmäßig beschaffen oder fehlerhaft sei, genügt im Allgemeinen nicht (R.O.H. 14 S. 66), doch können die Umstände, insbesondere auf Grund der vorangegangenen Korrespondenz, so liegen, daß auch das genügt (R.O.H. 7 S. 114; 14 S. 156). Umschreibungen in Kraftworten können genügen; z. B. auf Pfefferkuchen, der zu hart ist: das reine Leder; oder auf unhaltbare Leinwand: Ich habe Leinwand bestellt, nicht Löschpapier, oder auf zu sauren Wein: Ihre Sendung stelle ich Ihnen zur Verfügung; Essig trinken meine Gäste nicht. Andererseits verschlägt es nichts, daß sich der Kaufmann einer höflichen Schreibweise bedient (R.O.H. 1 S. 88). Handelt es sich um die Bemängelung der Probewidrigkeit, so muß der Verkäufer erfahren, nicht bloß, daß die Waare probewidrig ist, sondern auch, warum sie es ist. Unter Umständen wird zwar die bloße Angabe der Probewidrigkeit genügen, aber eben nur unter Umständen, nämlich wenn aus der vorangegangenen Korrespondenz ersichtlich war, in welcher Beziehung die Probewidrigkeit gerügt werde (R.O.H. 14 S. 156; R.G. vom 17. Febr. 1897 in J.W. S. 193); andererseits genügt eine Beschreibung der Art, daß der Verkäufer aus ihr erkennt, die Waare sei nicht als probemäßig erachtet, wenn dies auch nicht ausdrücklich gesagt ist (Bolze 7 Nr. 574). (Vergl. Bolze 6 Nr. 568: Bei einem Farbensortiment war angezeigt, daß die meisten Farben dem Muster nicht entsprechen). Bei Effektuirung verschiedener Käufe durch eine Kollektivsendung muß die Anzeige erkennbar machen, auf welchen der Käufe die Rüge sich bezieht (R.O.H. 10 S. 269). — Aber die Mängelanzeige muß nicht bloß ergeben, welche Fehler gerügt werden, sondern sie muß auch den Willen erkennen lassen, daß sich der Käufer diese Lieferung als vollständige Erfüllung nicht gefallen lassen will, daß er nicht anerkennt, der Verkäufer habe gethan, was ihm nach Vertrag und Gesetz obliegt.

Diesem Erfordernisse entspricht die Mängelanzeige z. B. nicht, wenn der Käufer schreibt, daß er mit dem Absatze des Bieres nicht vorwärts kommt, das Bier vertrage das Hin- und Herfahren nicht und werde trübe, der Verkäufer möge doch einmal mit seinem Braumeister sprechen, wie sich diesem Uebelstande abhelfen lasse (R.G. vom 12. Oktober 1898 in J.W. S. 646).

Anm. 25. 2. **Die Form der Mängelanzeige.** Eine solche ist nicht vorgeschrieben, sie ist also formlos (P. 647, 1383; Str.Arch. 61 S. 346). Die Mängelanzeige kann daher mündlich oder auch schriftlich erfolgen.

Anm. 26. 3. **Die Gefahr der Ankunft und der rechtzeitigen Ankunft der Mängelanzeige** trägt der Verkäufer. Denn nach Abs. 4 unseres Paragraphen genügt zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige. Die Absendung muß nur in geschäftsüblicher Weise erfolgen. Es genügt dazu zwar der einfache Postbrief (R.O.H. 19 S. 153; Förtsch Anm. 8a zu Art. 347). Doch muß derselbe frankirt sein. Auch genügt nicht die Beilegung des Briefes in das Packet, welches die zurückgesandte Waare enthält; in solchem Packet braucht der Verkäufer den Rügebrief nicht zu vermuthen; der Käufer ist auch gar nicht berechtigt, die mangelhafte Waare sofort zurückzuschicken. Die Absendung durch einen zuverlässigen Boten genügt. Die Absendung durch einen unzuverlässigen Boten, z. B. durch ein Kind, würde nicht genügen. Falsche Adressirung z. B. nach Gröningen bei Halberstadt statt nach Gröningen in Holland ist ordnungswidrige Absendung (R.G. in G.Z. 26 S. 571).

Anm. 27. 4. **An wen ist die Mängelanzeige zu erstatten?** Selbstverständlich an den Verkäufer oder an dessen Bevollmächtigten. Wer dazu als bevollmächtigt gilt, ist nach selbstständigen Grundsätzen zu beurtheilen. Der Agent? Siehe § 86 Abs. 2. Der Reisende? Siehe § 55 Abs. 3. Ist der Agent oder Reisende nicht dazu bevollmächtigt, und wird dennoch die Mängelanzeige zu seinen Händen gemacht, so ist er der Bote des Käufers und es greifen die Grundsätze zu 2 und 3 Platz. Jedenfalls aber genügt es, wenn der Agent die Anzeige dem Verkäufer rechtzeitig zukommen läßt (vergl. R.O.H. 14 S. 154; Bolze 3 Nr. 712). Ein Frachtführer, welcher die Ablieferung der Waare für den Verkäufer besorgt, ist nicht bevollmächtigt, die Rüge entgegenzunehmen, ebensowenig der Monteur, der die Maschine aufstellt (R.O.H. 11 S. 62).

Anm. 28. 5. **Die Zeit der Mängelanzeige.** Unverzüglich nach der Untersuchung, d. h., da die Untersuchung nicht gesetzliche Pflicht ist (vergl. oben Anm. 11), sofort nach derjenigen auf die Ablieferung folgenden Zeit, welche für eine ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist (R.O.H. 12 S. 92; 13 S. 10; Bolze 7 Nr. 561). Das führt zu der Annahme, daß der Käufer auch dann, wenn er den Mangel früher entdeckt hat, bis zum Ablauf der gesetzlichen Untersuchungsfrist mit der Mängelanzeige warten kann (R.O.H. 13 S. 9). Auch kann der Käufer mit der Anzeige warten, bis er den Mangel mit Sicherheit konstatirt hat; bloße Vermuthungen begründen die Anzeigepflicht nicht (vergl. hierüber oben Anm. 13). Das Wort „unverzüglich" bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 B.G.B.). Hinzuzufügen ist, daß es den Käufer nichts angeht, ob der Verkäufer anwesend oder verreist ist. Eine solche Wissenschaft verpflichtet ihn weder, noch berechtigt sie ihn zu einer späteren Mängelanzeige. Vor der Ablieferung ist die Mängelanzeige jedenfalls rechtzeitig (R.O.H. 15 S. 271). Läßt es aber der Käufer zur Ablieferung nicht kommen, weigert der Käufer vielmehr die Annahme und lagert die Waare in Folge dessen beim Spediteur, etwa wegen Bestreitens des Vertragsschlusses oder wegen verspäteter Lieferung, so ist § 377 nicht anwendbar. Der Käufer mag dann für die Folgen seiner Zögerung in Anspruch genommen werden, aber seine Rügepflicht und die Kraft des Genehmigungspräjudizes beginnen erst mit der wirklichen, freiwilligen oder erzwungenen, Ablieferung (R.O.H. 6 S. 325; 15 S. 54; 24 S. 29; R.G. 5 S. 32; Bolze 8 Nr. 487; 19 Nr. 535; R.G. vom 4. Juli 1896 in J.W. S. 437; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 509). Macht in solchem Falle der Verkäufer vom Selbsthilfeverkauf Gebrauch, so ist § 377 überhaupt nicht anwendbar. Die Waare

gilt nicht als genehmigt, selbst dann nicht, wenn etwa der Käufer sie in der Auktion erstanden hätte; vielmehr hat der Verkäufer im Bestreitungfall die gehörige Beschaffenheit der Waare zu beweisen (R.G. 5 S. 28). Hat der Käufer die Waare weiter versenden lassen, ehe er sie selbst untersuchte, so muß er die Mängelanzeige doch ebenso schnell machen, wie wenn er sie an seiner Handelsniederlassung untersucht hätte, während eine Genehmigung der Waare in solchem sofortigen Weiterverkauf nicht liegt (R.O.H. 2 S. 336; 5 S. 250; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1284; vergl. R.O.H. 8 S. 221). Er wird sich also des Telegraphs bedienen müssen. Keiner solchen Beschleunigung bedarf es, wenn der Verkäufer beim Kaufabschlusse wußte, daß die Waare bereits weiter veräußert worden ist und weiter versendet werden soll (vergl. Näheres hierüber Anm. 30).

Bei verborgenen Mängeln gilt das Besondere, daß sie zwar nicht sofort nach der Ablieferung, wohl aber unverzüglich nach der Entdeckung angezeigt werden müssen (sofort nach zweifelloser Kundgebung des Mangels, nicht, sobald der Käufer den Mangel zu vermuthen beginnt, Bolze 1 Nr. 1085; vergl. oben Anm. 13). Dabei gilt als verborgener Mangel nicht derjenige, der nach der Ablieferung nicht entdeckt worden ist, sondern derjenige, der bei sachgemäßer Prüfung nach der Ablieferung nicht erkennbar war (vergl. Abs. 2 unseres Paragraphen). Als verborgener Mangel ist es auch zu erachten, wenn die Waare verpackt und die Verpackung ohne Beeinträchtigung des Werthes nicht entfernt werden kann, wie z. B. bei Konserven oder Champagner (vergl. oben Anm. 13). Der Beweis, daß nicht sofort untersucht werden konnte, ist vom Käufer zu führen (O.G. Wien vom 29. Mai 1891 bei Geller Anm. 78). Anm. 29.

6. **Vertragliche Aenderungen der Untersuchungs- und Anzeigefrist.** Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen sind dispositiv. Es steht nichts entgegen, daß die hier vorgesehenen Fristen für die Untersuchung und die Anzeige durch Vereinbarung abgeändert, verlängert oder verkürzt werden (R.O.H. 1 S. 85; 2 S. 379; Bolze 8 Nr. 501; 16 Nr. 416). Eine vertragliche Abänderung zum Nachtheil des Käufers gilt nicht, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Das hat das Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber es ist aus den übrigen Gesetzesbestimmungen im Wege der Analogie zu entnehmen (vergl. §§ 460, 463, 476, 477, 478, 479, 480 B.G.B.). Vergl. unten Anm. 135 u. 136). Auch stillschweigende Vereinbarung genügt. Durch den bloßen Vermerk in der Faktura wird aber die Frist zu Gunsten des Käufers nicht verkürzt (R.O.H. 1 S. 88; O.G. Wien vom 3. November 1885 bei Geller Anm. 49; vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 372), wohl aber binden derartige Vermerke den Verkäufer, wenn sie zu seinen Ungunsten lauten. Die Fakturen enthalten z. B. sehr oft den Vermerk: Reklamationen werden nur innerhalb 8 Tagen berücksichtigt (R.G. bei Puchelt Anm. 9z; O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 9 S. 694). Ein Beispiel stillschweigender Fristverlängerung ist der Fall, wo dem Verkäufer beim Vertragsschlusse bekannt gegeben ist, daß die Waare veräußert oder weiterversendet werden soll, und nach Lage der Sache die Intention der Parteien verständiger Weise nur dahin gehen konnte, daß der dritte Abnehmer die Sache prüfe. Die Anzeigefrist ist dann entsprechend verlängert, doch liegt nicht in jeder Anzeige an den Verkäufer, daß die Waare zur Versendung bestimmt ist, eine solche stillschweigende Vereinbarung; vielmehr kann diese Verlängerung nur unter gewissen Voraussetzungen und bei besonders gestalteten Umständen angenommen werden, nämlich in den Fällen, in welchen der Verkäufer bei dem Verkaufe wußte oder vorauszusetzen veranlaßt war, daß die Waare nicht allein zur sofortigen Weiterveräußerung bestimmt sei, sondern auch, daß diese Bestimmung zugleich die maßgebende Untersuchung der Waare durch den Käufer selbst verhindere, z. B. wegen der Unzulässigkeit, vor der Weiterbegebung die Fastage zu brechen oder die Originalverpackung zu verletzen, wegen der Unmöglichkeit, am Bestimmungsorte vor der zu beschleunigenden Weiterbeförderung die Waare einer gründlichen Untersuchung zu unterziehen (R.O.H. 2 S. 234; 3 S. 393; 10 S. 147; 24 S. 260; Bolze 4 Nr. 734). Auch modifizirt kann die Anzeigepflicht werden. Beispiele: Wenn das Arbitrageverfahren vereinbart ist, so ist damit gleichzeitig vereinbart, daß Anm. 30.

zunächst eine vorläufige Anzeige der Probe- bezw. der Vertragswidrigkeit, und erst nach Erledigung des Verfahrens eine ausführliche Anzeige gemacht wird (R.O.H. 18 S. 204). Wenn amtliche Feststellung der Qualität vereinbart ist, so ist die eigene Untersuchung durch den Käufer erlassen (Bolze 5 Nr. 679). Wenn Ausfallsproben in dem Sinne gegeben werden, daß schon vor der Ablieferung Kenntniß vom Ausfall der Waare und Gelegenheit zur Untersuchung verschafft werde, so muß die Prüfung auf Grund der Ausfallsprobe vorgenommen werden, und die hierbei erkennbaren Mängel gelten als genehmigt, wenn sie nicht gerügt werden (R.O.H. 6 S. 257; Bolze 7 Nr. 585; 9 Nr. 406; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 510). Das wird insbesondere dann erforderlich sein, wenn es sich um vom Verkäufer anzufertigende Fabrikate handelt und eine sofortige Anzeige der Mängel den Fabrikanten in den Stand gesetzt hätte, sie bei der Fabrikation zu vermeiden, oder bei Versendungen über See (O.L.G. Hamburg a. a. O.). Doch muß jedesmal diese besondere Absicht festgestellt werden. Im Allgemeinen ist die formale Vorschrift des § 377 nicht ohne weiteres auf die Ausfallsmuster auszudehnen (O.L.G. Hamburg a. a. O.; Kammergericht bei Perl u. Wreschner 1889 S. 81). Dagegen befreit die Zusendung und Prüfung der Probe nicht von der Pflicht, die gelieferte Waare zu untersuchen (R.O.H. 7 S. 428). Doch kann der Käufer zunächst davon ausgehen, daß die Waare dem Ausfallsmuster entspricht, kann sie daher vor der Prüfung weiter veräußern und rügt rechtzeitig, wenn er die von seinem Abnehmer ihm rechtzeitig gemachte Mängelanzeige dem Verkäufer sofort weiter meldet (O.L.G. Dresden in G.Z. 43 S. 368). Auch giebt es Ausfallsproben (insbesondere Schifferproben), die bloß zum Zwecke der Feststellung der Identität der gelieferten Waare übersendet werden. Hinsichtlich dieser besteht keine Untersuchungspflicht. Erfolgt die Untersuchung der Probe in solchem Falle dennoch, so braucht doch die Mängelanzeige erst nach Prüfung der Waare gemacht zu werden (vergl. oben Anm. 28). Auch ganz erlassen kann die Untersuchungs- und Anzeigepflicht werden. Ein Erlaß der Untersuchung ist nicht enthalten in der Garantie gewisser Eigenschaften (Bolze 16 Nr. 421), desgleichen nicht in der Erklärung, die mangelhafte Waare zurücknehmen zu wollen (O.L.G. Frankfurt in G.Z. 43 S. 368). Der Erlaß der Untersuchung enthält aber noch nicht einen Erlaß der Anzeigepflicht (Hahn S. 308; O.L.G. Celle in Seufferts Archiv 48 S. 183). Ueber vertragsmäßige Ausschließung der Monitur-pflicht bei Refaktie siehe zu § 380. Ein nachträglicher Verzicht auf den Einwand der Verspätung ist ebenfalls zulässig; in dem trotz verspäteter Mängelanzeige geleisteten Versprechen besserer Waare liegt ein solcher Verzicht (R.O.H. 19 S. 334), ebenso in dem nach Reklamation gegebenen Versprechen, für die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare Gewähr zu leisten (Bolze 3 Nr. 706). Geschäftsgebräuche nach § 157 B.G.B., § 346 H.G.B. können in jeder Beziehung eingreifen (R.G. in G.Z. 26 S. 571). Auch entbindet der Umstand allein, daß die sofortige Untersuchung der Waare in dem betreffenden Geschäftszweige allgemein nicht üblich ist, nicht von den Pflichten des § 377 (O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 257). Es müssen die Erfordernisse eines verpflichtenden Handelsgebrauchs vorhanden sein.

III. Die Rechtsfolgen der unterbliebenen und der geschehenen Mängelanzeige.

Anm. 31. **A. Die Rechtsfolge der unterbliebenen Mängelanzeige.** Sie allein ist im H.G.B. geregelt. Sie besteht darin, daß die Waare als genehmigt gilt. Der Käufer muß sie also behalten und kann keinerlei Rechtsmittel geltend machen auf Grund der fehlerhaften Lieferung, auch nicht Preisminderung oder Schadenersatz (R.G. 25 S. 27), außer wenn arglistiges Verschweigen des Mangels vorliegt (Absatz 5). Auch die Kosten der Untersuchung und der Mängelanzeige fallen ihm dann zur Last, weil es so angesehen wird, als habe der Verkäufer kontraktmäßig geliefert. Das Präjudiz der Genehmigung tritt in Kraft als Fiktion, ein Gegenbeweis, etwa durch konkludente Handlungen, die auf eine Nichtgenehmigung hindeuten, ist unzulässig. Hat der Käufer einzelne bestimmte Mängel gerügt, andere nicht, so tritt das Präjudiz hinsichtlich der nicht gerügten Mängel in Kraft; diese kann er nunmehr nicht

geltend machen (R.G. 18 S. 55; 38 S. 11; O.G. Wien vom 25. November 1885 bei Geller Anm. 74; O.L.G. Marienwerder in Seuffert's Archiv 48 S. 183), außer wenn es verborgene Mängel waren. Auf die Rechtsfolgen der unterbliebenen Mängelanzeige kann aber verzichtet werden (vergl. oben Anm. 30).

B. **Die Rechtsfolgen der erfolgten Mängelanzeige** bestehen darin, daß der Käufer seine Rechte aus der mangelhaften Beschaffenheit der Waare geltend machen kann. Anm. 32.

1. **Welches sind die Mängel, für welche nach den Regeln von der Gewährleistung überhaupt gehaftet wird?** Nach § 459 B.G.B. sind das zunächst Mängel, die den Werth oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (Mängel der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften) und ferner jeder Mangel einer zugesicherten Eigenschaft. Als eine zugesicherte Eigenschaft ist aber auch eine solche zu betrachten, auf welche der Käufer schon von Gesetzeswegen zu rechnen hatte, wenn der Verkäufer ihr Vorhandensein zugesichert hat. Die entgegengesetzte Ansicht könnte nicht gebilligt werden. Das Gesetz knüpft an den Thatbestand der Zusicherung einer Eigenschaft höhere Folgen (vergl. z. B. §§ 459 Abs. 2, 463 B.G.B.) und es ist nicht ersichtlich, warum diese nicht eintreten sollten, wenn der Käufer sich eine Eigenschaft, die er an sich voraussetzen darf, noch besonders versprechen läßt. Er will dann eben noch sicherer gehen und gerade die höheren Wirkungen erzeugen, welche das Gesetz an die Zusicherung bestimmter Eigenschaften knüpft (ebenso Cosack, Bürgerl. Recht § 128 I[1]).

Die Mängel in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften kommen dann nicht in Betracht, wenn sie den Werth oder die Tauglichkeit nur unerheblich mindern, bei Mängeln in den zugesicherten Eigenschaften ist das gleichgiltig: hier erzeugen auch unerhebliche Mängel die Pflichten der Gewährleistung. Anm. 33.

Zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften gehört auch die Eigenschaft als Handelsgut mittelerer Art und Güte (R.O.H. 6 S. 328; vergl. Anm. 6 zu § 360). Zu den zugesicherten Eigenschaften gehört auch die Probemäßigkeit (Denkschr. S. 224). Anm. 34.

Ueberall wird vorausgesetzt, daß der Mangel vorhanden ist zur Zeit, wo die Gefahr auf den Käufer übergeht. Nur bei dem Rechte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wegen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft bei einer Spezies ist Voraussetzung, daß der Mangel vorhanden ist zur Zeit des Kaufs. Vergl. §§ 463, 480 B.G.B. Wann die Gefahr übergeht, darüber s. den Exkurs zu § 382. Anm. 35.

Von einem Mangel kann man aber nicht mehr sprechen, wenn die Waare für den Handelsverkehr absolut werthlos ist, als Handelsgut überhaupt nicht mehr gilt. Alsdann greifen die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache nicht Platz, also auch nicht § 377 H.G.B., sondern die Regeln von dem Erfüllungsverzuge. Das hat das R.O.H. 11 S. 46 bei der Anwendung des früheren Art. 349 ausgesprochen, für den § 377 muß dasselbe gelten (vergl. Bolze 19 Nr. 570; R.G. v. 22. Mai 1895 bei Gruchot 39 S. 1105), zumal jetzt die Vorschrift des § 378 von dem gleichen Grundgedanken ausgeht (Denkschr. S. 227). Beispiele hierfür sind gefälschte Rententitel, ausgelooste Papiere, Gerste, die vollständig von Würmern zerfressen ist u. s. w., Papiere, die an der Börse nicht lieferbar oder schwer veräußerlich oder deren Rechte nur mit Schwierigkeiten geltend zu machen sind, sind mangelhafte Waare, nicht absolut werthlose. Z. B. ein ausländisches Werthpapier, gegen welches Opposition eingelegt ist (R.G. 30 S. 158) oder Aktien, deren Giltigkeit von der betreffenden Aktiengesellschaft nicht anerkannt wird, so daß die Ausübung der Aktionärrechte mit Schwierigkeiten verknüpft ist (R.G. 40 S. 151). Stellt sich aber heraus, daß sie wirklich ungiltig sind, so sind sie werthlos und die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden keine Anwendung. Ist das Papier zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten, so liegt ein Mangel im Rechte vor und es treten die Folgen des Erfüllungsverzuges gemäß §§ 437 und 440 B.G.B. ein, d. h. der Käufer kann dem Verkäufer eine Frist setzen und ihn auffordern, das Aufgebot zu beseitigen, mit der Androhung, daß nach Ablauf der Frist die Annahme der Erfüllung abgelehnt werden wird. Nach Ablauf der Frist kann der Käufer zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen, dieses letztere jedoch erst dann, wenn Anm. 36.

das Aufgebot dazu geführt hat, dem Käufer sein Recht zu entziehen, oder wenn der Käufer dem Verkäufer das Papier zurückgegeben hat oder wenn die Sache untergegangen ist. (Näheres in § 440 B.G.B.). Als Qualitätsfehler ist es zu erachten, wenn die Waare trotz Zusage nicht patentirt ist; oder wenn ein anderer ein Patent darauf hat, sodaß der Käufer sie nicht vertreiben darf; wenn sie, obwohl zum Export bestimmt, nicht exportfähig ist. Auch Quantitätsfehler sind oft Qualitätsfehler (siehe oben Anm. 6). Dagegen ist die Nichterfüllung anderer Zusagen von den Qualitätsmängeln wohl zu unterscheiden (siehe oben Anm. 8 ffg.).

Anm. 37. 2. **Welche Rechte stehen dem Käufer bei einem Mangel der Sache zu?** (Allgemeine Skizzirung dieser Rechte.)

a) Zunächst hat der Käufer das Recht der Wandlung d. h. das Recht, den Kauf rückgängig zu machen (§ 462 B.G.B.). Näheres über dieses s. unten Anm. 44 ffg.

Anm. 38. b) Außerdem steht ihm zur Wahl das Recht auf Minderung d. h. das Recht auf Herabsetzung des Kaufpreises (§ 462 B.G.B.). Näheres über dieses Recht s. unten Anm. 70 ffg.

Anm. 39. c) Außerdem steht ihm beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft und bei arglistiger Verschweigung eines Fehlers zur Wahl, d. h. es kann von ihm statt Wandlung oder Minderung geltend gemacht werden das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 B.G.B.). Dieses Recht setzt bei dem Kauf einer bestimmten Sache voraus, daß der Fehler zur Zeit des Kaufs vorhanden ist, beim Gattungskauf besteht auch hier die regelmäßige Voraussetzung für alle Gewährleistungsansprüche, daß der Fehler zur Zeit des Uebergangs der Gefahr vorhanden sein muß (§§ 463, 480 Abs. 2 B.G.B.). Worin der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht, darüber s. unten Anm. 78 ffg.

Anm. 40. d) Ferner kann der Käufer beim Gattungskaufe statt Wandlung oder Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Darüber Näheres unten Anm. 82 ffg.

Anm. 41. e) Endlich aber steht dem Käufer bei schuldhaft mangelhafter Lieferung auch noch allgemein das Recht auf Schadensersatz zu. Näheres über dieses im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Recht s. unten Anm. 91 ffg.

Anm. 42. f) Ein Recht des Käufers auf Nachbesserung (Reparatur, Nachlieferung der fehlenden Eigenschaft) hat der Käufer nur, wenn und inwieweit er Schadensersatz verlangen kann. (So auch Planck Anm. 4 zu § 462 B.G.B.; Cosack, Bürgerliches Recht I § 127 V; vergl. § 249 B.G.B.).

Anm. 43. Dagegen hat der Käufer keine Verpflichtung, Nachbesserung oder Lieferung anderer Waare zu verlangen, ehe er seine übrigen Rechte geltend machen kann (vergl. R.G. 34 S. 192; R.G. 36 S. 232). Auch der Verkäufer hat kein Recht, dem Käufer Nachbesserung (oder Lieferung anderer Waare) anzubieten. Die Nichterwähnung dieser Rechte im B.G.B. ist der deutlichste Beweis dafür, daß sie abgelehnt sind (vergl. auch Eccius bei Gruchot 43 S. 316; anderer Meinung Cosack, Bürgerl. Recht I § 127 V 2, auch Oertmann zu § 462 B.G.B., letzterer unter Berufung auf Motive II S. 227; vergl. jedoch hiergegen Protokolle I S. 967 ffg.: ein Antrag, der Verkäufer könne die Wandlung oder Minderung dadurch abwenden, daß er unverzüglich den Mangel beseitigt, ist abgelehnt worden). Das frühere Recht stand auf dem gleichen Standpunkte (R.G. 34 S. 192; 36 S. 232).

Anm. 44. 3. **Näheres über die einzelnen Gewährleistungsansprüche.**

a) **Das Recht auf Wandlung,** die frühere actio und exceptio redhibitoria.

α) Die Geltendmachung dieses Rechts setzt hier beim Handelskauf voraus, daß ein Mangel der Sache rechtzeitig und gehörig gemäß § 377 gerügt worden ist (außer im Falle des arglistigen Verschweigens, unten Anm. 130) und daß ferner ein Mangel in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften oder in zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden ist (vergl. oben Anm. 35).

β) Inhalt und Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung. Dies ist Anm. 45a.
Gegenstand einer großen Streitfrage. Meist wird angenommen, daß der Inhalt des Anspruchs der sei, daß der Käufer von dem Verkäufer die Annahme seiner auf Aufhebung des Kaufvertrags gerichteten Offerte verlangen könne (so insbes. Planck Anm. 3 zu § 462 B.G.B.; Neumann Anm. 2b zu § 462 B.G.B.). Eigentlich müßte hiernach zunächst auf Abschließung des Wandlungsvertrages geklagt werden, und erst nach rechtskräftiger Verurtheilung auf Abschließung des Vertrages könnte die Leistung auf Grund des Wandlungsrechts eingeklagt werden. Um dieser für die Praxis unerträglichen Konsequenz zu entgehen, wird versucht, die Verbindung der Klage auf Abschließung des Wandlungsvertrages mit der Klage auf Rückleistung juristisch zu rechtfertigen (Neumann a. a. O.; Flechtheim bei Gruchot 44 S. 65) oder gar in der Geltendmachung der Wandlungsansprüche die Klage auf Einverständnißerklärung implicite zu erblicken (so Goldmann und Lilienthal S. 30). Die vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung eines solchen Urtheils bietet dann wieder besondere Schwierigkeiten, wie denn auch Planck Anm. 2b zu § 467 B.G.B. das Urtheil erst mit der Rechtskraft für vollstreckbar erachtet. Die Einrede der Wandlung gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises stößt wieder auf neue Schwierigkeiten; Neumann, der sie zuläßt, konstruirt sie als das Recht der Zurückbehaltung bis zum Abschluß des Wandlungsvertrages, verlangt also, daß erkannt werde auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Abschluß eines Wandlungsvertrags, Inhalts dessen der Käufer das Kaufgeld zurückfordern kann!

Alle diese fast unüberwindlichen konstruktiven und praktischen Schwierigkeiten Anm. 45b.
ergeben sich aus derjenigen Theorie, Inhalts deren das Recht auf Wandlung ein Recht auf Abschluß eines Wandlungsvertrags ist. Es ist zuzugeben, daß die zweite Kommission von dieser Theorie ausging (Protokolle I S. 680). Aber das Gesetz ist oft weiser als der Gesetzgeber. Das Gesetz zwingt zu dieser Konstruktion nicht. Wie das Gesetz gefaßt ist, ist der Anspruch auf Wandlung ein ganz einfacher Anspruch auf Aufhebung des Kaufvertrages, der, ganz so wie die frühere actio und exceptio redhibitoria, von dem Käufer, der bereits geleistet hat, geltend gemacht wird durch die Klage auf Rückleistung, von dem Käufer, der noch nicht gezahlt hat, durch die Einrede gegen die Klage auf Zahlung. Daß die Wandlung sich auch ohne Vertrag vollzieht, ergiebt deutlich der § 478 B.G.B. Dort wird „auch nach der Vollendung der Verjährung" das Recht der Wandlung als Einrede gegeben; daß diese Einrede auch vor der Vollendung der Verjährung besteht, ist dabei vorausgesetzt. Der Hinweis auf § 465 B.G.B. ist kein Gegenbeweis gegen unsere Auffassung. Dieser Paragraph sagt nur, daß die Wandlung vollzogen ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Daß die Wandlung sich nur in dieser Weise vollziehen kann, ist damit keineswegs gesagt. Das ergiebt schon der folgende § 466 B.G.B. Nach diesem kann sich der Verkäufer zur Wandlung erbieten und den Käufer zur Erklärung auffordern, ob er Wandlung verlange. Kommt der Käufer dieser Aufforderung nach, und verlangt er Wandlung, so ist dadurch ebenfalls die Wandlung vollzogen, also nicht bloß dadurch, daß der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt, sondern auch dadurch, daß der Verkäufer sich zur Wandlung erbietet und der Käufer alsdann Wandlung verlangt. Aber auch der Hinweis auf § 480 B.G.B. beweist die Richtigkeit unseres Standpunkts. Dort ist dem Käufer neben den anderen Rechten das Recht gegeben, „zu verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird". Der § 465 B.G.B. ist auch für dieses Recht für anwendbar erklärt. Soll nun etwa auch dieses Recht erst entstehen durch einen Vertrag, Inhalts dessen der Käufer die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt und der Verkäufer sich mit dieser einverstanden erklärt? Oder sollte nicht Derjenige, der das Recht hat, zu „verlangen, daß ihm eine mangelfreie Sache geliefert wird", einfach das Recht haben zu verlangen, daß ihm eine mangelfreie

Sache geliefert wird, und nicht das Recht zu verlangen, daß der Verkäufer sich mit dem Abschluß eines Kontraktes einverstanden erkläre, Inhalts dessen dieser sich zur Lieferung einer mangelfreien Sache verpflichtet? Welche Gewalt thut man den Gesetzesworten an, wenn man unseren Standpunkt verwirft! Und welche sonderbaren praktischen Konsequenzen entstehen! Der Käufer, der nach den Gesetzesworten eine mangelfreie Sache verlangen kann, würde danach keineswegs das Recht haben, eine mangelfreie Sache zu verlangen, und wenn der Verkäufer sie nicht liefert, die Rechte aus § 326 B.G.B. wegen Erfüllungsverzuges geltend zu machen. Sondern er müßte zunächst auf Abschluß jenes sonderbaren Vertrages klagen, allenfalls in Verbindung damit auf Lieferung der Waare, und erst nach rechtskräftiger Verurtheilung des Verkäufers die Rechte aus dem Erfüllungsverzuge geltend machen können. Das sind Umständlichkeiten, die der Verkehr nicht vertragen kann.

Anm. 47. Wie gesagt, jene Theorie ist unhaltbar, weil sie zu unerträglichen praktischen und konstruktiven Schwierigkeiten führt und die Gesetzesworte keineswegs zur Annahme jener unpraktischen Theorie zwingen. Nach unserer Auffassung hat einfach der Käufer das Recht, den Kaufpreis, wenn er ihn gezahlt hat, zurückzuverlangen, und wenn er ihn noch nicht gezahlt hat, die Zahlung im Wege der Einrede zu verweigern, und der Käufer, der die Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 480 B.G.B. verlangt, verlangt eben Lieferung einer mangelfreien Sache, und wenn der Verkäufer diesem Verlangen nicht nachkommt, so klagt der Käufer auf Lieferung oder macht die Rechte aus dem Erfüllungsverzuge geltend. So ergeben sich überall ungezwungene praktische Konsequenzen. Der § 465 B.G.B. hat hiernach lediglich die Bedeutung, daß der Käufer bei der von ihm getroffenen Wahl festgehalten wird: sobald der Verkäufer sich mit dem Verlangen des Käufers auf Wandlung (oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache) einverstanden erklärt, ist die Wahl vollzogen, der Käufer hat sein jus variandi verloren, welches ihm bis dahin noch zustand, und zugleich liegt darin allerdings der Abschluß eines Vertrages, auf welchen alsdann die Rechte auf Rückleistung gestützt werden dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob das Wandlungsverlangen an sich in den Mängeln der Sache begründet war. In dieser Weise ist der Wandlungsanspruch auch früher konstruirt worden (R.G. 27 S. 393 ffg.) und es liegt, wie gesagt, nach den Gesetzesworten kein Anlaß vor, hiervon im neuen Rechte abzuweichen.[1])

Anm. 48. Die in § 465 erwähnte Einverständnißerklärung kann der Verkäufer solange abgeben, als der Käufer sein Wandlungsverlangen nicht zurückgenommen hat. Es liegt in diesem Verlangen keine Vertragsofferte, sondern die Geltendmachung eines Rechtes. Das entspricht auch der Auffassung des früheren Rechts. Hatte der Käufer die Waare zur Disposition gestellt, so wurde darin nicht eine Vertragsofferte erblickt, welche sofort angenommen werden müßte, sondern die Geltendmachung eines Rechts, die solange wirkte und angenommen werden konnte, bis sie zurückgenommen war. Mit der Annahme der Zurdispositionsstellung war der Kauf rückgängig geworden, „die Wandlung vollzogen".

Anm. 49. Erklärt sich der Verkäufer mit der vom Käufer verlangten Wandlung nicht einverstanden, so macht der Käufer seine Ansprüche gerichtlich geltend. Ein Rücktrittsrecht im Sinne des B.G.B. liegt allerdings in dem Verlangen auf Wandlung nicht, sonst könnte der Käufer ein anderes Recht nicht mehr wählen, nachdem er das Recht

---

[1]) Eccius bei Gruchot 43 S. 305 ffg. vertritt einen dem unserigen beinahe gleichkommenden Standpunkt, nur daß er den § 465 B.G.B. aus grammatikalischen Gründen anders auslegt. Das Verlangen, von welchem dieser Paragraph spricht, ist für ihn nothwendig auf Einverständnißerklärung gerichtet, nicht das Verlangen des Käufers auf Wandlung. Aber die Vorschriften, welche sich ringsherum um diesen Paragraphen befinden (§§ 462, 463, 467, 474) sprechen von dem Wandlungsverlangen. Also kann auch § 465 ohne Zwang in diesem Sinne verstanden werden.

der Wandlung gewählt hat. Der Kaufvertrag wird also durch das Verlangen der Wandlung selbst noch nicht aufgehoben, wohl aber durch den rechtskräftigen Richterspruch. Eccius bei Gruchot 43 S. 131 fragt, worauf sich diese letztere an sich wünschenswerthe Gebundenheit gründen soll. Die Antwort ist: auf die Rechtskraft, res judicata jus facit inter partes. Ist auf Verlangen des Käufers der Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises verurtheilt; ist der Verkäufer auf die Wandlungseinrede des Käufers mit seiner Klage auf Zahlung des Kaufpreises abgewiesen worden; ist der Verkäufer auf die Klage des Käufers auf Lieferung der mangelfreien Sache zu dieser verurtheilt worden; so ist in allen diesen Fällen das Rechtsverhältniß in dieser Weise rechtskräftig festgestellt, und zwar bindend für beide Theile. Unmöglich kann in solchen Fällen der Käufer sich noch auf den Standpunkt stellen, der Kaufvertrag bestehe noch unverändert.

Anm. 50. Hiernach wird die Wandlung vollzogen entweder durch einen Vertrag zwischen den beiden Parteien (der sich regelmäßig in der Weise abspielen wird, daß der Käufer die Wandlung verlangt und der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt, oder daß der Verkäufer sich zur Wandlung erbietet und der Käufer sie alsdann verlangt, §§ 465, 466 B.G.B.) oder durch den rechtskräftigen Richterspruch, der auf Aufhebung des Kaufvertrages lautet oder die Konsequenzen aus dem diesbezüglichen Verlangen des Käufers zieht.

Anm. 51. γ) Die einzelnen Vorschriften über die Wandlung, insbesondere über ihre Wirkung. Es finden in dieser Beziehung die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht gegebenen Vorschriften der §§ 346—348, 350—354, 346 B.G.B. Anwendung (vergl. § 467 B.G.B.).

Anm. 52. αα) Die Zulässigkeit der Wandlung. Durch zufälligen Untergang der Sache wird sie nicht ausgeschlossen (§ 350 B.G.B.). Zufällig ist jeder Untergang, welchen der Käufer nicht verschuldet hat, also insbesondere wenn die Sache durch den Mangel selbst untergegangen ist. Wohl aber wird die Wandlung dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer vor der Vollziehung der Wandlung eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache oder den Untergang eines erheblichen Theils der Sache verschuldet hat. Seinem eigenen Verschulden steht dabei ein von ihm nach § 278 B.G.B. zu vertretendes Verschulden eines anderen gleich[1]) (§ 351 B.G.B.). Ferner ist die Wandlung dann ausgeschlossen, wenn der Käufer die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat, es sei denn, daß der Mangel sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat (§§ 467, 352 B.G.B.). Selbstverständlich liegen diese Fälle dann nicht vor, wenn der Käufer die Waare zum Zwecke der Probe gebrauchen oder gar zum Theil verbrauchen mußte (vergl. R.O.H. 10 S. 437).

Anm. 53. Durch die Veräußerung der Sache wird der Käufer an sich nicht verhindert, die Wandlung zu verlangen, es sei denn, daß der Erwerber die erhebliche Verschlechterung, den Untergang oder die sonstige Herausgabeunmöglichkeit verschuldet oder die Sache umgestaltet hat (§ 353 B.G.B.).

Anm. 54. Ergänzend aber ist hinzuzufügen, daß der Käufer auch dadurch seines Wandlungsanspruches verlustig geht, daß er mit der Sache in einer Weise verfährt, welche auf den Willen, sie behalten zu wollen, schließen läßt. So z. B. wenn er die Sachen in Kenntniß des Mangels veräußert. Das ist früher angenommen worden (R.G. 17 S. 65; 43 S. 68) und ist jetzt nicht geändert. Der Paragraph 353 B.G.B., welcher im § 467 B.G.B. in Bezug genommen ist, sagt anscheinend das Gegentheil, aber nur anscheinend. Denn er sagt nur, daß

[1]) Das zu sagen, war trotz § 278 B.G.B. nicht überflüssig, weil in jener allgemeinen Vorschrift nur gesagt ist, daß man für die Versehen seiner Gehilfen dann haftet, wenn es sich um Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten handelt. Davon ist hier ja keine Rede. Es ist hier nur gesagt, durch welche Umstände das Recht auf Wandlung ausgeschlossen wird.

an sich die Veräußerung dem Rücktritt, also auch der Wandlung nicht entgegensteht. Das ist zutreffend und betrifft den Fall, daß der Käufer die Waare schon vor der Uebergabe oder nach der Uebergabe unbesehen anderweit veräußert. Aber wenn zur Thatsache der Veräußerung noch der wichtige Umstand der Kenntniß des Mangels hinzutritt, dann kann an dem Ausschlusse der Wandlung um so weniger gezweifelt werden, als die gleiche Anschauung auch im § 464 B.G.B. zum Ausdruck gebracht ist. Schon die Annahme der Sache in Kenntniß des Mangels schließt das Wandlungsrecht aus.

Anm. 55. Deshalb wird die Wandlung auch dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer die Waare in Kenntniß des Mangels fortgesetzt in Benutzung nimmt, auch wenn er sie dadurch nicht verschlechtert (Bolze 3 Nr. 722).

Anm. 56. Auch dadurch, daß der Käufer in Kenntniß des Mangels die Minderung wählt, geht er des Wandlungsrechts verlustig. Nur wegen eines anderen Mangels kann er dann noch Wandlung wählen (§ 475 B.G.B.), soweit er überhaupt berechtigt ist, nachträglich einen Mangel geltend zu machen, den er nicht von vornherein gerügt hat.

Anm. 57. *ββ)* Die einzelnen Bestandtheile des Wandlungsanspruchs. Beide Theile können, wenn die Wandlung vollzogen ist, Rückgewähr des Geleisteten verlangen (§ 346 B.G.B.). Der Käufer hat insbesondere die Kaufsache zurückzugeben. Wenn er vor der Vollziehung der Wandlung eine unwesentliche Verschlechterung oder nach der Vollziehung eine Verschlechterung der Sache überhaupt oder den Untergang der Sache oder die anderweite Unmöglichkeit der Rückgewähr verschuldet hat, so hat er dem Verkäufer den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 347 Satz 1, § 989 B.G.B.). Der Käufer hat ferner dem Verkäufer die gezogenen oder schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen zu ersetzen (§ 347 Satz 2, § 987 B.G.B.). Der Verkäufer hat die Verpflichtung, die Sache zurückzunehmen; der Käufer kann, wie der Verkäufer auf Abnahme, seinerseits auf Wiederabnahme klagen, es muß dies wenigstens aus §§ 433, 346, 347 B.G.B. entnommen werden. Denn da die Abnahme nach § 433 B.G.B. eine Leistung ist, so ist die Wiederabnahme als Rückgewähr dieser Leistung im Sinne des § 346 B.G.B. zu betrachten. Der Verkäufer hat ferner den Kaufpreis mit Zinsen zurückzuzahlen, und zwar hier, wo es sich um einen Handelskauf unter Kaufleuten handelt, mit 5% (§§ 346 Satz 1, § 347 Satz 3 B.G.B., § 352 H.G.B.). Die auf die Sache gemachten Verwendungen müssen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt werden (§ 347 Satz 2, § 994 Abs. 2 B.G.B.). Der Käufer kann also, wie ein Beauftragter, Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, soweit sie den Interessen und dem muthmaßlichen Willen des Verkäufers entsprochen haben (§ 683 B.G.B.). Dazu gehören insbesondere die Transportkosten (vergl. R.G. 6 S. 189), und die Kosten der Aufbewahrung, desgleichen die Prozeßkosten, die nothwendig waren, um die Wandlung womöglich zu verhindern, so z. B. wenn der Käufer die Waare anderweit veräußert hatte und von dieser Seite nunmehr die Mangelhaftigkeit behauptet war, nach der Sachlage aber ein Ausfechten dieses Streits im Prozeßwege sachgemäß erschien. Das Lagergeld muß übrigens der Verkäufer auch dann zahlen, wenn der Käufer in seinen eigenen Räumen lagern läßt. Denn es ist ja hier vorausgesetzt, daß der Käufer Kaufmann ist (R.O.H. 7 S. 356; R.G. 1 S. 285; Bolze 5 Nr. 663; 9 Nr. 231; O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 556), und zwar nach den ortsüblichen Sätzen, gleichviel, ob der Käufer Spediteur ist oder nicht (Bolze 9 Nr. 231) und ohne Rücksicht darauf, ob er Eigenthümer der zur Disposition gestellten Waare geworden ist oder nicht. Denn es ist für die Anwendung des § 354 nicht die Eigenthumsfrage entscheidend, sondern der Gesichtspunkt, ob die Aufbewahrung als Dienstleistung für den anderen Theil zu betrachten ist (Bolze 11 Nr. 403). Desgleichen sind

die Futterkosten ohne Weiteres erstattungsfähig; doch hat der Verkäufer den von ihm zu beweisenden Einwand, daß der Käufer die Stücke entsprechend benutzt habe (Bolze 2 Nr. 993). Der Käufer kann endlich auch die Vertragskosten ersetzt verlangen (§ 467 Satz 2 B.G.B.).

Wegen ihrer Ansprüche haben die Kontrahenten das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 369 H.G.B. (vergl. Anm 23 zu § 369). Anm. 58.

Schadensersatz für mangelhafte Erfüllung kann auf Grund des Wandlungsanspruchs nicht verlangt werden (vergl. Planck Anm. 2d zu § 467 B.G.B.), also können es auch insbesondere nicht die Kosten der Untersuchung, die der Käufer vornahm, um Mängel festzustellen. Ob Schadensersatz verlangt werden kann, wenn schuldhafte Erfüllung vorliegt, darüber siehe unten Anm. 91. Anm. 59.

γγ) Die aus der Wandlung sich ergebenden Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (§ 348 B.G.B.). Das Nähere über Zug um Zug zu erfüllende Verpflichtungen (Klage, Petitum, Urtheilstenor, Zwangsvollstreckung) siehe Anm. 50 ffg. im Exkurse vor § 373. Anm. 60.

δδ) Der Gerichtsstand für die Klagen aus der Wandlung. Es ist hier natürlich nur der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes zu behandeln. Klagt der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, auf Rückgängigmachung des Vertrages, so ist seine Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, die streitige Verpflichtung, von welcher er befreit sein will. Diese Verpflichtung ist aber an seinem Wohnsitze zu erfüllen (§§ 269, 270 Abs. 4 B.G.B.). Dort ist also der Gerichtsstand des § 29 C.P.O. Das ändert sich auch dadurch nicht, daß der Käufer auch auf Rücknahme der Sache klagt. Nach §§ 467, 346 B.G.B. ist der Käufer verpflichtet, die Sachen zurückzugewähren, und zwar nach § 269 B.G.B., dort, wo er seinen Wohnsitz hat; also muß dort der Verkäufer sie auch zurücknehmen. — Klagt der Käufer auf Rückzahlung des bereits entrichteten Kaufpreises, so ist dies die streitige Verpflichtung im Sinne des § 29 C.P.O. (R.G. 27 S. 393 ffg.). Diese ist, da die Verpflichtungen aus der Wandlung Zug um Zug zu erfüllen sind (vergl. oben Anm. 60), der Verkäufer also nur gegen Rückempfang der Sachen zurückzuzahlen hat, der Käufer aber keine Verpflichtung hat, dem Verkäufer die Sachen zurückzuschicken, die Auswechselung der Sachen gegen den Kaufpreis vielmehr am Wohnsitze des Käufers bezw. dort stattfinden muß, wo die Sachen sich in Folge des Kaufvertrages befinden, an diesem Orte zu erfüllen und demgemäß ist hier der Gerichtsstand für den gedachten Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (vergl. R.G. 20 S. 358 ffg.; R.G. bei Gruchot 34 S. 1143; 37 S. 1208). Dies ist aber natürlich nur dahin zu verstehen, daß Kaufpreis und Waare dort auszuwechseln sind, wo die Waare sich in Folge des Kaufvertrages befindet. In Folge des Kaufvertrages befindet sich die Waare dort, wo sie sich in Folge der durch den Verkäufer erfolgten Ausführung des Vertrages befindet. Aber auch der Ort ist es, welcher als der aus den Kaufverhandlungen ersichtliche regelmäßige Bestimmungsort der Waare zu betrachten ist. Hat z. B. eine Firma in Breslau von einer Firma in Posen Waare gekauft und dort abzunehmen, so ist gleichwohl Breslau als der regelmäßige Bestimmungsort der Waare anzusehen, weil regelmäßig ein Handlungshaus Waare kauft, um sie nach ihrer Niederlassung zu schaffen und von dort aus weiter zu verkaufen (R.G. bei Gruchot 37 S. 1208). — Klagt der Käufer, nachdem er die Sache bereits zurückgewährt hat oder nachdem die Sache untergegangen ist, auf Rückzahlung des Preises, so liegt der aus den Grundsätzen über den Auswechselungsort hergeleitete Grund für den besonderen Gerichtsstand dieses Ortes nicht vor und es ist dieser Gerichtsstand nicht begründet. Das R.G. (Urtheil vom 26. Mai 1900 in J.W. S. 553) will allerdings auch in diesem Falle den Gerichtsstand dort erblicken, wo die Waare sich vertragsmäßig befand, weil die Folge der mangelhaften Erfüllung die Pflicht zur Rückzahlung des Preises eine Anm. 61.

Bringschuld geworden sei. Allein das würde dazu führen, auch im Falle des Verzuges eine Aenderung des Erfüllungsortes anzunehmen, was aber besonders nach den Grundsätzen des neuen Rechts nicht angeht (vergl. Anm. 19 im Exkurse zu § 372).

Anm. 70. b) **Das Recht auf Minderung,** die frühere actio und exceptio quanti minoris.

a) Auch dieses Recht setzt hier beim Handelskauf voraus, daß der Mangel rechtzeitig und gehörig gemäß § 377 gerügt worden ist (außer im Falle arglistigen Verschweigens, unten Anm. 130) und daß ferner ein Mangel in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften oder in zugesicherten Eigenschaften zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden ist.

Anm. 71. β) Inhalt und Geltendmachung des Anspruchs auf Minderung. Auch hier wird von den meisten Schriftstellern angenommen, daß der Inhalt des Anspruchs der sei, daß der Käufer vom Verkäufer die Annahme seiner auf Minderung des Preises gerichteten Offerte verlangen könne. Jene Ansicht ist oben Anm. 45 ffg. widerlegt. Unserer Ansicht nach ist der Anspruch auf Minderung ein Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, welcher geltend gemacht wird durch ein an den Verkäufer gerichtetes Verlangen, und wenn dieses nicht bewilligt wird, durch Klage oder Einrede. „Vollzogen" wird die Minderung dadurch, daß der Verkäufer sich mit ihr einverstanden erklärt oder dadurch, daß auf die Klage oder Einrede der Richter sie rechtskräftig festsetzt. Ob der Käufer, solange bis die Minderung vollzogen ist, statt der Minderung noch die Wandlung wählen kann, darüber siehe oben Anm. 56.

Anm. 72. Die Vollziehung der Minderung durch Einigung der Parteien setzt voraus, daß die Parteien über einen bestimmten Minderpreis einig werden, die allgemeine Erklärung, man verlange Herabsetzung des Kaufpreises, und das allgemeine Einverständniß mit einer solchen Erklärung enthält keine Vollziehung der Minderung, falls nicht etwa erhellt, daß die Parteien gemeint haben, die Minderung solle in der nach § 472 B.G.B. vorgesehenen Weise nach objektiven Grundsätzen durch Sachverständige, eventuell durch den Richter geschehen. Erhellt dies, so liegt allerdings ein perfektes Minderungsabkommen vor.

Anm. 73. Klagt der Käufer auf Minderung um $^1/_2$ des Kaufpreises, so kann der Richter, wenn er findet, daß nur Minderung um $^1/_4$ gerechtfertigt ist, selbstverständlich die Herabsetzung um $^1/_4$ aussprechen und im Uebrigen den Antrag des Klägers abweisen. Vom Standpunkt der gegnerischen Theorie, wonach der Käufer auf Erklärung des Einverständnisses mit der von ihm verlangten Minderung klagen muß, muß der Richter die Klage schon dann abweisen, wenn er die vom Käufer verlangte Minderung der Höhe nach für unbegründet hält (zust. Eccius bei Gruchot 43 S. 333), und um dieses mißliche Ergebniß zu beseitigen, wollen Goldmann und Lilienthal (S. 32) den Minderungsanspruch des Käufers, auch wenn derselbe auf eine bestimmte Summe gerichtet ist, gleichwohl dahin auslegen, daß der Kaufpreis herabgesetzt werden soll auf denjenigen Betrag, den der Richter für angemessen hält. Die Auslegung ist mehr als gewagt, ja sie ist mit der im Antrage enthaltenen bestimmten Ziffer unvereinbar. Aber nach unserer Theorie sind solche Wagestücke der Auslegungskunst unnöthig.

Anm. 74. γ) Die Art, wie der Kaufpreis herabzusetzen ist, ist in den §§ 472, 473 B.G.B. deutlich angegeben. Dieselben lauten:

§ 472 B.G.B. Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Werth der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werthe gestanden haben würde.

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesammtwerth aller Sachen zu Grunde zu legen.

§ 473 B.G.B. Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen

in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werthe zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag dem Käufer zu vergüten.

δ) Der Umstand, daß der Käufer die Sache inzwischen anderweit mit Gewinn verkauft hat, ist kein Einwand gegen den Minderungsanspruch. Das ist eine res inter alios acta. So ungerecht das dem Verkäufer gegenüber ist, so entspricht es doch dem Wesen der Preisminderung (R.O.H. 22 S. 35; Dernburg, preuß. Privatrecht II § 144 Anm. 28). Anm. 75.

ε) Nicht ausgeschlossen wird die Minderung durch Abgabe der Wandlungserklärung. Wer sich für Wandlung erklärt hat, kann diese Erklärung noch zurücknehmen und sich für Minderung erklären, natürlich nur so lange, bis der Verkäufer die Wandlung angenommen hat. Denn damit ist die Wandlung vollzogen und die Ansprüche aus der vollzogenen Wandlung sind in Kraft getreten, damit aber ist das Recht des Käufers, die Waare zu behalten, erloschen. Anm. 76.

Durch den Weiterverkauf der Waare, auch in Kenntniß des Mangels, wird zwar (vergl. oben Anm. 54) die Wandlung, nicht aber die Preisminderung ausgeschlossen (R.G. 17 S. 68; 43 S. 67), desgleichen nicht durch sonstige Verfügung über die Waare (R.G. 25 S. 30), alles dies auch dann nicht, wenn der Käufer vorher die Waare zur Verfügung gestellt, also die Wandlung zu wählen erklärt hatte (R.G. 43 S. 37 und 67; R.G. vom 4. Januar 1899 in J.W. S. 102, 103). Anm. 77.

c) **Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Nach § 463 B.G.B. steht dem Käufer statt der Wandlung und Minderung das Recht zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn der Sache zur Zeit des Kaufs eine Eigenschaft fehlt, welche der Verkäufer zugesichert oder einen Fehler hat, den der Verkäufer arglistig verschwiegen hat. Das bezieht sich auf den Kauf bestimmter Sachen. Beim Gattungskauf gilt nach § 480 B.G.B. das Gleiche, wenn der Sache zur Zeit des Gefahrüberganges eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder wenn der Verkäufer einen Mangel der Sache arglistig verschwiegen hat. Anm. 78.

α) Voraussetzung ist also, daß der Sache eine Eigenschaft fehlt, welche er besonders zugesichert hat. Was unter der besonderen Zusicherung zu verstehen ist und daß darunter insbesondere auch zu verstehen ist die Zusicherung von Eigenschaften, welche der Käufer schon an sich zu erwarten hatte, ist schon oben Anm. 32 hervorgehoben worden. Anm. 79.

Die andere alternative Voraussetzung ist arglistige Verschweigung eines Fehlers und zwar eines solchen Fehlers, auf dessen Abwesenheit der Käufer Anspruch hat, der also den Werth oder die Tauglichkeit erheblich beeinträchtigt, oder auf dessen Abwesenheit der Käufer in dem betreffenden Falle gerechnet hatte. Ueber den Begriff des arglistigen Verschweigens siehe Näheres unten Anm. 124.

β) Die Folge ist, daß der Käufer das Recht hat, statt der Wandlung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu wählen. Unter dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist hier nicht etwa das Recht zu verstehen, sich auf den Standpunkt zu stellen, als habe der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt, also die Sachen zurückzuweisen und Schadensersatz wegen der Nichterfüllung des Vertrages zu wählen. Vielmehr kann der Käufer nur geltend machen, daß der Verkäufer in dieser Beziehung den Vertrag nicht erfüllt hat, indem der Sache die Eigenschaft fehlt, deren Vorhandensein er dem Käufer zugesichert hat (so auch Eccius bei Gruchot 43 S. 336). Allerdings kann auch dieses Recht zur Zurückweisung der ganzen Sache führen, wenn nämlich der Käufer an der Sache in mangelhaftem Zustande kein Interesse hat (auch hier übereinstimmend Eccius a. a. O.). Hat z. B. der Käufer Schürzen von bestimmter Farbe bestellt, so kann, wenn der Verkäufer die Schürzen in anderer Farbe liefert, der Käufer zwar auch Wandlung oder Minderung geltend machen, aber er kann statt dessen auch denjenigen Schaden Anm. 80.

ersetzt verlangen, welcher dem Käufer durch die Nichtgewährung dieser Eigenschaft erwachsen ist. Er kann also insbesondere, wenn der Käufer seinerseits in Folge dessen seinen eigenen Verpflichtungen nicht gerecht wird, den ihm hierdurch erwachsenen Schaden ersetzt verlangen. Die Waare selbst kann er behalten oder auch zurückweisen; letzteres wenn sie für ihn kein Interesse mehr hat. Behält er sie und veräußert er sie zu günstigem Preise, so muß er natürlich die hierbei erzielten Vortheile von seinem Schaden in Abzug bringen.

Anm. 81. Darüber, daß der Käufer nicht bloß bei zugesicherten Eigenschaften und arglistigem Verschweigen von Fehlern, sondern auch bei schuldhafter mangelhafter Erfüllung überhaupt Schadensersatz beanspruchen kann, siehe unten Anm. 91.

Anm. 82. d) **Beim Gattungskauf kann der Käufer auch Lieferung mangelfreier Waare verlangen.**

a) Beim Gattungskauf. Hierüber § 360 H.G.B. Voraussetzung ist, daß zur Zeit des Gefahrüberganges eine gewöhnlich vorausgesetzte oder eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, und hier beim Handelskauf ist selbstverständlich ferner vorausgesetzt, daß der Mangel gehörig gerügt sein muß.

Anm. 83. *β*) Statt der Wandlung oder Minderung kann er jenes Recht geltend machen. Natürlich muß er, wenn er eine mangelfreie Sache verlangt, die mangelhafte zurückgeben. Aber das ist keine Wandlung: die Wandlung enthält eine Rückgängigmachung des ganzen Kaufvertrages, gleich als wenn er nicht geschlossen wäre.

Anm. 84. *γ*) Auf diesen Anspruch finden nach § 480 B.G.B. die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 464—466, des § 467 Satz 1 und die §§ 469, 474—479 B.G.B. entsprechende Anwendung. Daraus folgt:

Anm. 85. *αα*) Durch vorbehaltlose Annahme der mangelhaften Sache in Kenntniß des Mangels ist der Anspruch des Käufers ausgeschlossen (§ 464 B.G.B.), aber ebenso, wie wir hinzufügen müssen, durch jedes nachträgliche Verhalten, durch welches der Käufer trotz der Kenntniß des Mangels zu erkennen giebt, daß er sie behalten wolle (vergl. oben Anm. 54—56).

nm. 86 *ββ*) Die auf die Lieferung gerichtete Wahl des Käufers ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer mit der verlangten Nachlieferung einverstanden erklärt (§§ 480, 465 B.G.B.). Bis dahin kann der Käufer das Verlangen auf Nachlieferung noch zurückziehen. Erklärt sich der Käufer nicht einverstanden mit dem Anspruch auf Nachlieferung, so kann der Käufer denselben im Wege der Klage geltend machen. Die gegnerische Theorie, wonach aus § 465 B.G.B. folgen soll, daß der Anspruch auf Wandlung in einem Anspruch auf Einverständnißerklärung mit der vom Käufer verlangten Wandlung bestehe, würde, da § 465 B.G.B. hier entsprechende Anwendung findet, dazu führen, auch hier anzunehmen, daß der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache darin bestehe, daß der Käufer vom Verkäufer verlangen kann, er möge sich damit einverstanden erklären, daß er eine mangelfreie Waare liefere. Diese sonderbare Umständlichkeit fällt nach unserer Ansicht fort. Der Käufer, der nach dem Gesetze verlangen kann, daß ihm eine mangelfreie Sache geliefert wird, kann eben nach unserer Meinung verlangen, daß ihm eine mangelfreie Sache geliefert wird. An diesen Gesetzesworten zu deuteln und zu drehen und aus ihnen ein Ungethüm von „Anspruch auf Einverständnißerklärung" zu machen, halten wir für unzulässig. Der § 465 B.G.B. hat eine ganz andere Bedeutung: er bedeutet, daß, wenn der Verkäufer sich mit dem Verlangen des Käufers einverstanden erklärt, nunmehr das Rechtsverhältniß derart nach dieser Richtung festgelegt ist, daß nunmehr auch der Käufer nicht mehr davon abgehen kann und für beide Theile die hieraus entstehenden Rechte entstanden sind, d. h. also, daß nunmehr auch der Verkäufer verlangen kann, daß der Käufer die mangelhafte Sache zurückgiebt und eine mangelfreie Sache abnimmt und bezahlt. Darauf, ob die Sache wirklich mangelhaft war, kommt es dann nicht mehr an. — Erklärt sich Verkäufer mit dem vom Käufer geltend gemachten Verlangen auf Lieferung einer mangelfreien Sache nicht einverstanden, so kann

der Käufer, wie gesagt, diesen Anspruch d. h. den Anspruch auf Lieferung einklagen. Aber er kann auch alle sonstigen Konsequenzen ziehen, welche dem Inhaber eines solchen Anspruchs zustehen, d. h. er kann nach § 326 B.G.B. die Rechte gegen den Verkäufer wegen Erfüllungsverzuges geltend machen. Nach der Theorie der Gegner würden erst nach rechtskräftiger Feststellung des Anspruchs auf Lieferung die Rechte aus dem Verzuge geltend gemacht werden können — ein für den Handelsverkehr völlig unannehmbares Ergebniß.

γγ) Der Verkäufer kann, wenn der Käufer einen Mangel behauptet, sich gemäß § 466 B.G.B. darüber Gewißheit verschaffen, ob der Käufer etwa Nachlieferung verlangt. Hierüber siehe unten Anm. 96. Anm. 87.

δδ) Der Anspruch auf Nachlieferung wird durch die gleichen Umstände ausgeschlossen, wie der Anspruch auf Wandlung: Veräußerung, Umgestaltung ꝛc. (vergl. oben Anm. 54—56). Anm. 88.

εε) Der Käufer ist, wenn der Anspruch auf Nachlieferung definitiv konstituirt ist, zur Rückgewähr der empfangenen Sachen verpflichtet (Näheres oben Anm. 57). Anm. 89.

b) **Das umgekehrte Recht des Verkäufers, dem Käufer eine mangelfreie Sache anzubieten,** besteht nicht (vergl. oben Anm. 43). Anm. 90.

c) **Der allgemeine Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhaft mangelhafter Lieferung.** Anm. 91.

α) Wir haben bereits in Anm. 11 zu § 347 dargethan, daß dem bürgerlichen Recht der allgemeine, nirgendwo ausgesprochene, aber an zahlreichen Stellen vorausgesetzte Grundsatz innewohnt, daß, wer die ihm obliegenden Verpflichtungen schuldhaft verletzt, dem anderen Theil Schadensersatz zu leisten hat, soweit dieser Anspruch nicht ausgeschlossen ist. Auch in der vorliegenden Materie muß dieser Grundsatz angenommen werden, obgleich er auch hier nicht erwähnt ist. Denn ausgeschlossen ist er dadurch nicht, daß das Gesetz die Rechte, die dem Käufer wegen Mängel der Sache zustehen, aufzählt. Denn alle diese Rechte beziehen sich nur auf die Fälle, in denen der Verkäufer, gleichviel ob mit oder ohne Schuld, mangelhaft liefert (Sachen liefert, welche zur Zeit des Gefahrüberganges Fehler haben), und auf die Fälle, in denen der Verkäufer durch die Zusicherung einer Eigenschaft die Garantie ihres Vorhandenseins übernommen hat, und endlich auf die Fälle, wo er durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers einen dolus begangen hat. Nicht berücksichtigt sind hier überall die zahlreichen Fälle, in denen durch die mangelhafte Erfüllung dem Käufer ein Schaden entsteht, ohne daß der Fall der Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft oder dolose Verschweigung eines Fehlers vorliegt. Durch Lieferung von Waaren mit Fehlern entstehen auch sonst in zahlreichen Fällen Schäden, welche unmöglich den Käufer treffen können, wenn den Verkäufer ein Verschulden trifft. Es liefert z. B. der Verkäufer dem Käufer mottige Pelzwaaren, feuchte Lederwaaren, wasserdurchtränkten Theer, sauren Wein ꝛc., alles Waaren, welchen gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften fehlen. Es ist aber keine bestimmte Eigenschaft zugesichert und der Fall liegt auch nicht so, daß der Fehler arglistig verschwiegen ist. Würde man nun einen Anspruch auf Schadensersatz in solchem Falle nicht zugestehen, so würde der Käufer wohl das Recht haben, den Kauf rückgängig zu machen, oder den Kaufpreis zu mindern oder andere Waare zu verlangen. Aber alle diese Rechte reichen in den meisten Fällen absolut nicht aus, um den Erfordernissen der Gerechtigkeit zu genügen, nämlich immer dann nicht, wenn dem Käufer durch die fehlerhafte Lieferung bereits ein Schaden erwachsen ist. Der Käufer hat vielleicht in Folge der mangelhaften Lieferung seiner eigenen Lieferungsverpflichtung nicht gerecht werden können und wird schadensersatzpflichtig. Oder die mangelhaft gelieferte Waare verdirbt seine eigene Waare und richtet dadurch Schaden an. Oder die Waare ist wegen des Mangels polizeilich beschlagnahmt worden und dem Käufer sind Auslagen an Strafe und Kosten entstanden. Soll in allen diesen Fällen der Gerechtigkeit Genüge geschehen, so muß jener allgemeine Grundsatz auch hier angewendet werden (vergl. auch Cosack, Bürgerliches Recht Band I § 127, IV, 3)

und wir tragen kein Bedenken, ihn hier anzuwenden, da wir nicht finden können, daß das Gesetz ihn hat ausschließen wollen.

Hiernach hat der Käufer das weitere Recht, Schadensersatz zu verlangen, wenn der Verkäufer mangelhaft liefert und zwar durch sein Verschulden.

Anm. 92. β) Wann Verschulden des Verkäufers vorliegt, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen. Der Verkäufer hat nach § 278 B.G.B. sein eigenes Versehen und das seiner Erfüllungsgehilfen zu vertreten. Versehen liegt vor, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt. Als Kaufmann hat er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns aufzuwenden (§ 347). Bei Gattungsschulden muß er sein Unvermögen zu liefern jedenfalls vertreten, so lange die Lieferung aus der Gattung möglich ist. Er kann sich also nicht damit entschuldigen, daß er eine große Fabrik habe und in dieser ungewöhnlich viel zu thun ist (Bolze 7 Nr. 562). Er mag dann die Waare anderweit beschaffen, wenn er sie in seiner Fabrik nicht ordnungsmäßig herstellen kann. Wer Vertragsverpflichtungen übernimmt, muß unter Umständen große Anstrengungen machen, um sie zu erfüllen. Das Eintreten von Schwierigkeiten verpflichtet ihn eben zu erhöhten Anstrengungen, aber befreit ihn nicht von der Verpflichtung. Ob Streik und sonstige besondere Schwierigkeiten ihn entschuldigen, darüber siehe Anm. 41 im Exkurs zu § 374. Entschuldigt ist der Lieferant z. B. dann, wenn er selbst die Waare nicht anfertigt, sondern von einem leistungsfähigen Hause stets bezog, und die Waare, ohne daß er das vermuthen konnte, in dem vorliegenden Falle schlechter ausfiel, als sonst.

Anm. 93. γ) Dieser Schadensanspruch steht dem Käufer neben allen sonstigen Rechten zu. Er steht ihm zunächst zu, wenn er die Waare behält: er kann die Waare behalten und erklären, durch die schuldhafte Lieferung sei ihm ein Schaden entstanden. Der Anspruch auf Schadensersatz steht ihm aber auch dann zu, wenn er wandelt. Das ist der gewöhnliche Fall: er kann erklären, er behalte die Waare wegen ihres Mangels nicht, verlange Rückgängigmachung des Kaufes, aber in Folge der mangelhaften Erfüllung sei ihm ein Schaden entstanden und diesen verlange er ersetzt, da der Verkäufer schuldhaft mit Mängeln erfüllt habe. Er kann den Schadensersatzanspruch auch geltend machen neben dem Minderungsanspruch; aber hier hat er keine besondere Bedeutung. Er kann ihn auch geltend machen neben dem Verlangen auf andere Waare nach § 480 B.G.B.

Anm. 94. δ) Worin der Schadensersatz besteht, kann nur von Fall zu Fall gesagt werden. Die allgemeinen Regeln über den Schadensersatz greifen hier Platz. Vergl. die Erläuterung zu § 347. Insbesondere sind die Kosten der Untersuchung und Mängelanzeige nur im Wege des Schadensersatzes vom Käufer zu erlangen (vergl. oben Anm. 59), ebenso eine Aufbesserung und Reparatur (siehe Anm. 95).

Anm. 95. f) **Ueber die Frage, ob der Käufer Nachbesserung verlangen kann, ob der Käufer verpflichtet ist, Nachbesserung oder Lieferung anderer Waare zu verlangen, und ob der Verkäufer das Recht hat, andere Waaren anzubieten,** siehe oben Anm. 42 u. 43.

Anm. 96. 4. **Das Verhältniß der einzelnen Rechte zu einander.**

a) Zunächst braucht der Käufer nur den Mangel anzuzeigen. Er braucht nicht sofort zu erklären, welches Recht er geltend macht. In der Zurdispositionsstellung liegt noch nicht die Erklärung der Wandlung, sondern nur, daß die gelieferte Waare als Vertragserfüllung zurückgewiesen wird. Der Käufer kann dann immer noch mangelfreie Waare verlangen. Aber der Verkäufer kann sich darüber Gewißheit verschaffen, ob der Käufer Wandlung oder das Recht, andere Waare zu verlangen, geltend machen will. Er kann nämlich dem Käufer, indem er sich zur Wandlung oder zur Lieferung einer anderen Waare erbietet, eine angemessene Frist zur Erklärung setzen, ob er eines dieser Rechte verlange. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Käufer auf diese Rechte nicht mehr zurückkommen und bleibt auf die anderen ihm zustehenden Rechte beschränkt (§ 466 B.G.B.). Uebrigens erreicht der Verkäufer auch durch die Klage auf Zahlung Klarheit. Denn

in Folge der processualischen Erklärungspflicht des Käufers muß derselbe erklären, welches Recht er geltend macht (vergl. oben Anm. 22).

b) Hat der Käufer eines der beiden Rechte (Wandlung oder Lieferung einer mangelfreien Sache) gewählt und kommt dann mit der Rückgewähr der von ihm zurückzugebenden Sachen in Verzug, so kann ihm der Verkäufer wiederum eine angemessene Frist zur Rückgewähr mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Sachen ablehnen werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird das betreffende Recht des Käufers alsdann unwirksam (§§ 467, 480, 354 B.G.B.). Anm. 97.

c) Durch die Geltendmachung des Rechts auf Wandlung wird der Käufer in der Ausübung seiner übrigen Rechte nicht behindert, wohl aber durch die Vollziehung der Wandlung, d. h. durch die beiderseitigen Einverständnißerklärungen oder durch das rechtskräftige Urtheil. Für die Geltendmachung des Rechts auf Lieferung anderer Waaren gilt das Gleiche. Anm. 98.

d) Durch die Geltendmachung des Minderungsanspruchs trotz Kenntniß des Mangels wird das Recht der Wandlung wegen desselben Mangels jedenfalls ausgeschlossen (vergl. oben Anm. 56). Anm. 99.

5. **Die Haftung für Mängel wird ausgeschlossen:** Anm. 100.

a) durch die nicht erfolgte Anzeige gemäß § 377; außer im Falle arglistigen Verschweigens gemäß § 377 Abs. 5 (vergl. unten Anm. 130).

b) dadurch, daß der Käufer die Mängel der verkauften Sache beim Abschlusse des Kaufs kennt. Auch dann haftet der Verkäufer regelmäßig nicht, wenn der Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft dem Käufer aus grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Indessen ausnahmsweise haftet er auch in letzterem Falle, nämlich dann, wenn er die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat oder wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 460 B.G.B). Anm. 101.

c) wenn der Käufer die Sache annimmt, obschon er den Mangel kennt (§ 464 B.G.B.). Das bloße Kennenmüssen genügt hier nicht, um ihm seine Rechte zu entziehen. Wenn aber der Käufer, was er eventuell zu beweisen hat, sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten hat, so verbleiben ihm seine Rechte. Ein allgemeiner Vorbehalt genügt. Der Vorbehalt muß bei der Annahme erfolgen. Im Falle der Zusendung genügt natürlich ein Vorbehalt unmittelbar nach der Annahme. Anm. 102.

d) wenn besondere Vereinbarungen über die Gewährleistung getroffen sind, durch welche dieselbe ausgeschlossen wird. Doch sind solche Vereinbarungen nichtig, wenn der Verkäufer Mängel arglistig verschwiegen hat (§ 476 B.G.B.). Ueber besondere Vereinbarungen siehe unten Anm. 148 ffg. Anm. 103.

e) wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird (§ 461 B.G.B.).

6. **Die Beweislast.** Anm. 104.

a) Zunächst hat der Verkäufer die Ablieferung zu beweisen, wenn streitig ist, ob sie überhaupt erfolgt ist (R.G. 5 S. 30).

b) Ist die Ablieferung nicht streitig oder bewiesen, dann hat der Käufer die rechtzeitige und gehörige Mängelanzeige als Vorbedingung der Geltendmachung seiner Rechte zu beweisen. Er hat zu diesem Zwecke substanziirt darzulegen, wann die Waare angekommen ist und wann er die Anzeige abgesendet hat (R.O.H. 2 S. 337; 3 S. 46; 23 S. 171; Bolze 3 Nr. 1199; 13 Nr. 430, in welchem letzteren Urtheil betont ist, daß die allgemeine Behauptung, man habe bald nach Ankunft oder unverzüglich nach Ankunft der Waare gerügt, nicht genügt). Daß der Käufer dies darlegt, darauf hat der Richter von Amtswegen zu achten (R.O.H. 23 S. 171; R.G. 5 S. 30; anscheinend anders, aber unzutreffend Bolze 5 Nr. 665; desgleichen O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 511). Macht der Käufer geltend, daß er aus besonderen Gründen nicht zu rügen brauchte, so hat er die Beweislast (vergl. unsere Allgem. Einl. Anm. 33 ffg.). Bei verborgenen Mängeln muß er beweisen, daß der Mangel nicht sofort erkennbar war (R.O.H. 7 S. 430), nicht aber gerade das Datum der Entdeckung des Fehlers Anm. 105.

(R.O.H. 4 S. 46). Will er darthun, daß der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen habe, so hat er dies zu beweisen. Ebenso hat er besondere Vereinbarungen über den Erlaß oder die Beschränkungen der Anzeigepflicht zu beweisen.

Anm. 106. c) Wenn die rechtzeitige und gehörige Mängelanzeige feststeht, dann handelt es sich um die Frage, welche Qualität der Verkäufer zu prästiren hatte. Bemängelt der Käufer die Gewährung gesetzlicher oder gewöhnlich vorausgesetzter Qualität, dann trifft ihn in dieser Hinsicht keine Beweislast. Es sei denn, daß streitig wird, ob die reklamirte Eigenschaft wirklich gewöhnlich vorausgesetzt wird. Wie aber, wenn der Käufer besondere dicta et promissa behauptet, insbesondere auch Kauf nach Probe? In diesem Falle hat der Käufer die Beweislast, welche besondere Eigenschaft vereinbart ist. Für den Spezieskauf wird dies auch von der Judikatur angenommen (R.O.H. 20 S. 352; R.G. 28 S. 30). Das R.O.H. (3 S. 346) hat sich aber beim Genuskauf für das Gegentheil entschieden. Allein Angesichts der vom R.O.H. nicht berücksichtigten Bestimmung des § 360, daß, wenn über die Qualität nichts vereinbart ist, von Gesetzes wegen Waare mittlerer Art und Güte zu liefern ist, stellt sich die Vereinbarung besonderer Eigenschaften als eine Abänderung der gesetzlichen Vorschrift, als eine Abänderung der naturalia negotii, also als ein vom Käufer zu beweisendes accidentale dar (hierüber Anm. 7 zu § 360). Für den Kauf nach Probe ist dies von uns besonders betont worden (vergl. im Exkurse zu § 382).

Anm. 107. d) Ist festgestellt, welche Qualität zu prästiren war, so muß der Verkäufer, der die Zahlung des Preises fordert, beweisen, daß die Waare die vertragsmäßige Qualität hat.[1][2] Dies gilt zunächst dann, wenn der Verkäufer klagt und der Käufer die Zahlung verweigert, ohne vom Vertrage abzugehen (R.O.H. 8 S. 222), aber auch dann, wenn der Käufer die Zahlung verweigert, weil er vom Vertrage ganz zurücktreten, redhibiren will. Denn auch im letzteren Falle stellt sich sein Verhalten gegenüber der Klage auf Zahlung als Abwehr dar und der Verkäufer hat zu beweisen, daß er sachgemäß erfüllt hat (vergl. auch §§ 345; 358; 542 Abs. 3 B.G.B.). Endlich gilt dies auch dann, wenn der Käufer den Preis im voraus bezahlt hat und ihn nunmehr mit der Wandlungsklage zurückfordert. Denn darin liegt eine Vorschußzahlung, welche die Rechtslage des Käufers in keiner Weise erschweren darf. Muß der Verkäufer, wenn er noch nicht befriedigt ist, beweisen, warum er das Geld zu fordern hat, so muß er hier nachweisen, warum er es behalten darf (R.O.H. 11 S. 185; 15 S. 217; Bolze 19 Nr. 557). Dasselbe wird gelten müssen, wenn der Käufer andere Waare verlangt oder (unter Zurückweisung der gelieferten Waare) Entschädigung wegen mangelhafter Lieferung fordert (Bolze 5 Nr. 1165; 19 Nr. 557). Vergl. auch R.G. 41 S. 221, wo unter Bezugnahme auf §§ 345, 358 B.G.B. der Grundsatz ausgesprochen ist: auch wenn sich aus der Erfüllung besondere Verpflichtungen ergeben, hat der Verpflichtete die Erfüllung zu beweisen. Von diesen Anschauungen geht auch das Urtheil des R.G. (5 S. 28) aus. Es fügt zutreffend hinzu, daß die Beweislast sich nur dann umkehrt, wenn der Käufer durch sein Verhalten dem Verkäufer die Beweisführung unmöglich gemacht oder erschwert hat (vergl. R.G. 20 S. 5), nicht aber schon in allen Fällen des Annahmeverzuges des Käufers. Insbesondere kehrt sich die Beweislast dann um, wenn der Käufer ohne Beachtung des § 379 Abs. 2 oder ohne sonst dem Verkäufer eine angemessene Frist zur Feststellung der Qualität zu gewähren, die Waare verkauft (R.O.H. 19 S. 102; Bolze 5 Nr. 1141). Sie kehrt sich aber nicht um, wenn der Käufer die Erfordernisse des § 379 beobachtet hat (Bolze 19 Nr. 558).

---

[1]) Regelmäßig genügt dazu der Beweis, daß die Waare gehörig abgesendet ist (§ 447 B.G.B.).

[2]) Das R.O.H. u. R.G. nehmen an, daß beim Spezieskauf der Käufer das Fehlen der zugesagten Eigenschaft ebenso zu beweisen habe, wie die Zusage selbst (R.O.H. 20 S. 352; R.G. 28 S. 30). Allein in diesem Punkte können wir diesen Urtheilen nicht beitreten. In Bezug auf die Zusage selbst sind wir der gleichen Ansicht (oben Anm. 106). Ist aber die Zusage bewiesen, so hat regelmäßig der Verpflichtete zu beweisen, daß er den Vertrag erfüllt hat (vergl. jedoch Anm. 107).

Der Fall darf überhaupt nicht so liegen, daß der Käufer die Waare, wenn auch unter Rüge des Mangels, als Erfüllung angenommen hat und nunmehr selbstständige Ansprüche erhebt (Preisminderung; Schadensersatzansprüche aus schuldhaft mangelhafter Lieferung unter Behalten derselben, soweit diese Kombination zulässig ist). In solchem Falle hat vielmehr der Käufer, der trotz Kenntniß des Mangels die Waare als Erfüllung annimmt und behält, den Mangel zu beweisen (R.O.H. 6 S. 104; R.G. 20 S. 7; Bolze 5 Nr. 1141, Nr. 1165; § 363 B.G.B.). Vergl. R.O.H. 1 S. 167 (Käufer hatte die gelieferten Aktien als Erfüllung angenommen, später Ersatz der fehlenden Koupons verlangt; Käufer hat zu beweisen).

c) Den Beweis des Verschuldens bei der Schadensersatzklage hat nicht der Käufer zu führen, sondern der Verkäufer hat, wenn erst feststeht, daß vertragswidrig geliefert ist, sich zu exkulpiren (R.G. 21 S. 205; 22 S. 172; 25 S. 114; Bolze 1 Nr. 477; 21 Nr. 475; Anm. 13 zu § 347). Anm. 108.

f) Macht der Verkäufer geltend, daß der Käufer die Sache abgenommen hat in Kenntniß des Mangels (§ 464 B.G.B.), so muß er dies beweisen. Macht der Käufer hiergegen geltend, daß er sich seine Rechte wegen des Mangels vorbehalten habe, so hat er dies zu beweisen. Anm. 109.

g) Macht ein Theil besondere Vereinbarungen über die Gewährleistung geltend, so hat derjenige Theil zu beweisen, welcher sie vorbringt und Rechte daraus herleitet (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Anm. 33 ffg.). Anm. 110.

7. **Verjährung der Gewährleistungsansprüche** (§§ 477 ffg. B.G.B.). Anm. 111.

a) Auf welche Ansprüche bezieht sich die Verjährung? Auf die sämmtlichen Gewährleistungsansprüche, welche das B.G.B. gewährt, also auf den Anspruch auf Wandlung, auf Minderung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft, auf den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§§ 477, 480 B.G.B.). Letzteres auch dann, wenn der Käufer in der Klage die Mangelhaftigkeit nicht erwähnt und erst auf den Einwand der bereits erfolgten Lieferung geltend macht, die erste Sendung sei mangelhaft gewesen (R.O.H. 4 S. 183; O.L.G. Dresden im sächsischen Archiv 6 S. 686). Auch dann gilt nichts anderes, wenn der Verkäufer die Waare zurückgenommen hat (R.G. 5 S. 50).

Auf Schadensersatzansprüche wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung dagegen findet die Verjährung keine Anwendung (vergl. oben Anm. 91 ffg.), wohl aber auf diejenigen Nebenansprüche, welche auf Grund der Wandlung geltend gemacht werden (Kosten der Erhaltung und Aufbewahrung). Anm. 112.

Keine Anwendung findet die Verjährung auf Ansprüche aus der vollzogenen Wandlung oder Minderung oder nachdem sich der Verkäufer einverstanden erklärt hat mit der Lieferung einer mangelfreien Sache (§§ 465, 480 B.G.B.). Diese Ansprüche stützen sich nicht mehr auf den Mangel, sondern auf die Vereinbarung der Parteien. Anm. 113.

b) Nur auf Qualitätsfehler bezieht sich die Verjährung und auf diejenigen Quantitätsfehler, auf welche nach § 378 der § 377 ebenfalls Anwendung findet, sowie auf die Lieferung eines aliud, soweit nach § 378 der § 377 Anwendung findet (vergl. wegen der Begründung dieses Grundsatzes Anm. 5 zu § 378). Dagegen findet die Verjährung keine Anwendung auf die Ansprüche wegen Nichterfüllung anderer Zusagen, wie sie oben Anm. 8 ffg. aufgezählt sind. Anm. 114.

c) Die Verjährung dauert sechs Monate seit der Ablieferung. Anm. 115.

α) Was unter Ablieferung zu verstehen ist, ist oben Anm. 16 auseinandergesetzt.

β) Die Verjährung wird unterbrochen:

αα) einmal in derselben Weise, wie sonst: durch Erhebung der Klage und durch die Dem gleichgestellten Akte (Zustellung des Zahlungsbefehls, Anmeldung zum Konkurse, Aufrechnung im Prozesse, Streitverkündung, Vornahme einer Vollstreckungshandlung) und durch Anerkenntniß (im Wege der Abschlagszahlung,

Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise, z. B. Fristgesuch). Näheres hierüber Anm. 2 zum § 160.

Anm. 116. ββ) außerdem aber auch noch durch den Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises (Näheres § 477 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 117. γ) Die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung eines Gewährleistungsanspruchs unterbricht oder hemmt auch die Verjährung der anderen. Erhebt also z. B. der Käufer die Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung gemäß § 463 Satz 1 B.G.B., und wird er mit dieser abgewiesen, weil er nicht beweisen kann, daß die zugesicherte Eigenschaft schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gefehlt hat, so war mit dieser Klage die Verjährung des dem Käufer zustehenden Anspruchs auf Wandlung oder Minderung unterbrochen.

Anm. 118. δ) Die Vollendung der Verjährung bewirkt, daß der Anspruch im Klagewege nicht mehr geltend gemacht werden kann. Aber einredeweise kann der Anspruch noch geltend gemacht werden, indem der Käufer nach Vollendung der Verjährung die Leistung verweigern kann, wenn er vor dem Ablauf der Verjährung den Mangel angezeigt oder mindestens die Anzeige an den Verkäufer abgesandt hat oder wenn der Käufer vor Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat (§ 478 B.G.B.). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und der Anspruch auf Lieferung mangelfreier Waare, sowie alle aus der Nichterfüllung dieses Anspruchs sich ergebenden Rechte können sogar trotz des Ablaufs der Verjährung zur Aufrechnung verwerthet werden, wenn die Anzeige des Mangels oder eine dieser gleichstehenden Rechtshandlungen (Antrag auf Sicherung des Beweises oder Streitverkündung) vor Ablauf der Verjährung erfolgt war (§§ 479, 480 B.G.B.). Dabei ist hier natürlich die Aufrechnung sowohl gegen Ansprüche aus demselben Geschäfte, als auch aus anderen Geschäften gemeint, da § 479 B.G.B. einen solchen Unterschied nicht macht.

Anm. 119. d) **Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß Fehler, welche erst nach Ablauf von sechs Monaten nach der Ablieferung entdeckt werden,** auch wenn sie schon früher vorhanden waren, kein Recht auf Gewährleistung geben, weder ein Recht zur Wandlung, noch ein Recht zur Preisminderung, noch ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugesicherter Eigenschaften, noch ein Recht auf Lieferung mangelfreier Waare. Denn alle diese Rechte verjähren in sechs Monaten und können nach Ablauf der Verjährung auch einrede- bezw. kompensationsweise nur geltend gemacht werden, wenn sie vorher angezeigt waren. Ob die frühere Anzeige deshalb nicht möglich war, weil der Fehler vorher nicht entdeckt oder nicht zu entdecken war, ist gleichgiltig.

Anm. 120. Nur Ansprüche auf Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung sind der kurzen Verjährung entzogen (siehe oben Anm. 112). Diese Ansprüche können also auch dann geltend gemacht werden, wenn die Entdeckung des Mangels nach 6 Monaten erfolgt.

Anm. 121. e) **Aber allerdings ist die Verjährung nicht von Amtswegen zu berücksichtigen.** Es handelt sich überall nicht um eine Präklusivfrist, sondern um eine Verjährung. Diese ist lediglich ein Recht, die Leistung zu verweigern, sie begründet nur eine Einrede (vergl. Anm. 10 zu § 159).

Anm. 122. f) **Die vorliegenden Vorschriften greifen nicht Platz, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.** Dann fällt also die kurze Verjährung fort und ebenso bestehen die Einreden dauernd, auch wenn der Käufer den Mangel weder angezeigt, noch durch den Antrag auf Sicherung des Beweises oder durch Streitverkündung dem Verkäufer gegenüber innerhalb der Verjährungsfrist geltend gemacht hat (§§ 477 Abs. 1, 478 Abs. 2, 480 B.G.B.). Ueber den Begriff der arglistigen Verschweigung siehe unten Anm. 124 ffg.

VI. Der besondere Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels durch den Verkäufer.

Die arglistige Verschweigung des Fehlers durch den Verkäufer hat eine Reihe von Konse- Anm. 123.
quenzen für die Pflichten des Käufers: sie erleichtert seine Lage und erschwert die des Verkäufers in mannigfacher Hinsicht. Es ist daher erforderlich, vorerst den Begriff des arglistigen Verschweigens festzustellen.

A. **Voraussetzung ist arglistiges Verschweigen eines Mangels.** Anm. 124.

1. Bei der Feststellung dieses Begriffes wird die frühere Rechtsprechung heranzuziehen sein. Obwohl in dem früheren Art. 350 das Wort „Betrug" gebraucht war, so war doch offenbar der Sinn und Zweck des Begriffes der gleiche wie jetzt.

Man könnte meinen, der Verkäufer verschweige arglistig, wenn er weiß, daß die Waare mangelhaft sei, und er sie dennoch verkauft oder liefert. Allein dem ist entgegenzuhalten, daß solches Verhalten in der Erwartung seinen Grund haben kann, daß der Käufer die Waare trotz ihres Mangels genehmigen werde, sei es, das die Abweichung von den vertragsmäßigen Eigenschaften nicht erheblich ist, oder weil die Waare trotz erheblicher Abweichungen einen selbstständigen Werth besitzt, oder daß der Käufer seine etwaige Bemängelung durch anderweitige Konzessionen (Preisnachlässe, Zusicherung besserer Effektuirung in Zukunft) aufgeben werde. Deshalb ist wiederholt entschieden worden, daß erweisliche Kenntniß des Verkäufers von dem Mangel der Waare nicht ohne weiteres ausreicht, um einen Betrug im Sinne des Artikels 350 herzustellen (R.O.H. 2 S. 192; 4 S. 49; 5 S. 323; R.G. 1 S. 300; Bolze 4 Nr. 713; O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 514). In letzterem Erkenntniß ist z. B. angenommen, daß der Umstand allein, daß die Waare von einem andern Käufer zurückgewiesen worden ist, die Arglist nicht beweist. Hatte aber das Verschweigen des Mangels oder das Versenden der Waare trotz Kenntniß ihrer Vertragswidrigkeit nach Lage der Sache seinen Grund nicht in der Erwartung der Genehmigung, sondern umgekehrt in der Erwartung, daß der Käufer um deshalb die Waare behalten werde, weil er die Fehler nicht bemerken werde, dann hat der Verkäufer durch seine bewußt kontraktwidrige Lieferung nicht einen rechtmäßigen, sondern einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollen und dann ist sein Verhalten arglistig (Bolze 4 Nr. 713; O.L.G. Köln in G.Z. 40 S. 515).

Wann der Verkäufer von dieser unredlichen Absicht geleitet war, wird oft schwer Anm. 125.
festzustellen sein, weil es sich um ein inneres Moment handelt. Sicher liegt dieses Moment vor, wenn der Verkäufer besondere Veranstaltungen getroffen hat, um in dem Käufer die Unkenntniß der Mängel zu erzeugen, so insbesondere, wenn er ihn durch falsche Versicherungen beim Vertragsschlusse oder bei Uebersendung der Waare oder durch die Art der Verpackung oder durch falsche Bezeichnung der Waare oder durch Bestechung eines Bediensteten des Käufers u. s. w. von gehöriger Prüfung abgehalten oder die Entdeckung trotz Prüfung verhindert hat (R.O.H. 2 S. 191; R.G. 1 S. 300), vergl. auch R.G. in G.Z. 26 S. 583, Verfälschung der Waare). Aber es sind solche besonderen Veranstaltungen nach unserer Ansicht nicht nöthig, um gegen den Verkäufer das Vorhandensein arglistiger Absicht festzustellen (R.O.H. 10 S. 337; O.L.G. Köln in G.Z. 40 S. 515; anders Bolze 13 Nr. 438; R.G. vom 11. Februar 1893 in J.W. S. 163 u. 164). Auch durch sonstige Umstände kann diese Absicht festgestellt werden, unter Umständen auch durch bloßes Schweigen. (Förtsch Anm. 2 zu Art. 350). Freilich, wo es sich um augenfällige Fehler handelt, wird man bei bloßem Schweigen eine Betrugsabsicht nicht leicht annehmen können (vergl. Bolze 11 Nr. 397). Schweigt aber der Verkäufer dort, wo er redlicher Weise hätte reden müssen, so muß er sich gefallen lassen, wenn man gegen ihn die Absicht feststellt, er sei darauf ausgegangen, den Käufer zu täuschen. Das gilt insbesondere von Mängeln, die, wie er weiß, nicht sofort erkennbar sind; solche gebietet die Redlichkeit, dem Empfänger anzuzeigen, wenn sie dem Verkäufer bekannt sind (R.O.H. 4 S. 186; 5 S. 323; 15 S. 216; Dernburg, Preuß. Privatr. I § 110 Anm. 4). Das R.G. (1 S. 300) geht sogar so weit, daß es sagt: Arglist liege immer vor, wenn der Verkäufer das Bewußtsein haben mußte,

es sei die Waare wegen ihrer Mängel für den Käufer unannehmbar, da solchen Falls bloß die Annahme übrig bleibe, der Verkäufer habe darauf spekulirt, daß der Käufer die rechtzeitige Untersuchung und Rüge versäumen werde. Doch geht das zu weit. Denn es ist immer noch die Möglichkeit vorhanden, daß der Verkäufer sich gedacht habe, der Käufer werde zwar die Waare bemängeln, aber sich durch irgendwelche Konzessionen zum Behalten entschließen.

Anm. 126. 2. Die Arglist kann hier bei Abschluß oder bei Ausführung des Vertrages verübt sein. Eine spätere Arglist fällt nicht darunter, kann aber selbstständige Ansprüche für den Käufer erzeugen (R.O.H. 2 S. 191).

Anm. 127. 3. Die Arglist braucht nicht vom Verkäufer persönlich verübt zu sein. Es genügt, daß diejenige Person sie verübt, für deren Handlungen er haftet, also Bevollmächtigte und Gehilfen (vergl. Anm. 26 flg. im Exkurse zu § 58). Hier könnte bei derjenigen Arglist, die in der Verschweigung des Fehlers beim Kaufabschlusse selbst liegt, das Bedenken obwalten, ob die von dem Bevollmächtigten oder Gehilfen verübte Arglist von dem Verkäufer ohne Weiteres zu vertreten ist oder nicht vielmehr lediglich nach den Grundsätzen von der unerlaubten Handlung (also nach § 831 B.G.B., sodaß er durch die Auswahl einer geeigneten Hilfsperson entschuldigt würde). Allein dieses Bedenken wird durch den Hinweis darauf beseitigt, daß das Gesetz hier besondere Vertragspflichten, nicht bloß die Folgen aus unerlaubten Handlungen an das arglistige Kontrahiren knüpft. Die Vermeidung der Arglist ist hier also als Vertragspflicht aufgestellt und in solchem Falle haftet man für die Versehen seiner Bevollmächtigten und Gehilfen, wie für die Versehen bei der Erfüllung geschlossener Verträge. Das redliche Kontrahiren ist vom Gesetzgeber gewissermaßen schon als Erfüllung einer Vertragspflicht hingestellt, mindestens ihr gleichgestellt (vergl. auch Anm. 26 im Exkurse zu § 58).

Anm. 128. 4. Arglist ist hier überall Voraussetzung. Grobe Fahrlässigkeit kann der Arglist in allen hier fraglichen Beziehungen nicht gleichgestellt werden.

Anm. 129. 5. Der Beweis des arglistigen Verhaltens liegt dem Käufer ob, der dadurch seine Rechtslage erleichtern will (R.O.H. 4 S. 49).

Anm. 130. B. **Die einzelnen Rechtsfolgen des arglistigen Verschweigens eines Mangels.**

1. Die Mängelanzeige nach § 377 ist nicht erforderlich (§ 377 Abs. 5). Der Käufer ist also, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, von der Mängelanzeige hinsichtlich dieses Mangels befreit.

a) Nur wegen der Mängelanzeige hinsichtlich des arglistig verschwiegenen Mangels ist der Käufer befreit. Hatte die Waare andere Mängel, die der Verkäufer z. B. selbst nicht kannte, so tritt die Befreiung insoweit nicht ein. Das geht schon aus der Fassung des § 377 Abs. 5 hervor und entspricht seinem Sinn.

Anm. 131. b) Die Täuschungsabsicht muß auch erreicht sein. Es muß also der Käufer, was die Mängelanzeige betrifft, wirklich in den Glauben versetzt worden sein, der Verkäufer habe vertragsmäßig geliefert und er muß deshalb die rechtzeitige Prüfung oder die Rüge unterlassen haben (R.G. vom 21. September 1897 in J.W. S. 549; vergl. O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 5 S. 810). Anders, wenn er die Prüfung oder Rüge aus bloßer Nachlässigkeit unterlassen hat. So z. B. wenn der Käufer prüfen wollte und lediglich deshalb die rechtzeitige Prüfung nicht vorgenommen hat, weil er die Waare oder den Frachtbrief verlegt hatte, oder weil der Käufer die Rüge aus Vergeßlichkeit unterließ, nachdem er den Mangel erkannt hatte (R.G. vom 21. September 1897 in J.W. S. 549, 550). In solchen Fällen ist er nicht durch Arglist des Verkäufers veranlaßt worden, die Pflichten des § 377 zu verabsäumen. Es liegt daher keine Veranlassung vor, den Käufer von seinen Pflichten zu rechtzeitiger Wahrnehmung seiner Rechte zu befreien.

Anm. 132. c) Die Genehmigung der Waare kann allerdings auch in Fällen arglistigen Verschweigens erfolgen. So z. B., wenn der Käufer die Waare trotz Kenntniß des Mangels annimmt (§ 464 B.G.B.) oder wenn er die Waare trotz Kennt-

niß des Mangels in Gebrauch und Benutzung nimmt oder über sie verfügt (oben Anm. 54). Nur das im § 377 aufgestellte, an die Unterlassung sofortiger Mängelanzeige geknüpfte Präjudiz der Genehmung fällt fort (R.G. 1 S. 300).

2. **Fehler, die der Käufer in Folge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat,** braucht der Verkäufer im Allgemeinen nicht zu vertreten, wohl aber dann, wenn der Verkäufer den Fehler arglistiger Weise verschwiegen hat (§ 460 B.G.B., oben Anm. 101). Anm. 133.
3. **Der Käufer kann, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählen** (§§ 463 Satz 2 B.G.B.; 480 B.G.B.). Siehe Näheres oben Anm. 78 ffg. Anm. 134.
4. **Vereinbarungen, durch welche die Haftung für Fehler ausgeschlossen oder beschränkt wird, sind nichtig,** wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 476 B.G.B.). Vergl. unten Anm. 150. Anm. 135.
5. **Die kurze Verjährung von sechs Monaten für die Ansprüche aus der Gewährleistung fällt fort und desgleichen die sechsmonatliche Anzeigepflicht zur Aufrechterhaltung der Einreden,** wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, ebenso die sechsmonatliche Anzeigepflicht behufs Erhaltung des Aufrechnungsrechts bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 477, 478, 479, 480 B.G.B.). In Fällen der arglistigen Verschweigung eines Fehlers kann vielmehr der Käufer auch nach Ablauf von sechs Monaten auf Wandlung oder Minderung oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache klagen, die Leistung verweigern ohne vorherige Anzeige des Mangels, mit dem Schadensersatze wegen Nichterfüllung aufrechnen ohne vorherige Anzeige des Mangels. Anm. 136.

   Beim Ausschluß der kurzen Verjährung bleibt es auch dann, wenn der Käufer den Mangel entdeckt. Es läuft nicht etwa von da ab die kurze Verjährung. Für eine solche Annahme fehlt es im Gesetze an jedem Anhalt. Bei der Anzeigepflicht (oben Anm. 131) liegen die Verhältnisse doch anders.
6. **Die Arglist bei Erfüllung des Vertrages begründet außerdem den Thatbestand der schuldhaft mangelhaften Lieferung,** und dieser erzeugt für den Verkäufer den Anspruch auf Schadensersatz und zwar ohne kurze Verjährung (vergl. oben Anm. 112 und Anm. 120). Für seine Bevollmächtigten und Gehilfen haftet hier der Verkäufer wie für sein eigenes Versehen (vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 58). Anm. 137.
7. **Die arglistige Verschweigung eines Fehlers bei Abschließung des Vertrages begründet außerdem das Recht auf Anfechtung des Kaufvertrages** nach § 123 B.G.B. Die durch Bevollmächtigte verübte Täuschung gilt hier der durch den Verkäufer selbst verübten gleich (vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 58). Anm. 138.
8. **Die arglistige Verschweigung eines Fehlers bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages ist aber endlich eine unerlaubte Handlung** und verpflichtet aus diesem Grunde zum Schadensersatz nach §§ 823, 826 B.G.B. Für Bevollmächtigte und Gehilfen haftet der Verkäufer hier nach Maßgabe des § 831 B.G.B. (Befreiung bei Auswahl geeigneter Gehilfen). Die Verjährung ist die dreijährige nach Kenntniß des Schadens und des Thäters (§ 852 B.G.B.), die Einrede aber ist unverjährbar (§ 853 B.G.B.). Anm. 139.

V. Besonderheiten bei theilweiser Lieferung und bei theilweiser Mangelhaftigkeit.

A. **Theilweise Lieferung.** Bei theilweiser Lieferung (Successivlieferung) muß die im § 377 angeordnete Anzeigepflicht bei jeder Sendung besonders erfolgen. Erfolgt sie bei einer Sendung nicht, so gilt dadurch dieser Theil der Erfüllung als genehmigt (R.G. 1 S. 53; 3 S. 100; 43 S. 64; R.G. vom 23. März 1900 in J.W. S. 394). Successivlieferungen in diesem Sinne liegen aber nur vor, wenn die Zusendungen der einzelnen Posten als selbstständige Akte der Vertragserfüllung vom Verkäufer gewollt sind und in dieser Weise dem Käufer erkennbar gemacht sind, was aber nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, wenn der Verkäufer bei Zusendung einer Waarenmenge, die er auf einmal zu liefern hat, lediglich aus Gründen geschäftlicher Zweckmäßigkeit oder Bequemlichkeit die verschiedenen Behältnisse (Kisten, Packete), in welche die Waare ihrer Menge wegen verpackt werden muß, nicht absolut Anm. 140.

gleichzeitig, sondern nach einander in kurzen Zwischenräumen zum Abgang bringt, und die Waare dementsprechend auch nicht auf einmal bei dem Käufer eintrifft (R.G. 43 S. 65). Die Fiktion der Genehmigung erstreckt sich aber nicht auf spätere Theilsendungen (Bolze 7 Nr. 584; R.G. vom 23. März 1900 in J.W. S. 394; vergl. R.G. 3 S. 101; 43 S. 65), es sei denn, daß untrennbare Zusammengehörigkeit vorliegt (vergl. unten Anm. 143).

Anm. 141. B. **Ist ein Theil einer Lieferung mangelhaft,** so ist der Käufer regelmäßig nur berechtigt, wegen dieses Theiles Wandlung oder Lieferung nicht mangelhafter Waare zu verlangen, ausnahmsweise tritt etwas Anderes ein. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Verhalten sich die beiden Theile wie Haupt- und Nebensache, so erstreckt sich die Zurückweisung der Hauptsache auf die Nebensache. Ist dagegen nur die Nebensache mangelhaft, so kann nur diese zurückgewiesen werden (§ 470 B.G.B.).

Anm. 142. 2. Im Uebrigen aber kann regelmäßig nur der mangelhafte Theil bemängelt werden (§ 469 B.G.B.). Der Käufer muß, wenn er dies will und nach Lage der Sache hierzu berechtigt ist, den also bemängelten Theil mit genügender Deutlichkeit angeben (R.O.H. 20 S. 350). Für die Berechnung des Kaufpreises gilt § 471 B.G.B. Derselbe lautet:

> Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesammtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesammtwerth der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werthe der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

Anm. 143. 3. Ausnahmsweise aber kann Wandlung und Lieferung nicht mangelhafter Waare trotz nur theilweiser Mangelhaftigkeit wegen aller verkauften Sachen verlangt werden. Diese Ausnahme liegt nicht schon dann vor, wenn die mehreren Sachen zu einem Gesammtpreise verkauft sind, wohl aber dann, wenn sie als zusammengehörig verkauft sind und wenn außerdem die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachtheil für den Käufer oder Verkäufer von den übrigen getrennt werden können. Es genügt also nicht Zusammengehörigkeit, sondern es muß untrennbare Zusammengehörigkeit vorliegen, wobei die Untrennbarkeit in dem Sinne zu verstehen ist, daß die Trennung mit wirthschaftlichen Nachtheilen verknüpft ist. Ist die Trennung für den Käufer nachtheilig, so kann dieser die Erstreckung der Rechte auf die sämmtlichen Sachen verlangen, ist die Trennung für den Verkäufer nachtheilig, so kann dies der Verkäufer verlangen.

Anm 144. Beispiele untrennbarer Zusammengehörigkeit liegen vor, wenn ein Farbensortiment verkauft ist; wenn mehrere Bände eines Werkes verkauft sind; ein Anzug; ein vollständiges Servis; eine Kiste Cigarren (für den Verkäufer hat eine unvollständige Kiste Cigarren nicht den gleichen Werth); ferner dann, wenn ein Posten Waaren als Partie verkauft ist (ein Ramschposten): die Zusammengehörigkeit liegt auf der Hand, die Trennung aber würde wirthschaftliche Nachtheile bald für den Käufer, bald für den Verkäufer haben, denn durch die Ausscheidung der besseren Stücke würde der Käufer, durch die Ausscheidung der schlechteren der Verkäufer benachtheiligt werden (vergl. Bolze 8 Nr. 491; 10 Nr. 469). Ferner liegt untrennbare Zusammengehörigkeit vor, wenn die Ausscheidung des ordnungsmäßigen vom vertragswidrigen Theil über das geschäftsübliche Maaß hinaus mühevoll und zeitraubend oder kostspielig und daher dem Käufer nicht zuzumuthen ist (vergl. Bolze 2 Nr. 980; 5 Nr. 662; R.G. vom 10. Juli 1895 in J.W. S. 437; vergl. oben Anm. 7).

Anm. 145. 4. Hat der Käufer einen Theil der Waare genehmigt, so ist damit dieser Theil genehmigt, wenn nicht untrennbare Zusammengehörigkeit vorliegt, sonst die ganze Waare. So z. B. wenn der eine Theil der Waare, etwa eine Sendung eines zusammengehörigen Ganzen, rechtzeitig bemängelt ist, ein anderer nicht. Oder wenn der Käufer über einen Theil der Waare nach Kenntniß des Mangels verfügt. Hier gilt damit die ganze Waare als genehmigt, wenn sie ein untrennbares Ganze bildet (R.O.H. 6 S. 331; R.G. 43 S. 68). Wenn der Käufer dagegen einen Theil einer theilbaren Quantität verwendet hat, dann

gilt nur hinsichtlich dieses Theiles die Genehmigung als erfolgt und die Wandlung ausgeschlossen, mag die Verwendung aus Versehen erfolgt sein (Volze 7 Nr. 572) oder mit Absicht (O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 256).

5. In zwei besonderen Fällen muß angenommen werden, daß der Käufer, obgleich nur ein Theil als mangelhaft erkannt ist, doch hinsichtlich des Ganzen Wandlung verlangen kann (bezw. Lieferung anderer Waare). Anm. 146.

a) Der eine Fall ist der, daß ein Theil eines größeren Postens mangelhaft geliefert ist, der andere Theil noch aussteht und aus den Erklärungen des Lieferanten (z. B. er könne nicht anders liefern) oder aus sonstigen Umständen hervorgeht, daß auch die weiteren Lieferungen in gleicher Mangelhaftigkeit ausfallen werden. In solchem Falle ist der Käufer nicht verpflichtet, abzuwarten, ob die weiteren Lieferungen besser sein werden. Er kann vielmehr schon jetzt wandeln und daneben im Falle schuldhafter Nichterfüllung Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten verlangen.

b) Der andere Fall ist der, daß bei einem Theil der Waare sich beim Verbrauch verborgene Mängel herausgestellt haben und aus den Umständen anzunehmen ist, daß auch die übrigen Posten der — bereits gelieferten oder angebotenen — Waare die gleichen Mängel haben werden. In diesem Falle kann wegen des ganzen Kaufvertrages Wandlung und daneben noch Schadensersatz wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung in den geeigneten Fällen verlangt werden. So z. B. wenn Konserven in einzelnen Sendungen geliefert werden sollen. Konserven können naturgemäß nur durch Stichproben auf ihre Beschaffenheit geprüft werden. Waren die Stichproben zufriedenstellend, stellt sich aber nach dem Verkaufe, bei Oeffnung der Büchsen durch die Kunden, die Mangelhaftigkeit der bisher in Angriff genommenen Sendung heraus, so kann der Käufer wegen des ganzen Kaufvertrages die obigen Rechte geltend machen. Er kann nicht für verpflichtet erachtet werden, auch die übrigen Posten abzunehmen und zu verkaufen. Ebenso wenn von einer größeren Quantität Tuche ein Theil sich in der Verarbeitung als fehlerhaft herausgestellt hat, und zwar behaftet mit einem Fehler, der bei der ordnungsmäßigen ersten Untersuchung nicht erkennbar war. Es können dann wegen des ganzen Kaufvertrages obige Rechte geltend gemacht werden. Anm. 147.

VI. Vertragliche Abänderungen der Vorschriften über die Anzeigepflicht und die Gewährleistung.

Die vertraglichen Abmachungen können sich in verschiedenen Richtungen bewegen: Es kann sich handeln: Anm. 148.

1. um vertragliche Abänderungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht,
2. um vertragliche Abänderungen der Haftung für Mängel,
3. um vertragliche Abänderungen der Verjährungsvorschriften.

1. **Die vertraglichen Abänderungen der Untersuchungs- und Anzeigepflicht.** Dieselben sind von uns bereits oben Anm. 30 behandelt. Anm. 149.

2. **Die vertraglichen Aenderungen der Haftung für Mängel.** Die Haftung für Mängel kann durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Es kann vereinbart werden, daß der Verkäufer für gewisse Fehler nicht haften soll oder daß dem Käufer gewisse Rechtsmittel nicht zustehen sollen, z. B. nicht die Wandlung oder nicht die Minderung oder nicht die Ansprüche auf mangelfreie Sachen oder nicht der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Aber eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sachen erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat (§ 476 B.G.B.). — Einseitige Fakturenvermerke begründen einen Ausschluß der Haftung nicht (vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 372). Ueber derartige Vermerke in Katalogen, Kommissionskopien ꝛc. siehe Anm. 27 u. 28 im Exkurse zu § 372). — Ein Beispiel vertraglichen Ausschlusses der Gewährleistung liegt in der Klausel „wie besehen". In dieser Klausel liegt die Erklärung des Verkäufers, daß Anm. 150.

er die Waare in der Beschaffenheit verkaufe, die der Besicht ergeben werde. In solchem Falle kann der Käufer keine Einrede wegen erkennbarer Fehler erheben, gleichviel, ob er die Waare wirklich gesehen hat oder nicht. Dagegen bleibt der Verkäufer trotz der Klausel verpflichtet, die ihm bekannten wesentlichen Mängel dem Käufer zu zeigen (Gareis bei Endemann II S. 671; Schultz bei Gruchot 40 S. 245; jetzt folgt dies schon aus § 476 B.G.B.).

Anm. 151. 3. **Auch die Verjährungsfrist kann vertraglich geändert werden.** Sie kann durch Vertrag verkürzt (§ 225 B.G.B.), aber auch verlängert werden (§ 477 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Aber auch hier gilt diejenige Vereinbarung, durch welche die Rechtslage des Käufers erschwert wird, dann nicht, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Das dürfte wohl unmittelbar aus § 477 Abs. 1 B.G.B. folgen; denn danach fällt ja in diesem Fall die Verjährung überhaupt fort.

Die Bestimmung des § 478 B.G.B. über die Unverjährbarkeit der Einrede kann geändert, erschwert oder erleichtert werden. Für Erschwerungen zum Nachtheil des Käufers gilt das eben Gesagte.

Auch stillschweigend können die Verjährungsfristen verlängert oder verkürzt werden. Auch ganz ausgeschlossen können sie werden (R.O.H. 23 S. 31).

Eine Verlängerung der Verjährung liegt auch in der Verlängerung der Rügefrist (Bolze 8 Nr. 501).

Anm. 152. 4. Ein praktisches Beispiel für eine vertragliche Vereinbarung über die Gewährleistung ist es, wenn der Verkäufer auf gewisse Zeit **die Garantie für die fortdauernde Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes übernimmt.** Uebernimmt z. B. Jemand die Garantie für die Haltbarkeit eines Stoffes auf zwei Jahre, so fragt es sich, ob der Verkäufer nach zwei Jahren nicht mehr in Anspruch genommen werden sollte, so daß ihm spätestens bis dahin die Klage zugestellt sein müßte, oder ob er dafür garantirt hat, daß der Stoff zwei Jahre hält. Der Lebenserfahrung entsprechend wird man im Zweifel das Letztere annehmen. Denn bei der Uebernahme derartiger Garantien wird im Handel vornehmlich an die Beschaffenheit der Waare gedacht; der Verkäufer kennt seine Waare und weiß, auf wie lange hin er das Fortbestehen der zugesagten Beschaffenheit gewährleisten kann; der Käufer will dies wissen, um seinerseits entsprechend mit der Waare hantiren oder handeln zu können. Eine solche Garantie enthält selbstverständlich die Abänderung der Verjährungsfrist; auch nach dem Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist entdeckte Mängel können in solchem Falle geltend gemacht werden (R.G. 37 S. 81; vergl. R.O.H. 4 S. 185; 9 S. 12). Selbstverständlich muß der Käufer die entdeckten Fehler auch sofort anzeigen; davon wird er durch solche Garantie nicht befreit (R.O.H. 9 S. 12); desgleichen nicht von der sofortigen Untersuchung und eventuellen Anzeige nach der Ablieferung (Bolze 8 Nr. 497). Desgleichen muß der Käufer, wenn die gesetzliche Verjährungsfrist zur Zeit der Entdeckung des Fehlers abgelaufen ist, unverzüglich nach Entdeckung des Fehlers klagen (R.G. 37 S. 81).

Anm. 153. **VII. Die Eigenthumsübergangsfragen bei der Zusendung und Bemängelung fehlerhafter Waare.**

Diese Fragen werden von uns in anderem Zusammenhange erörtert werden. Vergl. den Exkurs zu § 382.

Zusatz 1. Die Frage der Mängelrüge beim einseitigen Handelskauf.

Anm. 154. 1. **Beim einseitigen Handelskauf greift der § 377 nicht Platz** (vergl. oben Anm. 2). Aber darum darf doch nicht angenommen werden, daß hier einfach jede Rügepflicht fortfällt und lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts Platz greifen. Auf diesem Standpunkte stand auch das frühere Handelsrecht nicht. Das frühere Handelsrecht hatte im Art. 347 seine Rügepflicht nur für Distanzgeschäfte gegeben; aber die Praxis und die Wissenschaft des Handelsrechts nahm gleichwohl an, daß für Platzgeschäfte in dieser Hinsicht nicht einfach die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts gelten. Vielmehr wurde angenommen, daß es beim Handelskauf überhaupt eine allgemeine Anschauung des Handelsverkehrs ist, daß der Käufer die ihm gelieferte Waare alsbald untersuchen und den Mangel anzeigen muß.

Man hatte von diesem Gesichtspunkte aus das Prinzip, welches der Art. 347 für Distanzgeschäfte aufgestellt hatte, in ähnlicher, wenn auch nicht in ganz so strenger Weise für Platzgeschäfte angenommen (vergl. unsere 5. Aufl. § 48 zu Art. 347). Und so wird man auch jetzt das Richtige treffen, wenn man annimmt, daß das Prinzip, welches § 377 für den zweiseitigen Handelskauf aufstellt, auch für einseitige Handelskäufe, wenn auch in abgeschwächter Weise, gelten muß. Denn es entspricht den handelsrechtlichen Anschauungen, daß auch dann, wenn nicht beide Theile Kaufleute sind, eine alsbaldige, wenn auch nicht eine unverzügliche Rügepflicht besteht. Zweifelsohne dann, wenn der Käufer Kaufmann ist. Es gehört zu den Pflichten des Kaufmanns, die Waaren, die er in seinem Geschäftsbetriebe kauft, z. B. von einem Landwirth, alsbald zu untersuchen, und wenn er sie bemängeln will, dies alsbald nach der Ablieferung zu thun. Das wird von dem Kaufmann erwartet, und wenn er nicht alsbald rügt, so wird von ihm angenommen, daß er die Waare nicht bemängeln will. Aber auch dann, wenn der Käufer kein Kaufmann ist, sondern nur der Verkäufer, muß es als Pflicht des Käufers angesehen werden, mit der Untersuchung nicht ungebührlich zu zögern. Er muß sich dessen bewußt sein, daß sein Gegenkontrahent ein Kaufmann ist, der in dem raschlebigen Handelsverkehr darauf angewiesen ist, daß auch seine Kunden rasche Entschließungen fassen, damit er über die Waaren, wenn sie hier refüsirt werden, anderweit disponiren kann.

2. **Von diesem Gesichtspunkt aus ist für den einseitigen Handelskauf folgender Grundsatz aufzustellen:** Treu und Glauben im Handelsverkehr erfordern es, daß der Käufer, der die Waare wegen Mangelhaftigkeit nicht genehmigen will, dies dem Verkäufer anzeigt und diese Anzeige auch nicht über Gebühr verzögert, da sonst angenommen werden muß, daß er sie genehmigen und behalten wolle. Der hiernach für den einseitigen Handelskauf geltende Rechtszustand ist dem für den zweiseitigen Handelskauf geltenden ähnlich, aber nicht gleich. Die Aehnlichkeit liegt auf der Hand und bedarf keiner besonderen Erörterung. Es darf angesichts dieser Aehnlichkeit nicht auffallen, wenn die Anwendung unseres Grundsatzes häufig zu gleichem Ergebnisse führt, wie die Anwendung des § 377. Aber die Verschiedenheit besteht darin, daß das Gebot der sofortigen Mängelanzeige in § 377 scharf accentuirt und formalistisch präzisirt ist. Anm. 155.

3. Wo sich die Kriterien dieses Grundsatzes decken mit dem Grundsatze des § 377, d. gelten auch im Einzelnen die Konsequenzen aus dem Grundsatze des § 377. So bezieht sich z. B. auch dieser Rechtsgrundsatz nur auf Qualitätsfehler, als welcher aber auch hier die Lieferung eines aliud im Falle des § 378 gelten muß. Die Pflicht zur Mängelanzeige in angemessener Frist setzt auch hier die Ablieferung voraus (vergl. Bolze 6 Nr. 563). Die Gefahr der Ankunft der Mängelanzeige trägt auch hier der Verkäufer. Die Rechtsfolge der unterbliebenen Anzeige ist auch hier Genehmigung und der Verlust der Rechte aus mangelhafter Beschaffenheit. Die Rechtsfolge der geschehenen Mängelanzeige ist das Recht, Ansprüche aus der fehlerhaften Lieferung zu erheben. Welches diese Ansprüche sind und über alle sonstigen Fragen s. die vorangehenden Anmerkungen. Anm. 156.

Bei arglistiger Verschweigung des Mangels fällt auch unser Rechtsgrundsatz weg. Anm. 157.

4. Die auf der Verschiedenheit unseres Grundsatzes von dem formalistischen Prinzip des § 377 beruhenden Verschiedenheiten im Einzelnen sind nicht unerheblich. Zunächst sind die formellen und materiellen Voraussetzungen der Mängelanzeige hier nicht so formell und so streng aufzufassen, wie bei der Mängelanzeige des § 377. Giebt der Käufer nur deutlich kund, daß er die Waare mangelhaft finde, z. B. durch Rücksendung der Waare oder durch Tadel ihrer Beschaffenheit, dann wird der Verkäufer ihm nicht mit Erfolg entgegenhalten können, daß die Anzeige nicht substanziirt sei. Sollte auch im einzelnen Falle die Anzeige nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange etwas früher thunlich gewesen sein, so wird doch darin nicht immer eine ungebührliche Zögerung gefunden werden. Insbesondere wird auf persönliche Behinderungen hier in größerem Umfange Rücksicht zu nehmen sein. Auch wird für den Käufer, wenn er nicht Kaufmann ist, der Begriff der ungebührlichen Zögerung weit laxer aufzufassen sein,

als wenn der Käufer Kaufmann ist. Und endlich hat hier nicht der Käufer die gehörige und rechtzeitige Mängelanzeige als Vorbedingung der Geltendmachung seiner Rechtsmittel zu beweisen, vielmehr erwächst aus der ungebührlichen Verzögerung der Anzeige nur dem Verkäufer ein von ihm darzulegender Einwand.

Anm. 158. **Zusatz 2. Zusendung unbestellter Waare.** Hier greift das Genehmigungsprinzip des § 377 nicht Platz (R.O.H. 10 S. 144). Dieser Fall hat nichts zu thun mit dem Fall des § 377, der einen perfekten Kauf voraussetzt. Eine hiervon wesentlich verschiedene Frage ist, ob und wann bei Zusendung unbestellter Waare in dem Schweigen diejenige Acceptation liegt, welche den in der Zusendung offerirten Kaufvertrag zur Perfektion bringt.

Hier ist als Regel aufzustellen: Schweigen ist Ablehnung. Es besteht weder ein Gesetz, noch ein allgemeiner Handelsgebrauch, kraft dessen der Empfänger unbestellter Waare unter dem Rechtsnachtheil der Genehmigung zur ungesäumten Ablehnung verpflichtet wäre (R.O.H. 3 S. 43). Auch das Hinzutreten vorbehaltloser Annahme der Faktura genügt nicht, um eine Genehmigung anzunehmen, es müssen vielmehr noch andere Momente hinzutreten (R.O.H. 16 S. 131; Bolze 13 Nr. 432). Solche sind:

Anm. 159. a) Die Bedeutung des Schweigens als Ablehnung wird beseitigt, wenn durch eine positive Thatsache auf Seiten des Empfängers der Annahmewille ausgedrückt wird. Eine solche liegt dann vor, wenn der Empfänger die Waare in einer über die bloße Prüfung hinausgehenden Weise angreift (in Gebrauch nimmt, verarbeitet, verbraucht, veräußert). Der Empfänger muß alsdann den üblichen oder angemessenen Preis, und wenn auch die Faktura nicht beanstandet wurde, den fakturirten Preis zahlen (vergl. Gareis, Das Stellen zur Disposition S. 172 und 173 und die dort angegebene Judikatur; auch Gareis-Fuchsberger Note 98). Das dauernde Behalten der Waare, besonders wenn sie durch längere Dauer an Werth verliert, kann eine solche Genehmigungsthatsache sein (Bolze 13 Nr. 432).

Anm. 160. b) Ist der Empfänger ein Kaufmann und die Zusendung an ihn unter Verhältnissen erfolgt, welche nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Veranlassung und Pflicht des Empfängers, sich im Falle der Ablehnung zu erklären, annehmen lassen, so ist Schweigen Annahme und Genehmigung. Solche den Kaufmann zur Erklärung verpflichtende Verhältnisse sind z. B. bestehende Geschäftsverbindung, Verbindung bestellter Waare mit unbestellter, Kenntniß des Empfängers, daß der Absender irrthümlich angenommen hat, es liege eine Bestellung vor (vergl. Gareis a. a. O. S. 177; Gareis-Fuchsberger Note 89; vergl. auch in unserem Kommentar Anm. 13 ffg. zu § 346). In diesen Ausnahmefällen bedeutet Schweigen Genehmigung. Mit dieser Genehmigung sind die erkennbaren Mängel der Waare ebenfalls genehmigt. Ob später erkennbare gerügt werden können, richtet sich bei zweiseitigen Handelskäufen nach § 377, sonst nach dem B.G.B. und den oben erörterten handelsrechtlichen Anschauungen (Anm. 154 ffg.).

§ 378.

Die Vorschriften des § 377 finden auch dann Anwendung, wenn eine andere als die bedungene Waare oder eine andere als die bedungene Menge von Waaren geliefert ist, sofern die gelieferte Waare nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte.

Der vorliegende Paragraph dehnt die Vorschriften des § 377 aus auf Quantitätsmängel und auf die Lieferung eines aliud. Die Vorschrift ist neu. Nach der bisherigen Rechtsprechung wurde der dem § 377 entsprechende Art. 347 auf Quantitätsmängel und auf die Lieferung anderer Waare nicht zur Anwendung gebracht. Das führte zu einer großen Rechtsunsicherheit, da be-

sonders der Begriff des aliud großen Schwankungen ausgesetzt ist und man zu einem einigermaßen sicheren Unterscheidungsmerkmal nicht gelangen konnte (vergl. unsere 5. Aufl. §§ 12 u. 12a zu Art. 347).

1. **Die Vorschrift setzt voraus,** Anm. 1.

a) daß eine andere als die bedungene Waare geliefert ist. Wann ein aliud vorliegt, braucht angesichts dieser Vorschrift nicht erörtert zu werden. Die Vorschrift bezweckt ja gerade, diese schwierige Unterscheidung überflüssig zu machen. Die Vorschriften des § 377 sollen ja eben auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein aliud vorliegt.

Desgleichen sollen die Vorschriften des § 377 auch dann Anwendung finden, wenn eine andere als die bedungene Waarenmenge geliefert wird, mag zu wenig oder zu viel geliefert sein. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, daß der Quantitätsmangel wegen der Eigenartigkeit der betreffenden Waare zugleich einen Qualitätsmangel enthält, z. B. zu kurzes Holz oder Cigarrenkisten, die nur mit je 50 Stück gefüllt sind u. s. w. Fälle dieser Art s. in Anm. 9 zu § 377. Sie fallen bereits von selbst unter den § 377, ohne daß es der Heranziehung des vorliegenden Paragraphen bedarf. Der vorliegende Paragraph bestimmt eben, daß auch dann, wenn der Quantitätsfehler nicht schon von selbst als Qualitätsfehler zu betrachten ist, sondern als reiner Quantitätsfehler, der § 377 gleichwohl Anwendung finden soll.

b) Es darf jedoch die gelieferte Waare nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweichen, daß der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte. Dabei kann es aber dem Käufer nicht zum Nachtheile gereichen, wenn der Verkäufer hierbei von falschen Voraussetzungen ausging, wenn er also annahm, daß der Käufer genehmigen werde, oder wenn er sich hierüber gar keine Gedanken gemacht hat (Denkschr. S. 226). Das Erforderniß ist vielmehr objektiv aufzufassen. Es muß objektiv die Sache so liegen, daß der Verkäufer eine Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte. Anm. 2.

c) Es ist ferner selbstverständliche Voraussetzung, daß der Verkäufer die gelieferte Waare zum Zwecke der Erfüllung übermittelte. Wollte der Verkäufer mit dem aliud oder mit dem Mehr der Lieferung nicht erfüllen, sondern offerirte er dem Käufer nur anstatt der schuldigen Erfüllung oder über die schuldige Erfüllung hinaus das aliud oder das Mehr, so greift die Anzeigepflicht und das Genehmigungspräjudiz des § 377 nicht Platz. Hier finden vielmehr die Grundsätze von der Zusendung unbestellter Waare Anwendung (Anm. 158 ffg. zu § 377). Bei Zuvielsendungen dieser Art kann wegen des innerhalb der bestellten Quantität Gelieferten unter Umständen § 377 Platz greifen, nämlich wenn in Folge der Mehrsendung das vertragsmäßige Quantum mit einem Qualitätsfehler behaftet ist (zu lange Hölzer, die Ausscheidung ist zu schwer u. s. w.). Hierüber Anm. 144 zu § 377. Anm. 3.

d) Ferner ist vorausgesetzt, daß der sonstige Thatbestand des § 377 vorliegt, nämlich das Vorhandensein eines zweiseitigen Handelskaufs. Beim Vorhandensein eines einseitigen Handelskaufs muß aber der § 378 analoge Anwendung finden (vergl. Anm. 156 zu § 377). Wollte man dies nicht annehmen, so würde, wenn auch auf einem beschränkteren Gebiete, wiederum diejenige schwankende Rechtsprechung und diejenige Rechtsunsicherheit Platz greifen, welche der neue Gesetzgeber vermeiden wollte. Anm. 4.

2. **Die Rechtsfolge ist,** daß der § 377 Anwendung findet. So drückt sich das Gesetz aus. Aber gemeint ist offenbar, daß nicht bloß der § 377, also nicht bloß die dort angeordnete Anzeigepflicht, sondern überhaupt die Vorschriften über die Gewährleistung beim Handelskauf Platz greifen und nicht die Vorschriften über den Erfüllungsverzug. Würde man dies nicht annehmen, so würde man unlogisch verfahren und außerdem würde die Absicht des Gesetzes vereitelt werden. Die schwankende Rechtsprechung Anm. 5.

darüber, wann ein aliud vorliegt, würde zwar bei der Anzeigepflicht und dem Genehmigungspräjudiz fortfallen, aber sofort wieder zum Vorschein kommen, wenn der Mangel sofort angezeigt ist oder wegen arglistigen Verschweigens die Mängelanzeige nicht sofort zu erfolgen brauchte. Denn dann müßten, wenn ein aliud vorliegt, die Regeln vom Erfüllungsverzuge, wenn kein aliud vorliegt, die Regeln von der Gewährleistung wegen Mängel angewendet werden, und jene schwierige Unterscheidung müßte wieder gemacht werden.

§ 379.

Ist der Kauf für beide Theile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Orte übersendete Waare beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen.

Er kann die Waare, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 verkaufen lassen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph legt dem Käufer, der die Waare beanstandet, die Verpflichtung der einstweiligen Aufbewahrung auf, giebt ihm aber auch das Recht, unter gewissen Umständen die Waare verkaufen zu lassen (Nothverkauf),** alles das aber nur bei demjenigen Handelskauf, der auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist und ein Uebersendungsgeschäft darstellt. Die im früheren Art. 348 beiden Theilen ertheilte Berechtigung zur Feststellung des Zustandes der Waaren ist jetzt anderweit, nämlich im § 488 C.P.O. behandelt (vergl. den Exkurs zu § 379).

Anm. 1. 1. **Vorausgesetzt ist** das Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufs, ferner das Vorliegen eines Distanzgeschäftes, und endlich daß der Käufer die Waare beanstandet.

a) **Ein beiderseitiger Handelskauf muß vorliegen:** also ein Kauf über Waaren oder Werthpapiere, der auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist. Insoweit stimmt dieses Erforderniß mit dem des § 377 überein (vergl. daher Anm. 2 zu § 377).

Anm. 2. b) **Aber außerdem muß ein Distanzkauf vorliegen.** Dieses Erforderniß ist in § 377 nicht aufgestellt. Der vorliegende Paragraph hat daher einen engeren Anwendungskreis, als der § 377; nicht immer, wenn die Anzeigepflicht des § 377 besteht, findet die Aufbewahrungspflicht des § 379 Anwendung, sondern eben nur wenn das Geschäft außerdem auch noch ein Uebersendungskauf ist: „die Waare muß von einem anderen Orte übersendet sein." Dieser Begriff ist unter der Herrschaft des früheren Rechts im Anschluß an den Art. 347, welcher die Rügepflicht nur beim Distanzkauf aufstellte, in der Rechtsprechung eingehend erörtert worden. Die Ergebnisse dieser Rechtsprechung können hier verwerthet werden.

Anm. 3. a) **Die Waare muß „übersendet" sein,** d. h. es muß die Ablieferung an einem anderen Ort als an dem, an welchem der Verkäufer seine Handelsniederlassung hat oder von welchem aus der Verkäufer liefert, erfolgen. Die Waare muß behufs Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflichten durch die Mitwirkung eines Dritten aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des abwesenden Käufers oder einer von diesem bezeichneten abwesenden Person gebracht sein (vergl. R.G. 33 S. 25). Aus dieser Begriffsbestimmung ergeben sich die praktischen Konsequenzen im Einzelnen.

Anm. 4. aa) Daß sich die juristische Tradition am Wohnorte des Verkäufers vollzieht, ist dabei unwesentlich (R.O.H. 5 S. 394; R.G. 33 S. 25; vergl. jedoch unten Anm. 9); ebenso, daß der Käufer die Gefahr des Transportes trägt (Art. 345 Abs. 1; vergl. Bolze 5 Nr. 660); andererseits ändert es an dem Begriff der Distanzsendung nicht, daß der Verkäufer gegebenenfalls franko zu übersenden hat (O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 5

S. 807), nicht einmal, daß er am Wohnorte des Käufers zu erfüllen hat (R.G. vom 11. Februar 1897 in J.W. S. 172). Denn auch in diesem Falle „ist die Waare von einem andern Orte übersendet". Noch weniger relevant, d. h. dem Vorliegen des Distanzgeschäfts hinderlich, ist es daher, daß der Verkäufer auch die Aufstellung und Montirung der Maschine übernommen hat (R.O.H. 9 S. 219; 19 S. 1; Bolze 17 Nr. 470; R.G. vom 11. Februar 1897 in J.W. S. 172).

Anm. 5. ββ) Ob die Uebersendung ursprünglich vereinbart war, ist gleichgültig. Denn entscheidend ist nach dem Gesetze, ob die Waare „übersendet ist". War daher nach dem Vertrage inter praesentes zu erfüllen, so braucht zwar der Verkäufer die spätere Weisung des Käufers, ihm die Waare zu übersenden, nicht zu befolgen, befolgt er sie aber, so kommt der vorliegende Paragraph zur Anwendung (R.O.H. 23 S. 59; R.G. 6 S. 60). Deshalb ist es auch unerheblich, wenn der Verkäufer nicht von vornherein wußte, wohin die Waare gesendet werden soll (R.G. ebenda). In diesem Sinne sagt Dernburg, Preuß. Privatrecht (II § 58) mit Recht, daß nicht ein Distanzgeschäft, sondern vielmehr eine Distanzsendung erforderlich ist. Es ist also erforderlich und ausreichend, daß die Waare, um vom Verkäufer zum Käufer zu gelangen, eine Reise macht. Umgekehrt kommt § 379 nicht zur Anwendung, wenn ursprünglich Uebersendung vereinbart war und schließlich inter praesentes tradirt wird, was übrigens der Verkäufer nicht verweigern darf (R.G. 6 S. 60).

Anm. 6. γγ) Gleichgiltig ist, ob die Kontrahenten an demselben Orte wohnen und ob auch die Waare sich an dem nämlichen Orte befindet (R.O.H. 6 S. 237; 13 S. 391; 15 S. 176; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1018); umgekehrt ist es für die Annahme des Distanzkaufs nicht entscheidend, daß die Kontrahenten an verschiedenen Orten wohnen (Bolze 9 Nr. 396).

Anm. 7. δδ) Wie die Mitwirkung des Dritten erzielt wird, ist gleichgiltig. Daher kommt es für den Begriff der Uebersendung nicht darauf an, ob der Verkäufer den Frachtführer oder Spediteur selbst wählt oder ob derselbe vom Käufer bezeichnet ist (R.G. 6 S. 60), auch ob der Verkäufer mit diesen Personen selbst abschließt (in eigenem Namen oder im Namen des Käufers, für eigene Rechnung oder die des Käufers), oder ob der Käufer mit diesen Personen abschließt, oder ob endlich der Transport durch die Leute des Käufers vorgenommen wird (R.G. 6 S. 60), nur daß in Fällen der letzteren Art meistens der Mandatar des Käufers mit der Empfangnahme betraut sein wird, d. h. mit der Vollziehung desjenigen Rechtsaktes, der bestimmt und geeignet ist, die Waare aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des Käufers bezw. des Bevollmächtigten zu bringen, in welchem Falle kein Uebersendungskauf vorliegt (R.G. 6 S. 60). Auch dann liegt ein Uebersendungsgeschäft vor, wenn der Verkäufer die Waare durch seine eigenen Leute, z. B. in seinem eigenen Fuhrwerke, dem Käufer übersendet.

Anm. 8. εε) Auch daß die Waare am Wohnsitze des Verkäufers vorgezeigt und gekauft ist, hindert die Anwendung des Paragraphen nicht (R.G. vom 1. April 1896 in J.W. S. 285). Freilich kann in dem persönlichen Aussuchen und Prüfen in manchen Fällen eine Genehmigung der Beschaffenheit liegen. Doch ist immer zu beachten, daß auch hierbei ein Uebersendungsgeschäft im Sinne des vorliegenden Paragraphen vorliegt. Die eigentliche Ablieferung findet doch erst am Wohnsitze des Käufers statt.

Anm. 9. ζζ) Dagegen liegt kein Uebersendungskauf vor, wenn der Verkäufer sich die Waare kommen läßt, um sie am Ablieferungsorte dem Käufer auszuhändigen (R.O.H. 13 S. 392; O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 255) oder wenn der Verkäufer selbst die Waare von einem andern Orte dem Käufer über-

bringt (R.O.H. 23 S. 59). In beiden Fällen ist sie nicht dem Käufer übersandt, weil sie ihm nicht durch einen Dritten gesandt wird. Auch darf der Fall nicht so liegen, daß der Dritte, der die Uebersendung zu besorgen oder auszuführen hat, nicht bloß mit dieser, sondern mit der Empfangnahme im Namen des Käufers beauftragt ist (vergl. oben Anm. 7). Dies ist aber nicht der Fall, wenn gemäß Weisung des auswärts wohnenden Käufers ein Lieferant die für den Kunden bestimmte, von diesem anderswo gekaufte Waare der eigenen Sendung beipackt (O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 36 S. 255). Sicherlich liegt kein Uebersendungskauf vor, wenn die Waare dem Käufer am Wohnorte des Verkäufers übergeben worden ist und dann verabredetermaßen die Waare beim Verkäufer auf Lager bleibt, bis der Käufer sie abholen läßt (R.O.H. 9 S. 51), oder auch bis er die Uebersendung abfordert (R.G. 33 S. 25).

Anm. 10. β) **Von einem andern Orte** muß die Waare übersendet sein. Ob die Orte entfernt oder nahe von einander liegen, ist gleichgiltig (R.G. vom 1. April 1896 in J.W. S. 285). Ist dies nicht der Fall, so liegt ein Platzgeschäft vor, auf welches sich der § 379 direkt jedenfalls nicht bezieht (R.O.H. 10 S 336). Die Verschiedenheit der Orte deckt sich der Regel nach mit der Eintheilung der Ortschaften in politische Gemeinden. Jedoch ist dies nicht immer der Fall. Diese Inkongruenz ist immer dann gegeben, wenn der geographische Bezirk einer politischen Gemeinde mit dem Bezirke einer andern politischen Gemeinde derart räumlich zusammenhängt, daß sich zwischen beiden Bezirken so enge Handelsbeziehungen und derartige Verkehrsverhältnisse herausgebildet haben, wie sie sonst nur an demselben Orte bestehen. Solche zusammenhängende Ortschaften gelten dann als ein Handelsplatz, und es entspricht dem Gesetze und den Anschauungen des Handelsstandes, alle Geschäfte, die innerhalb solcher Bezirke abgeschlossen werden, als Platzgeschäfte zu betrachten. Als Beispiel sei verwiesen auf diejenigen zu den politischen Gemeinden Schöneberg und Charlottenburg gehörigen Straßen, welche von Schöneberg und Charlottenburg selbst entfernt liegen, dagegen mit Berlin derart zusammenhängen, daß sie der Handelsstand zum Handelsplatz Berlin rechnet. Auch Bockenheim und Frankfurt a. M. wurden von den Frankfurter Gerichten als ein Handelsplatz angesehen (O.L.G. Frankfurt in G.Z. 38 S. 207. Jetzt bilden sie auch politisch eine Gemeinde (Johow 16 S. 11). — Auf diese Weise kann es sogar kommen, daß Uebersendungen von einer Straße Charlottenburgs nach der andern das Geschäft zu einem Distanzgeschäft machen, wogegen umgekehrt trotz Uebersendung von einer Straße Charlottenburgs nach einer Straße Berlins ein Platzgeschäft vorliegt. Dagegen ist die durch die Postverwaltung beliebte Vereinigung von Berlin mit einigen Vororten zu einem gemeinschaftlichen Postbezirk rechtlich unerheblich. Das ist ein postalischer Verwaltungsakt, der mit der vorliegenden Frage nichts zu thun hat.

Anm. 11. c) **Der Käufer hat die Waare beanstandet.** Das ist die dritte Voraussetzung der Anwendung des vorliegenden Paragraphen. Daraus folgt, daß die Vorschrift einerseits nicht Platz greift, wenn die Waare trotz ihrer Mängel behalten und nicht Wandlung oder Lieferung anderer Waare, sondern Preisminderung oder Schadensersatz geltend gemacht wird (R.G. 17 S. 67), andererseits bezieht sich die Vorschrift auf jeden Fall der Beanstandung, nicht bloß wegen Qualitätsmangel, sondern auch wegen Quantitätsmangel, Sendung eines aliud, auch dort, wo der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte: kostspielige Post- oder Eilgutssendung statt der billigen Frachtsendung auch auf Zufrüh- oder Zuspätsendung (vergl. Gareis Anm. 9 zu § 378; auch R.G. 26 S. 60). Auch der Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels ist nicht ausgenommen. Auch darauf kommt es nicht an, ob der Käufer die Waare schon in Empfang genommen hat. Der Wortlaut des Gesetzes ergiebt, daß nur eine Beanstandung der übersendeten Waare vorzuliegen braucht.

2. **Die Rechtsfolgen, welche sich beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen ergeben,** sind: Anm. 12.
die Pflicht des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung und sein Recht zum Nothverkauf.

a) **Die Pflicht des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung.**

α) **Für Aufbewahrung sorgen** muß der Käufer. Er darf die Waare also nicht sofort zurücksenden, aber er braucht sie nicht selbst aufzubewahren, auch wenn er es könnte, er darf sie auch anderweit niederlegen. Thut er das erstere, so kann er unter Umständen Lagergeld fordern (vergl. hierüber unten Anm. 17 und ferner Anm. 57 zu § 377); thut er das letztere, so besteht keine Rückgabepflicht seinerseits mehr, vielmehr wird er seinem Verhältnisse gegen den Verkäufer gerecht, wenn er diesen in den Stand setzt, gegen den Verwahrer zu klagen (R.O.H. 20 S. 203; Bolze 18 Nr. 438).

Die Pflicht zur Aufbewahrung begreift in sich die Pflicht zur ordnungs- Anm. 13.
mäßigen Behandlung der Waare (z. B. Austrocknen, Auspacken, Füttern u. s. w.).

Eine Pflicht die Waare zurückzusenden, hat der Käufer von Gesetzeswegen Anm. 14.
nicht; der Verkäufer mag sich die Waare abholen lassen. Allein nach Handelsgebrauch wird doch angenommen, daß der Käufer, wenn die Rücksendung mit besonderen Schwierigkeiten nicht verknüpft ist, und der Verkäufer erklärt, daß er am Ort der Ablieferung anderweite Verwendung nicht habe und daher die Rücksendung seinen Interessen entspricht, analog der Uebersendungspflicht des Verkäufers, eine Rücksendungspflicht habe.

β) **Auf einstweilige** Aufbewahrung erstreckt sich die Pflicht des Käufers. Der Käufer ist Anm. 15.
dem Verkäufer nur so viel Rücksicht schuldig, daß er die Waare nicht preisgeben darf, ehe der Verkäufer in der Lage ist, darüber anderweit zu verfügen. Wenn derselbe durch die Benachrichtigung von dem Sachverhalt in dieser Lage sich befindet und trotzdem für die weitere Aufbewahrung nicht sobald als möglich Sorge trägt, so ist der Verkäufer seiner Verpflichtung enthoben (R.O.H. 1 S. 206; Bolze 16 Nr. 301; R.G. 43 S. 32). Die Gefahr der Sache geht von da ab auf den Verkäufer über (Bolze 16 Nr. 301). Der Käufer darf nunmehr dem Verkäufer die Waare auch zurücksenden. Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer von vornherein auf die vom Käufer zu leistende Fürsorge nicht angewiesen ist, was jedoch nicht schon dann der Fall zu sein braucht, wenn der Verkäufer am Bestimmungsorte einen Agenten hat (R.O.H. 17 S. 171), wohl aber dann, wenn er am Bestimmungsorte ein Zweiggeschäft hat.

γ) **Verpflichtet** ist der Käufer, und zwar unbedingt, also ohne Rücksicht, ob der Anm. 16.
Grund der Beanstandung auf ein Verschulden des Verkäufers zurückzuführen ist oder nicht (R.O.H. 13 S. 357), (vergl. oben Anm. 11) und auch dann, wenn er für die Kosten der Aufbewahrung nicht gedeckt ist. Dieser letztere Unterschied von § 362 Abs. 2 ist ein gewollter, weil hier ein Vertragsverhältniß besteht, dort nicht (R.O.H. 20 S. 206). Für die Erfüllung dieser Pflicht haftet der Käufer nach § 347. Verletzt der Käufer die Verpflichtung des Absatzes 1, so giebt dies dem Verkäufer einen Anspruch auf Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen (Anm. 11 zu § 347), des Rechts auf Beanstandung begiebt sich der Käufer dadurch nicht (R.O.H. 13 S. 438).

δ) Die Kosten der Aufbewahrung hat der Käufer zwar zu verauslagen (oben Anm. 17.
Anm. 16), aber der Verkäufer hat sie zu erstatten, wenn die Beanstandung begründet war (Anm. 57 zu § 377). Verwahrt der Käufer die Waare selbst, so kann er Lagergeld gemäß § 354 fordern (R.O.H. 7 S. 356; R.G. 1 S. 284). Dieser Ersatz kann mit der Wandlung gefordert werden (vergl. Anm. 57 zu § 377); auch kann wegen dieses Anspruchs die Waare zurückbehalten werden (vergl. unten Anm. 25).

Anm. 18. b) **Das Recht des Käufers zum Nothverkauf.**

a) **Das Recht hat zur Voraussetzung, daß die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist.** Ueber die Erfordernisse „dem Verderben ausgesetzt" und „Gefahr im Verzuge" s. Anm. 25 zu § 373. Diese beiden Voraussetzungen sind obligatorisch, ohne sie hat der Käufer kein Recht auf den Nothverkauf, z. B. nicht weil die Aufbewahrung zu große Kosten verursachen würde (O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 1709), auch nicht zu dem Zwecke, um seinen im Voraus gezahlten Kaufpreis oder die Kosten der Verwahrung zu erhalten. In solchem Falle kann aber das Verkaufsrecht auf Grund eines Retentionsrechts gegeben sein (vergl. § 369, insbesondere Anm. 23 daselbst und § 371). Auch wird von der Judikatur eine gerechtfertigte Ausnahme dann gemacht, wenn der Verkauf im Interesse des Verkäufers nothwendig oder evident nützlich war, z. B. weil die Einholung einer Auskunft vom Verkäufer für absehbare Zeit unmöglich war und dadurch die Kosten der Verwahrung ins Ungemessene steigen konnten, oder daß eine besondere, voraussichtlich nicht wiederkehrende Gelegenheit zum Verkauf sich darbot (R.O.H. 12 S. 132; 16 S. 326; Bolze 2 Nr. 1027). In solchen Fällen beruht der Nothverkauf auf besonderem Rechtsgrunde, der neg. gestio. Der Umstand allein aber, daß der Verkäufer keine Verfügung getroffen hat, obwohl er sie treffen konnte, giebt dem Käufer das Verkaufsrecht nicht. Er ist alsdann zwar seiner Verwahrungspflicht nach Abs. 1 enthoben (vergl. oben Anm. 15), aber darum noch nicht zum Nothverkauf berechtigt. Insofern geht das eben citirte Urtheil in Bolze 2 Nr. 1027 fehl und es ist der Entscheidung des R.O.H. (16 S. 325), welche das Gegentheil ausspricht, der Vorzug zu geben (R.G. 43 S. 32). Es müssen aber zwingende Gründe vorliegen, welche die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften hinderten oder sie dem Interesse des Verkäufers widersprechend erscheinen ließen (O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 258). Umgekehrt kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 2 zutreffen, zum Nothverkauf auch dann schreiten, wenn der Verkäufer in der Lage ist, über die Waare zu verfügen (R.G. 43 S. 32).

Anm. 19. Fehlt es an den Voraussetzungen des Nothverkaufs, so liegt in dem Verkauf eine unberechtigte Disposition, deren Rechtsfolge der Verlust des Wandlungsrechts und des Rechts, eine mangelfreie Waare zu verlangen, ist (R.O.H. 11 S. 201; 12 S. 175; R.G. vom 28. Oktober 1897 im Sächsischen Archiv 7 S. 756); nicht auch der Verlust der sonstigen Rechte (Preisminderung, Schadensersatz); vergl. unten Anm. 20.

Anm. 20. β) **Liegen die Voraussetzungen vor, so kann der Nothverkauf erfolgen, jedoch nur unter Beobachtung der Formen** des § 373. Zu diesen Formen — über welche Näheres zu § 373 — gehört aber hier nicht die vorgängige Androhung. Das ist aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften zu entnehmen. Denn im § 373 ist die vorgängige Androhung für denjenigen Fall erlassen, der hier nothwendige Vorbedingung des Nothverkaufs überhaupt ist (drohender Verderb der Waare). Bei theilbaren Objekten darf nur der dem Verderben ausgesetzte Theil verkauft werden, indem auch hier das Prinzip des § 469 B.G.B. anwendbar ist (R.O.H. 13 S. 358). Bei Verletzung dieses Gebots oder der Formen des § 373 liegt wieder eine unberechtigte Disposition vor, deren Folge gleichfalls der Verlust des Wandlungsrechts und des Rechts, mangelfreie Waare zu verlangen, ist (R.O.H. 12 S. 180; 16 S. 323; R.G. vom 28. Oktober 1897 im Sächsischen Archiv 7 S. 756), abgesehen davon, daß der Käufer sich unter Umständen schadensersatzpflichtig macht (R.G. 17 S. 68). Der Anspruch auf Preisminderung aber geht dadurch nicht verloren, wogegen Förtsch (Anm. 15 zu Art. 348) ihn wenigstens dann wegfallen läßt, wenn die Waare vorher zur Disposition gestellt war. Er vertritt diese Ansicht im Anschluß an die Entscheidung des R.G. 17 S. 68, welche im Wesentlichen vom Reichsgerichte selbst später reprobirt worden ist (R.G. 43 S. 37). Im Wege der einstweiligen

Verfügung kann der Verkauf auch ohne die Voraussetzung des § 379 erfolgen (vergl. die folgende Anm. 21).

γ) **Keinesfalls darf der Verkauf erfolgen beim Widerspruch des Verkäufers** (R.O.H. 18 S. 230), weil die Vorschriften des § 379 lediglich im Interesse des Verkäufers gegeben sind (R.G. 17 S. 68; 43 S. 34, 35; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 186). Ein trotzdem erfolgter Verkauf hebt das Wandlungsrecht und das Recht mangelfreie Waare zu verlangen (nicht auch das Preisminderungsrecht) auf und verpflichtet zum Schadensersatz. Doch kann der Prozeßrichter im Wege der einstweiligen Verfügung nach freiem durch die Voraussetzungen des § 379 Abs. 2 nicht eingeengten Ermessen den Verkauf auch in anderen Fällen anordnen, also besonders auch gegen den Widerspruch des Verkäufers. Hier sollte eben nur der Selbsthilfenothverkauf geregelt, an feste Grenzen und Formen geknüpft werden. Anm. 21.

δ) Mit Zustimmung des Verkäufers darf auch der freihändige Verkauf erfolgen Zustimmung kann unter besonderen Umständen schon in dem Schweigen auf die Ankündigung des Käufers liegen (vergl. Bolze 12 Nr. 390). Anm. 22.

ε) Für die Ausführung des Selbsthilfeverkaufs kann der Käufer Provision fordern, da die Voraussetzungen des § 354 Platz greifen (Dienstleistung eines Kaufmanns für einen Andern). Vergl. Bolze 11 Nr. 474, wo sogar für die Besorgung des Pfandverkaufs nach dem früheren Art. 311 Provision zugebilligt wird. Auf diesen Provisionsanspruch greift die Verjährung des § 477 B.G.B. nicht Platz (R.G. 38 S. 13). Anm. 23.

Zusatz 1. Der Käufer hat auch schon vor der Annahme der Waare eine Pflicht gegenüber dem Verkäufer, nämlich bei äußerlich erkennbaren Mängeln. Er darf das Gut in solchem Falle nicht annehmen und die Fracht bezahlen, ohne vor der Annahme die Mängel durch amtlich bestellte Sachverständige festzustellen, weil sonst nach § 438 Abs. 1 die Ansprüche an den Frachtführer erlöschen (R.O.H. 6 S. 107; Litthauer Anm c zu § 379). Anm. 24.

Zusatz 2. Der Käufer hat aber, wenn er die Waare dem Verkäufer zur Verfügung stellt, gleichwohl das Zurückbehaltungsrecht wegen der Rückzahlung des Kaufpreises und der Frachtauslagen u. s. w., nämlich auf Grund des § 369 H.G.B. (Anm. 44 zu § 369; vergl. R.G. 43 S. 39). Anm. 25.

Zusatz 3. Platzgeschäfte und einseitige Handelskäufe. Der vorliegende Paragraph bezieht sich auf Uebersendungsgeschäfte und zwar auf solche, welche zweiseitige Handelskäufe sind. Auf Platzgeschäfte und auf einseitige Handelskäufe findet der Paragraph keine Anwendung, auch nicht Abs. 1. Denn auch diese Vorschrift ist exceptionell, insofern als sie den Käufer für verpflichtet erklärt, fremde Waare auch ohne Deckung für die Kosten einstweilen zu verwahren, und überdies ist gerade die Rücksicht auf den entfernten Geschäftsfreund der Grund der Bestimmung. Indessen wird man auf Grund von Treu und Glauben im Handelsverkehr auch bei Platzgeschäften und bei einseitigen Handelsverkäufen annehmen müssen, daß der Käufer die Waare nicht preisgeben darf, ehe der Verkäufer in der Lage ist, schützend einzugreifen. (Bolze 15 Nr. 371.) In welcher Weise aber der Käufer sich der einstweiligen Schutzpflicht für die Waare entledigt, das ist bei dem Platzgeschäft und bei dem einseitigen Handelskauf Sache seines Ermessens. Es kann ihm nicht die Pflicht auferlegt werden, gerade für Verwahrung zu sorgen, auch die Zurücksendung der Waare muß ihm gestattet sein, am allerwenigsten kann ihm die Verwahrung auf eigenes Kostenrisiko zugemuthet werden. Anm. 26.

Das Nothverkaufsrecht findet beim Platzgeschäft und beim einseitigen Handelskauf nicht Anwendung, es kann hier nur auf Grund einer vom Prozeßrichter zu erlassenden einstweiligen Verfügung gegeben werden. (Vergl. oben Anm. 20 u. 21.) Anm. 27.

Zusatz 4. Auf die Zusendung unbestellter Waare wendet Puchelt (Anm. 2 zu Art. 348) den Paragraphen analog an: jedoch mit Unrecht. Unbestellte Waare braucht der Adressat nicht anzunehmen und mit der Zurückweisung derselben wird er von jeder Haftbarkeit frei. Hat er sie in Empfang genommen und will er sie nicht behalten, so kann er sie zurücksenden. Er ist keineswegs Anm. 28.

verpflichtet, für die einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen. Es kann Förtsch (Anm. 1 zu Art. 348) nicht zugegeben werden, daß aus allgemeinen Grundsätzen die Anwendbarkeit des Abs. 1 folgt. Der vorstehende Paragraph setzt vielmehr einen perfekten Kauf voraus. Eine Ausnahme wird man aber machen müssen beim Vorliegen der in Anm. 159 zu § 377 hervorgehobenen besonderen Momente (Empfänger Kaufmann und entweder bestehende Geschäftsverbindung, oder Verbindung unbestellter mit bestellter Waare, oder irrthümliche Annahme des Verkäufers von einer vorliegenden Bestellung).

In diesen Fällen erfordert Treu und Glauben im Handelsverkehr eine ähnliche Rücksichtnahme (vergl. R.G. 23 S. 127). Man wird in diesen Fällen daher dem Käufer die Pflicht auferlegen müssen, die Waare aufzubewahren, bis der Käufer über sie disponiren kann, jedoch ohne die Verpflichtung, in Vorschuß zu gehen. Die letztere Verpflichtung ist singulär und analoger Ausdehnung nicht fähig. Das Nothverkaufsrecht aber ist ebenfalls nicht analog zu übertragen. Hier gilt das Gleiche, wie beim Platzgeschäft (vergl. oben Anm. 27).

Exkurs zu § 379.

Das Mängelfeststellungsrecht des Käufers und des Verkäufers.

Anm. 1. I. Die einschlagende Gesetzesvorschrift ist § 488 C.P.O. Derselbe lautet:

> C.P.O. § 488. Die Beweisaufnahme kann, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 485 vorliegen, beantragt werden, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, aus denen ein Recht gegen den Gegner hergeleitet werden soll, oder wenn der Zustand eines Gutes festzustellen ist, für dessen Beweis ein Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer zu sorgen verpflichtet ist.
>
> Hat der Erwerber einer Sache dem Veräußerer einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt, so kann auch der Veräußerer die Beweisaufnahme nach Maßgabe des Abs. 1 beantragen. In gleicher Weise ist der Unternehmer eines Werkes zu dem Antrage berechtigt, wenn der Besteller ihm einen Mangel angezeigt oder die Abnahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert hat.

Anm. 2. Dieser Paragraph der C.P.O. ist an die Stelle des früheren Art. 348 Abs. 2—4 H.G.B. getreten. Der § 164 F.G. greift hier nicht Platz (dies gegen Gareis, Handelsrecht 6. Aufl. S. 534). Denn das hier vorliegende Feststellungsrecht beruht nicht, wie § 164 F.G. voraussetzt, auf den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, sondern auf § 488 C.P.O., wo aber die Kompetenz und das Verfahren gleichfalls geregelt sind.

Anm. 3. II. **Der § 488 C.P.O. bezieht sich natürlich nicht bloß auf den Uebersendungskauf und nicht bloß auf den zweiseitigen Handelskauf, sondern auf jeden Handelskauf,** da er sich ja gemäß seiner weiten Fassung überhaupt nicht bloß auf den Kauf, sondern auf alle Fälle bezieht, in denen aus der Feststellung von Mängeln Rechte gegen den Gegner herzuleiten sind.

Anm. 4. III. **Das Recht besteht in dem Rechte auf den Antrag auf Sicherung des Beweises** ohne die Voraussetzung des § 485 C.P.O., d. h. ohne daß zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert würde. Vorausgesetzt ist nur für das Recht des Käufers, daß der Käufer aus dem Mangel Rechte gegen den Verkäufer herleiten will, und für das Recht des Verkäufers, daß der Käufer dem Verkäufer einen Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache wegen Mangelhaftigkeit abgelehnt hat.

Anm. 5. Beide Theile haben also das Recht, und zwar jeder Theil auch dann, wenn der andere es bereits ausgeübt hat (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 69 u. 207; vergl. R.O.H. 16 S. 385). Doch haben beide Theile eben nur das Recht dazu, keineswegs die Pflicht, weshalb die Feststellung des Zustandes vor dem Prozesse auch ganz unterbleiben (R.O.H. 5 S. 252; R.G. in G.Z. 26 S. 582; R.G. vom 23. November 1894 in J.W. 1895 S. 17), auch auf privatem Wege durch jeden Theil veranlaßt werden kann (R.O.H. 1 S. 182). Auch präjudizirt weder die Ausübung, noch die Nichtausübung oder die nur

theilweise Ausübung der Befugniß den materiellen Rechten der Parteien irgendwie (R.G. vom 23. November 1894 in J.W. 1895 S. 17). Nur faktische Vortheile gewährt die Ausübung des Rechts derjenigen Partei, zu deren Gunsten sie ausfällt, insofern als eine in gerichtlichem Verfahren erfolgte Feststellung doch immerhin eine Thatsache ist, die nicht ohne Weiteres vom Prozeßrichter ignorirt werden dürfte. Selbstverständlich aber hat diese Feststellung keine bindende Beweiskraft für den Prozeßrichter, vielmehr bleibt die Anfechtung dieser Feststellung beiden Theilen unbenommen. Es kann nicht bloß jeder Theil die auf Anregung des anderen Theils erfolgte Feststellung anfechten (R.O.H. 8 S. 250), sondern auch die auf eigene Anregung erfolgte (R.O.H. 13 S. 359), ja sogar auch die auf Antrag beider Theile durch beiderseits gewählte Sachverständige erfolgte. Nur wirklicher Vergleich oder wirkliche Uebereinkunft dahin, daß die von den ernannten Sachverständigen erfolgte Feststellung definitiv bindend sein soll, schließt die nachherige Anfechtung aus. Insofern ist dem Urtheile des R.O.H. (23 S. 303) zuzustimmen, nur ist zu bemängeln, daß der diesem Urtheil zu Grunde liegende Fall so nicht geartet war. Anders Gareis-Fuchsberger Note 160, welche eine solche definitive Einigung nicht für bindend halten, doch ist dem nicht beizutreten, zumal auch sonst von der Judikatur anerkannt wird, daß Vereinbarungen der Parteien über den maßgebenden Ausspruch von Zeugen und Sachverständigen verbindlich sind (R.G. 2 S. 315). Sollte daher auch nachgewiesen werden, daß das Gutachten desjenigen Sachverständigen, auf dessen maßgeblichen Ausspruch die Parteien sich geeinigt haben, dem arbitrium boni viri nicht entspricht, so würde das zur Anfechtung nicht ausreichen, auch nicht der Nachweis einer manifesta iniquitas, nur wegen dolus ist die Anfechtung möglich, d. h. durch den Nachweis, daß das Gutachten wider besseres Wissen abgegeben ist. Freilich wird dieser Nachweis nur schwer möglich sein, weil man Niemandem in das Herz sehen kann. Doch wird man nicht fehlgehen, wenn man dolus immer dann annehmen wird, wo jede Meinungsverschiedenheit aufhört. Die Kosten der gerichtlichen Feststellung sind zwar zunächst vom Antragsteller zu tragen (§§ 81, 84 des Gerichtskostengesetzes). Aber im Hauptprozesse regelt sich ihre Erstattung nach § 91 C.P.O. d. h. es ist zu erwägen, ob sie zur angemessenen Rechtsverfolgung erforderlich waren. Kommt es nicht zum Prozesse, so kann die Erstattung nur auf Grund besonderen Rechtstitels verlangt werden, insbesondere dann, wenn dem Verkäufer ein schuldhaftes Verhalten bei der Lieferung zur Last fällt oder bei der Frage der Prüfung und Feststellung der eine Theil ein Verhalten an den Tag gelegt hat, welches den anderen genöthigt hat, die Sicherung des Beweises zu beantragen (R.G. 37 S. 49; vergl. auch R.G. 13 S. 325).

IV. **Eine Frist für die Untersuchung** ist nicht vorgeschrieben. Nur wird selbstverständlich das Ergebniß einer sofortigen Untersuchung von größerem Werthe sein als das einer späteren Untersuchung. Anm. 6.

V. **Zu erinnern ist daran, daß der Antrag auf Sicherung des Beweises auch die Verjährung unterbricht und die Einreden erhält** (§§ 477, 478, 479 B.G.B.; vergl. Anm. 116 u. 118 zu § 377 H.G.B.). Anm. 7.

§ 380.

Ist der Kaufpreis nach dem Gewichte der Waare zu berechnen, so kommt das Gewicht der Verpackung (Taragewicht) in Abzug, wenn nicht aus dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, sich ein Anderes ergiebt.

Ob und in welcher Höhe das Taragewicht nach einem bestimmten Ansatz oder Verhältnisse statt nach genauer Ausmittelung abzuziehen ist, sowie, ob und wieviel als Gutgewicht zu Gunsten des Käufers zu berechnen ist oder als Vergütung für schadhafte oder unbrauchbare Theile (Refaktie) gefordert werden kann,

bestimmt sich nach dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

Anm. 1. 1. Der erste Absatz enthält die Auslegungsregel, daß beim Kauf nach Gewicht das Nettogewicht maßgebend ist.[1]) Die Regel ist selbstverständlich subsidiär und weicht besonderer Abrede und einem etwaigen Handelsgebrauch am Orte, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

Anm. 2. 2. Der zweite Absatz beschäftigt sich mit der Berechnung der Tara, dem Gutgewicht und der Refaktie, doch so, daß er eine Auslegungsregel nicht giebt, sondern lediglich auf Vertrag und Handelsgebrauch verweist.

a) Maßgebend ist also der Vertrag und der Handelsgebrauch. Als Vertrag muß auch das stillschweigende Einverständniß des Käufers gelten, wenn es nach den Umständen als Genehmigung zu betrachten ist. Es kann daher, zumal bei längerer Geschäftsverbindung, der Fakturavermerk über die Berechnung der Tara bei widerspruchsloser Annahme der Faktura als Genehmigung gelten (R.O.H. 1 S. 125). Der Handelsgebrauch ist der des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat.

Anm. 3. b) Die Taraberechnung ist verschieden. Das Normale ist, daß die Tara effektiv abgewogen und vom Bruttogewicht abgezogen wird. Wenn sie nicht in dieser Weise, sondern nach einem bestimmten Prozentsatz berechnet werden soll (z. B. auf 100 Pfund werden 5 Pfund Tara berechnet), so müssen darüber Vertrag und Handelsgebrauch Bestimmung treffen.

Anm. 4. c) Das Gutgewicht ist ein Mehrgewicht über das zu bezahlende Gewichtsquantum als Zugabe. Eine solche Zugabe hat der Käufer natürlich nur zu beanspruchen, wenn Vertrag oder Handelsgebrauch sie bewilligen. (Vergl. z. B. R.O.H. 12 S. 59. Nach Londoner Usance sind angeblich im Tabakhandel 4 % Gutgewicht zu gewähren.) Selbstverständlich ist, daß solches Uebermaß auch sonst bewilligt werden kann, auch nach Handelsgebrauch. So gilt z. B. in Leipzig die Mandel zu 16 Stück, das Schock zu 64 Stück (Puchelt Anm. 4 zu Art. 352).

Anm. 5. d) Refaktie ist umgekehrt ein Abzug vom Nettogewicht und vom Kaufpreise wegen der bei gewissen Waaren (z. B. Kaffee, Indigo) vorkommenden Unreinigkeiten. Von der Refaktie ist aber nicht die Rede, wenn Waare nicht mehr Unreinigkeiten als gewöhnlich hat (Hahn § 3 zu Art. 352). Auch solchen Abzug kann der Käufer nur beanspruchen, wenn Vertrag oder Handelsgebrauch ihn bewilligen. Oft geht der Handelsgebrauch dahin, daß wegen solcher Schadhaftigkeit der Waare nur Preisminderung gewählt werden, nicht Zurückweisung der Waare erfolgen kann (R.O.H. 7 S. 1). Uebrigens braucht in solchem Falle die Schadhaftigkeit nicht nach § 377 monirt zu werden, es liegt darin eine vertragsmäßige Feststellung der Folgen der erwarteten Mangelhaftigkeit (vergl. Puchelt Anm. 5 zu Art. 352).

Anm. 6. Zusatz. Was sonst von Quantitäts- und Qualitätsmängeln gilt, ist zu § 377 ausgeführt.

§ 381.

Die in diesem Abschnitte für den Kauf von Waaren getroffenen Vorschriften gelten auch für den Kauf von Werthpapieren.

Sie finden auch Anwendung, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist.

---

[1]) Bruttogewicht ist das Gewicht der Waare mit der Verpackung; Tara ist die Verpackung; Nettogewicht ist das Gewicht der Waare allein, oder Brutto weniger Tara.

1. Absatz 1 ist bereits in Anm. 2 im Exkurse vor § 373 von uns behandelt. Anm. 1.

2. Absatz 2 besagt, daß die Vorschriften des vorliegenden Abschnittes auch dann Anwendung finden, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Anm. 2.

   Für den Fall, daß der Unternehmer aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe eine vertretbare bewegliche Sache herzustellen hat, ergiebt sich schon aus § 651 Abs. 1 B.G.B., daß das Geschäft ein Kauf ist, also ein Handelskauf, wenn ein Theil Kaufmann ist.

   Hier aber ist weiter gesagt, daß auch dann, wenn der Unternehmer aus dem von ihm zu beschaffenden Stoffe eine unvertretbare bewegliche Sache herzustellen hat, die Vorschriften dieses Abschnitts gelten sollen.

   Damit ist nach unserer Ansicht gemeint, daß auch in solchem Falle ein Handelskauf vorliegt, wenn ein Theil Kaufmann ist. Es finden also auf ein solches Geschäft nicht bloß die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts, sondern alle Vorschriften über den Kauf Anwendung. Es liegt ein Handelskauf vor. Anscheinend steht auf anderem Standpunkte die Denkschrift S. 228. Allein die Erklärung des Gesetzgebers, daß sämmtliche Vorschriften über den Handelskauf gemeint sind, von denen einzelne ganz besonders auf einen wirklichen Kauf zugeschnitten sind (z. B. §§ 376 u. 380), kann nicht anders aufgefaßt werden, als dahin, daß jenes gemischte Geschäft als Handelskauf betrachtet werden soll.

   Vergl. hierüber auch noch Anm. 6 im Exkurse vor § 373.

3. Ist eine bewegliche Sache aus eigenem Stoffe des Bestellers herzustellen, oder ist eine Sache des Bestellers zu verändern oder auszubessern, oder liefert der Unternehmer nur Zuthaten oder Nebensachen, so liegt ein eigentlicher Werkvertrag nach §§ 631 flg. B.G.B. vor. Die Anwendung des vorliegenden Abschnitts ist ausgeschlossen. Es kann aber in einzelnen Beziehungen Analoges angenommen werden. So z. B. entspricht es, wenn das Geschäft ein Handelsgeschäft ist, handelsrechtlichen Anschauungen, daß auch hier die Rüge nicht über Gebühr verzögert werden darf (vergl. Anm. 154 flg. zu § 377). Anm. 3.

4. Liefert der Besteller den Stoff mit der Vereinbarung, daß der Unternehmer ihn durch einen andern ersetzen dürfe (Vertrag zwischen Fabrikanten und Hausindustriearbeiter), so wird regelmäßig der dem Unternehmer gelieferte Stoff als veräußert und das Werk als verkauft anzusehen sein. Es wäre denn, daß zum Schutz des Bestellers für Fälle des Konkurses oder Rücktritts die Vereinbarung dahin lautete, daß die Gefahr zwar mit Empfang des Stoffes, das Eigenthum aber erst dann auf den Unternehmer übergehe, wenn er zur Ausführung des Werkes den andern Stoff verwende (so zutreffend Koenige in seiner Ausgabe des H.G.B. Anm. 65 b zu § 381). Anm. 4.

§ 382.

Die Vorschriften der §§ 481 bis 492 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gewährleistung bei Viehmängeln werden durch die Vorschriften dieses Abschnitts nicht berührt.

Der vorliegende Paragraph hat hauptsächlich den Zweck, die sofortige Anzeigepflicht und das Genehmigungspräjudiz des § 377 auf die Gewährleistung bei Viehmängeln auszuschließen (Denkschr. S. 228). Der vorliegende Paragraph ist hiernach dahin auszulegen, daß der § 377 beim Viehhandel nicht Platz greift, sondern statt dessen die Sondervorschriften der §§ 481—492 B.G.B. Dagegen finden die §§ 373 (Selbsthilfeverkauf beim Annahmeverzug des Käufers), 376 (Sonderbestimmungen über das Fixgeschäft), 379 (Verpflichtung des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung der beanstandeten Waare und das Recht des Nothverkaufs bei Gefahr im Verzuge) auch beim Viehhandel Anwendung, da alle diese Vorschriften sich nicht auf die Gewährleistung bei Viehmängeln beziehen.

Exkurs zu § 382.

Ergänzungen zur Lehre vom Handelskauf.

I. Der Kauf nach Probe.

Anm. 1. A. **Die maßgebende Gesetzesstelle ist § 494 B.G.B.** Derselbe lautet:

Bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster sind die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen.

Anm. 2. B. **Die Begriffsbestimmung des Kaufs nach Probe.**

I. Es ist ein unbedingter Kaufvertrag, bei welchem der Verkäufer zugesichert hat, daß die Waare mit einer Probe übereinstimmt.

1. **Es ist ein unbedingter Vertrag.** Von der Thatsache der Probemäßigkeit hängen die Wirkungen des Vertrages nicht ab, der Vertrag ist perfekt und seine Wirkungen treten ein, es ist nur die besondere Vertragsmodalität hinzugefügt, daß der Verkäufer für die Uebereinstimmung der Waare mit der Probe zu haften hat. Von Bedeutung kann dieser Unterschied werden bei sich herausstellender Probewidrigkeit. Wäre die Probemäßigkeit Bedingung, dann würde es in diesem Falle so angesehen werden müssen, als sei der Vertrag überhaupt nicht geschlossen. Da aber ein unbedingter Vertrag vorliegt, so bleibt derselbe bestehen und es hat der Käufer die Rechte aus der Gewährleistung nach seiner Wahl. Selbstverständlich können die Parteien auch einen Vertrag unter der Bedingung der Probemäßigkeit schließen. Das ist aber kein Kauf nach Probe im Sinne des § 494 B.G.B. (vergl. R.O.H. 2 S. 420; 8 S. 250).

Anm. 3. 2. **Die Verpflichtung des Verkäufers, für die Probemäßigkeit zu haften,** ist das Charakteristische dieses Vertrages. Indessen liegt hierin nichts Singuläres. Es liegt ein ganz gewöhnlicher Kaufvertrag vor, bei welchem der Verkäufer eine besonders bezeichnete Eigenschaft der Waare zugesichert hat, nur daß diese Bezeichnung der Qualität nicht durch Beschreibung, sondern durch Bezugnahme auf eine andere Waare erfolgt. Es liegt auf der Hand, daß diese Bezeichnungsart keine besonderen Rechtsfolgen erzeugen kann. Es ist daher hier dasselbe Rechtens, wie wenn sonst der Verkäufer bei einem unbedingt geschlossenen Vertrage eine bestimmte Eigenschaft der Sache zusichert. Der § 494 B.G.B. läßt deutlich diese Auffassung erkennen.

Anm. 4. C. **Die praktischen Einzelfragen.**

1. Die **Feststellung des Kaufs nach Probe** erfolgt unter Anwendung der §§ 133 und 157 B.G.B. Es kommt darauf an, ob nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß der Verkäufer diejenige Eigenschaft bindend zugesagt hat, welche eine andere Waare hat. Daß die Waare beim Kaufe vorgelegt wurde, dieser Umstand allein genügt nicht immer, weil sehr häufig im Geschäftsverkehr Muster vorgelegt werden zur allgemeinen Orientirung und zur Weckung der Kauflust (R.O.H. 16 S. 318). Es kann dies aber nach der Lage der Umstände, insbesondere nach den in dem betreffenden Handelszweige bestehenden Gewohnheiten genügen (O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 200). Daß die Probe ausgehändigt wurde, begründet eine Vermuthung für den Kauf nach Probe (R.O.H. 15 S. 171). Aber diese Vermuthung kann wiederlegt werden (O.L.G. Karlsruhe in der Deutschen Juristenzeitung 5 S. 304). Es ist aber auch gar nicht nothwendig, daß die Probe vor oder beim Kauf vorgelegt wurde. Es kann auch auf eine bei einem Dritten befindliche Waare oder auf eine früher bereits bezogene Waare Bezug genommen werden („Wie gehabt") Das R.O.H. 13 S. 214 hat einen Fall der letzteren Art nicht als Kauf nach Probe gelten lassen wollen; jedoch mit Unrecht, vergl. Hahn Note 10 zu Art. 340; R.G. 11 S. 39. Denn welcher Bestimmung die in Bezug genommene Waare dient, und wo und in welchem Rechtsverhältnisse sich dieselbe befindet, ist gleichgültig. Das Wesentliche für den Kauf nach Probe ist nur, daß die Beschaffenheit der Waare zugesagt wurde unter Bezugnahme auf die Eigenschaften einer anderen Waare. — Ein Kauf nach Probe ist nicht zu Stande

gekommen, wenn die Beschaffenheit der Probe in Widerspruch steht mit dem anderweit erkennbaren Vertragswillen (O.L.G. Hamburg in G.Z. 43 S. 362).

2. **Kombinationen und Modifikationen eines Kaufs nach Probe.** Die Verbindung eines Kaufs nach Probe mit der Zusage anderer Eigenschaft ist selbstverständlich denkbar und zulässig. Warum sollten nicht verschieden bezeichnete Eigenschaften, die eine durch Beschreibung, die andere durch Bezugnahme auf andere Waare versprochen werden können? (R.O.H. 14 S. 290). Warum sollte es nicht zulässig sein, zu versprechen, daß die Waare einer Probe entsprechen und zugleich für bestimmte Zwecke tauglich sein soll? (R.O.H. 8 S. 250; R.G. 27 S. 20 — Verkäufer hatte Brotmehl nach Probe verkauft, damit war auch zugesichert, daß es zur Verarbeitung in eßbares Brot geeignet sei —; Bolze 7 Nr. 583 — Verkäufer hatte Knochenmehl nach Probe verkauft und gleichzeitig zugesichert, daß es rein, deshalb frei von Haaren, Blut und Schmutz sei, obgleich die Probe nicht rein war —; Bolze 10 Nr. 470 — die Zusicherung einer bestimmten Gewichtssumme neben der Probe —). Es kann auch sein, daß die Probe nicht ganz maßgebend sein soll, z. B. nur wegen des Gewebes, wogegen die Farbe der Probe nicht entsprechen, sondern eine andere sein soll. Es kann auch annähernde Uebereinstimmung mit der Probe stipulirt werden. Immer aber muß die in Bezug genommene Waare schon jetzt in dem Zustande sein, in welchem sich die zu liefernde Waare befinden soll, was nicht der Fall ist, wenn der zur Probe vorgelegte Wein jung, unfertig ist. In solchem Falle liegt kein Kauf nach Probe vor (R.O.H. 20 S. 329). Anm. 5.

3. **Die Rechtsfolge der Zusage der Probemäßigkeit** ist, daß die Zusage erfüllt werden muß. Daß absolute Uebereinstimmung immer gemeint ist, ist nicht gesagt, insbesondere dann nicht, wenn es unmöglich ist, ganz genaue Uebereinstimmung zu erzielen, und im Handelsverkehr auf die betreffenden Abweichungen von der Probe kein Werth gelegt wird; alsdann wird vielmehr angenommen, daß die Parteien diese Abweichungen als unwesentlich betrachtet haben (R.G. 20 S. 32; Bolze 10 Nr. 471). Im Spielwaarenhandel ist es z. B. Brauch, daß mäßige Abweichungen von den durch den Käufer bestellten Arten nicht als vertragswidrig gelten (R.O.H. 19 S. 189). Bei sog. Massenartikeln kommt es vor, daß trotz geringer Abweichungen von der Probe die Waare immer noch eine solche ist, wie sie überhaupt nur erwartet werden kann (R.G. vom 21. Dezember 1898 und J.W. 1899 S. 101). Größere Abweichungen aber sind unstatthaft (R.G. 29 S. 88). Auch schließt der Umstand, daß die Kaufprobe von der demnächst gelieferten Quantität genommen ist, die Haftung des Verkäufers nicht aus, wenn die Waare anders ausfällt als die Probe (Bolze 5 Nr. 653). Fällt sie aber ebenso aus als die Probe, so hat der Verkäufer regelmäßig seiner Pflicht genügt (Bolze 13 Nr. 433: Käufer durfte nicht zurücktreten, weil die Waare Käfer hatte; denn auch die Probe hatte Käfer; ebenso Bolze 13 Nr. 442). Nur dann muß besser als die Probe geliefert bezw. außer der Uebereinstimmung mit der Probe noch eine andere Eigenschaft gewährt werden, wenn Käufer der Probe ihrer handelsüblichen Bezeichnung nach eine andere Qualität beimessen durfte, als sie thatsächlich hatte, und der Verkäufer in dolo ist, sei es, daß er die Probe verfälscht oder daß er das Fehlen der andern, selbstverständlich vorausgesetzten Eigenschaft kannte; selbst die Sorglosigkeit des anderen Theils oder der Zusatz: „garantirt nur nach Muster", befreit den Verkäufer in solchen Fällen nicht von der Gewährung der andern Eigenschaft, weil er in dolo ist (Bolze 10 Nr. 462; 11 Nr. 387). Dem gutgläubigen Verkäufer gegenüber dagegen hat der Käufer die Pflicht, das Nichtvorhandensein von Fehlern, welche an der Probe ihrer Kleinheit wegen nicht entdeckt werden können und erfahrungsmäßig häufig vorkommen, ausdrücklich zu stipuliren, wenn er ihretwegen Probewidrigkeit vorschützen will, während sich der Verkäufer sonst auf die Heimlichkeit der Mängel der Probe nicht berufen darf, auch wenn er selbst gutgläubig ist (R.G. 20 S. 39). Wird nicht probegemäß geliefert, dann entstehen die Rechtsfolgen, wie sonst, wenn die verabredete Eigenschaft (ein dictum et promissum) nicht gewährt ist (R.O.H. 9 S. 24). Die Rechtsfolgen sind von uns näher behandelt in Anm. 32 ffg. zu § 377. Insbesondere greift natürlich auch hier der § 377 (Pflicht der sofortigen Mängelrüge) Platz (Anm. 1 u. Anm. 34 zu § 377). Be- Anm. 6.

sonders aber ist hervorzuheben, daß im Falle der Zusicherung einer Eigenschaft der Käufer einen besonderen Gewährleistungsanspruch, nämlich den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat (§§ 463, 480 B.G.B.; vergl. Anm. 39 zu § 377).

Anm. 7. 4. **Die Beweislast.** Grundsatz ist hier, daß der Käufer zu beweisen hat, daß nach Probe gekauft ist; alsdann hat der Verkäufer zu beweisen, daß der Probe gemäß geliefert ist. Doch bedarf dieser Grundsatz näherer Begründung, zumal er in seinem ersten Theil der herrschenden Lehre widerspricht.

a) **Daß nach Probe gekauft ist, hat der zu beweisen, der es behauptet und Rechte daraus herleitet.** Das ist beim Specieskauf nicht bestritten (R.O.H. 2 S. 418); aber beim Genuskauf soll es anders sein, da soll der Verkäufer zu beweisen haben, daß nicht nach Probe gekauft ist (R.O.H. 2 S. 420; 15 S. 53). Dieser Unterschied ist nicht gerechtfertigt. Beim Kauf nach Probe liegt immer nichts Anderes vor, als die besondere Zusage einer bestimmten Beschaffenheit der Waare, wie dies jetzt § 490 B.G.B. deutlich sagt. Diese besondere Zusage ist eine besondere Vertragsmodalität, die Abänderung eines naturale, denn ohne besondere Vereinbarung hat der Verkäufer Waare mittlerer Art und Güte zu liefern (§ 360). Und daß die Abänderungen der naturalia von dem zu beweisen sind, der sie behauptet, haben wir an anderer Stelle dargelegt (vergl. Anm. 7 zu § 360). Die Beweislast des Verkäufers reicht nur so weit, als seine Behauptungen zur Begründung seines Anspruchs erforderlich sind, d. h. er hat die essentialia des Kaufs, die Vereinbarung einer bestimmten Waare und eines bestimmten Preises zu beweisen. Beim Genuskauf insbesondere hat der Verkäufer das Genus mit derjenigen Bestimmtheit zu behaupten, die erforderlich ist, um eine Verurtheilung und Zwangsvollstreckung möglich zu machen, wenn es sich z. B. um Abnahme der Waare handelt. Wendet nun der Käufer ein, es sei ein anderes Genus bestellt, dann allerdings trifft den Verkäufer die Beweislast. Geht aber der Einwand des Käufers dahin, daß das bestellte und vom Verkäufer richtig dargelegte Genus einer bestimmten Probe habe entsprechen sollen, dann liegt darin die Behauptung, daß die bestellte Waare von besonderer Art und Beschaffenheit sein sollte. Die Verabredung einer besonderen Beschaffenheit innerhalb derselben Gattung aber ist ein accidentale und als solches vom Käufer zu beweisen (vergl. über diese Frage auch Anm. 106 zu § 377).

Anm. 8. Zu seinem abweichenden Ergebnisse gelangt das R.O.H. auf Grund von unrichtigen Argumentationen. Im R.O.H. 15 S. 53 hatte der Verkäufer behauptet, es sei Lieferung in mittlerer Art und Güte verabredet, Käufer dagegen hatte Kauf nach einer bestimmten Probe eingewendet. Das R.O.H. sagt nun, darin liege ein Bestreiten des Käufers, daß der Kaufvertrag so, wie Kläger es behauptet habe, abgeschlossen sei, seine Behauptung, er sei anders abgeschlossen, sei eine negative Litiskontestation. Mit dieser Argumentation aber kann dem klagenden Verkäufer alle und jede Beweislast aufgebürdet werden. Stets wenn der Beklagte einwendet, es sei beim Kauf irgendeine Modalität über Zahlung, Versendung, Verpackung, Lieferung, Gefahr u. s. w. vereinbart, welche der Verkäufer nicht oder anders behauptet hatte, könnte man sagen, der Käufer bestreite, daß der Kauf so abgeschlossen sei, wie der Verkäufer behauptet. Mit diesen allgemeinen, farblosen Redewendungen kommt man nicht weiter. Man muß vielmehr daran festhalten, daß der Verkäufer die essentialia zu beweisen hat. Wenn der Verkäufer in jenem Falle darüber hinaus noch behauptet hat, es sei Lieferung in mittlerer Art und Güte vereinbart, so nöthigt ihn dies nicht, dies zur Vermeidung der Sachfälligkeit zu beweisen. Denn wenn er es nicht beweist, so folgt das Gleiche aus der gesetzlichen Bestimmung des § 360. Vielmehr hat der Käufer zu beweisen, daß diese ergänzende Gesetzesvorschrift im konkreten Falle durch besondere Vereinbarung ausgeschlossen ist.

Anm. 9. b) **Daß die Waare der Probe entspricht, hat, wenn feststeht, nach welcher Probe gekauft ist, der Verkäufer zu beweisen** (Bolze 19 Nr. 536, 538; O.G. Wien vom 28. April 1891 bei Geller Anm. 4 c; ferner vom 5. Oktober 1892 bei Adler u. Clemens Nr. 1679;

R.O.H. 11 S. 367), auch dann, wenn es sich um Rückzahlung des im Voraus bezahlten Preises handelt (R.O.H. 2 S. 179; 6 S. 327; 11 S. 367; 12 S. 7; R.G. vom 23. November 1894 in J.W. 1895 S. 17), ja auch dann, wenn es sich um selbstständige Ansprüche aus der zurückgewiesenen Erfüllung handelt (R.O.H. 11 S. 21). Diese ständige Praxis ist durchaus zutreffend, da der Verkäufer zu beweisen hat, daß er den Vertrag gehörig erfüllt hat (vergl. auch O.L.G. Jena in G.Z. 38 S. 201). Nur wenn der Käufer die Waare angenommen hat und dann nicht als Erfüllung gelten lassen will, hat er die Probewidrigkeit zu beweisen (vergl. § 363 B.G.B.). Das wird z. B. bei nicht sofort erkennbarer Probewidrigkeit praktisch werden.

Besondere Betrachtung verdient der Fall, daß die Probe nicht mehr vorhanden ist. Anm. 10. Hier haben unsere obersten Gerichte folgende Grundsätze aufgestellt. Das R.O.H. (9 S. 27 u. 23 S. 308) sagt: Ein Kontrahent, welcher als Inhaber der Probe dieselbe vor Erledigung der Frage nach der Probegemäßheit absichtlich oder fahrlässiger Weise abhanden kommen oder unbrauchbar werden läßt, bürdet sich die Beweislast auf. Das R.G. (11 S. 36) wiederum begünstigt mehr die Lage des Käufers und sagt: Der Käufer, welcher die Probe verbraucht, bürde sich die Beweislast nur auf, wenn aus den Umständen des Falles eine Verpflichtung des Käufers zur Aufbewahrung der Probe hervorgehe, was anzunehmen sein werde, wenn die Probe erst bei oder nach Abschluß des Kaufs, nicht aber ohne weiteres, wenn sie schon während der Verhandlungen über den Kaufabschluß dem Käufer ausgehändigt worden oder wenn sie ihm zur Probe fest verkauft ist (so auch R.G. vom 1. Juni 1895 im Sächsischen Archiv Bd. 5 S. 462). Auch dann erachtet das R.G. den Verkäufer für beweisfällig, wenn derselbe mit Einverständniß des Käufers die Probe einem Dritten ausgehändigt hat, bei welchem sie verloren gegangen ist, weil nunmehr der Verkäufer die Probemäßigkeit nicht mehr beweisen konnte (Bolze 19 Nr. 536). Indessen scheint die Begünstigung des Käufers nicht der Sachlage entsprechend. Beide Theile, Käufer und Verkäufer, müssen sich vielmehr beim Kauf nach Probe dessen bewußt bleiben, daß ein Streit über die Probemäßigkeit nur beim Feststehen der Beschaffenheit des Musters geführt werden kann. Beide haben zu beweisen, der Käufer, nach welcher Probe gekauft ist (vergl. unten Anm. 11), der Verkäufer, daß die Waare mit der Probe übereinstimmt. Wer von beiden Theilen auch die Probe in seiner Gewahrsam behält, immer entspricht es Treu und Glauben im Handelsverkehr, daß man vor ausgemachter Sache nichts thut, weder absichtlich, noch aus Fahrlässigkeit, um dem Gegenkontrahenten den zu führenden Beweis unmöglich zu machen.[1]) Ist Niemand schuld, daß die Probe nicht mehr vorhanden ist, so trifft den der Nachtheil, der die Beweislast hat. Hiernach stellt sich die Sache wie folgt: Hat der Käufer die Probe erhalten und kann sie nicht vorlegen, so kann er nicht darlegen, nach welcher Probe gekauft ist, d. h. welche Beschaffenheit ihm der Verkäufer zugesagt hat, und da er dies zu beweisen hat (vergl. oben Anm. 7), so wird er beweisfällig. Umsomehr gilt dies, wenn der Käufer die Probe schuldhafter Weise nicht vorlegen kann. Hat aber der Verkäufer die Probe erhalten oder behalten, dann hat dieser sie vorzulegen, und kann er dies ohne seine Schuld nicht, so ist der Käufer beweisfällig in Bezug auf die Frage, nach welcher Probe gekauft ist. Kann Verkäufer schuldhafter Weise die Vorlegung nicht bewirken, so hat er sich die Beweislast aufgebürdet, nach welcher Probe bestellt ist, und wird beweisfällig, wenn er diesen Beweis nicht führen kann. Selbstverständlich kann bei Verlust der Probe der Beweis auf andere Weise geführt werden (R.G. 29 S. 88; O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 38 S. 201).

---

[1]) Aehnlich R.G. 20 S. 5: Derjenige, der seinem an sich beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhafter Weise unmöglich macht, darf sich nicht durch Berufung auf die den Gegner treffende Beweislast vertheidigen; vielmehr gilt ihm gegenüber die betreffende gegnerische Behauptung als wahr, falls ihm nicht der Beweis der Unrichtigkeit gelingt.

Anm. 11. c) **Der Beweis der Identität der vorgelegten Probe** wird von Judikatur und Wissenschaft (R.H.G. 6 S. 339; Bolze 10 Nr. 461; Dernburg Preußisches Privatrecht II § 153) dem Verkäufer auferlegt. Begründet wird dies damit, daß der Verkäufer die Probegemäßheit zu beweisen habe, und geschlossen wird hieraus, daß der Verkäufer die Identität der von ihm vorgelegten Probe und event. die Nichtidentität der vom Käufer vorgelegten Probe zu beweisen habe. Wir stehen prinzipiell auf anderem Standpunkte und gelangen daher zu anderen Schlüssen. Daß der Verkäufer die Probegemäßheit zu beweisen hat, ist allerdings richtig (vergl. oben Anm. 9). Indessen zunächst hat nach unserer Ansicht der Käufer zu beweisen, welche besondere Eigenschaft ihm zugesagt ist; dazu gehört der Beweis nicht bloß abstrakt, daß nach Probe gekauft ist, sondern nach welcher Probe gekauft ist (vergl. oben Anm. 7). Um diesen Beweis zu führen, muß er beweisen, daß die von ihm vorgelegte Probe identisch ist mit derjenigen, auf welche beim Vertragsschlusse Bezug genommen wurde.[1]) Und wenn der Verkäufer eine Probe vorlegt, so hat der Käufer die Beweispflicht, daß die Probe nicht identisch ist.

Anm. 12. **Zusatz. Ueber das rechtliche Schicksal der Probe,** ob dieselbe als Theil der Erfüllung anzusehen ist, ist nichts gesagt. Es ist anzunehmen, daß im Zweifel die Probe nicht als Theil der Erfüllung anzusehen ist. Die Probe hat ihre besonderen Zwecke. Die Probe wird nicht gekauft, sondern übergeben, um festzustellen, ob gekauft werden soll, und ob das Gelieferte mit dem Gekauften übereinstimmt. Insbesondere wird dies gelten müssen, wenn das Probiren durch Verbrauch erfolgt. Hiernach kann der Verkäufer nicht verlangen, daß der Käufer die Probe auf die Erfüllung sich anrechnen lasse oder besonders bezahle (Bolze 5 Nr. 474b: im überseeischen Verkehr brauchen die Proben nicht zurückgegeben zu werden).

II. Der Kauf auf Probe.

Anm. 13. A. **Die maßgebenden Gesetzesvorschriften** sind die §§ 495—496 B.G.B. Dieselben lauten:

§ 495 B.G.B. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 496 B.G.B. Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.

Anm. 14. B. **Die Begriffsbestimmung des Kaufs auf Probe.**

Es ist ein Kaufvertrag, welcher geschlossen ist unter der in dem Willen des Käufers liegenden Bedingung, daß der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde.

1. **Ein Kaufvertrag.** Es liegt also ein Vertragsverhältniß vor, nicht bloß eine Offerte (R.O.H. 7 S. 322). Zwar ist nur der eine Theil, der Verkäufer, gebunden, aber der Unterschied von der bindenden Offerte liegt darin, daß die einseitige Bindung auf einem Vertrage beruht, Inhalts dessen sich auch der andere Theil zu erklären verpflichtet zur Vermeidung bestimmter Rechtsfolgen. So hat denn auch der Käufer schon vor seiner Erklärung Vertragspflichten, insbesondere die der Erhaltung der Waare (vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht II § 153) und der Verkäufer ist nach der ausdrücklichen Vorschrift

---

[1]) Freilich ist das oft ein schwieriger Beweis. Aber über die Schwierigkeiten der Beweislast hilft die freie Ueberzeugungstheorie der C.P.O. oft hinweg. Legt der Käufer eine Probe vor und liegt kein Anlaß vor, seiner Versicherung zu mißtrauen, beschränkt sich auch der Verkäufer nur auf allgemeines Bestreiten der Identität, so kann nach Lage der Umstände dem Käufer ohne weiteres geglaubt oder auf einen richterlichen Eid über die Identität für ihn erkannt werden.

des § 495 Abs. 2 B.G.B. verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung der Waare zu gestatten.

2. **Die in dem Willen des Käufers stehende Bedingung der Prüfung und Genehmigung** ist Anm. 15. dasjenige Merkmal, welches diesem Kaufvertrage das unterscheidende Gepräge giebt. Dieses Kriterium ist dahin zu verstehen, daß es rein in der Willkür des Käufers liegt, ob er besichtigen, prüfen und genehmigen will. Kauf nach Belieben wäre die richtigere Bezeichnung. Wohl zu unterscheiden von diesem Kaufe ist derjenige, bei welchem sich der Käufer das Recht zu prüfen und eventuell zu genehmigen in dem Sinne vorbehält, daß er zu dieser Prüfung nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet ist und ferner verpflichtet ist, bei günstigem Ergebniß der Prüfung zu genehmigen. Einen Kauf letzterer Art hat das R.O.H. (14 S. 204) in der Abmachung erblickt, daß der Käufer die Waare zurückgeben dürfe, wenn sie seinen Kunden nicht zusagt, und hat angenommen, daß für eine solche Abrede der Käufer die Beweislast habe. Sehr häufig wird eine größere Quantität Waare bestellt mit der Bitte um eine Probesendung, von deren Ausfall es abhängt, ob das Uebrige nachgeliefert werden soll oder nicht. Hier liegt ebenfalls ein solcher Kauf vor, den das R.O.H. im Sinne hat, mit der unwesentlichen Veränderung, daß die Prüfung der Qualität an der Hand einer Sendung erfolgen muß zur Vermeidung von Transportkosten. Es kann darin aber auch eine Kombination von Kauf zur Probe, auf Probe und nach Probe liegen. Vergl. hierüber unten Anm. 28. Als eine Art des Kaufs auf Probe erscheint das buchhändlerische Konditions- oder Novitätengeschäft (Förtsch Anm. 3 zu Art. 338).

3. **Die Feststellung, ob Kauf auf Probe vorliegt,** erfolgt nach §§ 135 u. 157 B.G.B. Die Anm. 16. gebrauchten Worte entscheiden nicht absolut. Im Handelsverkehr wird oft das unpräcise Wort: „probeweise" oder „Probesendung" gebraucht, oder „Wir wollen es einmal mit 10 Dutzend probiren". Oft werden sogar die Ausdrücke „auf Probe" oder „zur Probe" verwechselt, weshalb die Wahl des Ausdrucks „auf Probe" nicht unbedingt für und die Ausdrucksweise „zur Probe" nicht unbedingt gegen das Vorliegen eines Kaufs auf Probe entscheidet (R.O.H. 2 S. 188). Auch andere Ausdrücke kommen vor, z. B. auf Kosten, auf Nachziehen, zur Ansicht. Wird dem Käufer freigestellt, nicht Konvenirendes zurückzugeben, so liegt Kauf auf Probe vor.[1]) (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 365.) Wird dem Käufer freigestellt, nicht Konvenirendes umzutauschen, so liegt ebenfalls Kauf auf Probe vor. Die Verabredung, Anderes dafür zu nehmen, hat keine bindende Kraft, weil es an einer Vereinbarung über die zu gebende Waare und deren Preis fehlt (Str. Arch. 77 S. 307; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 153 Anm. 2). Ein bloßer Kauf auf Umtausch hat aber nicht immer diese Bedeutung, sondern es ist meist ein Kaufvertrag, geschlossen unter der auflösenden Bedingung des künftigen Abschlusses eines andern Kaufs über Waaren des Verkäufers um mindestens denselben Preis (L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 7 S. 218). Die Beweislast regelt sich wie immer bei der Behauptung einer Bedingung; der Verkäufer hat nach der herrschenden Ansicht den unbedingten Kauf zu beweisen, das Einwenden eines Kaufs auf Probe ist negative Litiskontestation (R.O.H. 4 S. 127; 12 S. 202; anders unsere Auffassung, vergl. Allgemeine Einleitung Anm. 57, auch O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 316). Wegen der Beweislast bei dem Einwenden einer Resolutivbedingung vergl. unten Anm. 17.

C. **Die für den Kauf auf Probe geltenden Vorschriften.** Anm. 17.

1. **Die Bedingung der willkürlichen Prüfung und Genehmigung ist im Zweifel eine Suspensivbedingung** (§ 495 B.G.B.), also nur im „Zweifel", und es bleibt den Parteien unbenommen, das willkürliche Prüfungs- und Genehmigungsrecht auch als Resolutivbedingung zu ver-

---

[1]) Bei sog. Auswahlsendungen oder Auswahlbestellungen verpflichtet das Verstreichen der Besichtfrist den Empfänger nicht zum Behalten der ganzen Waare, es liegt nicht Kauf auf Probe vor (O.L.G. Karlsruhe in G.Z. 38 S. 138; Bolze 21 Nr. 469). Es fehlt hier an der Bestimmtheit der zu behaltenden, also bedingt gekauften Waare. Die ganze Waare sollte nicht gekauft werden, aber welcher Theil? Vergl. auch Foerster-Eccius II § 124 Anm. 109.

einbären. Doch muß, daß dies vereinbart ist, klar erhellen oder von dem, der es behauptet, bewiesen werden (R.O.H. 7 S. 38). Eine Resolutivbedingung wird z. B. anzunehmen sein, wenn dem Käufer der Gebrauch der Sache in größerem Umfange gestattet wird, als zur Prüfung erforderlich ist, oder wenn der Kaufpreis vor der verabredeten Probefrist zu zahlen ist. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung zu gestatten. Der Inhalt dieser Verpflichtung ist in jedem einzelnen Falle festzustellen. Ist zum Zwecke der Untersuchung die Vornahme einer Probe erforderlich, so ist diese zu gestatten, z. B. Probereiten eines Pferdes, Dreschprobe einer Dreschmaschine. Ist ein theilweiser Verbrauch erforderlich, so ist dieser zu gestatten. Kann die ordnungsmäßige Untersuchung nur in den Räumen des Käufers erfolgen, so hat der Verkäufer die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe zu übergeben. Die Erfüllung der Pflicht zur Gestattung der Untersuchung ist nach § 888 C.P.O. erzwingbar und die Nichterfüllung macht den Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen (Anm. 11 zu § 347) ersatzpflichtig (Planck Anm. 4 zu § 485 B.G.B.).

Anm. 18. 2. **Die Genehmigung ist die Bedingung der Gebundenheit des Käufers.** Damit diese Bedingung nicht ewig schwebt, giebt das Gesetz in den §§ 495 u. 496 B.G.B. Vorschriften über das Verhalten des Käufers und über die Rechtsfolgen dieses Verhaltens. Dabei gelten für zwei verschiedene Fälle zum Theil verschiedene Grundsätze: das sind die beiden Fälle der erfolgten Uebergabe der Waare und der nicht erfolgten Uebergabe. Das Gesetz behandelt zunächst den letzteren Fall und schließt hieran in § 496 Satz 2 das an, was für den ersteren Fall abweichend gilt. Indessen ist der Fall, daß die auf Probe gekaufte Waare zum Zwecke der Besichtigung und Prüfung übergeben wird, der häufigere und deshalb praktisch wichtigere, weshalb er von uns in erster Linie behandelt wird.

Anm. 19. a) **Die Waare ist zum Zwecke der Besichtigung oder Probe übergeben.**

α) Vorausgesetzt ist eine Uebergabe lediglich zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung. Der Fall liegt nicht vor, wenn die Waare zu anderen Zwecken oder auch zu anderen Zwecken, etwa zur Lagerung oder als Pfand übergeben ist. (O.L.G. Zweibrücken in G.Z. 38 S. 178.) Wenn in solchem Falle der Käufer nach Ablauf der Frist nicht erklärt, daß er die Waare nicht behalten will, so ist das kein sicheres Zeichen dafür, daß er sie kaufen wolle, da er sie aus anderen Rechtsgründen behalten darf. Wohl aber liegt der Fall vor, wenn der Käufer nach § 369 retiniren will, was an sich zulässig ist (Anm. 42 zu § 369). Denn auch in diesem Falle hat er die Pflicht der Benachrichtigung (§ 371). Daß die Waare, wenn überhaupt der Kauf auf Probe feststeht, zu anderem Zwecke als zum Zwecke der Prüfung übergeben wurde, wird nicht vermuthet, daher hat der Verkäufer in solchem Falle nicht zu beweisen, daß sie lediglich zum Zwecke der Prüfung übergeben wurde.

Anm. 20. *β*) Der hier maßgebende Rechtssatz ist: Aus dem bedingten Kaufvertrage wird ein unbedingter, wenn der Käufer bis nach Ablauf der Frist oder auf die fristmäßige Aufforderung des Verkäufers die Waare genehmigt. Die Frist ist in erster Linie eine verabredete (nicht gerade kalendermäßige, R.O.H. 25 S. 118). Das frühere H.G.B. hatte in Art. 339 neben die vereinbarte die ortsgebräuchliche Frist gesetzt. Besteht eine solche, so wird sie in der Regel als stillschweigend vereinbart anzusehen sein (§ 157 B.G.B.; Goldmann u. Lilienthal S. 49). Wenn keine Frist solcher Art vorliegt, ist der Verkäufer berechtigt, nach angemessener, d. h. zur Prüfung ausreichender Frist den Käufer zur Erklärung aufzufordern. Für diese Aufforderung giebt es eine solenne Form nicht. In der Aufforderung, die Waare zu bezahlen, kann die Aufforderung zur Erklärung, ob er die Waare behalten wolle, gefunden werden (Bolze 1 Nr. 1080). Die Aufforderung muß dem Käufer zukommen. Der Verkäufer trägt die Gefahr. Selbstverständlich hat er das Aufforderungsschreiben zu frankiren. Letzteres beruht auf einem allgemeinen Handelsgebrauch, wonach im Handelsverkehr franko gegen franko korrespondirt wird. Als Genehmigung gilt jedes Verhalten des Käufers,

aus welchem sich ergiebt, daß er sich definitiv entschlossen hat, die Waare zu behalten und als sein eigen zu betrachten: Disposition über dieselbe, insbesondere Verbrauch einer Quantität, die größer ist, als zur Prüfung erforderlich; Zahlung ohne Vorbehalt u. s. w. Als Genehmigung gilt aber bei dem hier vorliegenden Fall der Uebergabe auch schon das Stillschweigen. Es genügt nicht, daß die Erklärung bis zum Ablauf der Frist abgesandt wird. Sie muß vielmehr dem Verkäufer zukommen. Sonst gilt der Käufer als schweigend (vergl. Planck Anm. 3 zu § 496 B.G.B.). Daß die Vornahme einer eingehenden Prüfung ohne Verschulden des Käufers innerhalb der Frist unmöglich war, ist bei verabredeter Frist gleichgiltig; nur ein Verschulden des Verkäufers bewirkt Fristverlängerung (Hahn § 12 zu Art. 339). Des ferneren gilt als Genehmigung Stillschweigen auf die Aufforderung des Verkäufers. Die Aufforderung kann in jeder Form geschehen. Auch in der Klagezustellung kann sie liegen. Wenn sie durch einen Bevollmächtigten geschieht, so muß dieser die Vollmacht mit vorlegen, widrigenfalls die Aufforderung ihre Kraft verliert, wenn der Käufer sie unverzüglich zurückweist (§ 174 B.G.B.). Sie muß sofort geschehen, aber sie muß dem Käufer eine angemessene Zeit zur Prüfung lassen, d. h. die zur Prüfung ausreichende Zeit ist die Minimalfrist, über längere Frist kann der Käufer sich nicht beklagen. Wenn sie zu kurz ist, so muß er dies dem Verkäufer mittheilen; sonst gilt in der Regel die vom Verkäufer gestellte Frist, auch wenn sie zu kurz sein sollte (vergl. hierüber Näheres Anm. 79 im Exkurse zu § 374). Gründe für die Ablehnung braucht der Käufer nicht anzugeben; auch wenn er nicht geprüft hat, ist die Ablehnung giltig (R.O.H. 7 S. 322). Als Ablehnung mit der Offerte eines neuen Kaufs auf Probe ist es zu erachten, wenn der Käufer bedingt genehmigt oder um Fristverlängerung bittet (O.L.G. Braunschweig in G.Z. 38 S. 197). — Den Beweis für das genehmigende Verhalten hat der Verkäufer zu führen (O.L.G. Braunschweig in G.Z. 38 S. 198), doch nur wenn er den Kaufpreis einklagt; den Käufer trifft die Beweislast, wenn er den Kaufabschluß behauptet und daraus Rechte herleitet. Anders Thoel § 259 Nr. III, welcher nur bei Nichtübergabe der Waare, weil dort die rechtzeitige zustimmende Erklärung den Kauf perfekt mache, den Beweis der letzteren verlangt, während er bei Uebergabe der Waare, weil hier das Schweigen Zustimmung bedeute, nur den Gegenbeweis einer rechtzeitigen ablehnenden Erklärung fordert. Allein auch im letzteren Falle gehört es zum Klagegrunde, daß der Käufer bis zum Fristablauf geschwiegen habe. Warum sollte diese zum Klagegrunde gehörige Thatsache vom Beweise frei sein? Daß sie auf den Beweis einer Negative hinausläuft, ist der heutigen Jurisprudenz gleichgiltig (zust. Förtsch Anm. 7 zu Art. 339). — Die Benutzung der Waare nach erklärter Ablehnung macht nur schadensersatzpflichtig, ist nicht Rücknahme der ablehnenden Erklärung (O.L.G. Frankfurt in G.Z. 38 S. 199).

b) **Ist die Waare nicht übergeben** oder nicht lediglich zum Zwecke der Prüfung übergeben, Anm. 21.
dann wird der bedingte Kauf ein unbedingter, wenn der Käufer innerhalb der verabredeten oder ihm gesetzten angemessenen Frist genehmigt. Der Unterschied von dem Fall der Uebergabe ist der, daß das Stillschweigen hier Nichtgenehmigung, dort Genehmigung bedeutet. Im Uebrigen gilt für diesen Fall und für die hier vorkommenden Begriffe das Gleiche, wie oben Anm. 78 u. 79. Insbesondere genügt es auch hier nicht, daß die Billigungserklärung innerhalb der Frist oder auch so rechtzeitig abgesandt ist, daß sie bei ordnungsmäßiger Beförderung angekommen wäre, woran auch der Umstand nichts ändert, daß der Verkäufer die rechtzeitige Absendung erkennen konnte oder gar erkannt hat. Dagegen liegt in der verspäteten Billigungserklärung eine Offerte; § 150 B.G.B. findet also analoge Anwendung (Goldmann u. Lilienthal S. 49 Anm. 2).

Zusatz 1. Die Genehmigung hat auch zur Folge, daß die durch Probe erkennbar werdenden Mängel nicht mehr gerügt werden können. Anm. 22. Verborgene Mängel aber kann der Käufer rügen. Nur wird hier die Beweislast sich umkehren: in der Uebergabe zum Zwecke der Probe liegt

zugleich eine eventuelle Uebergabe zur Erfüllung, in der Billigung die Annahme als Erfüllung. In solchem Falle hat nach § 363 B.G.B. der Käufer die Beweislast, daß die Waare den behaupteten Mangel hat.

Anm. 23. **Zusatz 2.** Ob **Kosten,** die dem Käufer durch die Uebersendung und die Aufbewahrung der Probe (Fracht- und Lagerspesen) erwachsen sind, dem Verkäufer zur Last fallen, darüber entscheidet nach R.O.H. 24 S. 48 die Intention der Parteien im Einzelfall. Wenn die Intention der Parteien aber nicht klar ist, also im Zweifel, muß angenommen werden, daß die Kosten der Probe dem probirenden Käufer zur Last fallen. Es liegt gar kein Anlaß vor, weshalb man die Kosten derjenigen Probe, die der Käufer sich vertragsmäßig ausbedungen hat, um in seinem Interesse sich schlüssig zu machen, ob er die Waare behalten wolle, dem Verkäufer auferlegen sollte. Die Aeltesten der Kaufmannschaft in Berlin bezeugen einen Handelsgebrauch dahin, daß das Porto für die Rücksendung von Auswahlsendungen, welche auswärtige Kaufleute aus Berlin kommen lassen, von den ersteren zu tragen sind (Perl u. Wreschner 1894 S. 87). Aus § 495 Abs. 2 B.G.B. ergiebt sich nichts Gegentheiliges. Dieser Paragraph sagt nur, daß der Verkäufer dem Käufer die Untersuchung zu gestatten habe, also ein rein passives Verhalten ist ihm hier zur Pflicht gemacht. Andererseits braucht der Käufer auch für die Vortheile, die der Probegebrauch für ihn im Gefolge hat, dem Verkäufer keine Vergütung zu gewähren (Str. Arch. 86 S. 222; Förtsch Anm. 6 zu Art. 339).

Anm. 24. **Zusatz 3. Die Gefahr** geht im Regelfalle, also wenn der Kauf aufschiebend bedingt ist, erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Käufer über, bei der Resolutivbedingung mit der Uebergabe (Planck Anm. 2c zu § 446 B.G.B.).

III. Der Kauf zur Probe.

Anm. 25. 1. Der frühere Art. 341 bestimmte: Ein Kauf zur Probe ist ein unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes. Die Vorschrift ist weggefallen. Sie war ohne juristische Bedeutung.

Anm. 26. 2. Für die zu prästirende Qualität ist beim Kauf zur Probe § 360 maßgebend: es ist Waare mittlerer Art und Güte zu liefern, wenn nichts Anderes vereinbart wird (Bolze 9 Nr. 388).

Anm. 27. 3. Daß der Ausdruck „zur Probe" nicht absolut entscheidet für die Annahme eines Kaufs zur Probe, zumal gerade die Begriffe auf Probe und zur Probe im Verkehr nicht immer scharf auseinandergehalten werden, hebt das R.O.H. (2 S. 188) aus Anlaß eines praktischen Falles hervor.

Anm. 28. 4. Der Kauf zur Probe kann auch mit dem Kauf auf Probe und nach Probe kombinirt auftreten. Es kann eine größere Quantität derart bestellt werden, daß der erste Posten zur Probe, der Rest auf Probe bestellt ist und in Gemäßheit der ersten zur Probe gestellten Waare, also nach Probe geliefert werden muß, wenn der Rest seitens des Käufers genehmigt wird (vergl. R.G. 11 S. 39, auch oben Anm. 15). Diese Kombination ist aber nicht schon dann vorhanden, wenn der Käufer eine bestimmte Quantität zur Probe bestellt und dabei erklärt, wenn sie so ausfallen werde, daß er sie behalten könne, dann würde er weitere Bestellungen machen. Denn es fehlt dann hinsichtlich der weiteren Quantitäten an der Bestimmtheit.

IV. Die Uebersendung der Waare.

Anm. 29. 1. **Hat der Verkäufer von Gesetzes wegen eine Uebersendungspflicht?** Von Gesetzes wegen nicht. Insbesondere folgt eine solche Pflicht nicht aus § 447 B.G.B. (Bolze 19 Nr. 560; Denkschrift S. 229). Aber häufig beruht sie auf Handelsgebrauch, sowohl bei Platzgeschäften (vergl. Anm. 36 im Exkurse zu § 372), als auch bei Distanzgeschäften. Bei den letzteren insbesondere besteht ein von der Rechtsprechung seit Langem bezeugter Handelsgebrauch, daß der Verkäufer die Verpflichtung hat, die Waare dem Käufer an seinen Wohnsitz oder an seine gewerbliche Handelsniederlassung oder an den sonstigen von

diesem angegebenen Bestimmungsort zu übersenden und ihm dort Gelegenheit zu geben, die Waare zu prüfen und abzunehmen (vergl. über diesen Handelsgebrauch Anm. 35 im Exkurse zu § 372; ferner R.O.H. 18 S. 321; R.G. 34 S. 66). Diese Uebersendungspflicht besteht bei allen Waaren, auch bei solchen, deren Versendung Mühe und Schwierigkeiten verursacht (Glaswaaren, Maschinen). Wo die Uebersendungspflicht nicht stattfinden soll, da müßte ein besonderer Handelsgebrauch nach dieser einschränkenden Richtung konstatirt oder die Abweichung vereinbart werden. Die Uebersendungspflicht besteht aber nicht darin, daß der Verkäufer die Waare dem Käufer ins Haus, in die Fabrik, in die Handelsniederlassung zu senden hat. Vielmehr genügt es, wenn der Verkäufer die Waare an diesen Ort sendet und ihm dort (auf der Bahn oder bei einem Spediteur oder bei einem Geschäftsfreunde) ohne weitere Schwierigkeiten Gelegenheit giebt, die Waare zu prüfen und nach erfolgter Prüfung abzunehmen. Auch braucht der Verkäufer keine außergewöhnlichen Anstrengungen zu machen, um Transportmittel zu besorgen, z. B. bei ungewöhnlichem Wagenmangel muß der Käufer die Wagen besorgen (R.O.H. 10 S. 293).

Daß sich durch diese Uebersendungspflicht der Erfüllungsort für den Verkäufer nicht ändert, wohl aber nach gewisser Hinsicht der Erfüllungsort für den Käufer, siehe Anm. 31 im Exkurse zu § 372; an dieser Stelle braucht dies nicht erörtert zu werden. Anm. 30.

2. **Ueber die Art, wie der Verkäufer die ihm durch Vertrag oder Handelsgebrauch obliegende Uebersendungspflicht zu erfüllen hat, fehlt ebenfalls eine Bestimmung.**[1]) Anm. 31. Der Art. 344 des alten H.G.B. bestimmte, daß, wenn der Käufer über die Art der Uebersendung nichts bestimmt hatte, der Verkäufer für beauftragt galt, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, insbesondere auch die Person zu bestimmen, durch welche der Transport der Waare besorgt oder ausgeführt werden soll. Diese Vorschrift ist weggelassen worden, aber nur, weil sie selbstverständlich ist (Denkschrift S. 229).

Das Gleiche ist also auch jetzt Rechtens, nur daß der Verkäufer, wenn er nicht Kaufmann ist, nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten hat, sondern die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§§ 347 H.G.B., 276 B.G.B.).

Doch gilt das nur in dem Falle, wo der Verkäufer an seinem Wohnsitze erfüllt und die Uebersendung ihm als Nebenverpflichtung obliegt. Erfüllt der Verkäufer erst am Bestimmungsorte der Waare, so ist die Uebersendung eine Sache, die den Verkäufer allein angeht (vergl. unten Anm. 46).

Welches sind hiernach die Verpflichtungen des Verkäufers hinsichtlich der Art der Uebersendung? Anm. 32.

a) Zunächst entscheidet hierüber die Bestimmung des Käufers. Den Anweisungen des Käufers, auch nachträglichen, hat der Verkäufer Folge zu leisten (vergl. auch § 447 Abs. 2 B.G.B.). Nur außerordentliche Belästigungen sind dem Verkäufer nicht zuzumuthen. Dieselben können z. B. verbunden sein mit der Anweisung, die Waare an verschiedene Kunden zu senden (R.O.H. 18 S. 326; vergl. auch R.G. 26 S. 107).

b) **In Ermangelung einer Bestimmung des Käufers gilt der Verkäufer als beauftragt, statt seiner Bestimmung zu treffen.** Anm. 33.

α) Damit ist kein Auftrag im Sinne eines juristischen Mandats gemeint. Vielmehr soll damit nur gesagt sein, daß der Kaufvertrag die stillschweigende Vereinbarung involvirt, daß der Verkäufer die Bestimmung über die Versendungsart zu treffen hat. Er ist also nicht als Mandatar, der seinen Auftrag auch niederlegen könnte, auch nicht als Spediteur anzusehen, mit der Vergünstigung

---

[1]) Die nachfolgende Erörterung gilt für alle Geschäfte, Inhalts deren die Waare zu übersenden ist. Auch wo bei Platzgeschäften die Uebersendung als Nebenverpflichtung erfolgen soll, z. B. durch die Post, durch eine Privatbeförderungsgesellschaft, durch Boten, gelten diese Grundsätze.

der kurzen Verjährung, sondern er fungirt dabei als Verkäufer und erfüllt seine Vertragspflichten (R.O.H. 13 S. 148; 19 S. 245).

Anm. 33a. β) Statt des Käufers hat er die Bestimmung zu treffen, d. h. möglichst in seinem Sinne und in seinem Interesse. Aber nicht etwa im Namen des Käufers. Das R.G. (26 S. 106) erachtet den Verkäufer nicht für berechtigt, die erforderlichen Speditions- und Frachtverträge im Namen des Käufers abzuschließen, weil es allgemein üblich sei, daß der Lieferant in eigenem Namen sendet; doch könne nach dem erkennbaren Parteiwillen im Einzelfalle das Recht, im Namen des Käufers zu senden, angenommen werden. Anderer Meinung ist Hahn § 3 zu Art. 344, der dem Verkäufer das Recht giebt, nach seinem Ermessen im Namen des Käufers oder im eigenen Namen zu handeln. Jedenfalls ist er nicht verpflichtet, im Namen des Käufers den Frachtvertrag zu schließen und sich dadurch des Verfügungsrechts über die Waare bis zum beendigten Transport zu begeben (R.O.H. 13 S. 326). Im Einverständniß mit dem Käufer darf er selbstverständlich in dessen Namen abschließen (R.G. 26 S. 106). Schließt er aber auch im eigenen Namen ab, so hat ihm doch der Käufer die Kosten zu ersetzen; denn immer schließt er für Rechnung des Käufers ab; er erfüllt an seinem Wohnsitze (§ 269 B.G.B.). Hat er mit dem Spediteur oder Frachtführer ausdrücklich „für Rechnung des Käufers" abgeschlossen, so gilt dies als Abschluß im Namen des Käufers (vergl. Anm. 4 im Exkurse zu § 58).

Anm. 34. γ) Der Inhalt der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung ist die Versendungsart, insbesondere die Verpackung und die Wahl des Spediteurs oder Frachtführers. Zur Versendungsart ist zu rechnen die Bestimmung darüber: ob die Waare als Poststück, als Frachtgut, als Eilgut, in bedecktem oder unbedecktem Wagen,[1]) ob durch Boten, per Schiff, per Achse, ob auf dieser oder jener Route,[2]) ob bei nassem oder trockenem Wetter, bei hoher oder niedriger Temperatur (Hahn § 1 zu Art. 344), ob in Leinwand oder Kisten gepackt, mit oder ohne Schloß u. s. w., zu versenden ist. Insbesondere aber hat der Verkäufer die Person, welche den Transport besorgt, d. h. den Spediteur, oder die Person, welche ihn ausführt, d. h. den Frachtführer, sorgfältig zu wählen.

Anm. 35. Mehr als die gehörige Versendung liegt ihm aber nicht ob: d. h. er hat die Waare nur in gehöriger Verpackung dem Spediteur oder Frachtführer zu überliefern; es trifft ihn keine Sorge für gehörige oder schützende Ladung durch den Frachtführer (R.O.H. 3 S. 106; 13 S. 152).

Anm. 36. Die Verpflichtung, die Waare zu versichern, hat er, soweit sie üblich ist. Keinesfalls braucht er ohne besondere Anweisung einen imaginären Gewinn zu versichern, sondern nur den assekuranzrechtlichen Werth (R.O.H. 21 S. 171).

Anm. 37. δ) Von wo aus und wohin hat er die Versendung zu besorgen? Ueber beides ist hier nichts gesagt. Von wo aus? Im Zweifel vom Erfüllungsort; fehlt er hiergegen und leidet die Waare Schaden oder geht sie verloren, so hat der Verkäufer den Exkulpationsbeweis, daß der Schade die Waare auch sonst getroffen hätte (R.O.H. 16 S. 49). Wohin? Nicht immer an den Ort der Handelsniederlassung des Käufers, im Zweifel allerdings. Aber aus den Umständen kann das Gegentheil hervorgehen, kann mindestens soviel hervorgehen, daß der Verkäufer die Anweisung des Käufers abzuwarten und bezw. einzuholen hat, z. B. wenn die Waare vom Großhändler zur Weiterveräußerung gekauft ist (R.O.H. 18 S. 161).

---

[1]) Ausnahmsweise wurde der Verkäufer wegen der lokalen Transportverhältnisse für exkulpirt erachtet, als er in unbedecktem statt in bedecktem Wagen, wie es für den Käufer vortheilhafter gewesen wäre, hatte transportiren lassen (R.O.H. 3 S. 102).

[2]) Bei Waaren, die dem Verderben ausgesetzt sind (z. B. lebenden Fischen) ist zwischen mehreren möglichen Touren die kürzeste zu wählen, bloße Unkenntniß der verschiedenen Touren exkulpirt hier nicht (R.O.H. 19 S. 245).

ε) Ueberall hat der Verkäufer sorgfältig zu verfahren, und zwar, wenn Anm. 38.
er Kaufmann ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347), sonst mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 B.G.B.). Daß er diese Sorgfalt angewendet habe, hat er zu beweisen (R.O.H. 15 S. 177; 16 S. 50). Bei Beurtheilung derselben müssen auch die lokalen Verhältnisse am Ort und zur Zeit der Versendung berücksichtigt werden. Die in § 183 I 11 A.L.R. statuirte stillschweigende Genehmigung der Uebersendungsart, falls der Käufer auf die erste davon erhaltene Nachricht nicht mit der ersten abgehenden Post seine Mißbilligung erklärt, ist in die neuen Gesetzbücher nicht übernommen worden. Aber die Umstände werden hier oft ein Gleiches ergeben.

c) Verletzt der Verkäufer die ihm obliegenden Uebersendungsverpflich- Anm. 39.
tungen, so hat er jedenfalls dem Käufer den ihn hierdurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Das folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß, wer die von ihm übernommenen Rechtspflichten schuldhaft verletzt, dem Berechtigten auf Schadensersatz haftet (vergl. Anm. 11 zu § 347). Für den Fall, daß der Verkäufer einer von dem Käufer ertheilten Anweisung ohne dringenden Grund zuwieder gehandelt hat, ist dies besonders gesagt (§ 447 Abs. 2 B.G.B.).

Ueber diese letztere Vorschrift ist noch Folgendes besonders zu bemerken.

Die Vorschrift schließt sich eng an die Bestimmung, wann im Falle der Ueber- Anm. 40.
sendung der Waare die Gefahr auf den Käufer übergeht. Aber sie gehört in diesen Zusammenhang eigentlich nicht. Denn keineswegs sollte mit dieser Vorschrift gesagt sein, daß der Verkäufer in diesem Falle, wenn er gegen eine Uebersendungsanweisung des Käufers verstößt, die Gefahr trägt. Er hat vielmehr nur den durch seine schuldhafte Zuwiderhandlung dem Käufer erwachsenen Schaden zu tragen. Im Uebrigen hat der Käufer die Gefahr auch in diesem Falle zu tragen. Einstehen für Verschulden und Tragen der Gefahr sind heterogene Begriffe. Letzteres ist Einstehen für nicht verschuldetes Unglück. Beispiele: Der Verkäufer sendet die Waare anstatt mit dem ihm angewiesenen Schiffe A mit dem Schiffe B, es gehen aber beide unter: der Schaden trifft den Käufer. Oder es wird die in einem späteren, als dem vom Käufer angeordneten Zeitpunkte abgesandte Waare konfiszirt, der Verkäufer weist aber nach, daß dieser Schaden auch bei Befolgung der Vorschrift des Käufers eingetreten wäre.

Ein dringender Grund, von der Vorschrift des Käufers abzuweichen, liegt Anm. 41.
vor, wenn der Käufer sich offenbar irrt über die Fahrgelegenheit oder über die Größe der Gefahr, oder wenn die Umstände sich geändert haben. Erscheint es thunlich, so muß der Verkäufer sich vor der Absendung mit dem Käufer verständigen. Unterläßt er es, obwohl es thunlich, so liegt keine dringende Veranlassung vor, von der Vorschrift abzuweichen (Hahn § 8 zu Art. 345).

Selbstverständlich hat der die Anordnung verletzende Verkäufer Anm. 42.
die Beweislast, sowohl daß ein dringender Grund vorlag, als auch daß der Schaden auch sonst eingetreten wäre.

Die Verpflichtung zum Schadensersatze besteht insbesondere in der Haftung für Anm. 43.
Verschlechterung und Untergang, insbesondere auch dann, wenn Verschlechterung und Untergang nach der Ankunft eintreten, wenn sie nur auf die Pflichtverletzung des Verkäufers bei der Uebersendungsart zurückzuführen sind (R.O.H. 23 S. 147).

3. **Die Kosten der Versendung** hat der Käufer zu tragen (§ 448 Abs. 1 B.G.B.). Näheres Anm. 44.
unten Anm. 101.

4. **Wann geht im Falle der Uebersendung der Waare die Gefahr auf den Käufer über?** In Anm. 45.
dem Augenblicke, wo der Verkäufer die gekaufte Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder sonst der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat (§ 447 Abs. 1 B.G.B.).

a) Vorausgesetzt ist, daß der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die gekaufte Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte versendet.

a) Eine Versendung muß erfolgen, und zwar an einen anderen Ort als den Erfüllungsort.

aa) Erfolgt keine Versendung, liegt ein Platzgeschäft vor, so geht die Gefahr nach § 446 B.G.B. mit der Uebergabe auf den Käufer über d. h. mit der körperlichen Uebergabe oder mit derjenigen Ersatzübergabe, über welche die Parteien im gegebenen Falle sich einigen (vergl. Anm. 34 im Exkurse vor § 373). Aber auch beim Platzgeschäft greift der § 447 Abs. 1 B.G.B., also der Uebergang der Gefahr im Augenblicke der Absendung, Platz, wenn auf Verlangen des Käufers oder nach Handelssitte die Versendung erfolgt, die Uebergabe also auf diesem Wege bewirkt wird.

Im Falle des Verzuges in der Annahme geht die Gefahr mit dem Eintritte des Annahmeverzuges auf den Käufer über (§§ 324 Abs. 2, 300 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 46. ββ) Das Gleiche gilt, wenn zwar eine Absendung erfolgt, aber an denjenigen Ort, der der Erfüllungsort des Verkäufers ist. Das ergiebt der § 447 Abs. 1 B.G.B. In diesem Falle ist die Versendung eine Sache, die den Käufer nichts angeht. Der Verkäufer hat in diesem Falle am Wohnsitze des Käufers oder an dem sonstigen Bestimmungsorte zu erfüllen. Die Versendung ist nicht als Nebenverpflichtung übernommen, sondern ist ein Theil der Hauptverpflichtung. Die Gefahr geht also in solchem Falle erst mit der Uebergabe bezw. dem nach dem Willen der Parteien entsprechenden Uebergabeersatz auf den Käufer über.

Im Falle des Verzuges des Käufers in der Annahme der Waare geht die Gefahr mit dem Eintritte des Verzuges auf den Käufer über (§§ 324 Abs. 2, 300 Abs. 2 B.G.B.).

Anm. 47. γγ) Erfolgt die Versendung an einen anderen Ort, als den Erfüllungsort, so ist es für den Uebergang der Gefahr gleichgiltig, ob die Versendung an den Käufer oder an eine andere Person auf seine Anweisung erfolgt. Die Firma J. Meyer zu Berlin kauft z. B. Waaren von der Firma Alexander Schulze in Breslau und weist diese an, die gekaufte Waare an ihren Kunden in Memel zu schicken. Hier liegt der Fall des § 447 Abs. 1 B.G.B. vor: die Gefahr geht auf Meyer über in dem Augenblicke, wo Alexander Schulze dem Breslauer Spediteur die Waare zur Absendung an Meyer's Kunden nach Memel ausliefert. Erfüllungsort ist Breslau.

Anm. 48. β) Auf Verlangen des Käufers muß die Waare nach einem andern, als dem Erfüllungsort des Verkäufers von diesem versendet werden. Damit ist aber keineswegs ein ausdrückliches Verlangen gemeint, sondern ein den Intentionen des Käufers entsprechendes Versenden. Ein solches ist aber bei Uebersendungskäufen solange anzunehmen, als der Käufer nicht gegentheilige Anweisungen dem Verkäufer giebt. Denn bei Uebersendungskäufen ist nach Handelsgebrauch der Verkäufer verpflichtet, die Waare zu übersenden (vergl. oben Anm. 29).

Anm. 49. b) Die Rechtsfolge ist, daß die Gefahr auf den Käufer übergeht im Augenblicke der Auslieferung der Waare an die zur Ausführung der Versendung bestimmte Person.

a) Die Gefahr des Transports trägt also der Käufer. Geht die Waare unterwegs unter oder verschlechtert sie sich unterwegs, so trägt der Käufer den Schaden.

Allein es handelt sich dabei nur um solchen Schaden, welchen der Verkäufer nicht verschuldet hat. Hatte der Verkäufer seiner Uebersendungspflicht nicht gehörig genügt, so trägt er die hierdurch erwachsenden Schäden, also wenn er nicht genügend verpackt oder einen ungeeigneten Spediteur ausgewählt oder ohne dringenden Grund

einer Anweisung des Käufers hinsichtlich der Versendungsart zuwidergehandelt hat (vergl. hierüber oben Anm. 40 ffg.).

β) Im Augenblicke der Auslieferung an die Versendungsperson geht die Gefahr auf den Käufer über. Geräth der Verkäufer mit der Versendung in Verzug, so hat er während des Verzuges jede Fahrlässigkeit zu vertreten und wird auch für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde (§ 287 B.G.B.). Bei Gattungsschulden liegt übrigens entschuldbare Unmöglichkeit der Leistung solange nicht vor, als die Leistung aus der Gattung möglich ist (§ 479 B.G.B.). Anm. 50.

Die Uebergabe an die Transportperson setzt voraus, daß der Verkäufer Alles gethan hat, was erforderlich ist, damit der Transport an den Käufer erfolgen kann. Sie setzt nicht voraus, daß der Verkäufer im eigenen Namen den Frachtführer beauftragt hat (vergl. oben Anm. 33 a). Bei Eisenbahntransporten war früher reglementsmäßig (§ 69 des Eisenbahnbetriebsreglements vom 11. Mai 1874) noch die Aufdrückung des Expeditionsstempels auf den Frachtbrief erforderlich; dieser Moment entschied auch über den Uebergang der Gefahr (R.O.H. 13 S. 152). Nach § 54 der Verkehrsordnung vom 15. November 1892 und der neuen Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 ist der Frachtvertrag abgeschlossen durch die Annahme des Gutes mit dem Frachtbriefe durch die Versandstation. Ferner setzt die Uebergabe an die Transportperson voraus, daß bei Gattungssachen die Ausscheidung erfolgt ist (R.O.H. 22 S. 285; 23 S. 145). Bei Sendungen über das bestellte Quantum hinaus ist hiernach zu unterscheiden: ob mehr von der bestellten Sorte gesandt oder ob Stücke anderer Sorte mitgesandt sind. Im letzteren Falle liegt mangelnde Ausscheidung vor, die Gefahr trifft daher den Verkäufer, im ersteren Falle trifft den Verkäufer die Gefahr wegen der nichtbestellten Stücke, im Uebrigen wegen der bestellten Stücke den Käufer (R.O.H. 23 S. 145). Erforderlich ist nach dem Vorangegangenen, daß alle Transportbedingungen in der Art verabredet sind, daß es keiner weiteren Thätigkeit bedarf, damit der Transport ausgeführt werde. Uebergiebt z. B. der Verkäufer dem Spediteur die Waare mit dem Vorbehalt, ihm später dem Namen des Destinatärs zu benennen oder ihm die Zeit des Transports zu bestimmen, so geht die Gefahr erst von dieser Erklärung ab auf den Käufer über (R.O.H. 21 S. 355). Anders, wenn die Waare dem Spediteur übergeben wird, damit dieser sie zur Verfügung des Käufers halte (R.O.H. ebenda). Anm. 51.

γ) Die Gefahr geht mit diesem Zeitpunkte über, nicht auch das Eigenthum. Ueber den Uebergang des Eigenthums siehe unten Anm. 55 ffg. Anm. 52.

c) Hinzuzufügen ist, daß im Falle eines bedingten Kaufvertrages zu unterscheiden ist, ob die Bedingung aufschiebend oder auflösend ist. In ersterem Falle geht die Gefahr trotz der Uebergabe erst mit dem Eintritte der Bedingung auf den Käufer über, weil die Wirkungen des Vertrages vorher nicht eintreten (§§ 158, 159 B.G.B.). Wird bei einem auflösend bedingten Kaufe die Sache übergeben oder versendet, so geht die Gefahr sofort über. (Vergl. unten Anm. 55 ffg.). Anm. 53.

5. **Ueber das Verhältniß des Käufers und des Verkäufers zum Spediteur und Frachtführer.** Anm. 54.
In den zahlreichen Fällen, wo unterwegs eine Sache untergeht oder sich verschlechtert, und der Verkäufer dafür nicht haftet, entsteht die Frage: wie gelangt der Käufer zu seinem Rechte? Kann er sich wenigstens an den Spediteur halten, wenn dieser den Untergang oder die Verschlechterung verschuldet hat? Hierauf ist zu antworten:

Schließt der Verkäufer in eigenem Namen mit der Transportperson ab — und das ist meistens der Fall, einen Abschluß im Namen des ihm fernstehenden Käufers wird der Spediteur sich gar nicht gefallen lassen —, so hat er, der Verkäufer, gegen den Spediteur oder Frachtführer die Rechte aus dem mit ihnen geschlossenen Vertrage. Auch wenn es sich um Beschädigungen des Gutes handelt, also um Nachtheile, die dem Käufer

erwachsen sind, kann doch der Verkäufer dieses Interesse als sein Erfüllungsinteresse geltend machen (R.O.H. 17 S. 78). Der Käufer hat in diesem Falle kein direktes Klagerecht gegen den Spediteur oder Frachtführer (vergl. R.G. 43 S. 172) und auch dadurch erlangt der Käufer ein solches Recht nicht, daß der Verkäufer den Spediteur anweist, die Waare nach ihrer Ankunft dem Käufer auszuliefern, und dieser dem Käufer hiervon Anzeige macht, denn das ist keine Anweisung und keine Annahme einer Anweisung im Sinne des Gesetzes (R.G. 43 S. 171). Gegen den Frachtführer aber giebt dem Käufer ein solches Recht § 435 H.G.B., jedoch nur unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen, d. h. es muß der Eintritt in den Frachtvertrag als Empfänger vorliegen (R.G. 1 S. 1). War die Waare also z. B. nicht an den Käufer adressirt, sondern an die Berliner Packetfahrt-Aktiengesellschaft (mit welcher der Käufer vereinbart hat, daß sie ihm alle für ihn ankommenden Güter ausliefern solle), so ist die Berliner Packetfahrtgesellschaft nach § 435 H.G.B. die Empfängerin und nur sie hat die Rechte aus § 435.

Gegen den Spediteur hat der Käufer, auch wenn er Empfänger ist, Rechte, die den Rechten des § 435 analog sind, überhaupt nicht.

Indessen hat der Käufer gegen den Verkäufer ein Recht auf Cession seiner Rechte (R.O.H. 16 S. 53), desgleichen gegen diejenige Person, welche für seine Rechnung die Waare auf Grund des Frachtbriefes empfängt und demgemäß die Rechte aus § 435 H.G.B. geltend zu machen in der Lage ist.

Hat der Verkäufer den Transportvertrag im Namen des Käufers abgeschlossen, so hat der Käufer, und nur dieser, ein Regreßrecht gegen den Spediteur oder Frachtführer.

V. Der Eigenthumsübergang beim Kauf.

Anm. 55. 1. Aus anderweit entwickelten Grundsätzen (Anm. 5 flg. zu § 366) ergiebt sich, daß der Käufer das Eigenthum der gekauften Waare erwirbt durch Uebergabe oder Uebergabeersatz und Eigenthumsübertragungseinigung. Wann diese Erfordernisse erfüllt sind, ist beim Platzgeschäft nicht zweifelhaft.

Aber wenn die Waare übersandt wird, wird es zweifelhaft, wann der Käufer hiernach Eigenthümer wird. Nach § 128 I, 11 A.L.R. wurde der Käufer Eigenthümer durch Auslieferung der Waare an den Spediteur oder Frachtführer. Nach gemeinem und französischem Recht wurde das nicht angenommen; vielmehr wurde hier angenommen, daß beim Speciskauf der Käufer Eigenthümer wird in dem Augenblicke, wo er die Waare annimmt, und beim Gattungskauf in dem Augenblicke, wo er nach Annahme der Waare zu erkennen giebt, daß er die Waare behalten will (R.G. 1 S. 416; 12 S. 81; 18 S. 162; 34 S. 66; Bolze 16 Nr. 39 und 38).

Anm. 56. Nach dem Rechte des B.G.B. ist beim Gattungskauf jedenfalls der letzterwähnte Standpunkt zutreffend. Wir haben ihn bereits in Anm. 6 zu § 366 entwickelt (so auch Dernburg III § 99). Danach wird der Käufer also Eigenthümer der ihm übersandten Waare in dem Augenblicke, wo er sie annimmt und zu erkennen giebt, daß er die Waare als sein Eigenthum behalten will. Letzterer Umstand liegt natürlich auch dann vor, wenn der Käufer durch Unterlassung der sofortigen Mängelrüge nach § 377 als genehmigend betrachtet wird; ferner auch dann, wenn nicht der Käufer selbst, sondern ein Vertreter für ihn, z. B. der am Bestimmungsorte von ihm mit der Empfangnahme betraute Spediteur die rechtzeitige Mängelrüge unterläßt oder ein anderes, als Genehmigung auszulegendes Verhalten an den Tag legt, z. B. wenn er über die Waare wie ein Eigenthümer verfügt. Dabei ist aber nicht nothwendig ein solches Verhalten gemeint, durch welches auch die Möglichkeit der Wandlung ausgeschlossen wird. Es genügt also z. B. eine Veräußerung der empfangenen Waare ohne Kenntniß der Mängel. Denn dadurch giebt man zu erkennen, daß man zunächst Eigenthümer der Waare werden will, höchstens will man sie zurückgeben und das Eigenthum zurückübertragen, wenn die Waare später entdeckte Mängel zeigt. Selbstverständlich gilt dies um so mehr, wenn der Käufer ein Verhalten an den Tag

legt, durch welches er sogar das Recht auf Wandlung einbüßt, z. B. wenn er die Waare veräußert trotz Kenntniß der Mängel.

Aber auch beim Specieskauf können wir etwas anderes nicht annehmen. Mit Dernburg III § 99 Anm. 11 und gegen R.G. 12 S. 81 (letzteres für das ältere Recht) müssen wir annehmen, daß das soeben für den Gattungskauf, Entwickelte auch hier gelten muß. Auch hier liegt ebenso wenig, wie beim Gattungskauf eine Veranlassung vor, in der Abnahme der Waare von der Transportperson stets und unter allen Umständen den Eigenthumserwerbswillen zu erblicken. Da der Käufer auch hier, genau so, wie beim Gattungskauf, das Recht hat, die Waare auf ihre Beschaffenheit zu prüfen, und wenn sie Mängel hat, zurückzuweisen, so ist nicht ersichtlich, warum man hier, anders als beim Gattungskauf, genöthigt sein soll anzunehmen, daß die Abnahme von der Transportperson hier eine weitergehende, intensivere Bedeutung haben soll. Anm. 57.

2. Stellt daher der Käufer die übersandte Waare rechtzeitig zur Disposition, so geht das Eigenthum auf den Käufer nicht über. Wenn der Verkäufer in Konkurs geräth nach erfolgter rechtzeitiger Zurdispositionsstellung, so kann der Konkursverwalter die Waare als Eigenthum der Konkursmasse in Anspruch nehmen. Anm. 58.

3. Stellt der Käufer die Waare nicht rechtzeitig zur Disposition, so ist der Käufer Eigenthümer geworden, aber nicht dann, wenn der Verkäufer während des Transports in Konkurs geräth (§ 15 K.O., hierüber siehe unten Anm. 75). Anm. 59.

Nimmt der Verkäufer die Zurdispositionsstellung an, so geht dadurch, auch wenn die Zurückweisung der Waare mit Unrecht erfolgt ist, das Eigenthum auf den Verkäufer über. Es liegt darin ein constitutum possessorium, eine Ersatzübergabe nach § 930 B.G.B. Insbesondere liegt darin auch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber mittelbaren Besitz erlangt. Denn wenn der Käufer Eigenthümer der Waare geworden war, so giebt er durch die Zurdispositionsstellung die Erklärung ab, daß er nunmehr nur noch als Verwahrer für den Verkäufer die Waare behalten wolle, und diese Erklärung gilt mit der Annahme der Zurdispositionsstellung als angenommen. Die Annahme der Zurdispositionsstellung hat diese Wirkung auch dann, wenn diese Annahme nicht sofort erfolgt. Die Zurdispositionsstellung ist keineswegs eine Vertragsofferte, die sofort angenommen werden müßte, widrigenfalls sie ihre Kraft verliert, sondern sie ist die Geltendmachung eines Rechts, und diese Erklärung wirkt solange, als sie nicht widerrufen wird. Sie kann widerrufen werden, bis sie vom Verkäufer angenommen wird.

4. Eine besondere Betrachtung ist auch hier der Uebergabe von Waaren, die sich auf dem Transport befinden, durch Uebertragung von Dispositionspapieren (Konnossement 2c.) zu widmen. Hier will der Käufer durch den Erwerb des Papiers das Eigenthum der Waare erwerben, auch während sie schwimmt. Er will sie allerdings nach ihrer Ankunft prüfen und eventl. zurückweisen, aber inzwischen hat er sie zu Eigenthum erworben und die Zurdispositionsstellung der Waare ist in diesem Falle der Versuch der Rückübertragung (vergl. das Nähere zu 3). Anm. 60.

VI. Der Einfluß des Konkurses auf den schwebenden Kaufvertrag.

1. Hatte der Verkäufer bereits seiner Verpflichtung zur Uebergabe und Beschaffung des Eigenthums genügt, der Käufer aber den Kaufpreis noch nicht bezahlt oder noch nicht vollständig bezahlt, und ist der Käufer dann in Konkurs gerathen, so hat der Verkäufer lediglich eine Konkursforderung in Höhe des rückständigen Kaufpreises, § 17 K.O. findet keine Anwendung. Geräth in diesem Stadium der Verkäufer in Konkurs, so hat der Verwalter einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Anm. 61.

2. Hatte der Käufer seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises bereits vollständig genügt, der Verkäufer aber noch nicht, oder noch nicht Anm. 62.

vollständig geliefert, so hat, wenn der Verkäufer in Konkurs geräth, der Käufer einen Anspruch auf den Schätzungswerth der ausgebliebenen Lieferung (§§ 69, 26 K.O.); wenn der Käufer in Konkurs geräth, so hat sein Verwalter das Recht auf Lieferung und alle Rechte aus den Folgen des Verzuges.

Anm. 63. 3. Hat der Verkäufer nicht oder nicht vollständig geliefert und der Käufer auch seinerseits nicht oder nicht vollständig gezahlt, und geräth in diesem Stadium der Verkäufer oder der Käufer in Konkurs, so kommt es darauf an, ob ein Theil schon vor der Konkurseröffnung in Verzug gerathen ist oder nicht. Im ersteren Falle kann der nichtsäumige Theil die Rechte aus dem Verzuge auch gegenüber dem Konkursverwalter geltend machen, selbstverständlich unter Berücksichtigung der durch den Konkurs eingetretenen Veränderungen. Hatte z. B. der Verkäufer schuldhaft nicht geliefert und geräth er dann in Konkurs, so kann der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt hat, auch gegenüber dem Konkursverwalter sein Wahlrecht nach § 326 B.G.B. geltend machen, aber die daraus entstehenden Rechte natürlich nur als Konkursforderung anmelden (R.G. 22 S. 111).

Anm. 64. War aber der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch nicht im Verzuge, so findet der § 17 K.O. Anwendung. Danach hat der Konkursverwalter das Recht, an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen und die Erfüllung von dem Anderen zu verlangen, wenn er dies aus eigenem Antriebe oder auf Aufforderung des anderen Theils ohne Verzug erklärt. Erklärt er es trotz Aufforderung nicht ohne Verzug, so kann er auf Erfüllung nicht mehr bestehen.

Anm. 65. a) **Der Konkursverwalter** hat also das Recht. Der andere Theil kann nicht wegen des Konkurses allein zurücktreten. Ob er wegen des Konkurses nach § 321 B.G.B. die Erfüllung verweigern kann, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird, hängt davon ab, ob die Konkursmasse für die Gegenleistung ausreichende Masse bietet (anders wohl auch nicht Jäeger K.O. Anm. 34 zu § 17).

Anm. 66. b) Der Konkursverwalter hat nur **das Recht**, in den Vertrag einzutreten. Er kann aus eigenem Antriebe oder auf Grund der Aufforderung des anderen Theils auch den Eintritt in den Vertrag ablehnen. Thut er letzteres, so verwandelt er das zweiseitige Vertragsverhältniß in einen Anspruch des anderen Theils auf Schadenersatz, in eine Schadensersatzforderung, welche in § 26 K.O. zwar nicht konstituirt, aber als bestehend vorausgesetzt ist (vergl. auch R.G. 22 S. 111). Diese Schadensersatzforderung besteht natürlich nur dann und soweit, als der Andere durch den abgelehnten Eintritt des Verwalters in das Geschäft einen Schaden erleidet. Die Berechnung des Schadens erfolgt nach den Grundsätzen des B.G.B. Hieraus folgt, daß auch entgangener Gewinn geltend gemacht werden kann. (Ueber die Begründung des Schadensanspruchs siehe noch R.G. 22 S. 112). Die Geltendmachung der Schadensersatzforderung schließt die Geltendmachung weitergehender Rechte nicht aus. Darum verfällt z. B. auch eine Vertragsstrafe, die der Gemeinschuldner für den Fall der Nichterfüllung versprochen hatte, wenn der Verwalter nach § 17 die Erfüllung ablehnt (R.G. 21 S. 5; 26 S. 90; vergl. bei uns Anm. 32 zu § 348). Ebenso kann sich der andere Theil auf einen Eigenthumsvorbehalt berufen (§ 455 B.G.B.; R.G. vom 7. März 1894 in J.W. S. 181). Die in das Eigenthum des Gemeinschuldners bereits gelangte Sache aber kann der Verkäufer nicht zurückfordern (§ 26 K.O.). Eine Ausnahme macht nur der § 44 K.O. beim Versendungskaufe (vergl. hierüber unten Anm. 76 ffg.).

Anm. 67. Von der Schuldfrage hängt die Entstehung des Schadensanspruchs nicht ab. Auch wenn der Konkursverwalter nicht im Verschulden ist, verwandelt sich das Verhältniß in dieser Weise. Die Ablehnung des Eintritts ist ja überhaupt sein Recht und schon deshalb kann von einem Verschulden keine Rede sein. Umgekehrt treten auch dann keine anderen Rechtsfolgen ein, wenn ihn ein Verschulden trifft. Insbesondere kommt der § 326 B.G.B. gegen den Konkursverwalter, wenn der Verzug nicht etwa schon vor dem Konkurse eingetreten war (oben Anm. 63), nicht zur Anwendung, auch wenn er im Stande wäre, zu erfüllen.

Die Schadensersatzforderung kann der andere Theil nur als Konkursforderung geltend machen (§ 26 K.O.). Auch kann er diesen Anspruch dazu benutzen, um ihn gegen diejenigen Forderungen, welche die Masse gegen ihn hat, insbesondere mit solchen aus demselben Geschäft zur Aufrechnung zu stellen, wie dies bei Successivlieferungsgeschäften häufig der Fall sein wird (vergl. R.G. 22 S. 112). Anm. 68.

Die etwa bestehenden Sicherungsrechte gegen dritte Personen verwandeln sich in derselben Weise. Bürgen und Pfänder haften nur noch für die Schadensersatzforderung (§§ 767, 1210 B.G.B. „Jeweiliger Bestand"). Anm. 69.

Und endlich ist an diese Umwandlung des Verhältnisses der Gemeinschuldner auch nach Beendigung des Konkurses gebunden (Bolze 15 Nr. 716 und R.G. 41 S. 133 ffg.). Anm. 70.

Von diesen Rechtsfolgen kann auch keine vorhergehende Vereinbarung befreien, der § 17 K.O. ist publici juris. Anm. 71.

Wenn dagegen der Konkursverwalter in den Vertrag eintritt, so zwingt er dadurch auch den anderen Theil, zur Masse zu erfüllen. Der andere Theil kann die Erfüllung nicht verweigern. (Ob er dies thun kann, weil der Gemeinschuldner in Konkurs und dadurch in Vermögensverfall gerathen ist, darüber siehe oben Anm. 65). Der Anspruch des Vertragsgegners wird dadurch Masseschuld im Sinne des § 59 Nr. 2 K.O., ist also vor den Konkursforderungen (§ 57 K.O.) und selbst vor den Massekosten (§ 60 K.O.) zu decken. Beim Vertrag auf Successivlieferung kann der Vertragsgegner auf Grund solchen Eintritts auch für die vor der Konkurseröffnung bewirkten Lieferungen volle Bezahlung verlangen. Er braucht sich auch insoweit nicht auf die Konkursdividende verweisen zu lassen (R.G. 39 S. 57). Anm. 72.

Wenn endlich der Konkursverwalter weder eintritt, noch den Eintritt ablehnt, noch endlich Mangels unverzüglicher Erklärung als eintretend gilt, so ist der Vertrag intakt geblieben, und kann nach der Konkurseröffnung nur in dieser Weise geltend gemacht werden. Die Umwandlung in einen Schadensanspruch tritt nicht ipso jure durch den Konkurs ein. Ein abgeschlossener Zwangsvergleich hat daher in diesem Falle nicht die Wirkung, daß der Vertragsgegner nur die Vergleichsrate zu beanspruchen hat. Anm. 73.

Ueber alle diese Fragen siehe Näheres bei Jaeger Konkursordnung § 17.

4. **Das Fixgeschäft, bei welchem die Lieferungszeit genau bestimmt ist,** löst sich durch die Konkurseröffnung ipso jure in einen Differenzanspruch auf. Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigem Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergiebt (§ 18 K.O.). Es muß sich um Fixgeschäfte in Waaren handeln, Werthpapiere fallen hier aber unbedenklich darunter (Jaeger Anm. 6 zu § 18). Der Lieferungstermin muß in die Zeit nach der Konkurseröffnung fallen. Sonst kommt § 376 H.G.B. zur Anwendung, wenn es ein Handelskauf ist, andernfalls §§ 326, 361 B.G.B. Die Differenzforderung kann für jeden von beiden Theilen entstehen. Das Plus des Marktpreises über dem Vertragspreis kommt dem Käufer, das Minus dem Verkäufer zum Vortheile. Ob der Gemeinschuldner Käufer oder Verkäufer war, bleibt sich gleich. — Die Norm des § 18 ist zwingenden Rechts, vorherige Vereinbarungen, welche andere Rechtsfolgen für den Fall des Konkurses festsetzen, sind ungiltig (Jaeger Anm. 26). Anm. 74.

5. **Was die Eigenthumsfrage betrifft,** so kommt es darauf an, ob schon vor dem Konkurse alle diejenigen Akte vor sich gegangen waren, welche zur Eigenthumsübertragung erforderlich sind. Geräth der Verkäufer in Konkurs, während die Waare unterwegs ist, so kann der Käufer mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger das Eigenthum an der Sache nicht mehr erwerben, auch wenn er von der Konkurseröffnung nichts wußte (§ 15 K.O.). Wenn der Käufer nunmehr auch die Waare annimmt und behalten will, so kann der Verwalter sie Anm. 75.

gleichwohl reklamiren.[1]) Geräth der Verkäufer aber in Konkurs, nachdem der Käufer die Waare angenommen und genehmigt hat, so ist sie sein, des Käufers, Eigenthum geworden. Hat der Käufer sie aber vor der Konkurseröffnung rechtzeitig zur Disposition gestellt, so ist sie sein Eigenthum nicht geworden, und der Konkursverwalter kann nunmehr die Waare reklamiren. Der Käufer ist auch nicht in der Lage, die Dispositionsstellung jetzt zurückzunehmen, wenigstens nicht mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger. Denn dem steht eben § 15 K.O. entgegen (vergl. hierüber auch oben Anm. 59).

Geräth der Käufer in Konkurs, während die Waare unterwegs ist, so kann der Käufer bezw. sein Verwalter nunmehr Eigenthum erwerben (Jaeger K.O. Anm. 4 zu § 44). Will der Verkäufer dies verhindern, so mag er das Verfolgungsrecht geltend machen.

Diesem Letzteren wenden wir uns jetzt zu.

VII. Insbesondere das Verfolgungsrecht des Verkäufers.

Anm. 76. A. **Die maßgebende Gesetzesvorschrift** ist § 44 K.O. Derselbe lautet:

> § 44 K.O. Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waaren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.
>
> Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung.

Anm. 77. B. **Die Bedeutung dieser Gesetzesvorschrift.** Wenn der Verkäufer zur Zeit der Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers vollständig erfüllt hat, so hat er lediglich einen Konkursanspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Wenn der Verkäufer aber noch nicht vollständig erfüllt hat und der Käufer geräth in Konkurs, so hat der Verwalter das Wahlrecht, ob er in den Vertrag eintreten will oder nicht. Lehnt er es ab, in den Vertrag einzutreten, so hat der Verkäufer lediglich eine Entschädigungsforderung. Da er sich wegen dieser mit der Konkursdividende begnügen muß, so hat er ein großes Interesse daran, die Waare selbst zurückzuerhalten. Das ist im Allgemeinen nur dann und insoweit möglich, als die Waare nicht in das Eigenthum des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse gelangt ist. Aber für den Uebersendungskauf wird hier eine Ausnahme gemacht: der Verkäufer kann zufolge des § 44 K.O. die noch unbezahlte und zur Zeit der Konkurseröffnung unterwegs befindliche oder befindlich gewesene Waare selbst dann zurückfordern, wenn sie schon in das Eigenthum des Gemeinschuldners oder der Konkursmasse übergegangen ist. Nach früherem Recht war dieses Verfolgungsrecht von Wichtigkeit besonders gegenüber denjenigen Landesgesetzen, nach welchen, wie nach französischem Recht, das Eigenthum schon durch den Vertragsschluß auf den Käufer überging oder, wie nach preußischem Recht, durch die Uebergabe der Waare an den Frachtführer oder Spediteur. In dieser Beziehung hat das Verfolgungsrecht nach dem neuen Recht an praktischer Bedeutung verloren. Denn durch den bloßen Kaufabschluß geht das Eigenthum nicht über und durch die Uebergabe an den Frachtführer oder Spediteur geht der Regel nach das Eigenthum auf den Käufer ebenfalls nicht über (vergl. oben Anm. 55 flg.). Von Wichtigkeit wird das Verfolgungsrecht aber in folgenden Fällen: wenn die Waare durch Dispositionspapiere (Konnossement ꝛc.) übergeben wird oder im Wege sonstiger Uebereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931 B.G.B.). Vergleiche auch § 7 des Depotgesetzes, demzufolge mit der Absendung des Stückeverzeichnisses kommissionsweise eingekaufter Werthpapiere das Eigenthum auf den Kommittenten übergeht, soweit der Kommissionär über diese Papiere zu verfügen berechtigt ist (vergl. Anm. 28 flg. zu § 383). Ferner wird das Verfolgungsrecht dann wichtig, wenn das Eigenthum der Waare bei der Konkurseröffnung

---

[1]) Der Dritte, der von dem Käufer gutgläubig die Sache erwirbt, wird Eigenthümer (vergl. Anm. 73 zu § 366; Jaeger Anm. 42 flg. zu § 15).

auf den Gemeinschuldner noch nicht übergegangen ist, aber hinterher das Eigenthum übergeht. Zwar kann der Verkäufer durch rechtzeitiges Anhalten der Waare verhindern, daß sie in das Eigenthum der Konkursmasse gezogen wird (vergl. unten Anm. 89). Allein wenn das nicht geschieht, z. B. weil dem Verkäufer von der drohenden Konkurseröffnung nichts bekannt wird, so hat der Verkäufer nunmehr das Verfolgungsrecht aus § 44 K.O.

C. **Juristische Natur des Verfolgungsrechts.** Es ist nach unserer Auffassung ein dingliches Recht. Es ergreift die Sache und das wird dadurch bewiesen, daß es gegenüber jedem Dritten wirkt, soweit dieser nicht nach den Regeln zum Schutze redlichen Erwerbes das Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Sache erworben hat. Aber insoweit weichen auch andere dingliche Rechte, selbst das wahre Eigenthum (vergl. die Erläuterungen zu § 366). Aber gegen den, der sich widerrechtlich den Besitz der Sache aneignet, oder der die Sache sonst besitzt ohne dingliches Recht (z. B. Leiher, Miether, Retentionsberechtigte, R.G. 8 S. 81; — vergl. unten Anm. 90 —), gegen den dringt der Verfolgungsberechtigte durch. Und im Konkursverfahren gewährt es einen Aussonderungsanspruch an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande. Das ist das beste Zeichen für den dinglichen Charakter des im Verfolgungsrechte liegenden Rechts auf Rückgängigmachung der Eigenthumsübertragung. Die herrschende Meinung hält gleichwohl ein obligatorisches Recht für vorliegend. Aber sie muß zugeben, daß der Verfolgungsberechtigte gegen den Retentionsberechtigten durchdringt, und erklärt das (vergl. Jaeger Anm. 30 zu § 44 K.O.) damit, daß der Absender in der Rückforderung „einen eigenen unmittelbar auf den Gesetzen beruhenden, nicht einen vom Empfänger hergeleiteten Anspruch geltend macht". Allein es ist nicht ersichtlich, wie diese Darlegung genügen soll, um das Durchdringen eines nicht dinglichen Rechts gegenüber dem dritten Retentionsberechtigten zu rechtfertigen. Umgekehrt aber ist der Hinweis der Gegner darauf, daß das Verfolgungsrecht gegenüber dem Pfandrecht des Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers nicht durchdringt, unstichhaltig, weil diese durch den guten Glauben des Erwerbers ebenso geschützt sind, wie die durch Vertrag bestellten Pfandrechte dieser Personen (§ 366 Abs. 3 H.G.B.). Da ferner der Verfolgungsberechtigte einen Aussonderungsanspruch im Konkurse an einem dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstande hat und dieses das beste Zeichen für das Vorliegen eines dinglichen Rechtes ist, so muß dieses Argument von unseren Gegnern eliminirt werden. Und wie geschieht das? Nach Jaeger Anm. 8 zu § 44 K.O. durch die Worte: „Der Verwalter muß einen nach § 1 zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand zurückübertragen, und diese Forderung auf Rückgewähr ist zu einem gegenüber § 43 anormalen Aussonderungsrechte verstärkt." Von unserem Standpunkte aus werden alle diese Erscheinungen ungezwungen erklärt und sind normal. Anm. 78.

D. **Die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts.** Anm. 79.

1. Es muß ein Kaufvertrag über Waaren vorliegen (oder auch eine Einkaufskommission, die uns aber hier nicht interessirt). Es braucht aber kein Handelsgeschäft zu sein, weder ein zweiseitiges, noch auch ein einseitiges. Zu den Waaren im Sinne unseres Paragraphen gehören auch die Werthpapiere (Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 95; Jaeger Anm. 10 zu § 44).
2. Es muß ein Uebersendungskauf vorliegen oder wie das Gesetz sagt: die Waare muß von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesandt sein. Anm. 80.
   a) Sie muß von einem anderen Orte übersendet sein. Diese Kriterien des Uebersendungskaufes haben wir in Anm. 2 ffg. zu § 379 ausführlich erörtert. Auf dasjenige Geschäft, welches hiernach kein Distanzkauf, sondern ein Platzkauf ist, findet der § 44 keine Anwendung. Vielmehr bewendet es bei diesem bei den oben Anm. 77 entwickelten allgemeinen Regeln, das Verfolgungsrecht besteht hier nicht.
   b) An den Gemeinschuldner muß die Waare gesandt sein. Ist sie nicht an den Gemeinschuldner, sondern auf Anweisung des in Konkurs gerathenen Käufers an einen Dritten gesandt worden, der sie selbst vom Gemeinschuldner gekauft hatte, so liegt der Fall des vorliegenden Paragraphen nicht vor (Jaeger Anm. 12 zu § 44 K.O.). Umgekehrt liegt aber ein Fall unseres Paragraphen vor, wenn der Verkäufer dem Gemeinschuldner die Waare direkt durch einen anderen Lieferanten hat zusenden lassen, mögen Anm. 81.

auch Käufer und Verkäufer an demselben Orte wohnen. Anders aber, wenn ein für den Verkäufer begründeter Lieferungsanspruch von Letzterem an den Gemeinschuldner abgetreten und überwiesen und sodann die Sendung an den Gemeinschuldner auf dessen Geheiß erfolgt ist (R.G. 27 S. 88; hier anders Jaeger Anm. 12 zu § 44 K.O.).

Anm. 82. 3. Der Kaufpreis darf noch nicht vollständig bezahlt sein. Gleichgiltig ist, ob Zahlungsverzug des Käufers vorliegt oder ob der Kaufpreis kreditirt und noch nicht fällig ist. Hergabe von Wechseln für den Kaufpreis gilt nicht als vollständige Zahlung, sofern dieselben nicht, was in der Praxis so gut wie nie vorkommt, an Zahlungsstatt gegeben sind (Kleinfeller, Konkursordnung 4. Aufl. zu § 44 II C). Der Zahlung stehen gleich Zahlungssurrogate (Hingabe an Zahlungsstatt, Novation, erklärte oder vereinbarte Aufrechnung, Erlaß, unter Umständen auch Hinterlegung). Stehen die Parteien im Kontokurrentverkehr, so ist die Rückforderung begründet, wenn sich bei der Konkurseröffnung ein Passivsaldo des Käufers ergiebt (Kleinfeller II C zu § 44 K.O.). Wurden mehrere Sachen verkauft und nach einander in verschiedenen Lieferungen versendet, so können, falls ein einheitliches Kaufgeschäft vorliegt und zur Zeit der Konkurseröffnung ein Theil der Waare noch unterwegs ist, diese Waaren auch dann sammt und sonders zurückgefordert werden, wenn der Kaufpreis nur noch für einen Theil dieser Waaren geschuldet wird. Die Waaren sind dann noch nicht vollständig bezahlt (Kleinfeller II C zu § 44 K.O.).

Ist die Waare bei der Konkurseröffnung nicht vollständig bezahlt, bezahlt sie aber der Konkursverwalter gemäß § 17 K.O., so fällt das Verfolgungsrecht weg (§ 44 Abs. 2 K.O.). — Vergl. unten Anm. 88.

Anm. 83. 4. Die Waare darf nicht schon vor der Konkurseröffnung am Orte der Ablieferung angekommen und in die Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sein. Wenn die Waare zur Zeit der Konkurseröffnung noch unterwegs war, besteht das Verfolgungsrecht. Ist sie zwar nicht mehr unterwegs, sondern am Orte der Ablieferung zur Zeit der Konkurseröffnung angekommen, aber in die Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn noch nicht gelangt, so besteht das Verfolgungsrecht ebenfalls.

Anm. 84. a) Wenn sie unterwegs ist, so schadet es nicht, d. h. die Entstehung des Verfolgungsrechts wird nicht gehindert, wenn sie unterwegs in die Hände eines Vertreters des Käufers gelangt, es sei denn, daß der Vertreter des Käufers Vertreter desselben in der Empfangnahme ist (R.G. vom 4. Januar 1899 in J.W. S. 166).

Anm. 85. b) Am Ablieferungsorte angekommen ist sie, wenn sie an dem Orte angekommen ist, wo der Transport nach dem Vertragswillen der Parteien sein Ende nehmen soll (Jaeger Anm. 15 zu § 44 K.O.). Dabei ist der Ort als Ortschaft, als geographischer Bezirk zu verstehen, nicht etwa als Lokal, Geschäfts- oder Lagerraum (O.L.G. Dresden vom 21. März 1883 bei Busch, Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß 8 S. 489). Dieser Ort kann sich auch nachträglich ändern, z. B. wenn der Verwalter den Transport abkürzt (R.O.H. 6 S. 305; 22 S. 70). Bloß vorübergehendes Anhalten beendigt den Transitus nicht (R.O.H. 22 S. 69).

Anm. 86. In die Gewahrsam des Käufers (oder einer anderen Person für ihn) gelangt ist die Waare, wenn sie in seine thatsächliche Innehabung gelangt ist (R.G. 8 S. 89). Das muß auch nach dem neuen Recht angenommen werden, es ist auch nach dem neuen Recht nicht der Besitz, insbesondere der mittelbare Besitz zu verstehen (vergl. Jaeger Anm. 16 zu § 44 K.O.). Die bloße Möglichkeit der Detentionsergreifung durch den Käufer genügt aber nicht zum Ausschluß des Verfolgungsrechts; er muß von derselben Gebrauch machen. Unerheblich dagegen ist, aus welchen Motiven er die Waare in seine Detention bringt; selbst wenn er es für Rechnung des Verkäufers thut, dem er sie zur Verfügung stellen will, erlischt das Verfolgungsrecht des Letzteren (R.G. 8 S. 86). Weil es nur auf die Erlangung der Gewahrsam ankommt, ist der etwa schon vorher z. B. durch Uebergabe eines Traditionspapiers erfolgte Eigenthumsübergang durchaus irrelevant (R.O.H. 24 S. 351; Bolze 18 Nr. 765; 32 Nr. 86; vergl. auch R.G. 31 S. 136).

Unter der „anderen Person", die für den Käufer die Detention der Waare erwerben kann, ist zu verstehen sein Besitzdiener oder Besitzgehilfe im Sinne des § 855 B.G.B.; sein Bevollmächtigter, Kommissionär, Lagerhalter oder Pfandgläubiger gemäß § 1205 Abs. 1 Satz 2 u. Abs. 2 B.G.B., auch ein generaliter zum Empfang beauftragter Platzspediteur (so mit Recht Dernburg Preuß. Privatrecht 4. Aufl. II § 117 Anm. 9; Jaeger Anm. 17 zu § 44 K.O.; R.G. vom 9. April 1880 bei Puchelt Anm. 5b zu Art. 313 gegen R.O.H. 24 S. 345 ff.), nicht dagegen ein vom Absender, der Transportanstalt oder einem Dritten beauftragter Spediteur, der die Waare dem Käufer erst zuführen soll (v. Wilmowski, Anm. 5 zu § 36 K.O.; R.O.H. 12 S. 393). Der Frachtführer, der dem Adressaten den Frachtbrief übergeben hat (§ 433) detinirt nicht für ihn (R.G. 27 S. 85 ffg.; O.L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 4 S. 197), es müßten denn besondere Fälle, z. B. der eines Verwahrungsvertrages vorliegen (R.G. in Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß 8 S. 482 ffg.; besonders S. 490; R.G. 27 S. 86). Auch daß der Absender nach § 435 H.G.B. schon gegen den Frachtführer geklagt hat, beseitigt nicht das Verfolgungsrecht des Absenders, obwohl es im Uebrigen seine Dispositionsbefugniß über das Gut aufhebt (Förtsch Anm. 11 zu Art. 405). Ferner übt nicht für den Gemeinschuldner die Gewahrsam aus der Gerichtsvollzieher, der die Waare auf Geheiß und zur Sicherung eines Gläubigers des Gemeinschuldners gepfändet hat; endlich auch nicht die Zollbehörde, welche die Waare im Verwaltungswege gepfändet und in die öffentliche Packhofsniederlage geschafft hat (Bolze 18 Nr. 765). Anm. 87.

5. Das Verfolgungsrecht ist resolutiv bedingt dadurch, daß der Konkursverwalter des Käufers von dem Rechte des § 17 K.O. Gebrauch macht, an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag zu erfüllen und seinerseits Erfüllung vom Verkäufer zu verlangen. Macht der Konkursverwalter hiervon Gebrauch, so kann der Verkäufer sein Verfolgungsrecht nicht geltend machen, und wenn er es geltend gemacht hat, so verliert er es nachträglich. Bestritten ist, ob ihm dieses Recht nur unter den Voraussetzungen des § 17 — wenn von beiden Seiten noch nicht erfüllt oder noch nicht vollständig erfüllt ist — oder auch sonst zusteht. Der Fassung des Gesetzes entspricht allein die erstere Alternative (von Wilmowski Anm. 6 zu § 36; Jaeger Anm. 21 und 22 zu § 44 K.O.; Oetker in Busch, Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß 14 S. 29). Das Recht des Verwalters hat seine Grenzen in der Bestimmung des § 17 Abs. 2, nach welchem er, wenn er sich auf Aufforderung des anderen Theils nicht ohne Verzug darüber erklärt, ob er auf Erfüllung bestehen will, dieser seiner Befugniß verlustig geht. Anm. 88.

E. **Die Ausübung des Rechts.** Das Verfolgungsrecht besteht, wenn seine Voraussetzungen vorhanden sind. Es besteht dann im Augenblicke der Konkurseröffnung (R.G. 32 S. 21). Es wird alsdann geltend gemacht durch Klage und Einrede, je nach der Konstellation des Falles, und kann selbstverständlich auch durch provisorische Maßregeln (einstweilige Verfügung) gesichert werden. Keineswegs bedarf es aber eines rechtlichen oder thatsächlichen Aktes, um das Recht zur Entstehung zu bringen. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Absender das Gut (wie man aus der wissenschaftlichen Bezeichnung des Rechts als „Verfolgungsrecht" anzunehmen verleitet werden könnte) wirklich „verfolgt" und festhält, damit es nicht zur Konkursmasse gelangt. Es liegt vielmehr, wie schon der Wortlaut der Gesetzesvorschrift ergiebt, ein Rückforderungsrecht vor, das recht eigentlich für den Fall gegeben ist, daß die Waare dem Konkursverwalter ausgeliefert ist (R.G. 32 S. 20). Andererseits ist der Absender befugt, geeignete Schritte zu thun, um zu verhindern, daß die Waare zur Konkursmasse gelangt, um sich dieser gegenüber die vortheilhafte Stellung des beatus possidens zu verschaffen. Besonders kann dies geschehen durch die Anweisung an den Frachtführer, das Gut dem Konkursverwalter nicht herauszugeben (§ 433) oder an die Post, die Sendung an den Absender zurückzusenden und an den Adressaten nicht auszuliefern (R.G. 43 S. 98). Fordert der Konkursverwalter, nachdem der Gläubiger durch solche Schritte die Waare angehalten hat, die Herausgabe der Waare an die Konkursmasse, so macht der Verkäufer sein Verfolgungsrecht als Einrede geltend (vergl. R.G. 41 S. 335). Anm. 89.

Anm. 90. F. **Wirkung des Rechts.** Die Geltendmachung des Rechts bewirkt nicht die Aufhebung des ganzen Kaufvertrages, sondern nur die Wiederherstellung der Rechtslage, wie sie vor der Absendung der Waare bestanden hat, insbesondere Rückgängigmachung des etwa bereits erfolgten Eigenthumsüberganges. Der Verkäufer kann eben die Auslieferung der Waare an die Masse verhindern, die schon ausgelieferte Waare zurückfordern. Aus der Wiederherstellung der früheren Rechtslage, in Folge deren ex tunc jede Verfügung der Masse über die dem Verfolgungsrecht unterliegende Waare als unberechtigt erscheinen muß, folgt, daß das Verfolgungsrecht auch gegen dritte Inhaber der Waare geht, sofern solche nicht auf Grund der Rechtsregeln zum Schutze redlichen Rechtserwerbes Eigenthum oder andere dingliche Rechte an ihr erworben haben (Goldschmidt in G.Z. 8 S. 303 ffg.; R.G. 8 S. 84; 32 S. 20).[1]) Geschützt sind hiernach auch Frachtführer und Spediteur, soweit ihr gesetzliches Pfandrecht reicht, nicht aber auf Grund eines kaufmännischen Retentionsrechts wegen Forderungen gegen den Destinatär, das Zurückbehaltungsrecht weicht vielmehr hier und auch sonst dem Verfolgungsrechte (R.O.H. 6 S. 306 ffg.; 10 S. 71; 12 S. 394; 24 S. 348; R.G. 8 S. 81). Selbstverständlich hat der Verfolgungsberechtigte in allen Fällen, in denen er gegen den dritten Erwerber nicht durchdringen kann, gegen die Konkursmasse den Anspruch auf Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung bezw. auf Herausgabe der letzteren, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zur Masse eingezogen worden ist (§ 46 K.O.). Hat der Gegenstand der Rückforderung in den Händen des Konkursverwalters durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946, 948, 950 B.G.B.) seine selbstständige Existenz verloren, so besteht ein Vergütungsanspruch als Masseanspruch (§ 951 B.G.B.; § 59 Nr. 3 K.O.; Jaeger Anm. 24 zu § 44 K.O.).

Anm. 91. Daneben kann der Verkäufer etwaige Schadensansprüche (z. B. die Werthpapiere sind inzwischen im Kurse gefallen) als Konkursforderung geltend machen (§ 26 Abs. 2 K.O.; Jaeger Anm. 25 zu § 44 K.O.). Aus diesem Gesichtspunkte kann der Verkäufer die Kosten der Rücksendung als Konkursforderung liquidiren (Jaeger a. a. O.).

Anm. 92. Der Verkäufer hat seinerseits etwaige Vorschüsse und Anzahlungen, die der Gemeinschuldner bereits geleistet hat, an die Konkursmasse zurückzugewähren (§ 812 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). So mit Recht Jaeger Anm. 26 zu § 44 K.O.

Anm. 93. G. **Außerhalb des Konkurses** im Falle eingetretener oder bevorstehender Zahlungseinstellung des Käufers besteht ein Verfolgungsrecht nicht, auch nicht nach Handelsgewohnheitsrecht. Die analoge Anwendung des § 44 K.O. ist ausgeschlossen (R.G. 31 S. 137).

Anm. 94. H. **Fragen des internationalen Privatrechts.** Das Verfolgungsrecht steht dem Gläubiger jedenfalls dann zu, wenn es nach dem Rechte des Bestimmungsortes zulässig ist. Alsdann steht es ihm auch dann zu, wenn es nach seinem eigenen Rechte ihm nicht zusteht. Er kann die Waare alsdann anhalten, auch wenn sie den Bestimmungsort oder das Rechtsgebiet des Bestimmungsortes noch nicht erreicht hat (R.G. 41 S. 333). Eine prinzipielle Beantwortung der Frage, nach welchem Recht sich das Verfolgungsrecht richtet, hat das Reichsgericht in dieser Entscheidung abgelehnt.

VIII. Die Kosten der Erfüllung.

Anm. 95. **Die maßgebende Gesetzesstelle ist § 448 B.G.B.** Derselbe lautet:

> Die Kosten der Uebergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens, fallen dem Verkäufer, die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte fallen dem Käufer zur Last.

---

[1]) Die Redlichkeit des Erwerbes wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Erwerber bezw. Pfandnehmer wußte, die Waare sei noch nicht bezahlt, es sei denn, daß er Thatsachen gekannt hat, aus denen zu ersehen war, der Käufer habe die Ladung, ohne die Absicht zu bezahlen, nur gekauft, um sich durch Weiterveräußerung oder Verpfändung Geld zu verschaffen R.G. 32 S. 20).

Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last.

1. **Der Verkäufer trägt die Kosten der Uebergabe.** Unter Uebergabe sind die dem Verkäufer obliegenden Uebergabehandlungen zu verstehen. Selbstverständlich hat der Verkäufer die Waare auch auf seine Kosten dorthin zu bringen, wo er sie zu übergeben hat. Er trägt also die ganzen Transportkosten, wenn er ausnahmsweise am Wohnsitze des Käufers zu erfüllen hat, regelmäßig aber genügt er seiner Pflicht, wenn er dafür sorgt, daß die Waare am Versendungsorte verladen wird (R.G. 1 S. 283). Die Transportkosten bis zum Bahnhof des Absendungsorts und die Kosten der Verladung am Absendungsorte fallen daher regelmäßig dem Verkäufer zur Last (R.O.H. 17 S. 9). Die Kosten der Versendung selbst fallen dem Käufer zur Last (vergl. unten Anm. 101). Anm. 96.

2. **Die Kosten der Abnahme und der Versendung trägt der Käufer.** Das ist nicht umfassend genug ausgedrückt. Richtiger wäre es, zu sagen, daß alles Uebrige außer der Uebergabe auf Kosten des Käufers geschieht. Aus dem so formulirten Grundsatze folgt: Anm. 97.

   a) **Die Kosten der Verpackung**[1] **treffen den Käufer** (R.O.H. 3 S. 112). Denn die Verpackung geschieht zum Zwecke der Versendung. Der Verkäufer aber hat keine gesetzliche Uebersendungspflicht (oben Anm. 29) und selbst, wo ihm nach dem Willen der Kontrahenten oder nach Handelsgebrauch dieselbe obliegt, da involvirt die Uebersendungspflicht doch nicht die Verpackungspflicht. Vielmehr hat der Käufer die Emballage zu verschaffen, und wenn er die Verschaffung dem Verkäufer überläßt, so hat er sie ihm zu erstatten. Daraus folgt: Anm. 98.

      α) **Der Verkäufer braucht die Emballage nicht umsonst zu liefern.** Besteht dieselbe in solchen Gegenständen, die durch die Verpackung verbraucht oder die nicht zurückgeschickt zu werden pflegen, z. B. Heu, Stroh, Papier, Pappdeckel, Bindfaden, einfache Holzkisten, so kann der Verkäufer dafür eine angemessene Vergütung in Ansatz bringen. Bei Gegenständen dagegen, die einen selbstständigen Werth behalten (Säcke, Flaschen) kann er verlangen, daß ihm dieselben vom Käufer auf dessen Kosten zurückgesendet werden (R.O.H. 1 S. 267; 9 S. 208). Auch auf seine, des Käufers, Gefahr? Wir nehmen dies an, da wir nicht einsehen, wie der Verkäufer dazu käme, die Gefahr der Zurücksendung zu tragen, da doch die ganze Verpackung im Interesse des Käufers geschieht; anders jedoch R.O.H. 1 S. 267.[2] Verzögert der Käufer die Zurücksendung, so muß er den Verkäufer, wenn derselbe Kaufmann ist, angemessen entschädigen (R.O.H. 9 S. 208). Es bestehen Handelsgebräuche, denen zufolge nach gewisser Zeit ein bestimmter Betrag als sog. Miethe z. B. Sackmiethe zu zahlen ist (R.O.H. 1 S. 101; 19 S. 303). Oft enthalten die Fakturen diesbezügliche Vermerke, insbesondere auch dahin, daß, wenn der Käufer die Zurücksendung nicht innerhalb einer bestimmten Frist bewirke, er die Verpackung zu einem bestimmten Preise behalten müsse. Solche Fakturenvermerke sind nicht absolut bindend, aber sie enthalten eine Offerte, die den Umständen nach durch Schweigen genehmigt wird (R.O.H. 1 S. 127; 6 S. 167). Anm. 99.

      β) Ob der Verkäufer die Mühe der Verpackungsthätigkeit noch besonders liquidiren kann, ist zweifelhaft. Das R.O.H. bejaht dies präsumtiv gemäß § 354, insbesondere aber, wenn die Verpackung besondere Mühe verursacht (R.O.H. 3 S. 114); an einer andern Stelle betrachtet es diese Vergütung als still- Anm. 100.

---

[1]) Gemeint ist die zur Versendung erforderliche Verpackung. Diejenige Verpackung der Waare, welche nicht zu Transportzwecken erfolgt, sondern um die Waare herzurichten oder auszustatten (z. B. Verpackung in kleinen Kisten, Kartons u. s. w.) gehört zu den Eigenschaften der Waare, die der Verkäufer zu prästiren hat (R.O.H. 11 S. 107; Bolze 14 Nr. 425).

[2]) Daß bei gerechtfertigter Zurdispositionsstellung die Kosten der Zurücksendung den Verkäufer treffen, liegt auf anderem Gebiete (R.O.H. 9 S. 208).

schweigend vereinbarten Zuschlag zum Kaufpreise (R.O.H. 14 S. 27). Demgegenüber ist geltend zu machen, daß § 354 zwar Platz greift, daß aber unter diesen Paragraphen solche Dienstleistungen nicht fallen, für welche nichts Besonderes vergütet zu werden pflegt (Anm. 6 zu § 354), und dies gilt nach kaufmännischer Anschauung für die Mühe der Verpackung, auch dort, wo sie umständlich ist, wie bei Glaswaaren.

Anm. 101. b) **Die Kosten des Transports** hat der Käufer zu tragen, außer wenn der Verkäufer ausnahmsweise am Bestimmungsorte zu erfüllen hat. Das bestimmt unser § 448 B.G.B.

Anm. 102. c) **Die Kosten der Abrollung** am Bestimmungsorte vom Bahnhof nach dem Geschäftslokale des Käufers treffen aus gleichem Grunde den letzteren. Sie gehört zur Abnahme.

Dritter Abschnitt.

Kommissionsgeschäft.

§ 383.

Kommissionär ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsbestimmung des Kommissionärs.** Die Wirkungen des Kommissionsgeschäfts werden in den folgenden Paragraphen behandelt. Die letzteren sind aber nicht erschöpfend behandelt. Insbesondere gilt dies von den grundsätzlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts. Diese werden im Zusatze zu dem vorliegenden Paragraphen von uns dargestellt.

Anm. 1. I. **Der Begriff des Kommissionärs im Allgemeinen.** Kommissionär ist derjenige, der es gewerbsmäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Dieser Begriff ist gegen den früheren Begriff des Art. 360 wesentlich geändert. Der Kommissionär ist nach unserem Paragraphen nicht mehr derjenige, der Handelsgeschäfte in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Anderen gewerbsmäßig abschließt. Der Begriff Handelsgeschäfte verschwindet vielmehr aus der Begriffsbestimmung. Als Kommissionär gilt nunmehr derjenige, der es gewerbsmäßig übernimmt, Waaren oder Werthpapiere für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Es ist also eine ganz bestimmte Kategorie von Geschäften, deren gewerbsmäßiger Betrieb in eigenem Namen und für fremde Rechnung die Eigenschaft als Kommissionär und damit die Kaufmannsqualitität nach § 1 H.G.B. begründet. Im § 406 Abs. 1 ist im engen Anschluß hieran hinzugefügt, daß, wenn ein Kommissionär ein anderes Geschäft für fremde Rechnung in eigenem Namen zu schließen übernimmt, oder wenn ein sonstiger Kaufmann irgend ein Geschäft in dieser Weise zu schließen übernimmt, die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft Anwendung finden. Eine Erweiterung der Definition des Kommissionärs liegt in der Vorschrift des § 406 Abs. 1 nicht. Denn die Geschäfte dieser Art werden nicht zu Kommissionsgeschäften erklärt, es sollen nur, obwohl sie dies nicht sind, die Vorschriften dieses Abschnitts Anwendung finden.

Anm. 2. Anders verhält es sich mit § 406 Abs. 2. Das hier bezeichnete Geschäft (Lieferung einer nicht vertretbaren Sache, zu welcher der Uebernehmer den Stoff beschafft) ist als geeigneter Gegenstand eines ächten Kommissionsgeschäfts erklärt. Darin liegt eine Erweiterung des im § 383 aufgestellten Begriffs Kommissionsgeschäft bezw. Kommissionär.

II. **Die einzelnen Bestandtheile der gesetzlichen Begriffsbestimmung.**

1. **Wer** es übernimmt, Geschäfte der hier bezeichneten Art zu schließen, ist Kommissionär. Anm. 3.
Ein besonderes Erforderniß für die Qualifikation des Kommissionärs ist nicht aufgestellt. Also kann es jede rechtsfähige Person sein. Geschäftsfähigkeit ist nicht erforderlich. Für Geschäftsunfähige können gesetzliche Vertreter auftreten. So kann eine Aktiengesellschaft sehr wohl Kommissionärin sein. Der Kommissionär ist Kaufmann (§ 1 Nr. 6).

2. **Zu kaufen oder zu verkaufen** übernimmt der Kommissionär. Die gewerbsmäßige Ueber- Anm. 4.
nahme des Abschlusses irgend welchen Handelsgeschäfts macht den Uebernehmer nicht zum Kommissionär, sondern nur die gewerbsmäßige Uebernahme von Kauf- und Verkaufgeschäften (und auch nur von gewissen Gegenständen, siehe unten Anm. 7). Wer andere Geschäfte oder andere Handelsgeschäfte gewerbsmäßig für andere abzuschließen übernimmt, ist nicht Kommissionär und daher auch nicht Kaufmann auf Grund des § 1 Abs. 2 Nr. 6, kann letzteres allerdings auf Grund des § 2 werden. Umgekehrt brauchen die Kauf- oder Verkaufgeschäfte, deren Uebernahme den Uebernehmer zum Kommissionär macht, nicht Handelsgeschäfte zu sein. Der Auftraggeber braucht also nicht Kaufmann zu sein. Das Geschäft, dessen gewerbsmäßige Uebernahme den Uebernehmer zum Kommissionär macht, muß nur, wie gesagt, ein Kauf- oder Verkaufgeschäft über Waaren oder Werthpapiere sein. Dabei gilt aber die Uebernahme des Abschlusses eines Lieferungsvertrages über eine nicht vertretbare bewegliche Sache, die aus einem von dem Uebernehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, als Einkaufs- oder Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts. Das schreibt § 406 Abs. 2 vor und es ist diese Vorschrift auch durch § 381 nicht überflüssig gemacht, auch nicht unter Zugrundlegung der Auslegung, welche wir diesem Paragraphen geben. Denn danach ist allerdings die Uebernahme der Lieferung einer nicht vertretbaren Sache, die aus einem vom Uebernehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, wenn diese Uebernahme ein Handelsgeschäft ist, als Kauf zu betrachten. Für diesen Fall ist § 406 Abs. 2 allerdings nach unserer Ansicht überflüssig. Aber wenn jene Uebernahme kein Handelsgeschäft ist, so ist der Lieferungsvertrag kein Handelskauf, also kein Kaufgeschäft, die Uebernahme des Abschlusses eines solchen Lieferungsvertrages also eigentlich keine Kommission. Gleichwohl soll die Uebernahme des Abschlusses eines solchen Lieferungsvertrages nach § 406 Abs. 2 als Kommission im Sinne des vorliegenden Abschnittes gelten.

Ist der Uebernehmer Kommissionär, so ist jedes Geschäft, welches er im Betriebe Anm. 5.
seines Handelsgewerbes für Rechnung eines Anderen, aber in eigenem Namen abschließt, nach den Vorschriften dieses Abschnitts zu beurtheilen, und das Gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, irgend ein Geschäft in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Anderen abzuschließen übernimmt. Hierüber Näheres zu § 406.

Schließlich mag noch hervorgehoben werden, daß die Uebernahme des Abschlusses Anm. 6.
von Tauschverträgen direkt unter § 383 fällt. Denn auf den Tauschvertrag finden die Regeln über den Kaufvertrag entsprechende Anwendung (§ 515 B.G.B.).

3. **Waaren oder Werthpapiere** müssen Gegenstand des Kaufgeschäfts sein, damit die Ueber- Anm. 7.
nahme des Abschlusses desselben ein Kommissionsgeschäft ist. Ueber die Begriffe Waaren und Werthpapiere siehe Anm. 36 flg. zu § 1.

Ist aber der Uebernehmer Kommissionär, so ist jede Uebernahme des Abschlusses Anm. 8.
eines Geschäfts für fremde Rechnung, aber auf eigenen Namen nach den Vorschriften dieses Abschnittes zu beurtheilen, auch wenn es eine Waare oder ein Werthpapier nicht betrifft. Wie es in diesem Falle kein Kaufgeschäft zu sein braucht, ebensowenig braucht es, wenn es ein Kaufgeschäft ist, oder auch wenn es keins ist, eine Waare oder eine bewegliche Sache zu betreffen, um in Gemäßheit des § 406 nach den Regeln des Kommissionsgeschäfts beurtheilt zu werden. Es kann also die Uebernahme des Abschlusses eines Geschäfts über ein Grundstück sein, z. B. die Uebernahme des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrages oder der Bebauung eines Grundstücks für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen.

4. **Für Rechnung eines Anderen.** Darin liegt der Unterschied vom Propergeschäft. Proper- Anm. 9.
geschäft und Kommission sind oft schwer zu unterscheiden. Man kann den

Auftrag haben, eine Waare für Jemanden zu besorgen, doch so, daß man sie für eigene Rechnung einkauft und sie dann dem Andern käuflich überläßt, oder auch so, daß man für Rechnung des Andern abschließt. Ebenso kann man den Auftrag haben, für Jemanden eine Waare zu verkaufen, entweder für eigene Rechnung, oder für Rechnung des Andern. Der Unterschied in der rechtlichen Wirkung ist der, daß man beim Abschlusse für Rechnung des Andern demselben die Vortheile des Geschäfts zuwenden muß und auch auf ihn die Nachtheile abwälzen kann, während man bei dem Propergeschäft Vortheil und Nachtheil selbst trägt und mit dem Auftraggeber einen selbstständigen festen Preis vereinbart. Der Gebrauch des Wortes „Auftrag" entscheidet, da gerade seine Mehrdeutigkeit häufig die Zweifel veranlaßt, für das Vorliegen eines Kommissionsgeschäfts nicht (R.O.H. 18 S. 201), ebenso nicht die Vereinbarung einer Provision oder Kommissionsgebühr, da auch Propergeschäfte so geschlossen werden können, daß ein Zuschlag zum Einkaufspreise gezahlt wird (R.O.H. 3 S. 44; 12 S. 123; R.G. 3 S. 109), der wohl auch Kommissionsgebühr genannt wird (Bolze 4 Nr. 718). Sehr erheblich für das Kommissionsgeschäft spricht aber die Ertheilung oder Ausbedingung von Abrechnungen seitens des Beauftragten über das von ihm ausgerichtete Geschäft, denn das ist eine Rechenschaftsablegung, zu welcher sich nur derjenige versteht, der für Rechnung eines Andern handelt (R.G. 5 S. 87). Entscheidend für den Kaufvertrag spricht aber die Ausbedingung eines festen Preises, und zwar so, daß derjenige, der den Verkauf übernommen hat, den beim Verkauf zu erwartenden Vortheil für sich behalten darf (O.L.G. Rostock in G.Z. 36 S. 265; vergl. Bolze 6 Nr. 497). Andere Rechtsfälle: R.O.H. 19 S. 66; 20 S. 309. Es darf z. B. davon ausgegangen werden, daß ein Privatmann, der sich an einen Bankier wegen Anschaffung oder Veräußerung von Werthpapieren wendet, regelmäßig die Absicht hat, ihm einen Kommissionsauftrag zu ertheilen und nicht die Absicht, mit ihm ein Kaufgeschäft abzuschließen; er sieht daher in dem Bankier den Vertrauensmann, der seine Interessen wahrnehmen soll (R.G. 43 S. 111; vergl. R.O.H. 22 S. 28).

Anm. 10. Die Vermuthung streitet bei einer Preisvereinbarung jedenfalls gegen die Kommission und für den Kauf (R.O.H. 18 S. 199). Kauf liegt z. B. vor bei dem sog. Indentgeschäft, inhalts dessen eine in Ostindien oder Ostafrika domizilirende europäische Firma eingeborenen Händlern europäische Waare zu einem in der Landesmünze ausgedrückten Preise zu liefern verspricht (R.G. 5 S. 84; vergl. auch R.G. 20 S. 112).

Anm. 11. Liegt Kommission vor, so entsteht im Einzelfall oft die schwierige Frage, ob das vom Kommissionär mit dem Dritten geschlossene Geschäft für Rechnung des Auftraggebers geschlossen ist oder ob es für eigene Rechnung geschlossen ist, um als Selbstkontrahent gegenüber dem Kommittenten eintreten zu können. Das Reichsgericht legt dem Kommittenten, der das Geschäft für sich in Anspruch nimmt, die Beweislast auf (R.G. 6 S. 48). Der Kommissionär dagegen hat keine besondere Beweislast, wenn er nur Geschäfte darlegt, welche den Bedingungen des Kommissionsauftrages entsprechen; darüber hinaus kann ihm nicht der Beweis aufgebürdet werden, daß er die Geschäfte in Beziehung auf den Kommissionsauftrag abgeschlossen habe (R.G. 18 S. 20). Die verschiedene Rechtslage in der Beweislast rührt daher, daß der Kommissionär die Wahl hat zwischen Selbsteintritt und Ausführung durch Abschluß mit dem Dritten. Seine Anzeige von der getroffenen Wahl ist daher entscheidend. Es ist aber der Kommittent zu dem allerdings schwierigen Gegenbeweis zuzulassen, daß das vom Kommissionär mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft als Ausführung der Kommission gemeint gewesen. Vergl. Näheres zu §§ 400 flg.

Anm. 12. Es kann auch hinterher giltig vereinbart werden, daß ein abgeschlossenes Geschäft für Rechnung eines Andern gelten soll, das hat dieselbe Wirkung, wie ein von vornherein kommissionsweise geschlossenes Geschäft (R.G. 5 S. 86).

Anm. 13. 5. **Im eigenen Namen.** Das ist der Unterschied vom Vollmachts- oder Vertretungsverhältniß (R.O.H. 2 S. 402), und auch vom Agenten- und Maklerverhältniß. Allerdings können

Agenten und Makler am Schlusse ihrer Vermittlungsthätigkeit auch den Vertrag schließen, aber sie thun es im Namen des Prinzipals. Wenn Agenten und Makler im Geschäftsleben Kommissionäre genannt werden, so ist dies dem H.G.B. fremd (R.O.H. 18 S. 295). Ob der Beauftragte im eigenen Namen oder im Namen des Machtgebers handeln sollte, entscheidet der Auftrag. Zweifel[1]) entstehen hier hauptsächlich durch die Mehrdeutigkeit des Wortes „für". Für Jemanden kaufen kann bedeuten: im Interesse des Andern kaufen, aber auch: anstatt des Andern als Käufer auftreten (R.O.H. 2 S. 402). Bei der Auslegung ist nach §§ 133 und 157 B.G.B. zu verfahren. Keineswegs braucht der Auftrag zum stellvertretungsweisen Abschluß expressis verbis ertheilt zu werden. Im Zweifel ist anzunehmen, daß ein Auftrag einem berufsmäßigen Kommissionär als Kommissionär, einem berufsmäßigen Agenten als Agenten ertheilt ist (O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 525).

Anm. 14. Schließt der Kommissionär ohne dahingehenden Auftrag im Namen des Kommittenten ab, so braucht der Kommittent das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen, während der Kommissionär dem Gegner als Pseudostellvertreter nach § 179 B.G.B. haftet (R.O.H. 22 S. 25). Schließt der Beauftragte dagegen im eigenen Namen ab, während er im Namen des Machtgebers abschließen sollte, so hat der Kommittent nicht etwa das Recht, ohne Weiteres in das Geschäft einzutreten; das ist nur durch Cession des Beauftragten oder durch Uebereinkunft aller drei Interessenten zu erreichen (Volze 2 Nr. 906).

Anm. 15. Ob der Beauftragte in eigenem oder in fremdem Namen abgeschlossen hat, ist ebenfalls aus den Umständen zu entnehmen; doch ist hier davon auszugehen, daß derjenige, der kontrahirt, das Geschäft gegen sich gelten lassen muß, so lange bis er beweist, daß er nicht in eigenem Namen gehandelt hat (vergl. hierüber Anm. 4 im Exkurse zu § 58). Auch der Umstand, daß der Kommissionär seinen Auftraggeber genannt hat, ist nicht absolut entscheidend für das Vollmachtsverhältniß, hindert jedenfalls das Bestehen des Kommissionsverhältnisses nicht, wenn die sonstigen Umstände dafür sprechen (R.O.H. 22 S. 25). Wenn aber der Beauftragte dem Dritten gegenüber erklärt, daß er „für Rechnung" seines Machtgebers handle, so wird hieraus meist entnommen werden müssen, daß er auch im Namen des Machtgebers handle (vergl. Anm. 57 im Exkurse vor § 373; Hahn § 17 Art. 360; R.O.H. 2 S. 402; 22 S. 25).

6. **Gewerbsmäßig.** Für diesen Begriff gilt das in Anm. 13 flg. zu § 1 Gesagte. Danach entscheidet sich auch die hier entstandene Streitfrage, ob zum Wesen jedes einzelnen Kommissionsgeschäfts die Entgeltlichkeit gehört. Grünhut (bei Endemann III S. 163) will dies annehmen, jedoch mit Unrecht. Auch das aus Gefälligkeit übernommene Einzelgeschäft kann zum Zwecke des Gewerbebetriebes übernommen sein (zust. R.G. 33 S. 110). Freilich darf sich die Gefälligkeit nicht aus dem Rahmen des Gewerbebetriebes ganz herausheben und nicht ihre Quelle lediglich in Verwandtschaft oder Freundschaft haben (R.O.H. 9 S. 428). Anm. 16.

Anm. 17. Da Gewerbsmäßigkeit gefordert ist, so ist die gelegentlich erfolgte Uebernahme des Abschlusses eines Kaufgeschäfts kein Kommissionsgeschäft, es wird jedoch nach den gleichen Regeln beurtheilt, wenn es ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes übernimmt (§ 406).

7. **Uebernehmen** muß die Person den Abschluß der Geschäfte. Es frägt sich, wie dieses Uebernehmen juristisch zu konstruiren ist. Gareis, Vorbemerk. zu § 383 und die Denkschrift S. 232 erachten einen Dienstvertrag für vorliegend. Sieht man den Unterschied zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag mit Hachenburg (Werkvertrag und Dienstvertrag, Mannheim 1898 S. 42) darin, daß der Uebernehmer sich verpflichtet, den Erfolg herbeizuführen, so könnte man angesichts der §§ 396 und 384 versucht sein, an einen Werkvertrag zu denken. Anm. 18.

---

[1]) Das ist ein Zweifel ganz anderer Art, als oben Anm. 9. Dort ist zweifelhaft, ob ein Auftrag vorliegt zum Abschluß eines Kaufs oder ein Kaufvertrag, hier steht fest, daß ein Auftrag vorliegt, und zweifelhaft ist, ob der Auftrag dahin ging, es solle nur für Rechnung des Machtgebers oder auch in seinem Namen abgeschlossen werden.

Denn nach § 396 erhält der Kommissionär seine Provision nur dann, wenn das Geschäft ausgeführt, also der Erfolg herbeigeführt ist, nach § 384 aber ist er verpflichtet, das Geschäft auszuführen. Allein die Vereinbarung der Vergütung nach Maßgabe des Erfolges ist für den Werkvertrag nicht entscheidend, auch ein nach Stücklohn bezahlter Akkordarbeiter schließt darum noch keinen Werkvertrag ab; der § 384 aber legt den Ton nicht darauf, daß der Kommissionär sich verpflichtet, das Geschäft auszuführen, sondern darauf, daß er diejenige Thätigkeit, zu welcher er verpflichtet ist, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und unter Wahrung der Interessen des Kommittenten auszuüben hat. Sind aber diese beiden Gesetzesstellen nicht entscheidend für den Begriff des Werkvertrages, bleibt vielmehr der Zweifel, ob Werkvertrag oder Dienstvertrag, immer noch bestehen, so erscheint es geboten, sich für den Dienstvertrag zu entscheiden. Dafür spricht einmal der Umstand, daß man sich im Zweifel überhaupt dafür zu entscheiden hat (vergl. Planck Anm. III, 5 zu § 611 B.G.B.), besonders aber dann, wenn es sich um ein Vertrauensverhältniß handelt, was ja hier in ganz besonderem Maße der Fall ist, und endlich spricht dafür, daß auch die Denkschrift, also der Verfasser des Gesetzbuches, sich dafür entschieden hat.

Anm. 19. Es liegt also ein Dienstvertrag vor, und zwar ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag, auf welchen also gemäß § 675 B.G.B. eine Reihe von Regeln über den Auftrag Anwendung finden.

Zusatz 1. Die grundsätzlichen Wirkungen des Kommissionsgeschäfts.

Anm. 20. **A. Die obligatorischen Wirkungen.**

1. **Zwischen den Kommissionär und dem Dritten** entsteht ein unmittelbares Rechtsverhältniß. Je nachdem der Kommissionär als Käufer oder als Verkäufer aufgetreten ist, hat er die Rechte und Pflichten des einen oder des anderen gegenüber dem dritten Kontrahenten.

Besonders aber ist zu erwähnen, daß der Kommissionär dem dritten Kontrahenten gegenüber auch zur Geltendmachung der Interesseforderung des Kommittenten ohne Weiteres, also ohne Cession der Rechte des Kommittenten legitimirt ist. (R.O.H. 11 S. 260; 14 S. 400; 22 S. 253; R.G. 12 S. 112; 27 S. 126; 40 S. 174 und 187; Dernburg II S. 59.)

Anm. 21. 2. **Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten** entstehen keinerlei Rechtswirkungen. Der Kommissionär wird Gläubiger aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte, auch wenn der Dritte wußte, daß der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten handelte (R.G. 32 S. 41). Der Kommittent kann daher sein Interesse gegen den Dritten ohne Cession vom Kommissionär nicht geltend machen (R.G. 1 S. 314; 2 S. 167). Wegen eines in der Person des Kommittenten entstandenen Irrthums oder wegen einer gegen diesen verübten Täuschung kann das Geschäft nicht angefochten werden (R.O.H. 22 S. 253). Hat der Kommittent die Täuschung verübt, so richtet es sich nach § 123 B.G.B., ob daraus der Dritte ein Anfechtungsrecht herleiten kann. Was die Haftung des Dritten gegenüber dem Kommittenten aus unerlaubter Handlung betrifft, so wird z. B. ein gegen den Kommissionär verübter Betrug den Kommittenten wohl berechtigen, direkt gegen den Dritten auf Schadensersatz zu klagen. Denn das ist, obwohl der Kommissionär nur in seinem eigenen Namen aufgetreten ist, ein direkt gegen die Rechtssphäre des Kommittenten gerichteter rechtswidriger, unerlaubter Eingriff. Denn der Kommissionär handelte ja nur für dessen Rechnung. Die Haftung aus § 823 B.G.B. greift hier Platz. (Das in Anm. 25 im Exkurse zu § 349 Gesagte muß nach dieser Richtung berichtigt, das Urtheil des R.O.H. 19 S. 196 auch für das neue Recht für zutreffend erklärt werden.)

Anm. 22. 3. **Das Verhältniß des Kommittenten zum Kommissionär.** Es ist, wie oben Anm. 18 dargelegt, nach unserer Ansicht ein Dienstvertrag, und zwar ein solcher über eine Geschäftsbesorgung. Hieraus und aus den folgenden Paragraphen ergeben sich die Einzelheiten des Rechtsverhältnisses zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär. Nur über zwei Punkte muß hier etwas Besonderes gesagt werden.

Anm. 23. a) **Der Widerruf.** Der Kommittent kann das Kommissionsverhältniß, wenn es ein Werkvertrag ist, widerrufen, bis das Geschäft ausgeführt ist (§ 649 B.G.B.). Sieht man

es als Dienstvertrag an, so ist man, um ein jederzeitiges Widerrufsrecht zu konstruiren, auf die §§ 675 und 627 B.G.B. angewiesen (so Denkschrift S. 232). Dann muß man aber die Ausführung des Kommissionsgeschäfts als Dienste höherer Art erachten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, was freilich nicht ganz unbedenklich ist, aber doch den Anschauungen der Denkschrift entspricht. Erblickt man darin einen Werkvertrag, so wäre, wie gesagt, der Widerruf durch den Kommittenten jederzeit möglich, der Kommissionär könnte jedoch die vereinbarte Vergütung verlangen (§ 649 B.G.B.) unter Abzug der ersparten Aufwendungen oder dessen, was er durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

Der Widerruf der Verkaufskommission berechtigt zur Klage auf Rückgabe des Gutes, zu deren Begründung nicht der Nachweis gehört, daß dem Kommissionär Ansprüche nicht mehr zustehen; vielmehr ist dies Sache des Einwandes des Kommissionärs, und zwar auf Grund seiner Rechenschaftspflicht (R.O.H. 5 S. 282; 7 S. 382). Der Widerruf setzt voraus, daß das Geschäft noch nicht ausgeführt ist (R.O.H. 5 S. 280). Daß es ausgeführt und der Widerruf daher nicht mehr zulässig sei, hat der Kommissionär zu beweisen, wiederum auf Grund seiner Rechenschaftspflicht (R.O.H. 7 S. 382; 16 S. 305). Der Widerruf kann auch in der Klage erklärt werden, insbesondere liegt er in der Klage auf Herausgabe des Kommissionsguts (R.O.H. 16 S. 305). Sieht man das Kommissionsverhältniß als ein Dienstverhältniß an, so ist die Kündigung auch Seitens des Kommissionärs jederzeit zulässig nach § 627 B.G.B. Thut er dies ohne wichtigen Grund zur Unzeit, so wird er schadensersatzpflichtig. Hat sich der Kommissionär in ein dauerndes Verhältniß zum Kommittenten begeben, so wird an diesen Grundsätzen nichts geändert. Anm. 24.

Durch den Konkurs des Kommittenten wird das Kommissionsverhältniß aufgehoben (§ 23 K.O.). Sein Inhalt besteht ja lediglich in der Uebernahme von Geschäftsbesorgungen. Da diese Uebernahmen aufgehoben sind, so ist damit das ganze Kommissionsverhältniß gelöst. Aber nach § 26 K.O. besteht ein Anspruch des Kommissionärs auf Entschädigung. Durch den Konkurs des Kommissionärs ist das Verhältniß nicht ohne Weiteres gelöst, hier greifen vielmehr die §§ 17 ffg. K.O. Platz. Anm. 25.

b) Die Annahme kollidirender Aufträge ist dem Kommissionär verwehrt. Das folgt aus seiner ganzen Vertrauensstellung (vergl. § 384, nach früherem Recht R.O.H. 7 S. 90). Anm. 26.

B. Die dinglichen Wirkungen des Kommissionsverhältnisses d. h. die Frage des Ueberganges von Eigenthum und Besitz. Anm. 27.

1. Diese Wirkungen sind im H.G.B. nicht geregelt. Es entscheiden daher die sonstigen Bestimmungen. Gegenwärtig befaßt sich damit, soweit es sich um Werthpapiere handelt, § 7 des Bankdepotgesetzes, d. h. des Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere vom 5. Juli 1896, nach welchem die Absendung des Stückeverzeichnisses vom Kommissionär an den Kommittenten Eigenthumsübergang bewirkt. Doch ist hiermit weder eine absolute Zeitgrenze, noch eine absolute Voraussetzung für den Eintritt des Eigenthumsüberganges festgesetzt worden. Vielmehr gelten daneben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Eigenthumsübergang, und zwar steht der § 7 des Depotgesetzes mit den sonstigen einschlägigen Vorschriften des Civilrechts in einem Verhältnisse gegenseitiger Subsidiarität: immer kommt diejenige Vorschrift im Einzelfall zur Geltung, nach welcher der Kommittent das Eigenthum früher erwirbt (§ 7 des Depotgesetzes). Außerdem kommen die sonstigen Vorschriften des Civilrechts bei allen übrigen Gegenständen außer Werthpapieren allein zur Anwendung.

2. Dies vorausgeschickt, sind nun der § 7 des Depotgesetzes und die Vorschriften des sonstigen bürgerlichen Rechts des Näheren zu betrachten. Anm. 28.

a) Der § 7 des Bankdepotgesetzes bestimmt, daß mit der Absendung des Stückeverzeichnisses[1]) das Eigenthum an den verzeichneten Papieren auf den Kommittenten übergeht, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt war.

α) Die Absendung des Stückeverzeichnisses entscheidet. Darunter ist der Zeitpunkt gemeint, wo der Bankier alles gethan hat, was von seiner Seite zur Uebermittlung der Erklärung an den Kommittenten erforderlich ist, also die Uebergabe an den Boten oder die Einwerfung in den Briefkasten oder die Abgabe der Depesche an den Telegraphenbeamten. Dagegen ist es gleichgiltig, ob die Nachricht sich bereits auf dem Transport befindet.

Anm. 29. β) Das Stückeverzeichniß muß abgesendet sein. Für die Form desselben schreibt § 3 des Depotgesetzes vor, daß es die Gattung, den Nennwerth, die Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmale enthalten muß. Nicht vorgeschrieben und nicht nöthig ist die Unterschrift (Rießer, Depotgesetz S. 32). Es ist eben für die obligatorische Verpflichtung der Uebersendung des Stückeverzeichnisses, also auch für die dinglichen Wirkungen des übersandten Verzeichnisses nichts weiter erforderlich, als daß es genügende Unterscheidungsmerkmale enthält, um die Grundlage für die Eigenthumsübertragung bestimmter Werthpapiere zu bilden.

Anm. 30. γ) Die Absendung des Stückeverzeichnisses bewirkt den Eigenthumsübergang, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt war. Darin liegt zunächst eine mit den allgemeinen Rechtsvorschriften übereinstimmende und dieselben klarstellende Einschränkung, indem daraus hervorgeht, daß die Absendung des Stückeverzeichnisses keine Uebergabe im Sinne des § 366 H.G.B. ist und demgemäß den Kommittenten zum Eigenthümer nicht macht, wenn der Kommissionär nicht berechtigt war, über die Papiere zu verfügen, auch wenn der Kommittent dies gutgläubig annahm. Aber andererseits liegt darin eine Erweiterung der civilrechtlichen Grundsätze über die Eigenthumsübertragung. Denn der Kommissionär macht hiernach durch die Absendung des Stückeverzeichnisses den Kommittenten zum Eigenthümer der Werthpapiere auch dann, wenn er sie nicht selbst in seinem Besitze hat, sondern nur berechtigt ist, über die Papiere zu verfügen, z. B. wenn er selbst die Papiere in dieser Weise erworben hatte, sie aber noch bei seinem Kommissionär ruhen. Es hat z. B. der Provinzialbankier im Auftrage seines Kunden 1000 Mk. Konsols durch den Centralbankier angeschafft. Dieser hat ihm ein Stückeverzeichniß übersandt. Der Provinzialbankier ist dadurch Eigenthümer, aber nicht körperlicher Besitzer geworden; er könnte also zwar eine Uebergabe durch Anweisung, aber nicht ein constitutum possessorium an den Stücken vollziehen, da sie ja nicht in seiner Gewahrsam sind. Aber er überträgt durch die Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigenthum — eine neue Art der Eigenthumsübertragung.

Anm. 31. b) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Diese entscheiden über die dinglichen Wirkungen, insbesondere über den Eigenthumsübergang beim Kommissionsgeschäft insoweit, als nicht etwa der § 7 des Depotgesetzes im Einzelfalle den Kommittenten in Bezug auf den Zeitpunkt des Eigenthumserwerbes und die Bedingungen desselben günstiger stellt.

Der § 7 des Depotgesetzes bezieht sich aber nur auf Werthpapiere. Danach liegt die Sache wie folgt:

Der Einkaufskommissionär wird Eigenthümer der gekauften Waare. Der Kommittent hat zunächst nur einen obligatorischen Anspruch auf Ausantwortung des Kommissionsgutes, sodaß der Kommissionär auch zunächst in der Lage ist, über das eingekaufte Kommissionsgut weiter zu verfügen, wenn er nur im Stande ist, es wieder zu ersetzen (Obertribunal Band 17 S. 19, Plenum; 52 S. 437; R.O.H. 16 S. 212

---

[1]) Ueber die obligatorische Pflicht zur Absendung des Stückeverzeichnisses und die Folge der Nichtabsendung vergl. Anm. 45 zu § 384.

und 269; 19 S. 78; R.G. 5 S. 1 ffg.; 11 S. 56; R.G. in Strafsachen 2 S. 186; vergl. auch unsere eingehenden Ausführungen in Anm. 37 im Exkurse zu § 58, welche wir auch gegenüber Langen, Eigenthumserwerb und Verlust, Marburg 1900 aufrecht erhalten; vergl. endlich für das neue Recht Denkschrift S. 236, 237).

Besonders gilt dies von Geld. Dieses erwirbt der Kommissionär zum Eigen- Anm 32.
thum und kann daher eine Unterschlagung daran nicht begehen (R.G. in Strafsachen 3 S. 150). Aber auch von sonstigen generisch bestimmten Objekten gilt dasselbe, wenn auch das R.G. in seinen Entscheidungen entgegen der Auffassung des R.O.H. angenommen hat, daß der Kommittent bei generisch bestimmten Objekten das Recht auf Ausantwortung der gekauften Spezies habe. Denn immerhin kann bei der steten Möglichkeit, gleichwerthige Sachen zu substituiren, das an sich unberechtigte Substituiren noch keine rechtlichen Konsequenzen haben. Das sogenannte Depotfixen (Veräußerung des Kommissionsgutes im eigenen Interesse) ist hiernach so lange nicht unerlaubt, als das Kommissionsgut nicht durch Uebertragung Eigenthum des Kommittenten geworden ist und sofortige Ergänzung aus dem sonstigen vorhandenen Effektenbestande stattfindet oder doch fortdauernde Ergänzungsmöglichkeit vorhanden ist, nicht aber ohne diese Bedingung, etwa bloß deshalb, weil es sich um Fungibilien handelt; doch können die Parteien vereinbaren, daß stets bloß ein obligatorischer generischer Anspruch besteht, wie letzteres die Bankiers meist vereinbaren (R.G. 5 S. 1; 19 S. 159; 35 S. 46). Auch kann, solange keine Besitzübertragung erfolgt ist, der Kommittent im Konkurse des Kommissionärs kein Aussonderungsrecht geltend machen, sondern ist gewöhnlicher Konkursgläubiger, selbst wenn er das Einkaufs-Kommissionsgut schon bezahlt hat (Laband in G.Z. 9 S. 458; R.O.H. 7 S. 23).

Zur Besitz- und Eigenthumsübertragung auf den Kommittenten bedarf es eines Anm. 33.
besonderen Traditionsaktes, wozu allerdings auch die Besitzübergabe des § 930 B.G.B., das constitutum possessorium, genügt. Dieses kann der Kommissionär auch mit sich selbst vollziehen nach § 181 B.G.B. Und im Zweifel ist er verpflichtet, die Uebergabe mindestens in dieser Weise zu vollziehen, es ist dazu nichts weiter erforderlich, als daß irgendwie nach außen erkennbar geworden ist, daß er den Besitz oder das Eigenthum auf den Kommittenten übertragen wolle, also Spezialisirung der Stücke (gesonderte Verwahrung ꝛc.; vergl. näheres Anm. 13 und 37 im Exkurse zu § 58; ferner Denkschrift S. 237).

Einer Anzeige an den Kommittenten, daß dies geschehen ist, bedarf es nicht, Anm. 34.
um diesen Uebergabeersatz zur Perfektion zu bringen, sodaß der Kommittent durch diese Spezialisirung unter Umständen früher das Eigenthum erwirbt, als nach § 7 des Depotgesetzes. Unter Umständen aber auch später; denn zur Spezialisirung ist naturgemäß erforderlich, daß der Kommissionär die Stücke in seiner Gewahrsam hat, während die Uebersendung des Stückeverzeichnisses nach § 7 des Depotgesetzes das Eigenthum auch dann überträgt, wenn der Kommissionär die Gewahrsam nicht hat, sofern er nur berechtigt ist, über die Stücke zu verfügen (vergl. oben Anm. 30).

Auch durch Cession des Herausgabeanspruchs kann die Uebergabe erfolgen Anm. 35.
(§ 931 B.G.B.).

Daß der Verkaufskommissionär nicht ohne Weiteres Eigenthümer des Kommissionsgutes wird, ist selbstverständlich. Anders, wenn er erklärt, als Selbstkontrahent eingetreten zu sein. Sobald er über das Kommissionsgut verfügt, greifen die Vorschriften über den Schutz gutgläubigen Erwerbes zu Gunsten des Erwerbers Platz (§§ 932 ffg. B.G.B.; § 366 H.G.B.). Dabei ist, woran hier erinnert werden mag, der Erwerber als redlich zu betrachten, auch wenn er wußte, daß der Kommissionär als solcher veräußert, also nicht nothwendig Eigenthümer sein muß oder gar nicht Eigenthümer ist. (Vergl. Anm. 17 ffg., Anm. 31 ffg., Anm. 58 ffg. zu § 366).

Ohne Uebertragung auf den Erwerber kann eine Veränderung des Eigenthums Anm. 36.
an den einem Kommissionär zum Verkaufe anvertrauten Sachen durch deren untrenn-

bare Vermischung und Vermengung mit anderen, dem Auftraggeber nicht gehörenden Sachen bewirkt werden. Zu einer solchen Vermischung ist der Kommissionär im Zweifel nicht berechtigt. Erfolgt sie gleichwohl, so entsteht unter den bisherigen Eigenthümern Miteigenthum nach dem Verhältnisse des Werths, welchen die Sachen zur Zeit der Verbindung hatten (§§ 948 Abs. 1; 947 Abs. 1 B.G.B.), außer wenn eine der Sachen nach der Verkehrsanschauung als Hauptsache anzusehen ist, in welchem Falle das Eigenthum an der Nebensache untergeht und der Eigenthümer der Hauptsache alleiniger Eigenthümer des Produkts der Vermischung wird, während er dem früheren Eigenthümer der Nebensache nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung haftet (§§ 947 Abs. 2; 951 Abs. 1 B.G.B.). Ueber alles dieses vergl. Langen in seiner oben Anm. 31 citirten Schrift S. 110. Ihm ist auch darin beizutreten, daß die gleichen Grundsätze bei baarem Gelde gelten, nur daß an baarem Gelde wohl schwerlich eine Verkaufskommission bestehen wird, und selbst wenn eine solche besteht, so wird die Absicht wohl sicherlich dahin gehen, daß der Kommissionär das ihm übersandte Geld mit eigenem oder fremdem vermischen kann, wenn er nur die einzutauschenden Münzen eintauscht und an den Kommittenten übersendet.

Anm. 37. **Zusatz 2. Welches örtliche Recht findet auf das Kommissionsverhältniß Anwendung?** Da es sich um einen auf Geschäftsbesorgung gerichteteten Vertrag handelt, für diesen aber in den wesentlichen Punkten die Regeln vom Auftrag gelten sollen, so ist in dieser Hinsicht anzunehmen, daß die Regeln vom Auftrag Anwendung finden. Die Kommission ist also dort zu erfüllen, wo der Kommissionär wohnt (Bolze 1 Nr. 34; 36; 37; 2 Nr. 22; 4 Nr. 26; Burchard S. 111; vergl. Anm. 29 zu § 384). Demgemäß kommt auch das dort geltende Recht zur Anwendung (vergl. Anm. 5 im Exkurse zu § 382). Insbesondere gilt dies auch für die Verjährung (R.O.H. 14 S. 258; R.G. 1 S. 125; 2 S. 13; 9 S. 225; Burchard S. 119).

Anm. 38. **Zusatz 3. Ueber das Zustandekommen des Kommissionsverhältnisses** gilt nichts Besonderes. Doch ist darauf aufmerksam zu machen, daß für das Zustandekommen von Geschäftsbesorgungsverträgen, zu denen ja der Kommissionsvertrag gehört (oben Anm. 19), Besonderes gilt, nämlich wenn einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb die Besorgung von Geschäften für Andere mit sich bringt, ein Antrag über Besorgung solcher Geschäfte von jemandem zugeht, mit dem er in Geschäftsverbindung steht (§ 362) und wenn einem Kaufmann ein Auftrag über die Besorgung von Geschäften von jemandem zugeht, dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat (§ 362) — in diesen beiden Fällen gilt Schweigen, d. h. Unterlassen unverzüglicher Ablehnung als Annahme des Antrages —; ferner in dem Falle, daß, ohne daß der Thatbestand des § 362 H.G.B. vorliegt, jemandem ein Geschäftsbesorgungsauftrag zugeht, der zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich oder dem Auftraggeber dazu erboten hat (§ 663 B.G.B.) — in diesem Falle gilt zwar das Schweigen, das Unterlassen unverzüglicher Ablehnung nicht als Annahme, verpflichtet aber zum Schadensersatz. — Das Nähere hierüber ist von uns zu § 362 H.G.B. auseinandergesetzt.

Anm. 39. Dazu ist aber ferner zu bemerken, daß im Börsenverkehr regelmäßig telegraphische Ablehnung erforderlich sein wird, damit der Auftrag noch während der Börsenzeit einem anderen Kommissionär ertheilt werden kann.

Anm. 40. Kommissionsaufträge, die sofort auszuführen sind, werden durch die Ausführung angenommen (Bolze 2 Nr. 916; vergl. Anm. 55 und 58 im Exkurse zu § 361). Dagegen besteht eine allgemeine Pflicht zur Uebernahme von Kommissionen für den Kommissionär nicht. Doch kann sie durch Handelsgebrauch in gewissem Umfange bestehen. Sie besteht z. B. nach den Anschauungen des Handelsstandes für den Bankier insoweit, als er bei Spekulationsgeschäften verpflichtet ist, dasjenige Geschäft auszuführen, durch welches das schwebende Engagement gelöst wird und welches daher das Risiko des Bankiers nicht erhöht (R.G. vom 14. Juli 1897 in J.W. S. 471), sondern vermindert, sowie überhaupt alle diejenigen Geschäfte, welche der Kommittent aufgiebt und wodurch das durch ein vereinbartes Depot gedeckte Risiko nicht erhöht wird (vergl. R.O.H. 15 S. 282; Bolze 12 Nr. 390).

§ 384.

Der Kommissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.

Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph regelt im Allgemeinen die Verpflichtungen des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten. Im Abs. 1 ist ihm die Verpflichtung auferlegt, das Geschäft sorgfältig auszuführen, und dabei das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen und seine Anweisungen zu befolgen, im Abs. 2 ist ihm die Verpflichtung auferlegt, dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben und Rechenschaft zu ertheilen und den Vortheil des Geschäfts an den Kommittenten abzuliefern. Im Abs. 3 ist die Rechtsfolge der Unterlassung einer hauptsächlichen Anzeige aufgestellt.

Dabei ist nicht außer Acht zu lassen, daß auch schon bei Ertheilung des Kommissionsauftrages der Kommissionär verpflichtet ist, in entsprechender Weise aufzutreten, d. h. das Interesse dessen, der ihm seine Interessen anvertraut, zu wahren. Diese letztere Seite der Sache behandeln wir ebenfalls und zwar naturgemäß an erster Stelle.

Anm. 1.

I. **Schon bei der Auftragsertheilung darf der Kommissionär nicht gegen das Interesse des Kommittenten handeln.** Er muß sich dessen bewußt sein, daß es ein Vertrauensverhältniß ist, welches eingegangen werden soll. Schon das Ertheilen des Kommissionsauftrages ist eine Vertrauenssache, und der Kommissionär darf daher schon bei der Ertheilung des Kommissionsauftrages nichts thun, was einer Verletzung der Interessen des Kommittenten gleichkommt. Er darf daher nicht durch Verheimlichung oder falsche Angaben den Kommittenten dazu bestimmen, ihm einen Auftrag zum Einkaufe zu einem höheren Preise zu ertheilen, wenn er bereits ein Angebot auf Erwerbung zu einem niedrigeren Preise hat (R.G. 43 S. 113; vergl. über dieses Urtheil Anm. 4 zu § 387). Er muß bei dem Rathe oder der Auskunft, die er dem Kommittenten bei Ertheilung des Kommissionsauftrages giebt, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns beobachten (R.G. 19 S. 100; 27 S. 123; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 525). Er haftet hierbei auch für die Versehen und Vergehen seiner Gehilfen und Bevollmächtigten, da es sich um eine rechtsgeschäftliche Pflicht, also um eine Erfüllungspflicht handelt, obwohl es eine Thätigkeit bei Abschluß eines Vertrages ist (vergl. Anm. 26 im Exkurse zu § 58).

Anm. 2.

II. (Abs. 1). **Die Pflicht zur Ausführung des Geschäfts mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns unter Wahrung der Interessen des Kommittenten und Befolgung seiner Anweisungen.**

1. **Er hat das Geschäft auszuführen.** Richtiger würde es heißen: er hat den Auftrag auszuführen durch Abschluß des kommittirten Geschäfts. Es kann aber die Absicht der Parteien auch dahin gehen, daß der Kommissionär das Geschäft nicht bloß abzuschließen, sondern auch zu realisiren hat. So z. B. wenn der Verkaufskommissionär die Waare zugesendet erhält; alsdann gehört es zu seinen Pflichten, auch die Uebergabe der Waare an den

Käufer zu bewirken. Oder es kann der Einkaufskommissionär beauftragt sein, die eingekaufte Waare zu übernehmen und für Uebersendung an den Kommittenten Sorge zu tragen. Das ist alles Thatfrage (vergl. R.O.H. 1 S. 84; 20 S. 316). Bei Werthpapieren, die der Bankier auf Grund der Einkaufskommission in Verwahrung oder Depot nimmt, besteht die Pflicht der Ausloosungskontrole (O.L.G. Frankfurt in G.Z. 38 S. 227).

Anm. 3. Ueber die Zeit der Ausführung lassen sich allgemeine Regeln nicht geben; unter Umständen folgt schon aus der Art des gewählten Korrespondenzmittels (telegraphisch), daß sofortige Ausführung verlangt wird. Börsenkommissionen müssen an der Börse des Tages, an welchem der Auftrag eingeht, erledigt werden.

Anm. 4. In der Regel hat der Kommissionär das Geschäft selbst auszuführen. Uebertragung der ganzen Kommission an einen Andern ist ihm regelmäßig nicht gestattet. Gehilfen und Bevollmächtigte kann er sich aber regelmäßig zugesellen. Ueber die Haftung für Versehen derselben gilt hier dasselbe, wie in den Anm. 27—31 im Exkurse zu § 58. Für den Kommissionär besonders gilt die Entscheidung R.O.H. 11 S. 146.

Anm. 5. 2. **Er hat die Weisungen des Kommittenten zu befolgen.** Der Auftrag ist für den Kommissionär oberste Richtschnur. Gegen den Willen des Kommittenten darf er überhaupt nicht handeln. Ausdrückliche Befehle muß er befolgen. Thut er dies, so ist er von der Verantwortlichkeit frei; thut er dies nicht, so braucht der Kommittent das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen, der Kommissionär haftet noch obendrein für Schadensersatz (§ 385) und kann sich nicht damit entschuldigen, daß er in gutem Glauben war, er handle zum Vortheil des Kommittenten (R.O.H. 6 S. 313; R.G. 6 S. 53).[1]) Unter welchen Umständen er von den Weisungen des Kommittenten abweichen darf, darüber siehe zu § 385.

Anm. 6. Abschluß zu günstigeren Bedingungen ist regelmäßig keine Abweichung, weil der Auftrag regelmäßig dahin zu interpretiren ist, daß die aufgegebenen Bedingungen wenn möglich zu erzielen sind (R.O.H. 12 S. 187); indessen kann auch nach dieser Richtung ein imperatives Mandat vorliegen, so z. B. wenn der Kommittent ein besonderes Interesse daran hat, besonders niedrige Preise zu normiren, etwa um seinem Artikel schnell ein Absatzgebiet zu verschaffen (Hahn § 10 zu Art. 361).

Anm. 7. Der Inhalt des Auftrages ist auszulegen nach §§ 131 u. 157 B.G.B. Insbesondere ist in Ermangelung abweichender Abreden das Geschäft in der am Orte der Niederlassung des Kommissionärs üblichen Weise auszuführen, bei Börsengeschäften also so, daß beide Kontrahenten, der Kommissionär und der Dritte dort zu erfüllen haben (Bolze 8 Nr. 355). Der Auftrag „bestmöglichst zu verkaufen", schließt nicht die Ermächtigung in sich, in Auktion verkaufen zu lassen, das ist nicht der normale Weg zur Verwerthung einer Waare (O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 226).

Anm. 8. 3. **Er hat das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen.** Dasselbe muß dem Kommissionär höher stehen als das seinige. In Kollisionsfällen hat er jenem den Vorzug zu geben (Hahn § 5 zu Art 361). Er darf daher z. B. den Verkauf der Waare nicht unterlassen, um sein Pfandrecht zu schützen (R.O.H. 10 S. 187). Das ist überall da wichtig, wo er eine Spezialinstruktion nicht hat oder wo er in statthafter Abweichung von der Instruktion handelt.

Anm. 9. 4. **Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.** Das folgt daraus, daß der Kommissionär Kaufmann ist (§ 1 N. 6). Daß er jene Sorgfalt angewendet habe, muß, wenn der intendirte Zweck des Geschäfts nicht erreicht ist, er, der Kommissionär, beweisen. Das folgt aus seiner Rechenschaftspflicht (R.O.H. 8 S. 34; 10 S. 189; 14 S. 401; 19 S. 215; 25 S. 73; vergl. Anm. 13 zu § 347). Eine Umkehrung der Beweislast kann jedoch in Folge von Verzögerungen des Kommittenten eintreten (R.O.H. 21 S. 262) und überhaupt, wenn der Kommittent dem Kommissionär schuldhafter Weise die Beweisführung

---

[1]) Doch gilt dies unbeschadet der Verpflichtung, durch Ertheilung der erforderlichen Nachrichten auf die Aenderung der Instruktion hinzuwirken (vergl. unten Anm. 10).

unmöglich gemacht oder erschwert hat (vergl. R.G. 20 S. 6). Die Rechtsfolge der Verletzung der Sorgfaltspflicht ist die Verpflichtung zum Schadensersatze, soweit nicht andere Rechtsfolgen angeordnet sind, vergl. §§ 385, 386 (Anm. 11 zu § 347). Konkurrirendes Verschen des Kommittenten kann auf die Pflicht zum Schadensersatze von Einfluß sein (§ 254 B.G.B.). Doch ist auch hierbei davon auszugehen, daß der Kommissionär bemüht sein muß, die Folgen der Versehen des Kommittenten abzuwenden (R.O.H. 4 S. 205).

III. (Abs. 2.) **Er hat dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere ihm die Ausführung des Auftrags unverzüglich anzuzeigen.** Anm. 10.

1. **Die erforderlichen Nachrichten** sind außer der hier hervorgehobenen Anzeige über die Ausführung des Auftrags die Nachrichten über alle diejenigen Umstände, die für den Kommittenten in Ansehung des Geschäfts von Wichtigkeit sind, die für ihn bestimmend sein können, um hinsichtlich des Geschäfts Dispositionen zu treffen, so insbesondere über den Zustand der Waare bei ihrem Eintreffen (R.H.O. 22 S. 78), vornehmlich aber von Veränderungen der Sachlage (Hahn § 7 zu Art. 361): in Bezug auf die Preiskonjunkturen, die Bonität der bezeichneten Abnehmer, die eingetretene Schwierigkeit von Transportverhältnissen, relavante Thatsachen über die Beschaffenheit des anzuschaffenden Gegenstandes (R.G. 27 S. 123). Die Angabe der gekauften Spezies, insbesondere der gekauften Nummern der Werthpapiere, gehört nicht, wie Willenbücher Anm. 3 zu Art. 361 meint, zu den erforderlichen Nachrichten, die der Kommissionär unaufgefordert geben muß, sondern zur Auskunftsertheilung, die er auf *Erfordern* zu geben hat. Vergl. unten Anm. 17 ffg. Anders dürfte die Sache bei der Kommission zum Einkauf von Loospapieren liegen.

2. **Insbesondere die unverzügliche Ausführungsanzeige.** Anm. 11.

a) *Die Anzeige ist sofort zu machen.* Das bedeutet hier dasselbe, wie in § 377, d. h. jeder durch den ordnungsmäßigen Geschäftsgang nicht motivirte Verzug schadet. Im Börsenverkehr wird meist telegraphische Benachrichtigung erforderlich sein.

b) *Die Anzeige braucht nur abgesendet zu werden.* Die Gefahr der Ankunft der Anzeige trägt der Kommittent. Nur muß natürlich die Absendung ordnungsmäßig erfolgen: also mittelst des richtigen Transportmittels (Post oder Telegraphie) und mittelst richtiger Adresse. Der eingeschriebene Brief braucht gewöhnlich nicht gewählt zu werden. Das ist hier nicht geschäftsüblich. (So auch Förtsch Anm. 7 zu Art. 361). Anm. 12.

c) *Die Ausführungsanzeige darf nicht bloß einen allgemeinen Inhalt haben.* Sie muß vielmehr den Namen des Dritten, mit welchem das kommittirte Geschäft geschlossen wurde, enthalten, oder sie muß erkennen lassen, ob der Kommissionär als Kontrahent eingetreten ist. Ist sie so allgemein gehalten, daß sie nur die Anzeige enthält, das Geschäft sei ausgeführt, so gilt sie als Anzeige des Abschlusses mit einem Dritten (§ 405). In diesem Falle, sowie in dem Falle, daß sie zwar die Anzeige des Abschlusses mit einem Dritten enthält, den Dritten aber nicht namhaft macht, tritt die Rechtsfolge des Abs. 3 ein (vergl. unten Anm. 32). Anm. 13.

d) *Unterlassung der unverzüglichen Anzeigepflicht* berechtigt den Kommittenten regelmäßig zum Anspruch auf Schadensersatz, sie bewirkt nicht Nichtigkeit des Geschäfts (R.O.H. 11 S. 43), berechtigt auch nicht zum Widerruf des Geschäfts (Bolze 2 Nr. 910) und hat nicht zur Folge, daß der Kommissionär seiner Ansprüche (auf Vorschuß und Auslagen) ohne Weiteres verlustig geht (Bolze 2 Nr. 912). Auch kann vor der Anzeige der Kommissionär jedenfalls keinen Anspruch gegen den Kommittenten erheben. Unter Umständen kann die Unterlassung der Anzeige allerdings auch zur Folge haben, daß der Kommittent das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Das ist dann der Fall, wenn nach Lage der Sache die Ausführungsanzeige zur Ausführung des Geschäfts selbst gehört, z. B. wenn der Abschluß in das Ermessen des Bankiers gestellt ist (R.H.O. 18 S. 317; 22 S. 183; R.G. 14 S. 123). Hier liegt erst in der Ausführungsanzeige dem Kommittenten gegenüber die Manifestirung des Willens des Kommissionärs, das Geschäft für ihn machen zu wollen. Anm. 14.

Anm. 15. 3. **Unaufgefordert** muß der Kommissionär die erforderlichen Nachrichten geben. Eine Erkundigungspflicht des Kommittenten besteht nicht (R.H.O. 18 S. 313; 22 S. 183), Anders bei der Rechenschaftspflicht unten Anm. 17.

Anm. 16. 4. **Hat der Kommissionär eine erforderliche Nachricht nicht gegeben,** so wird er schadensersatzpflichtig. Mitunter hat es auch zur Folge, daß der Kommittent das Geschäft nicht anzuerkennen braucht (vergl. oben Anm. 14). Hat er gar eine falsche Nachricht gegeben oder einen unsachgemäßen Rath unter Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, so wird er sicher schadensersatzpflichtig.

Anm. 17. IV. (Abs. 2.) **Er muß dem Kommittenten Rechenschaft über das Geschäft ablegen,** doch nur auf Erfordern, obwohl dies letztere jetzt nicht mehr betont ist.

1. Der Begriff geht weiter, als der der Rechnungslegung. Die Pflicht umfaßt die Verpflichtung zu jeder Auskunft und Ausweisung, die den Umständen nach erforderlich ist, unter Umständen auch zur vollständigen Rechnungslegung mit Belägen (§ 259 B.G.B.).

Anm. 18. 2. Zur Auskunftsertheilung gehört insbesondere die Bezeichnung der gekauften Spezies, bei Werthpapieren die Angabe der Nummern (R.G. 5 S. 6) und in allen Fällen die Nennung desjenigen, mit welchem das Geschäft geschlossen wurde (Obertribunal 20 S. 158), nicht aber auch der Nachweis, daß die abgeschlossenen Geschäfte wirklich von vornherein für den Kommittenten bestimmt gewesen waren und sich als solche, etwa durch Eintragung in die Bücher, manifestirt hätten (O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 266).

Anm. 19. 3. Belege hat der Kommissionär insbesondere dann beizubringen, wenn er im Besitze von schriftlichen Belägen ist oder ohne Schwierigkeit dieselben beschaffen kann (R.O.H. 22 S. 4), es sei denn, daß es sich um übliche und unbedeutende Sachen handelte (Stempel, Kosten, Courtage, Lagergeld, Prämie) — R.H.O. 10 S. 187 —. Zu den Belägen gehören insbesondere die Originalfakturen (O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 226). Unbedingt erforderlich sind die Beläge für die Rechnungslegung nur, soweit sie ertheilt zu werden pflegen (§ 259 B.G.B.). Im Uebrigen folgt aus der Nichterbringung derselben nur, daß die betreffende Ausgabe so lange nicht geltend gemacht werden kann, als sie nicht anderweit bewiesen wird (R.O.H. 7 S. 92).

Anm. 20. 4. Die Rechenschaftspflicht besteht auch dann, wenn der Kommissionär del credere steht (Obertribunal 20 S. 162).

Anm. 21. 5. Die Rechenschaftspflicht besteht auch dann, wenn der Kommissionär das Geschäft nicht ausführt.

Anm. 22. 6. Der Einwand, daß der Kommittent dem Kommissionär (aus einem anderen Geschäft) seinerseits Rechenschaft zu geben hat, ist nicht stichhaltig (vergl. R.H.O. 16 S. 48).

Anm. 23. 7. Von mehreren gemeinschaftlich Berechtigten kann jeder als Individualrecht die Rechenschaft an die Gemeinschaft geltend machen (Plenarentscheidung des Obertribunals 22 S. 136; vergl. § 432 B.G.B.).

Anm. 24. 8. Die Rechnungslegungspflicht ist erledigt mit der Abwicklung des Geschäfts (Str.Arch. 40 S. 103). Insbesondere gilt dies von der Billigung des Saldos. Zur weiteren Aufbewahrung der Beläge ist der Kommissionär regelmäßig nicht verpflichtet, nur unter besonderen Umständen, wenn die Gutschriften nach Lage der Sache nur als vorläufige zu betrachten waren, kann auch aus der Unterlassung der nachträglichen Aufbewahrung dem Kommissionär ein Vorwurf gemacht werden, aber auch hier nicht immer, vielmehr ist die Thatsache der bereits gelegten Rechnung nicht außer Betracht zu lassen (R.G. 21 S. 82). Der Pflicht zur Aufbewahrung der Beläge ist der Kommissionär ferner überhoben, wenn der Kommittent sich bei der Rechnung ohne Beläge beruhigt, es würde der bona fides widerstreiten, wenn er sie nach längerer Zeit fordern würde, nach deren Ablauf der Kommissionär zur Beschaffung außer Stande ist (R.H.O. 4 S. 352; 10 S. 191). Nach vorbehaltlos genehmigter Rechnungslegung kann der Kommittent auch nicht mehr Angabe des Dritten fordern, mit welchem der Kommissionär abgeschlossen hat

(Bolze 1 Nr. 949). Doch kann erneute Rechnungslegung und Auskunft verlangt werden, wenn der Kommissionär erwiesenermaßen eine falsche Auskunft ertheilt hat (Bolze 2 Nr. 913).

9. Der Anspruch auf Rechnungslegung verjährt in derjenigen Weise, in welcher der Hauptanspruch verjährt. Anm. 25.

10. Die Pflicht zur Rechnungslegung kann auch erlassen werden, im Voraus oder nachträglich. Einen nachträglichen Verzicht erblickt das R.G. z. B. darin, daß der Kommittent Jahre lang die Anzeigen des Kommissionärs entgegennahm und auch nach Aufhören der Geschäftsverbindung Jahre vergehen ließ, ohne nähere Auskunft zu verlangen (Bolze 8 Nr. 435). Bei nachgewiesener Unredlichkeit aber wird dieser Erlaß hinfällig (R.O.H. 17 S. 209; Bolze 8 Nr. 435). Anm. 26.

V. (Abs. 2.) **Er hat dem Kommittenten dasjenige herauszugeben, was dieser aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat.** Anm. 27.

1. Der Rechtsgrund der Leistung ist der Kommissionsauftrag und die Ausführung des kommittirten Geschäfts. Diesen Rechtsgrund hat der Kommittent zu beweisen, insbesondere, daß die verlangte Sache aus dem kommittirten Geschäft herrührt (Hahn § 20, zu Art. 361). Bei einer species braucht hierzu nichts weiter dargethan zu werden, als die Ertheilung des Auftrages auf Beschaffung der Sache und der Erwerb der Sache durch den Kommissionär. Daß der Erwerb gerade in Erledigung des Auftrages erfolgt sei, das zu beweisen hat der Kommittent nicht mehr nöthig, vielmehr müßte alsdann der Kommissionär den Gegenbeweis führen (R.O.H. 15 S. 264). Das Gleiche muß gelten, wenn es sich um ein genus handelt, welches gewisse Besonderheiten an sich trägt, und das vom Kommissionär abgeschlossene Geschäft der Kommission genau entspricht (Hahn § 20 zu Art. 361).

2. Gegenstand der Leistung ist die Ablieferung der vereinnahmten Gelder, die Rückzahlung nicht absorbirter Vorschüsse, die Cession der Forderungen, die Indossirung oder sonstige Uebertragung von Wechseln, die Uebertragung der erworbenen Sachen zum Eigenthum und die Uebergabe der Pfänder. Hat der Kommissionär zu günstigeren Bedingungen abgeschlossen, so gebührt der Vortheil dem Kommittenten (§ 387; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 892). Anm. 28.

3. Die Modalitäten der Leistung: insbesondere Transportgefahr und Erfüllungsort. Für Geldsendungen gilt in beiderlei Hinsicht zu Gunsten des Kommissionärs, daß er an seinem Wohnorte zu erfüllen, allerdings für Absendung des Geldes Sorge zu tragen hat, aber nicht auf seine Kosten und Gefahr (vergl. Anm. 37 zu § 383). Bei Sachen, insbesondere Werthpapieren, gilt gegen ihn ebenfalls die Pflicht der Uebersendung, wenigstens an auswärtige Kommittenten (R.O.H. 20 S. 303), aber ebenfalls nicht auf seine Kosten und ohne Transportgefahr (R.O.H. 1 S. 84). Die Niederlassung des Kommissionärs ist beiderseitiger Erfüllungsort (R.G. 10 S. 91; 12 S. 36; 23 S. 412; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 658); auch dann, wenn er als Selbstkontrahent eintritt (R.G. 23 S. 413; Bolze 8 Nr. 355; 17 Nr. 289; R.G. vom 26. Januar 1895 in J.W. S. 128). Dort kann demgemäß auch gegen den Kommittenten und gegen den Kommissionär geklagt werden (R.G. 23 S. 413; Bolze 8 Nr. 720; R.G. vom 26. Januar 1895 in J.W. S. 128). Dort ist der Sitz der Obligation auch für die Frage des maßgebenden Rechts (R.G. vom 1. April 1896 in J.W. S. 284). Anm. 29.

4. Die Folgen der Nichtleistung. Die Folgen der Zögerung sind Ersatz des Zögerungsschadens, bei Geldzahlungen insbesondere Verzugszinsen. Bei Sachleistungen ist der Schade besonders zu substantiiren. Es kann insbesondere bei Werthpapieren der Kommittent nicht einfach die Kursdifferenz bis zum Ablieferungstage verlangen, vielmehr muß dargethan werden, daß der Kommittent wirklich das Werthpapier verkauft haben würde (R.O.H. 9 S. 138; 11 S. 17). Darüber, ob der Kommittent beim Erfüllungsverzuge des Kommissionärs ein Rücktrittsrecht hat, siehe Anm. 10 zu § 397. Anm. 30.

5. Die Klage auf die Leistung setzt nicht die Klage auf Rechnungslegung voraus. Vermag der Kommittent sein Guthaben auch ohne Rechnungslegung zu beziffern, so kann er es einklagen (R.O.H. 5 S. 228; 12 S. 367) und dem Kommissionär die Geltend- Anm. 31.

machung höherer Gegenansprüche überlassen (R.O.H. 7 S. 379; Hahn § 17 zu Art. 361 Anm. 34). Die Klage auf Leistung setzt auch nicht etwa, die vorherige Befriedigung des Kommissionärs voraus, sondern es kann das Petitum auf Herausgabe gegen Zahlung Zug um Zug gerichtet werden (R.O.H. 5 S. 287).

Ob im Prozesse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär die Vorlegung der Handlungsbücher des Kommissionärs verlangt werden kann, darüber vergl. Anm. 1 zu § 45).

Anm. 32. VI. (Abs. 3.) **Die Folgen der Nichtnamhaftmachung des Dritten bei der Ausführungsanzeige.**

1. Die Vorschrift greift Platz in allen Fällen, wo der Auftrag als durch Abschluß mit dem Dritten ausgeführt gilt, also a.) einmal da, wo der Kommissionär erklärt hat, er habe das Geschäft durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt, den Dritten aber nicht namhaft gemacht hat; ferner b.) dann, wenn der Kommissionär nur im Allgemeinen die Ausführung des Geschäfts angezeigt hat (das ist der Fall des § 405 Abs. 1); endlich c.) dann, wenn der Kommissionär einen Dritten namhaft macht, aber nicht den richtigen Dritten, denn auch in diesem Falle hat er den Dritten, nämlich den wahren dritten Kontrahenten nicht namhaft gemacht. Dabei ist zu a zu bemerken, daß eine Namhaftmachung dann vorliegt, wenn die Bezeichnung des Dritten so deutlich ist, daß der damit verbundene Zweck erreicht werden kann, nämlich die Ergreifung derjenigen Maßregeln, welche mit Rücksicht auf die Person des Käufers oder Verkäufers zur Sicherung der Vertragserfüllung geeignet sind (R.G. 23 S. 103). Die Bezeichnung an Herrn Müller oder an Herrn Fritz Schulze in Berlin wird nicht genügen (Breit S. 192). Zu b.) ist zu bemerken, daß unser Abs. 3 nicht etwa zu der Annahme führen kann, als trete die Haftung nur ein, wenn der Kommissionär thatsächlich mit einem Dritten abgeschlossen hat (Cosack S. 222; Rudorff).

Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall der unterlassenen Ausführungsanzeige (Breit, das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, S. 190).

Anm. 33. **Der Einfluß des Irrthums** ist in den einzelnen Fällen ein verschiedener. Nach früherem Recht wurde angenommen, daß die Erklärung, man habe mit dem Dritten kontrahirt, nachträglich zurückgenommen werden könne, wenn man beweise, sie beruhe auf Irrthum, und daß alsdann noch der Selbsteintritt erklärt werden könne (R.G. 6 S. 54 und Anm. 1). Das kann auf den neuen Rechszustand nicht ohne Weiteres übertragen werden.

a) Macht der Kommissionär eine allgemeine Ausführungsanzeige, so ist der Selbsteintritt jedenfalls abgelehnt. Denn dieser muß ausdrücklich erklärt sein, und das ist nicht geschehen, gleichviel aus welchem Grunde (vergl. Anm. 3—5 zu § 405). Der Kommissionär kann nicht einwenden, er habe in Wahrheit eintreten wollen, denn dazu giebt es eben eine bestimmte Form, die nicht beobachtet ist. Die Nichtbeobachtung der Form hat aber gleichzeitig die Folge, daß die allgemeine Ausführungsanzeige als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten gilt, und auch diese Folge kann der Kommissionär nicht abwenden mit dem Einwande, er habe dies nicht erklären wollen. Denn diese Folge tritt von selbst, von Gesetzes wegen, unabhängig von seinem Willen ein. Er kann auch nicht sagen, er hätte die allgemeine Ausführungsanzeige nicht gewählt, wenn er gewußt hätte, daß er mit einem Dritten nicht kontrahirt habe. Das ist Irrthum im Motive. Breit S. 202 will das nicht gelten lassen; er behandelt diesen Fall ebenso, wie den zu b, und will darauf keinen Werth legen, daß im Falle a eine allgemeine Ausführungsanzeige vorliegt, die nicht eine Anzeige ist, daß mit einem Dritten kontrahirt sei, sondern deren Rechtsfolgen nur dieselben sein sollen, wie eine Anzeige, es sei mit einem Dritten abgeschlossen.

Anm. 34. b) Zeigt der Kommissionär an, er habe mit einem Dritten kontrahirt, sagt aber nicht, mit wem, so kann er diese Erklärung zurücknehmen, wenn sie erweislich auf Irrthum beruht. Damit wendet er natürlich auch die Folge ab, daß er für das Geschäft haftet. Er kann vielleicht auf Schadensersatz haften, weil er überhaupt nicht ausgeführt hat.

Aber er kann in den geeigneten Fällen nachträglich ausführen durch Abschluß mit einem Dritten oder auch durch Selbsteintritt.

c) Zeigt er an, daß er mit einem Dritten kontrahirt hat, benennt aber einen unrichtigen Dritten, so kann er diesen Irrthum berichtigen. Der Selbsteintritt ist in solchem Falle abgelehnt und die Folge des Abs. 3, Haftung auf Erfüllung, ist abgewendet. Anders natürlich, wenn seine Angabe bewußt unrichtig war (vergl. wegen des Irrthums in der allgemeinen Ausführungsanzeige oben Anm. 33). Anm. 35.

2. Die Folge der Nichtnamhaftmachung ist: Haftung für die Erfüllung des Geschäfts. Anm. 36. Mit anderen Worten: der Kommittent hat das Recht, den Kommissionär auf Erfüllung des Geschäfts in Anspruch zu nehmen.

a) Der Kommittent hat das Recht dazu. Verpflichtet ist er nicht, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Er kann sich vielmehr, wenn er dies vorzieht und es der Wahrheit entspricht, auf den Standpunkt stellen, daß der Kommissionär in Wahrheit mit einem Dritten nicht abgeschlossen habe, und in Folge dessen die Kommission als nicht ausgeführt betrachten und das Geschäft zurückweisen. Denn den Selbsteintritt hat der Kommissionär in solchem Falle durch die Form seiner Ausführungsanzeige jedenfalls abgelehnt, mag die Anzeige dahin lauten, das Geschäft sei mit einem Dritten abgeschlossen, oder nur allgemein, das Geschäft sei ausgeführt. Denn auch in letzterem Falle gilt dies als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten. In beiden Fällen aber gilt der Selbsteintritt als abgelehnt (Anm. 3—5 zu § 405). Hat nun aber der Kommissionär mit einem Dritten nicht abgeschlossen, so ist das Geschäft überhaupt nicht ausgeführt, und dies kann der Kontrahent geltend machen (Motive zum Börsengesetz S. 72; vergl. R.G. 6 S. 54).

b) Macht der Kommittent von seinem Rechte Gebrauch, so tritt eine Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung des Geschäftes ein. Diese Haftung hat einen verschiedenen Charakter, je nachdem das Geschäft thatsächlich durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen ist oder nicht. Anm. 37.

Hat der Kommissionär das Geschäft thatsächlich durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen — diesen Dritten namhaft zu machen, ist der Kommissionär verpflichtet, wie er ja zu jeder Rechenschaft dem Kommittenten verpflichtet ist, § 400 Abs. 2 greift nicht Platz; vergl. unten Anm. 39 —, so stellt die Haftung des Kommissionärs eine gesetzliche Delkrederehaftung dar. Der Kommissionär hat selbstverständlich die Pflicht, dem Kommittenten alle Ergebnisse des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts zu übermitteln, insbesondere auch die Forderungen an den Dritten auf Verlangen zu cediren. Aber er haftet darüber hinaus auch noch selbst für die Erfüllung, er kann sich also nicht begnügen mit der Uebermittlung der Geschäftsergebnisse an den Kommittenten. Insoweit liegt, wie gesagt, eine Delkrederehaftung vor. Aber er haftet nicht bloß für diejenigen Verpflichtungen, die er dem Dritten auferlegt hat, sondern für alle diejenigen, die er pflichtgemäß dem Dritten hätte auferlegen sollen (vergl. R.O.H. 22 S. 238; R.G. 4 S. 92). Er haftet also nicht bloß für die Erfüllung des thatsächlich mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts, sondern des Geschäfts, wie er es mit dem Dritten hätte abschließen sollen. Hat er es anders, ungünstiger, abgeschlossen, als er es hätte pflichtgemäß abschließen sollen, so haftet er insoweit als Selbstschuldner (zust. Breit S. 199).

Das soeben Gesagte gilt in gleicher Weise, wenn er das Geschäft überhaupt nicht mit einem Dritten abgeschlossen hat. Hier haftet er lediglich als Selbstschuldner. Anm. 38.

Diese Selbstschuldnerschaft ist keine Bürgschaft, weil es ja an einem Hauptschuldner fehlt, auch keine Delkrederehaftung, denn auch diese setzt die Haftung eines Dritten voraus; aber auch kein Selbstkontrahiren; zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär kommt in diesem Falle kein Kaufgeschäft zu Stande. Es liegt vielmehr eine

Haftung für die Existenz und Erfüllung von Kaufansprüchen vor, die existirt hätten, wenn der Kommissionär seine Pflicht gethan hätte (vergl. Motive zum Börsengesetz S. 72), eine Haftung sui generis, die vergleichbar ist der Haftung des Pseudo-Stellvertreters nach § 179 B.G.B. (vergl. Breit S. 194).

Anm. 39. Weil kein Selbsteintritt vorliegt, deshalb greift auch die Ausnahmebestimmung des § 400 Abs. 2 nicht Platz, wonach die Rechenschaftspflicht beschränkt ist; vielmehr hat der Kommissionär in diesem Falle die volle Rechenschaftspflicht des Kommissionärs. Er muß also, anders als nach §§ 400 u. 401, erforderlichen Falls darthun, daß es unmöglich war, einen höheren Preis zu erzielen.

Anm. 40. Weil kein Selbsteintritt vorliegt, deshalb greift auch die Ausnahmsbestimmung des § 403 nicht Platz. Zwar die Provision wird man ihm wohl zubilligen müssen, da auch die Haftung für die Erfüllung des Geschäfts eine Art Erfüllung des Kommissionsauftrags ist (anders Breit S. 204). Aber die gewöhnlichen Unkosten wird man ihm jedenfalls dann nicht zubilligen können, wenn er selbst keine bezahlt hat — denn das ist ein Privilegium des selbsteintretenden Kommissionärs —, wohl aber wenn er die Unkosten selbst aufgewendet hat, da der Kommittent durch die mangelhafte Ausführungsanzeige zwar keinen Schaden, aber auch keinen ungerechtfertigten Vortheil haben soll. Eine Delkredereprovision dagegen wird man dem Kommissionär in keinem Falle zugestehen können, weil keine Uebernahme des Delkredere im Sinne des § 394 vorliegt, sondern eine gesetzliche Rechtsfolge der ordnungswidrigen Ausführungsanzeige. Dagegen hat der selbsthaftende Kommissionär das Pfandrecht des Kommissionärs, da er ja nicht aufhört, Kommissionär zu sein.

Anm. 41. c) Die Erklärung des Kommittenten über die Ausübung des Wahlrechts zwischen Zurückweisung und Haftbarmachung des Kommissionärs (vergl. zu a.) ist unwiderruflich (vergl. Hahn in G.Z. 29 S. 9; R.G. 6 S. 53). Hat der Kommittent einmal erklärt, daß er Erfüllung beanspruche, so hat auch der Kommissionär gegen ihn die sich hieraus ergebenden Rechte, d. h. er kann auch seinerseits auf Erfüllung bestehen (Breit S. 196, 197). Hat er umgekehrt erklärt, daß er Erfüllung nicht beanspruche, so verliert er dadurch das Recht auf Erfüllung. Aber durch andere Erklärungen verliert er dieses Recht nicht, namentlich auch nicht dadurch, daß er Nennung des Dritten fordert oder auch den ihm nachträglich benannten Dritten zunächst in Anspruch nimmt. Es bleibt ihm daher unbenommen, wenn er im Konkurse des Dritten ausfällt, auf den Kommissionär zurückzugreifen (Breit S. 200).

Anm. 42. 3. **Die Rechtsfolge der Nichtnamhaftmachung ist definitiv.** Der Kommissionär kann die einmal eingetretene Rechtsfolge der mangelnden Ausführlichkeit und Deutlichkeit seiner Anzeige nicht mehr abwenden durch Nachholung des Versäumten. Der Kommittent hat daher das gedachte Wahlrecht zeitlich unbeschränkt (vergl. R.G. 4 S. 96). Die Motive zum Börsengesetz (S. 71) drücken sich dahin aus, daß die Erklärung des Kommissionärs, welche als abgegeben gilt, unwiderruflich ist.

Anm. 43. 4. **Die Unterlassung der Namhaftmachung eines Dritten hat beim Einkaufskommissionär noch eine andere Folge nach § 3 des Depotgesetzes.** Die Frist zur Uebersendung des Stückeverzeichnisses ist nämlich in diesem Falle eine andere als sonst. Es ist nur zu bemerken, daß § 3 des Depotgesetzes alle Fälle umfaßt, in denen ein Dritter nicht namhaft gemacht ist, nicht bloß den Fall allgemeiner Anzeige ohne die Meldung, daß mit einem Dritten abgeschlossen ist, nicht bloß den Fall der Anzeige, daß mit einem Dritten abgeschlossen ist, aber ohne Nennung des Dritten, sondern auch den Fall, daß der Selbsteintritt erklärt ist. Ja es scheint an diesen letzten Fall im § 3 des Depotgesetzes hauptsächlich gedacht und — im Gegensatz zu § 74 des Börsengesetzes, jetzt § 405 H.G.B. — davon ausgegangen zu sein, daß die Nichtnennung des Dritten den Selbsteintritt bedeute (Rießer, Depotgesetz S. 32).

Anm. 44. **Zusatz 1. Ob der Kommissionär die Verpflichtung hat, in Vorschuß zu gehen,** darüber siehe Anm. 14 zu § 396.

Zusatz 2. Eine weitere Verpflichtung des Kommissionärs ist statuirt in § 3 und § 5 des Bankdepotgesetzes bei der Einkauf- und Umtauschkommission von Werthpapieren: die Pflicht zur **Uebersendung des Stückeverzeichnisses.** Im Wesentlichen ist bestimmt: Anm. 45.

1. Bei der Einkaufskommission: Der Kommissionär hat die Pflicht der Uebersendung jenes Verzeichnisses innerhalb 3 Tagen. Die Frist beginnt, wenn der Kommissionär bei der Ausführungsanzeige einen Dritten als Verkäufer namhaft gemacht hat, mit dem Erwerbe der Stücke, sonst mit Ablauf des Zeitraums, innerhalb dessen der Kommissionär nach der Ausführungsanzeige die Stücke hätte beziehen können. Auf die Frist kann, wenn der Kommittent selbst Bankier, beliebig verzichtet werden, schriftlich oder mündlich, auch stillschweigend, speziell oder allgemein, von sonstigen Kommittenten nur ausdrücklich, schriftlich und bezüglich des einzelnen Auftrags. Das Verzeichniß ist auch dann zu übersenden, wenn der Kommissionär noch nicht befriedigt ist und auch nicht Stundung ertheilt hat. Er mag in solchem Falle ein Pfandrecht haben, aber das Eigenthum muß er übertragen. Der rechtsgiltige Verzicht auf das Stückeverzeichniß hat nicht nothwendig, jedoch (gegen Neukamp bei Holdheim 1898 S. 139) präsumtiv den Verzicht auf die Eigenthumsübertragung zur Folge; sprechen aber die Umstände gegen den letzteren Verzicht, so muß der Kommissionär auf andere Weise das Eigenthum übertragen, kann es aber thun unter Wahrung seines Pfandrechts, also durch constitutum possessorium (Lusensky, Bankdepotgesetz S. 63; Rießer, Bankdepotgesetz S. 38). Die Nichtabsendung des Stückeverzeichnisses giebt dem Kommittenten das Recht, das Geschäft zurückzuweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Doch muß er sich dieses Recht dadurch erhalten, daß er a.) den Kommissionär auffordert, das Stückeverzeichniß abzusenden, b.) wenn dies innerhalb 3 Tagen nicht geschieht, innerhalb weiterer 3 Tage erklärt, daß er von jenem Rechte Gebrauch machen will.
2. Bei der Umtauschkommission hat der Kommissionär das Stückeverzeichniß binnen 2 Wochen nach Empfang der Stücke abzusenden. Sonst verliert er das Recht auf Provision. Auf das Stückeverzeichniß kann auch hier verzichtet werden, hier stets in jeder den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechenden Art. Anm. 46.
3. Ueber die dingliche Wirkung der Absendung des Stückeverzeichnisses siehe Anm. 28 ffg. zu § 383. Anm. 47.

§ 385.

Handelt der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet; der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen.

Die Vorschriften des § 665 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

Der Paragraph behandelt die Rechtsfolgen des Nichthandelns gemäß dem Auftrage des Kommittenten.[1]) Der Paragraph enthält die für alle Arten von Auftragswidrigkeiten geltende Regel. Der folgende Paragraph regelt eine spezielle Art der Auftragswidrigkeit, die Limitoüberschreitung. Einleitung.

1. **Voraussetzung ist Nichthandeln gemäß den Weisungen des Kommittenten.** Es handelt sich also um die Verletzung der im ersten Abs. des § 384 statuirten Rechtspflicht. Anm. 1.
   a) Nichthandeln gemäß den Weisungen liegt zunächst dann vor, wenn der Auftrag nicht ausgeführt ist. Benutzt z. B. der Verkaufskommissionär eine sich ihm darbietende Verkaufsgelegenheit nicht, und bleibt infolgedessen die Waare unverkauft, so haftet er für den Schaden (Bolze 3 Nr. 619).

---

[1]) Auch hier ist ein übernommener Auftrag vorausgesetzt. Ueber die Pflicht zur Uebernahme vergl. Anm. 40 zu § 383.

Anm. 2. b) Nichthandeln gemäß den Weisungen liegt ferner vor, wenn der Auftrag ausgeführt wird, aber nicht in Uebereinstimmung mit dem Inhalte des ertheilten Auftrages. Gemeint sind nicht bloß diejenigen Vertragspflichten, welche der Kommissionär ausdrücklich, sondern auch diejenigen, die er stillschweigend übernommen hat (z. B. die aus dem Vertrage sich etwa ergebende Verpflichtung zur sofortigen Ausführung des Auftrages). Beide Arten von Vertragspflichten umfaßt der erste Abs. des § 384, dessen Ergänzung der vorliegende Paragraph bildet.

Anm. 3. c) Ein weiteres Requisit ist im Gesetze nicht aufgestellt. Es fragt sich jedoch, ob nicht schuldhaftes Verhalten Voraussetzung des Paragraphen ist. Für das Recht der Zurückweisung besteht dieselbe nicht (Förtsch Anm. 5 zu Art. 362; Cosack S. 218). Für die Schadensersatzpflicht ergiebt sich jedoch diese Voraussetzung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Förtsch Anm. 4 zu Art. 362; Cosack S. 218). Indessen liegt ein solches schon in der bewußten Abweichung vom Inhalte des Auftrages. Wer den Auftrag nicht ausführt, kann sich nicht damit entschuldigen, daß es ihm nach Lage der Sache am angemessensten erschien, die Ausführung zu unterlassen. Nur die Unmöglichkeit der Ausführung könnte ihn hier entschuldigen. Wer den Auftrag anders ausführt, als aufgetragen, hat auch diese Entschuldigung nicht. Denn war es nicht möglich, den Auftrag auszuführen, so mußte er die Ausführung ganz unterlassen und durfte nicht eine andere Art der Ausführung wählen (Hahn § 2 zu Art. 362). Vergl. jedoch unten Anm. 11.

Anm. 4. d) Vorausgesetzt ist endlich, daß die Abweichung vom Auftrage nicht unwesentlich war (vergl. R.O.H. 20 S. 323). Z. B. der Bankier ist beauftragt, an der Börse zu kaufen, er kauft ebenso vortheilhaft außerhalb der Börse (Bolze 1 Nr. 948).

Anm. 5. e) Liegt nicht auftragswidriges Verhalten in dem zu a, b, c, u. d dargelegten Sinne vor, sondern Verletzung allgemeiner gesetzlicher oder vielmehr nicht wesentlicher Pflichten bei Ausführung des Auftrages oder gar bloß Ungebühr nach ordnungsmäßiger Ausführung des Auftrages (z. B. Ausübung eines nicht zustehenden Retentionsrechts), so ist das Präjudiz nur Schadensersatzpflicht (einen Fall der letzteren Art behandelt R.O.H. 20 S. 322) — Cosack S. 218 —.

Anm. 6. 2. **Die Rechtsfolgen** sind: Recht auf Schadensersatz und auf Zurückweisung des Geschäfts.

a) Nur diese beiden Rechte sind erwähnt. Ein Recht zum Rücktritt vom ganzen Kommissionsvertrage ist im Gesetze nicht erwähnt. Das Gesetz spricht nicht aus, daß das auftragswidrige Verhalten des Kommissionärs den Kommittenten ohne Weiteres zum Rücktritt berechtigt oder verpflichtet. Er muß daher regelmäßig trotz des auftragswidrigen Verhaltens beim Kommissionsvertrage stehen bleiben, muß sich regelmäßig gefallen lassen, daß der Kommissionär das Geschäft nachträglich auf andere Weise ausführt, und kann dies regelmäßig auch verlangen. Nur unter besonderen Umständen, deren Beurtheilung Sache richterlichen Ermessens ist, kann das ordrewidrige Verhalten auch den Rücktritt zur Folge haben, so insbesondere, wenn die nachträgliche Ausführung des Geschäfts den Vertragszweck nicht erfüllen würde. Dieser Gedanke ist es, dem das R.O.H. in seinem Erkenntnisse Bd. 20 S. 323 Ausdruck giebt.

Anm. 7. b) Das Recht zur Zurückweisung des Geschäfts. Dasselbe wird genügend geltend gemacht durch Mißbilligung, eine ausdrückliche Erklärung, daß man das Geschäft nicht für eigene Rechnung gelten lassen wolle, ist nicht erforderlich (R.O.H. 16 S. 252). Die Folge der Zurückweisung ist, daß der Kommittent auch die für dieses Geschäft gemachten Verwendungen und die Provision für dasselbe nicht zu zahlen braucht (Hahn § 2 zu Art. 362). Die Zurückweisung des Geschäfts ist nicht etwa der Rücktritt vom Kommissionsvertrage. Vielmehr muß sich der Kommittent in den geeigneten Fällen gefallen lassen, daß der Kommissionär nunmehr ein den Weisungen entsprechendes Geschäft abschließt und der Kommitent kann dies auch verlangen.

Anm. 8. c) Das Recht auf Schadensersatz. Der Nachweis des zugefügten Schadens und des ursächlichen Zusammenhanges zwischen demselben und dem auftragswidrigen Verhalten des Kommissionärs liegt dem Kommittenten ob. Dagegen hat der Kommissionär

den Exkulpationsbeweis, wenn er bei Nichtausführung oder nicht gehöriger Ausführung des Auftrages sich gleichwohl entschuldigen will.

3. **Die Rechtsfolgen werden beseitigt:** Anm. 9.

a) durch Genehmigung des Geschäfts. Der Kommittent hat das Recht, das auftragswidrige Geschäft zu genehmigen, nicht aber die Pflicht dazu. Die Genehmigung liegt nicht schon in dem bloßen Schweigen auf die Anzeige. Die Anzeige von der auftragswidrigen Ausführung des Geschäfts ist vielmehr eine neue Offerte, und diese wird durch das Schweigen nicht ohne Weiteres acceptirt. Der § 386 Abs. 1 ist nicht zu verallgemeinern (R.O.H. 2 S. 83; 10 S. 377). Zur Genehmigung gehört vielmehr, wenn sie nicht ausdrücklich erfolgt, eine weitere konkludente Handlung (R.G. v. 28. Mai 1883 bei Puchelt Anm. 6 zu Art. 362). Will aber der Kommittent das auftragswidrige Geschäft genehmigen, so muß er dies pure thun. Behält er sich Schadensansprüche aus der Auftragswidrigkeit vor, so liegt darin eine Ablehnung der Genehmigung und eine neue Offerte seinerseits. Genehmigt er pure, so ist damit der Anspruch auf Schadensersatz wegen der Auftragswidrigkeit beseitigt. Wohl aber kann sich der Kommittent Schadensansprüche aus der schuldhaften Ausführung des Geschäfts, wie es ausgeführt ist, vorbehalten (Hahn § 10 zu Art. 362), und auch ohne solchen Vorbehalt verbleiben ihm trotz der Genehmigung des auftragswidrigen Geschäfts die Ansprüche der letzteren Art (Keyßner Anm. 7 zu Art. 362).

b) durch Erbieten des Kommissionärs, das Zuwenig oder Zuviel zu ersetzen. Anm. 10. Der Grundsatz des § 386 Abs. 2 muß verallgemeinert werden. Ueberall, wo die Auftragswidrigkeit lediglich in einer Quantitätsdifferenz besteht, kann der Kommissionär die Rechtsfolgen der auftragswidrigen Geschäftsführung dadurch beseitigen, daß er sich (wenn auch nur eventuell) zur Erstattung der Differenz erbietet (Hahn §§ 3—6 zu Art. 362). Das Erbieten muß aber sofort bei der Anzeige der Ausführung geschehen, nicht, nachdem der Kommittent das Geschäft bereits wegen Auftragswidrigkeit zurückgewiesen hat (Hahn § 3 zu Art. 362). Ob ein einfaches Erbieten genügt oder Realanbieten erforderlich, ist Thatfrage (Hahn § 7 zu Art. 362). Ist aber durch die Auftragswidrigkeit ein weiterer Schaden entstanden, so bleibt eine etwa bestehende Schadensersatzpflicht hierdurch unberührt (vergl. § 386 Abs. 2).

4. **Ausnahmsweise ist der Kommissionär berechtigt, gegen die Weisungen des Kommittenten zu handeln,** nämlich unter den Voraussetzungen des im Abs. 2 unseres Paragraphen angezogenen § 665 B.G.B. derselbe lautet: Anm. 11.

> Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Hiernach muß neben den andern Voraussetzungen Gefahr im Verzuge vorliegen; sonst muß der Kommissionär die Entscheidung des Kommittenten abwarten. Die muthmaßliche Billigung des Kommittenten wird er besonders dann annehmen können, wenn die strikte Befolgung der Weisung nicht ausführbar war und die Abweichung Schaden von dem Kommittenten abzuwenden geeignet war (Denkschrift S. 234). Die Beweislast, daß der Ausnahmefall vorliegt, trifft den Kommissionär.

5. **Dagegen ist der Kommissionär in keinem Falle berechtigt, gegen den ausdrücklichen Befehl oder auch nur gegen den muthmaßlichen Willen des Kommittenten zu handeln,** und sei es auch zu seinem vermeintlichen Wohle. Er ist nicht sein Vormund (R.G. 6 S. 53). Anm. 12.

Zusatz. Für das Verhältniß zwischen dem Kommittenten und dem Dritten ist das auftragswidrige Verhalten des Kommissionärs irrelevant. Denn der Kommissionär handelt ja im eigenen Namen. Im Eigenthum und Besitze von Sachen, die der Dritte vom Kommissionär redlich erworben hat, ist derselbe durch § 932 B.G.B. § 366 H.G.B. geschützt. Anm. 13.

§ 386.

Hat der Kommissionär unter dem ihm gesetzten Preise verkauft oder hat er den ihm für den Einkauf gesetzten Preis überschritten, so muß der Kommittent, falls er das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Anzeige von der Ausführung des Geschäfts erklären; anderenfalls gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt.

Erbietet sich der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschieds, so ist der Kommittent zur Zurückweisung nicht berechtigt. Der Anspruch des Kommittenten auf den Ersatz eines den Preisunterschied übersteigenden Schadens bleibt unberührt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph enthält Sonderbestimmungen über die Ueberschreitung des Limito.** Er weicht vom bisherigen Recht besonders insofern ab, als er unter Zusammenfassung der Vorschriften der früheren Art. 363 und 364 die Folgen der Limitoüberschreitung bei der Einkaufs- und bei der Verkaufskommission gleichmäßig regelt.

An sich ist die Limitoüberschreitung lediglich eine Art der Auftragswidrigkeit und fällt daher unter § 385. Der hier vorliegende besondere Fall der Vertragswidrigkeit wird aber unter besondere Vorschriften gestellt (vergl. unten Anm. 5).

Anm. 1. 1. **Vorausgesetzt ist, daß der Kommissionär das Limito überschreitet,** also daß der Verkaufskommissionär unter dem gesetzten Preise verkauft oder daß der Einkaufskommissionär über dem ihm für den Einkauf gesetzten Preise einkauft.

a) Es muß also ein gesetzter Preis vorliegen. Wann ein Limito vorliegt in dem Sinne, daß der Kommissionär unbedingt daran gebunden ist, ist Sache der Auslegung. Nicht jede Preisangabe (in Preiskuranten oder Fakturen) ist als Limito zu betrachten, vielmehr können solche Preisansätze auch als Angabe dienen, welcher Preis wenn möglich erzielt werden soll, welche Erwartungen und Hoffnungen an die Wirksamkeit des Kommissionärs geknüpft werden (R.O.H. 8 S. 32, 119 — Konsignationsfakturen, selbst solche mit der Klausel „netto ab hier" setzen im Zweifel kein Limito —; vergl. Bolze 1 Nr. 957; 11 Nr. 323). Ein Auktionsauftrag mit Durchschnittslimito fällt nicht unter § 386 (R.O.H. 15 S. 435). Höchster Preis am Markttage ist kein Limito, weil erst nach dem Markt ermittelt werden kann, welches der höchste Preis war (Bolze 7 Nr. 514).

Anm. 2. b) Aber auch wenn ein wirkliches Limito vorliegt, ist nicht mit jeder Ueberschreitung desselben die Voraussetzung des vorliegenden Paragraphen gegeben. Vielmehr muß eine unbefugte Ueberschreitung vorliegen. Unbefugt aber ist sie dann nicht, wenn der Kommissionär berechtigt war, von den Weisungen des Kommittenten abzuweichen, wenn also die Voraussetzungen des § 385 Abs. 2 bezw. § 665 B.G.B. vorliegen (Muthmaßliche Billigung des Kommittenten, Gefahr im Verzuge). Dieser § 385 Abs. 2 ist hier zur Ergänzung heranzuziehen, und es ist daraus z. B. zu folgern, daß der Verkaufskommissionär unter dem Limito verkaufen darf, ohne den Rechtsfolgen des § 386 zu verfallen, wenn, was er zu beweisen hat, der Verkauf zu dem gesetzten Preise nicht ausgeführt werden konnte und die sofortige Vornahme des Verkaufs von dem Kommittenten Schaden abgewendet hat (vergl. Anm. zu § 385; Denkschrift S. 254). Insoweit deckt sich also das Ergebniß mit der Vorschrift des Art. 363.

Anm. 3. Der Umstand allein aber, daß die einzukaufende Waare unter dem gesetzten Preise nicht zu haben, die zu verkaufende Waare billiger nicht an den Mann zu bringen war, genügt nicht, um von dem Kommissionär die Rechtsfolgen des § 386 abzuwenden; auch nicht der Einwand, daß die zu verkaufende Waare nicht mehr werth

war, als den erzielten Preis, oder daß in dem erzielten Preise noch ein Gewinn für den Kommittenten liegt. Nur als Beweismomente für die Voraussetzungen des § 665 B.G.B. können solche Umstände in Betracht kommen.

c) Selbstverständlich ist es dem Einkaufskommissionär regelmäßig gestattet, unter dem Limito einzukaufen, dem Verkaufskommissionär, über dem Limito zu verkaufen. Denn das Einkaufslimito bedeutet ja nur: „Nicht über", das Verkaufslimito: „nicht unter". Der Vortheil gebührt natürlich dem Kommittenten (§ 387). Aber es kann auch ein potenzirtes Limito vorliegen, welches zu deuten ist als „lediglich zum gesetzten Preise, nicht darunter und nicht darüber". Kauft aber der Kommissionär in solchem Falle unter dem Limito ein, verkauft der Verkaufskommissionär im solchem Falle über dem Limito, so liegt nicht der Fall unseres Paragraphen, sondern ein Fall der allgemeinen Auftragswidrigkeit nach § 385 vor. Anm. 4.

2. **Die Rechtsfolgen der Limitoüberschreitung** sind auch hier abweichend von § 385 geregelt. Anm. 5.
Dieser die Auftragswidrigkeit des Kommissionärs allgemein regelnde Paragraph bestimmt, daß im Falle der Auftragswidrigkeit der Kommittent das Recht auf Schadenersatz und auf Zurückweisung des Geschäfts haben soll. Diese Rechte werden hier geändert und zwar dahin, daß der Kommittent das Recht auf Zurückweisung nur haben soll, wenn er dasselbe unverzüglich nach Empfang der Ausführungsanzeige erklärt. Geschieht dies nicht, so gilt die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt.

a) Er muß also unverzüglich erklären, d. h. ohne schuldhafte Zögerung (§ 121 B.G.B.). Anm. 6.

Erklären muß er die Zurückweisung d. h. dem Kommissionär gegenüber. Es ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Kommt sie nicht an, so gilt die Erklärung nicht als abgegeben. Die Erklärung, daß er schuldhaft zurückweise, liegt in der Mißbilligung des Geschäfts, wenn diese erkennen läßt, daß der Kommittent es gegen sich nicht anerkennen wolle; es ist nicht erforderlich, daß der Kommittent ausdrücklich erklärt, er lasse das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten (R.O.H. 16 S. 252).

Auf die Anzeige von der Ausführung des Geschäfts muß der Kommittent die Zurückweisung erklären. Er muß also die Anzeige erhalten haben. Erhält er sie nicht, so trifft ihn das Präjudiz der Genehmigung nicht. Die Anzeige muß natürlich, um dieses Präjudiz zu erzeugen, die Limitoüberschreitung erkennen lassen.

b) Das Präjudiz besteht darin, daß der Kommittent das Geschäft nicht mehr zurückweisen kann. Aber nicht bloß darin, sondern auch ferner darin, daß die Abweichung als genehmigt gilt. Es fallen also beide Rechte des § 385 fort: Er muß das Geschäft gegen sich, als für seine Rechnung erfolgt, anerkennen und er darf auch den Schaden, der ihm durch die Limitoüberschreitung erwachsen ist, nicht liquidiren. Denn die Abweichung gilt als genehmigt, d. h. es wird so angesehen, als beruhe sie auf seinem Willen, als sei sie keine Vertragswidrigkeit. Daß der Kommissionär bei der Limitoüberschreitung schuldhaft verfahren sei, daß der Kommittent die diese Schuld begründenden Umstände erst später erfahren hat, alles das ist gleichgiltig. Die Abweichung gilt eben als genehmigt, und wenn der Kommittent dieses Präjudiz beseitigen will, so bleibt es ihm ja unbenommen, das Geschäft zurückzuweisen. Thut er dies nicht, so giebt er damit zu erkennen, daß es seinen Interessen entspricht. Nur in dem Falle des Abs. 2 ist der Anspruch auf Schadenersatz vorbehalten. (Vergl. unten Anm. 9.) Ein Schadensanspruch aus unerlaubter Handlung ist aber natürlich auch im Falle des Abs. 1 unter Umständen denkbar. Anm. 7.

c) Weist er aber das Geschäft unverzüglich zurück, so hat er sich damit einen Weg geebnet, um seine Rechte aus § 385 in vollem Umfange geltend zu machen. Er braucht das Geschäft nicht gegen sich gelten zu lassen und kann Schadenersatz beanspruchen. Anm. 8.

d) Nur in einem Falle fällt das Recht der Zurückweisung trotz Limitoüberschreitung fort wenn nämlich, wie Abs. 2 unseres Paragraphen vorschreibt, Anm. 9.

der Kommissionär sich zugleich mit der Anzeige der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschiedes erbietet. Das Recht der Zurückweisung des Geschäfts fällt dann fort. Der Kommittent muß das Geschäft gelten lassen als für seine Rechnung geschlossen, er erwirbt ferner gegen den Kommissionär den Anspruch auf den Preisunterschied und behält, wie der Klarheit wegen im Abs. 2 hervorgehoben wird, seine Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 385 gegen den Kommissionär.

Anm. 10. **Zusatz. Die Genehmigung der Abweichung kann natürlich auch noch auf andere Weise erklärt werden,** nicht bloß durch das Unterlassen unverzüglicher Zurückweisung des Geschäfts. Allein jede andere Genehmigung wird daraufhin wohl zu prüfen sein, ob damit bloß nachträglich das Geschäft genehmigt oder auch die Abweichung genehmigt und auf jedes Regreßrecht verzichtet werden soll.

§ 387.

Schließt der Kommissionär zu vortheilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm von dem Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zu Statten.

Dies gilt insbesondere, wenn der Preis, für welchen der Kommissionär verkauft, den von dem Kommittenten bestimmten niedrigsten Preis übersteigt oder wenn der Preis, für welchen er einkauft, den von dem Kommittenten bestimmten höchsten Preis nicht erreicht.

Anm. 1. 1. Der Paragraph ist die selbstverständliche Konsequenz der in § 384 dem Kommissionär auferlegten Verpflichtung, im Interesse des Kommittenten zu handeln und allen Vortheil an diesen abzuführen. Gleichwohl wurde die Vorschrift für erforderlich erachtet, weil im Handelsstand häufig andere Anschauungen herrschen, wenigstens nach anderen Anschauungen verfahren wird, indem der Kommissionär dem Kommittenten ohne Rücksicht darauf, ob er billiger eingekauft oder theurer verkauft hat, einfach den gesetzten Preis berechnet. Darauf beruht der sogenannte „Schnitt" des Bankiers. Derselbe verstößt gegen Treu und Glauben und gegen die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen. Er besteht hier darin, daß der Kommissionär mit dem Dritten günstig abschließt und dann zum Limito als Selbstkontrahent eintritt (vergl. hierüber unsere Bemerkungen zu §§ 400 flg.).

Anm. 2. 2. Der Paragraph greift selbstverständlich auch dann Platz, wenn das vom Kommissionär verkaufte Gut aus irgend welchem Grunde zurückkommt und dann zu erhöhtem Preise verkauft wird (R.O.H. 16 S. 133), auch dann, wenn die Waare keinen Marktpreis hat, der Verkaufskommissionär gleichwohl als Selbstkäufer eingetreten ist und dann mehr erzielt (R.O.H. 12 S. 180). Ein dem Kommissionär vom dritten Kontrahenten gewährtes Zahlungsziel ist eine „vortheilhaftere Bedingung" (Obertribunal in Busch Archiv 9 S. 229).

Anm. 3. 3. Es kann aber auch das Gegentheil vereinbart werden, also daß ein Theil des Mehrerlöses dem Kommissionär zufallen soll, als Provision oder als Zuschlag zu derselben (R.O.H. 22 S. 77), auch daß der Kommissionär den ganzen Mehrerlös behalten soll. Nach früherem Recht war das ein Trödelvertrag, das B.G.B. kennt denselben als besondere Vertragsart nicht.

Anm. 4. 4. Verschieden von dem Falle, daß der Kommissionär das Geschäft zu vortheilhafteren Bedingungen, als ihm aufgetragen waren, abschließt, ist der Fall, wo der Kommissionär schon bei Ertheilung des Auftrages wußte, er könnte unter besseren Bedingungen, als das Limito besagt, abschließen. Dann liegt darin ein Betrug vor, und zwar nach Ansicht des R.G. ein solcher, der zur Aufhebung des ganzen Geschäfts führt, weil der Kommittent dadurch bestimmt wurde, mit einem derartigen Kommissionär zu kontrahiren, mit welchem er, wenn er den Betrug gekannt hätte, überhaupt nicht kontrahirt haben würde (R.G. 43 S. 113, 114). Wir erachten das nicht für richtig. Betrug liegt nur dann vor, wenn jemand etwas ver-

schweigt was er zu sagen verpflichtet war. Er ist aber nicht zu sagen verpflichtet, daß er ein Betrüger sei. Er ist zu sagen verpflichtet, daß er besser abschließen könne. Durch Verschweigung dieses Umstandes hat er in jenem Falle den Kläger zu dem Satze des Limitos bewogen. Diese Erklärung ist anfechtbar. Die andere wird dadurch nicht hinfällig (§ 139 B.G.B.). Auch verletzt der Kommissionär durch ein solches Verschweigen seine Pflichten als Kommissionär und wird schadensersatzpflichtig (Anm. 1 zu § 384).

§ 388.

Befindet sich das Gut, welches dem Kommissionär zugesendet ist, bei der Ablieferung in einem beschädigten oder mangelhaften Zustande, der äußerlich erkennbar ist, so hat der Kommissionär die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten unverzüglich Nachricht zu geben; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Ist das Gut dem Verderb ausgesetzt oder treten später Veränderungen an dem Gute ein, die dessen Entwerthung befürchten lassen, und ist keine Zeit vorhanden, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder ist der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig, so kann der Kommissionär den Verkauf des Gutes nach Maßgabe der Vorschriften des § 373 bewirken.

Einleitung.

Der Paragraph regelt die Rechte und Pflichten des Kommissionärs in dem Falle, daß das Gut bei Ankunft beschädigt oder mangelhaft ist, oder später gefahrdrohende Veränderungen eintreten.

Die Vorschriften des Abs. 1 sind lediglich eine Konsequenz der im § 384 aufgestellten allgemeinen Sorgfaltspflicht. Sie verdanken ihre Entstehung lediglich dem § 438 Abs. 1 (früher Art. 408) weil in Gemäßheit desselben nach Aushändigung des Gutes und Bezahlung der Fracht der Anspruch an den Frachtführer unter Umständen erlischt.

Anm. 1.

I. (Abs. 1.) **Der Fall der Ankunft der Waare in beschädigtem oder mangelhaftem Zustande.**

1. **Vorausgesetzt** ist:

a) **daß das Gut dem Kommissionär zugesendet ist,** gleichviel, ob dem Verkaufskommissionär vom Kommittenten oder dem Einkaufskommissionär vom Dritten. Auf beide Fälle bezieht sich der Paragraph (Puchelt Anm. 6 zu Nr. 365; Keyßner Anm. 2 zu Nr. 365). Auf die Einkaufskommission findet aber außerdem noch § 391 Anwendung. Ueber den Begriff „zugesendet" vergl. Anm. 2 ffg. zu § 379.

Anm. 2.

b) **daß das Gut bei der Ablieferung in äußerlich erkennbarer Weise beschädigt oder mangelhaft ist.** Die äußerliche Erkennbarkeit bezieht sich sowohl auf die Beschädigung, als auf die Mangelhaftigkeit. Doch bestehen bei Fehlern, die bei der Ablieferung nicht sofort erkennbar waren, aber später erkennbar werden, dieselben Pflichten des Kommissionärs auf Grund der allgemeinen Diligenzpflicht des § 384 (zust. Burchard S. 212).

Anm. 3.

2. **Unter diesen Voraussetzungen hat der Kommissionär folgende Pflichten:**

a) **Er hat die Rechte gegen den Frachtführer und Schiffer zu wahren,** nicht bloß durch Proteste und Reservationen, sondern indem er alles zu thun hat, um den Gesetzen gemäß die Rechte zu sichern, zu erhalten, zu verwirklichen. Die Rechte gegen den Frachtführer ergeben sich aus §§ 429 ffg.

Anm. 4.

b) **Für den Beweis des Zustandes zu sorgen.** Auf welche Weise er dies thun will, ist gleichgiltig. Nur muß er seiner Pflicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes genügen. (Vergl. insbesondere unten Anm. 12.)

Anm. 5.

c) **Den Kommittenten unverzüglich zu benachrichtigen.** Ohne Verzug bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 B.G.B.). Die sofortige Benachrichtigung hat den Zweck, den Kommittenten in den Stand zu setzen, ihm Instruktionen zu ertheilen. Treffen die-

selben aber nicht rechtzeitig ein, so muß er auf eigene Verantwortung handeln, sonst macht er sich haftbar. Doch hat er dabei nur die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu prästiren. Ob er mit seinen Maßnahmen die ihm nicht bekannt gemachten Intentionen seines Auftraggebers trifft, ist nicht entscheidend (Burchard S. 209).

Anm. 6. d) **Die Folge der Unterlassung dieser Pflichten** ist die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens. Dagegen geht der Kommissionär nicht des Rechts verlustig, den mangelhaften Zustand dem Kommittenten gegenüber geltend zu machen. Die weitergehende Bestimmung des preußischen Entwurfs ist gestrichen worden. § 377 ist aber nicht analog anwendbar (P. 694; 1190; R.O.H. 21 S. 147; O.L.G. Hamburg in G.Z 38 S. 229). Zu dieser Geltendmachung ist der Kommissionär daher auch noch nach dem Verkauf und der Ablieferung an den Dritten berechtigt (R.O.H. ebenda). Anders wenn er als Selbstkäufer eintritt (Puchelt Anm. 6 zu Art. 365) und ebenfalls anders, wenn die Voraussetzungen des § 391 vorliegen (für beide Theile handelsgeschäftliche Einkaufskommission).

Anm. 7. II. **Der Fall, daß spätere Veränderungen drohen.**

1. Der erste Fall ist, daß das Gut dem Verderben ausgesetzt ist (hierüber siehe Anm. 25 zu § 373) und keine Zeit mehr vorhanden ist, die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig ist. Dagegen liegt der Fall nicht vor, wenn der Kommissionär, obwohl es Zeit dazu war, die Verfügung des Kommittenten nicht eingeholt hat.

Anm. 8. 2. Der zweite Fall ist der, daß später Veränderungen an dem Gute eintreten, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, und keine Zeit mehr vorhanden ist, um die Verfügung des Kommittenten einzuholen, oder der Kommittent in der Ertheilung der Verfügung säumig ist. Dagegen muß auch hier der Kommissionär, wenn Zeit dazu ist, die Verfügung des Kommittenten einholen.

Anm. 9. 3. Hat der Kommissionär ohne diese Voraussetzungen nach § 373 verkauft, so liegt darin eine Verletzung seiner Pflichten und er haftet nach § 384.

Anm. 10. 4. Liegen aber die Voraussetzungen vor, so hat er das Recht zu verkaufen nach § 373. Hier ist nur das Recht dazu betont. Es wird aber wohl meist auch seine Pflicht sein, in dieser Weise zu handeln. Doch kann er auch auf andere Weise seiner Diligenzpflicht genügen, etwa durch freihändigen Verkauf. Nur wird er eine schwierigere Beweislast haben, was die Angemessenheit der getroffenen Maßregel betrifft. Andererseits muß betont werden, daß der Kommissionär nur dann berechtigt ist, den Nothverkauf vorzunehmen, wenn die Interessen des Kommittenten dies gebieten. Lediglich zur Wahrung der eigenen Rechte darf er ihn nicht vornehmen (R.O.H. 5 S. 293). Dagegen schadet es natürlich nichts, daß durch diese Maßregeln auch seine eigenen Interessen am besten geschützt werden.

Anm. 11. 5. Eine Ergänzung finden diese Vorschriften im § 389, nach welchem immer dann, wenn der Kommittent nach Lage der Sache verpflichtet ist, über das Gut zu verfügen, und er dies unterläßt, der Kommissionär zum Nothverkauf und zur Hinterlegung berechtigt ist.

Anm. 12. **Zusatz. Der Kommissionär kann in dem Falle des vorliegenden Paragraphen auch den Zustand durch Sachverständige feststellen lassen.** Dies ist im § 488 C.P.O. bestimmt. Vergl. hierüber ausführlich unseren Exkurs zu § 379.

§ 389.

Unterläßt der Kommittent über das Gut zu verfügen, obwohl er dazu nach Lage der Sache verpflichtet ist, so hat der Kommissionär die nach § 373 dem Verkäufer zustehenden Rechte.

Rechte des Kommissionärs bei unterlassener Verfügung des Kommittenten über das Kommissionsgut.

1. Unterläßt der Kommittent es, d. h. versäumt er es. Der Kommissionär kann natürlich nicht das Ende der Dinge abwarten, um zu sehen, ob der Kommittent die Verfügung überhaupt unterläßt. Unterläßt er vielmehr die Verfügung während der Zeit, während deren er dazu verpflichtet war, so hat der Kommissionär die Rechte aus § 373. Anm. 1.

Ob schuldhafte Unterlassung vorliegt, ist gleichgiltig. Das kann ja der Kommissionär in den meisten Fällen gar nicht beurtheilen.

2. Die Rechte aus § 373, also auch das Hinterlegungsrecht, welches ihm der frühere Art. 366 Abs. 2 nicht gab, hat der Kommissionär. Anm. 2.

§ 390.

Der Kommissionär ist für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten.

Der Kommissionär ist wegen der Unterlassung der Versicherung des Gutes nur verantwortlich, wenn er von dem Kommittenten angewiesen war, die Versicherung zu bewirken.

Der Paragraph behandelt die Verantwortung des Kommissionärs für Verluste oder Beschädigungen des Guts und für unterlassene Versicherungen.

1. (Abs. 1.) **Für Verluste und Beschädigungen** des Guts ist der Kommissionär, während er Aufbewahrer ist, ohne Weiteres verantwortlich, wenn er sich nicht exkulpirt. Anm. 1.

   a) Es muß eine übernommene Kommission vorliegen. Den Fall des mit der abgelehnten Kommissionsofferte übersendeten Kommissionsguts regelt § 362.

   b) Der Kommissionär muß Aufbewahrer sein. Der Paragraph greift nicht Platz, wenn er nicht mehr Kommissionär ist, wenn er also seinen Selbsteintritt bereits erklärt hat, sei es als Selbstverkäufer oder als Selbstkäufer. Im ersteren Falle haftet er fortan nach den Regeln des Kaufs, im letzteren Falle besitzt er fortan im eigenen Namen. Anm. 2.

   c) Der Kommissionär muß sich exkulpiren. Dies folgt aus der Mandatsnatur des Verhältnisses (R.O.H. 10 S. 190) und ist im Gesetze zum Ausdruck gebracht durch die Redewendung „es sei denn, daß". Der Kommittent begründet daher seinen Anspruch durch die bloße Thatsache des Verlustes oder der Beschädigung, die er allerdings (L.G. Meiningen in G.Z. 38 S. 229) im Bestreitungsfalle zu beweisen hat. Aber weiter geht seine Beweispflicht nicht (vergl. wegen des Spediteurs R.O.H. 8 S. 192; 19 S. 211). Wenn auch der Kommittent eine Schuld des Kommissionärs behauptet, so wird er dadurch noch nicht sachfällig, daß er diese Schuld nicht darthut (Puchelt Anm. 2 zu Art. 367). Der Kommissionär hat darzuthun, nicht bloß, daß ein Zufall die Sache betroffen hat, sondern auch, daß er die Wirkungen desselben weder abwenden, noch vermindern konnte, z. B. daß er den durch einen Blitz verursachten Brand nicht löschen konnte. Ist er daher außer Stande, die Ursache des Verlustes oder der Beschädigung anzugeben, so ist sein Exkulpationsbeweis aussichtslos und mißlungen (Burchard S. 235). Wenn aber der Kommittent dem Kommissionär ein Versehen in bestimmter Richtung vorwirft, so genügt es, wenn der Kommissionär lediglich in dieser Richtung den Beweis des Nichtverschuldens führt (R.O.H. 8 S. 192; 12 S. 386; 19 S. 211). Näheres bei Burchard S. 236. — Dadurch, daß der Kommittent das Gut versichert hat, wird der Kommissionär von seiner Haftbarkeit nicht frei (O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 533; Förtsch Anm. 1 zu Art. 367). — Für seine Leute haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen, wie wir sie in den Anm. 27—31 im Exkurse zu § 58 auseinandergesetzt haben. Anm. 3.

Anm. 4. d) Ueber die Begriffe Verlust und Beschädigung siehe Anm. 2 u. 3 zu § 414. Die Beschädigungen müssen substanzieller Natur sein. Preisveränderungen sind darunter nicht gemeint, auch sonstige Entwerthungen nicht, z. B. nicht Präjudizirungen des Wechsels durch unterlassenen Protest, Verfall von Aktien durch unterlassene Einzahlung; Verfallen von Gewinnen bei Loosen u. s. w.; derartige Veränderungen fallen unter §§ 384 u. 385.

Anm. 5. 2. (Abs. 2.) **Für die Folgen unterlassener Versicherung** ist er nur dann haftbar, wenn er zur Versicherung angewiesen war.

a) Unter Versicherungen im Sinne dieses Paragraphen sind nur die Versicherungen im eigentlichen Sinne zu verstehen, nicht die Deklaration des Frachtguts, von welcher die Höhe der Verantwortlichkeit des Frachtführers nach gewissen Gesetzen und Reglements abhängt; ob er hierzu verpflichtet ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 384 (R.G. 28 S. 140).

Anm. 6. b) Beim vorliegenden Paragraphen kommt es nicht auf die Erwägung an, ob ein ordentlicher Kaufmann in concreto versichert hätte. Auch ein ordentlicher Kaufmann braucht nicht mehr zu thun, als was das Gesetz ihm gebietet. Vergl. jedoch zu c.

Anm. 7. c) Die Anweisung braucht nicht gerade ausdrücklich ertheilt zu sein. Vielmehr greifen die §§ 133 u. 157 B.G.B. im vollen Umfange Platz. Auch die stillschweigende Anweisung genügt daher, insbesondere wird, wenn in ähnlichen Fällen die Versicherung vom Kommittenten stets gewünscht war, die Versicherung als gewollt anzunehmen sein (R.O.H. 7 S. 361; Bolze 8 Nr. 436; Burchard S. 247). Auch auf Handelsbrauch kann die Verpflichtung beruhen (Förtsch Anm. 6 zu Art. 367). Ueberall ist zu bemerken, daß die Anweisung nur ertheilt zu sein braucht. Es ist nicht nothwendig, daß der Kommissionär sie auch angenommen hat. Wenn er einmal den Kommissionsauftrag übernommen hat, also Kommissionär geworden ist, so kann er die Versicherungsanweisung nicht ablehnen (Burchard S. 246).

Anm. 8. d) Liegt ein Versicherungsauftrag vor, so muß er denselben unverzüglich (Burchard S. 250) und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ausführen, insbesondere muß er bei der Wahl des Versicherers vorsichtig sein (vergl. die für den Spediteur erlassene Entscheidung des R.G. 6 S. 115; ferner Burchard S. 270). Andererseits braucht er ohne besondere Anweisung nur den Werth der Waare, nicht den imaginären Gewinn zu versichern (vergl. R.O.H. 21 S. 172), und hat auch nur darauf zu halten, daß der Versicherungsvertrag die üblichen Klauseln enthält (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 532. — Näheres bei Burchard S. 273). Dadurch, daß der Absender das Gut versichert, wird der Kommissionär von seiner Verpflichtung nicht frei (O.L.G. Dresden in G.Z. 40 S. 533). Der Kommissionär gilt ferner im Zweifel nicht als berechtigt, bei einem ihm ertheilten Versicherungsauftrag selbst als Versicherer einzutreten; andererseits übernimmt er auch nicht das Delkredere und haftet für den Versicherer nicht, wenn ihm kein vertretbares Versehen zur Last fällt (Burchard S. 277, 278).

Anm. 9. e) Hat der Kommissionär versichert, so muß er, soweit es sich um das versicherte Interesse des Kommittenten handelt, diesem die Forderungen aus dem Versicherungsvertrage cediren (R.O.H. 2 S. 266). Näheres bei Burchard S. 252 ff.

Anm. 10. f) Hat der Kommissionär ohne Anweisung versichert, so fragt es sich, ob der Kommittent ihm gleichwohl die Prämien zu ersetzen hat. In den Berathungen war darüber keine Einigkeit. Diese Frage ist regelmäßig zu bejahen. Denn die Versicherung gilt in der Regel als nützliche Aufwendung nach § 396 (Str.Arch. 43 S. 284; R.O.H. 7 S. 361; Förtsch Anm. 6 zu Art. 367). Nur dann findet der Anspruch auf Rückerstattung der Prämie nicht statt, wenn die Versicherung untersagt war oder wenn die angenommene Versicherung nicht geeignet war, einen etwaigen Schaden auszugleichen (vergl. Burchard S. 287).

§ 391.

Ist eine Einkaufskommission ertheilt, die für beide Theile ein Handelsgeschäft ist, so finden in Bezug auf die Verpflichtung des Kommittenten, das Gut zu untersuchen und dem Kommissionär von den entdeckten Mängeln Anzeige zu machen, sowie in Bezug auf die Sorge für die Aufbewahrung des beanstandeten Gutes und auf den Verkauf bei drohendem Verderbe die für den Käufer geltenden Vorschriften der §§ 377 bis 379 entsprechende Anwendung. Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte, die dem Kommissionär gegen den Dritten zustehen, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten gekauft hat, wird durch eine verspätete Anzeige des Mangels nicht berührt.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph legt dem Kommittenten bei beiderseitigen handelsgeschäftlichen Einkaufskommissionen in Bezug auf die Mängelanzeige und die Aufbewahrungspflicht die gleichen Pflichten auf, wie einem Käufer beim beiderseitigen Handelskauf. Die Vorschrift ist neu.

Anm. 1.

1. **Bei der Einkaufskommission** greift die Vorschrift Platz. Der Verkaufskommissionär, der die Waare nicht für eigene Rechnung in Empfang nimmt, hat nicht die dem Käufer in den §§ 377—379 auferlegten Verpflichtungen. Er hat die Interessen des Kommittenten gemäß §§ 384, 388 wahrzunehmen. — Was aber die Einkaufskommission betrifft, so finden, wenn der Kommissionär von dem Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht, gegen den Kommittenten, wenn ihm die Waare zur Zeit des Selbsteintritts oder später zugeht, die §§ 377—379 unmittelbare Anwendung, falls der Kommittent Kaufmann ist, sodaß für diesen Fall unser Paragraph überflüssig ist. Und ebenso gelten gegen den Verkaufskommissionär, wenn dieser von dem Selbsteintrittsrechte Gebrauch macht, die §§ 377—379 unmittelbar, falls der Kommittent Kaufmann ist.

Anm. 2.

2. **Beiderseits handelsgeschäftlich muß die Einkaufskommission sein.** Ist der Kommittent kein Kaufmann, so hat er diese Verpflichtung nicht. Dadurch kann allerdings der Einkaufskommissionär unter Umständen in ein schiefes Verhältniß gerathen. Er hat, wenn sein Gegenkontrahent Kaufmann ist, diesem gegenüber die Verpflichtung der sofortigen Mängelanzeige, ihm gegenüber hat sie in jenem Falle der Kommittent nicht. Doch wird diese Konsequenz dadurch gemildert, daß man auch hier eine, wenn nicht sofortige, so doch alsbaldige Rügepflicht annehmen kann, wie bei demjenigen Handelskauf, der nicht auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist (Anm. 154 flg. zu § 377).

Anm. 3.

3. **Die Vorschriften der §§ 377—379 finden entsprechende Anwendung.** Also zunächst die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377. Rügt der Kommittent nicht sofort, so kann er Mängel, die bei sofortiger Untersuchung erkennbar waren, dem Einkaufskommissionär gegenüber nicht mehr rügen, auch dann nicht, wenn die Waare schon beim Einkaufskommissionär diese Mängel hatte und dieser sie rechtzeitig gerügt hatte, sodaß der Kommissionär in der Lage wäre, diesen Mangel seinem Gegenkontrahenten gegenüber geltend zu machen. Der Einkaufskommissionär braucht sich eben darauf nicht einzulassen. Selbstverständlich aber ist der Kommissionär berechtigt, die verspätete oder nicht gehörige Mängelanzeige gelten zu lassen oder, ohne sie gegen sich gelten zu lassen, doch im Interesse des Kommittenten seinerseits diese Rechte gegen seinen Gegenkontrahenten geltend zu machen. Auf alle Fälle muß der Kommissionär dem Kommittenten diejenigen Rechte überlassen, welche er selbst gegen seinen Gegenkontrahenten erworben hat. Diese muß er dem Kommittenten auch dann abtreten, wenn dieser, wie Satz 2 unseres Paragraphen ausdrücklich vorschreibt, nicht rechtzeitig (oder, wie hinzugefügt werden muß: nicht gehörig) gerügt hat. Und es erhebt sich hierbei die weitere Frage, wie es steht, wenn der Kommissionär seinerseits durch sein Verschulden bewirkt hat, daß ihm solche Rechte gegen den Gegenkontrahenten nicht zustehen, etwa durch seinerseitige Versäumung der Mängelanzeige? Ist

in diesem Falle der Kommissionär dem Kommittenten schadensersatzpflichtig? Oder fällt diese Schadensersatzpflicht dadurch fort, daß der Kommittent auch ihm gegenüber nicht rechtzeitig gerügt hat? Wir nehmen die Schadensersatzpflicht an (Gareis Anm. 9; ebenso Stübel im Sächsischen Archiv 10 S. 454).

Anm. 4. Ferner findet auch der § 378 Anwendung, d. h. die Ausdehnung des Prinzips des § 377 auf Quantitätsmängel und Lieferung eines aliud.

Ferner greift auch § 379 Platz, also die Aufbewahrungspflicht und das Nothverkaufsrecht beim Uebersendungskauf.

Anm. 5. **Zusatz 1. Wegen des Rechts des Kommissionärs, den Zustand des Gutes festzustellen,** siehe den Exkurs zu § 379.

Anm. 6. **Zusatz 2. Der Einkaufskommissionär hat im Konkurse des Kommittenten auch das Verfolgungsrecht** des § 44 K.O., welches wir in Anm. 76 flg. zum Exkurse zu § 382 ausführlich erörtert haben.

§ 392.

Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten.

Einleitung. **Der Paragraph behandelt das rechtliche Schicksal der Forderungen aus den Geschäften, welche der Kommissionär mit dem Dritten abschließt,** und zwar 1. dem Dritten gegenüber (Abs. 1), 2. dem Kommissionär und dessen Gläubigern gegenüber (Abs. 2). Es handelt sich dabei hauptsächlich um die außenstehenden Forderungen aus der ausgeführten Verkaufskommission, und zwar um alle Ansprüche aus diesem Verhältnisse (vergl. unten Anm. 3).

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Dem Dritten gegenüber** kann der Kommittent die Forderungen erst nach der Abtretung geltend machen. Dies ist die Konsequenz des Kommissionsverhältnisses, wonach zwischen dem Kommittenten und dem Dritten keine Rechte und Pflichten entstehen. — Vergl. Anm. 11.

Anm. 2. Der Kommittent kann jedoch Abtretung der Forderungen vom Kommissionär verlangen (dies folgt aus § 384 Abs. 2) — R.O.H. 9 S. 233 —, es sei denn, daß der Kommissionär auf Grund des § 399 ein Recht hat, die Abtretung zu verweigern, was aber kein eigentliches Kompensationsrecht ist, da nicht gleichartige Ansprüche sich gegenüberstehen: einerseits Anspruch auf Cession, andererseits Geldansprüche.

Anm. 3. 2. (Abs. 2.) **Dem Kommissionär und dem Gläubiger gegenüber** gelten die Forderungen als die des Kommittenten.

a) Das ist eine Ausnahmebestimmung für das Kommissionsverhältniß, die trotz mannigfacher Bedenken angenommen wurde (Makower Anm. 13b). Sonst ist dies beim Mandat, wenn der Mandatar im eigenen Namen abschließt, nicht Rechtens (R.G. 1 S. 314; O.L.G. Rostock in G.Z. 36 S. 253).

Anm. 4. b) Für das Kommissionsverhältniß aber umfaßt die Vorschrift alle Forderungen, nicht bloß die Kaufgeldforderung, sondern Ansprüche aller Art, z. B. die Wandlungsklage, die Klage auf Lieferung der Waare, auf Preisminderung, auf Schadensersatz u. s. w.

Anm. 5. c) Den Gläubigern gegenüber. Daraus folgt, daß der Kommittent gegen eine Pfändung und Ueberweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung die Interventionsklage nach § 771 C.P.O. erheben kann. (So auch Förtsch Anm. 4 zu Art. 368; vergl. R.O.H. 7 S. 18.) Und im Konkurse steht ihm das Aussonderungsrecht nach § 43 K.O., eventuell ein Masseanspruch nach § 46 K.O. zu (R.O.H. 7

S. 23; R.G. 1 S. 315; O.L.G. Dresden in G.Z. 38 S. 230)[1]), nicht ein Absonderungsrecht, da eine fingirte Cession vorliegt und die Forderungen daher insoweit als die des Kommittenten zu betrachten sind, während das Absonderungsrecht an Sachen des Gemeinschuldners besteht. Dagegen hat der Kommittent kein dingliches Recht demjenigen Dritten gegenüber, an welchen der Kommissionär die Forderungen freiwillig cedirt. Denn wenn auch im Verhältniß des Kommissionärs zum Kommittenten die Forderungen als die des Kommittenten gelten, so ist damit nur ein persönliches, kein dingliches Rechtsverhältniß hergestellt (vergl. hierüber unten Anm. 9).

Daß der Kommissionär del credere steht, hindert die gesetzliche Cessionsfiktion nicht: der Kommittent hat dann ein zweifaches Schutzrecht (R.O.H. 7 S. 23; 9 S. 232). Anm. 6.

Auch unbefugtes Kreditiren hindert das Aussonderungsrecht nicht (Puchelt Anm. 8 zu Art. 368). Anm. 7.

Hat der Kommissionär die Forderung auf Geld oder Sachen bereits eingezogen, so hat der Kommittent kein Aussonderungsrecht. Im Konkurse des Komissionärs ist er dann einfacher Konkursgläubiger. — Vergl. Anm. 11. Anm. 8.

d) Dem Kommissionär gegenüber. Dieser ist infolgedessen dem Kommittenten gegenüber auf dessen Verlangen verpflichtet, ihm die Forderungen abzutreten (vergl. oben Anm. 2), und nicht berechtigt, eigenmächtig über die Forderungen zu verfügen, sie eigenmächtig einzuziehen oder gar anderweit zu cediren. Geschieht letzteres dennoch, so hat der Kommittent dem Dritten gegenüber kein dingliches Recht. Er hat nur dann ein Recht auf Cession gegen den Dritten, wenn derselbe mit dem Kommissionär kolludirt hat. Doch liegt Kollusion nicht schon dann vor, wenn der Dritte weiß, daß der Cedent Kommissionär eines Anderen ist. Denn immerhin kann ja der Kommissionär besonders ermächtigt sein, die Cession der Forderungen vorzunehmen. Vielmehr gehört dazu, daß der Dritte wissentlich mitgewirkt hat, um den Kommittenten zu benachtheiligen (vergl. R.G. 9 S. 149). Auch paulianische Anfechtung solcher Cession ist statthaft. Zieht der Kommissionär die Forderung ein, so ist der Schuldner befreit (Anm. 11). Der Kommissionär aber verletzt durch eigenmächtige Disposition über die Forderungen seine Pflichten, wird dadurch schadensersatzpflichtig und unter Umständen auch strafbar (Untreue; vergl. R.G. in Strafsache 20 S. 358). Solche Dispositionen können auch Arrestmaßregeln begründen. Anm. 9.

Zu beachten ist, daß Abs. 2 eingeschränkt wird durch § 399. Die gesetzliche Cessionsfiktion greift insofern nicht Platz, als der Kommissionär mit seinen Ansprüchen sich an die Forderungen halten kann. Anm. 10.

e) Nicht jedoch dem Schuldner gegenüber. Dieser ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, den Kommissionär als seinen Gläubiger anzusehen, der es in Wahrheit auch bis zur Cession an den Kommittenten ist. An den Kommissionär kann er daher mit Rechtswirkung zahlen, oder sonst tilgen, z. B. auch durch Aufrechnung bis zur Kenntniß von der Cession an den Kommittenten (§ 407 B.G.B.), woran auch die Kundgebung des Kommissionsverhältnisses nichts ändert (R.G. 32 S. 42). Anm. 11.

Zusatz 1. Ueber sonstige Konsequenzen daraus, daß die Forderungen für den Kommissionär und nicht für den Kommittenten entstehen, insbesondere über die Frage nach der Anfechtung des Vertrages wegen Irrthum und dolus in der Person des Kommittenten s. Anm. 21 zu § 383. Anm. 12.

Zusatz 2. Von der Frage, ob Besitz und Eigenthum an den für den Kommittenten erworbenen Gegenständen direkt für den Kommittenten begründet werden, bezw. wie dieselben auf den Kommittenten übergehen, handelt der vorliegende Paragraph nicht. Vergl. hierüber Anm. 27 zu § 383. Anm. 13.

---

[1]) Die rechtliche Stellung des Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs nach erklärtem Selbsteintritt richtet sich nach dem Rechte des betreffenden Rechtsgeschäfts, in welches eingetreten wird.

§ 393.

Wird von dem Kommissionär ohne Zustimmung des Kommittenten einem Dritten ein Vorschuß geleistet oder Kredit gewährt, so handelt der Kommissionär auf eigene Gefahr.

Insoweit jedoch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts die Stundung des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten auch der Kommissionär dazu berechtigt.

Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Wäre beim Verkaufe gegen baar der Preis geringer gewesen, so hat der Kommissionär nur den geringeren Preis und, wenn dieser niedriger ist als der ihm gesetzte Preis, auch den Unterschied nach § 386 zu vergüten.

Die Rechtsfolgen unbefugter Vorschuß- und Kreditgewährungen.

Anm. 1. **1. Wann liegt unbefugte Vorschuß- und wann unbefugte Kreditgewährung vor?**

a) Unter Kreditirung des Kaufpreises wird die Ueberlassung der Waare ohne die Einforderung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Uebergabe verstanden (Puchelt Anm. 6 zu Art. 369).

Anm. 2. b) Unbefugte Vorschußgewährung liegt dann vor, wenn der Kommittent dieselbe nicht bewilligt hat, unbefugte Kreditirung dann, wenn weder der Kommittent dieselbe bewilligt hat, noch der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts das Kreditiren mit sich bringt.[1]) Dieser Unterschied ist durch Abs. 2 begründet, dem zu Folge bei der Vorschußgewährung die mangelnde Einwilligung durch den Handelsgebrauch nicht als gedeckt bezeichnet wird, wohl aber bei der Kreditirung. Keyßner (Anm. 3 zu Art. 369) hält zwar diesen Unterschied für bedenklich, allein aus den Berathungen geht hervor, daß er gewollt war, der Wortlaut des zweiten Absatzes, der sonst inhaltslos wäre, bestätigt ihn und die herrschende Meinung steht auf dem hier vertretenen Standpunkte (Puchelt Anm. 7 zu Art. 369, Hahn § 1 zu Art. 369, Gareis-Fuchsberger S. 788, Note 2, Willenbücher Anm. 2 zu Art. 369).

Anm. 3. Was insbesondere die Bewilligung der Vorschuß- und Kreditgewährung betrifft, so kann dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein. In der Auferlegung des Delkredere liegt die stillschweigende Ermächtigung zum Kreditiren (Puchelt Anm. 9 zu Art. 370). Vergl. auch Note 1.

Anm. 4. Was den Handelsgebrauch betrifft, so muß es der Handelsgebrauch am Orte des Geschäfts sein. Das ist der zum Vollzuge der Kommission bestimmte Ort.

Anm. 5. Der ohne Konsens kreditirende Kommissionär ist exkulpirt, insoweit der Handelsgebrauch das Kreditiren mit sich bringt. Insoweit, das heißt: wie lange; welchen Personen gegenüber, Einheimischen oder Fremden; ferner mit welchen Modalitäten, z. B. bei Ausstellung von Wechseln, bei Bürgschaftsleistungen, bei Pfandbestellungen, unter Vorbehalt des Eigenthums (Hahn § 3 zu Art. 360).

Anm. 6. **2. Die Rechtsfolgen unbefugter Vorschuß- und Kreditgewährungen sind:**

a) Die Vorschuß- und Kreditgewährung geht auf eigene Gefahr des Kommissionärs (Abs. 1). Das bedeutet: Auch wenn der Kommittent das Geschäft nachträglich genehmigt, so haftet doch der Kommissionär ohne Weiteres für die durch die ursprünglich unbefugte Kreditgewährung entstehenden Verluste. Das Recht, das Geschäft nach § 385 zurückzuweisen, ist aber dadurch nicht beeinträchtigt, soweit nicht Abs. 3 Platz greift.

---

[1]) Die Einwilligung, bezw. den Handelsgebrauch hat überall der Kommissionär zu beweisen. Das gehört zur Exkulpation seiner prima facie unbefugten Handlungsweise. Die Einwilligung kann auch stillschweigend erfolgen; so z. B. liegt in der Bewilligung einer Delkredere-Provision die Einwilligung in das Kreditiren.

b) Bei unbefugter Kreditgewährung durch den Verkaufskommissionär gilt das Besondere, daß der Kommissionär sofort Zahlung zu leisten verpflichtet ist. Der Kommittent ist also nicht berechtigt, das Geschäft bloß um deshalb zurückzuweisen, weil unbefugt Kredit gewährt ist, vielmehr hat er die Wahl: entweder er genehmigt das Geschäft so, wie es abgeschlossen ist, also mit dem gewährten Kredit, oder aber er verlangt sofortige Zahlung vom Kommissionär. Und auch gegen den Anspruch auf sofortige Zahlung hat der Kommissionär die im Abs. 3 erwähnten Einwendungen. Anm. 7.

Uebrigens ist der Grundsatz, daß sofortige Zahlung beansprucht werden kann, cum grano salis zu nehmen, wie Keyßner Anm. 5 zu Art. 369 mit Recht hervorhebt. Hat der Kommissionär nur ein längeres Ziel bewilligt, als ihm gestattet war, so bedeutet die sofortige Zahlungspflicht nur, daß der Kommittent sofort nach Ablauf der ihm konzedirten Frist Zahlung verlangen kann (anders Puchelt Anm. 3 zu Art. 369). Anm. 8.

Macht der Kommittent von seinem Rechte, sofortige Zahlung zu beanspruchen, Gebrauch, so kann der Kommissionär die dem Schuldner zustehenden Einreden (wegen mangelhafter Lieferung u. s. w.) erheben. Anm. 9.

Hat der Kommissionär befugter Weise kreditirt, so hat der Kommittent gegen den Kommissionär immer noch die Rechte wegen Verletzung der Diligenz beim Kreditiren, z. B. wegen Kreditirens an einen insolventen Schuldner. Anm. 10.

Das Recht aus § 392 Abs. 2 hat der Kommittent auch bei unbefugtem Kreditiren (Puchelt Anm. 10 zu Art. 369). Anm. 11.

§ 394.

Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Der Kommissionär, der für den Dritten einzustehen hat, ist dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkte des Verfalls unmittelbar insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann. Er kann eine besondere Vergütung (Delkredereprovision) beanspruchen.

Der Paragraph behandelt die Delkredere-Kommission.

1. (Abs. 1.) **Begriff und Voraussetzungen der Delkredere-Kommission.**

a) Die Delkredere-Kommission ist nicht eine Art Verbürgung, da der Kommittent keine Forderung an den Gegenkontrahenten des Kommissionärs hat. Aber die Haftung ist bürgschaftsähnlich; der Kommissionär haftet nicht als Gesammtschuldner neben dem Dritten, sondern wie ein Bürge accessorisch; seine Verpflichtung ist abhängig von der Hauptschuld, weshalb ihm alle Einreden des Hauptschuldners zugehen (siehe unten Anm. 5). Es ist eine Erweiterung der Haftung des Kommissionärs. Daraus folgt, daß im Uebrigen das Rechtsverhältniß der Kommission durch die Uebernahme des Delkredere unberührt bleibt; also wird der Kommissionär auch hier nicht ohne Weiteres Eigenthümer des eingekauften Kommissionsguts; auch hier muß er Rechnung legen; auch hier besteht das Aussonderungsrecht des § 392 Abs. 2. Auch das Recht des Eintritts als Selbstkontrahent wird dadurch nicht ausgeschlossen (R.O.H. 19 S. 52). Anm. 1.

b) Die Haftung für das Delkredere setzt die Uebernahme desselben voraus. Ohne Weiteres haftet der Kommissionär für die Verbindlichkeiten des Gegenkontrahenten nicht. Bei der Frage, ob in den Erklärungen der Parteien jene Haftungsübernahme zu erblicken ist, kommen die §§ 133 und 157 B.G.B. zur vollen Geltung. Die Uebernahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, und bei der Auslegung der Willenserklärung ist auf den Willen der Parteien zu achten und auch auf die Anm. 2.

Handelsgebräuche Rücksicht zu nehmen. Eine stillschweigende Uebernahme wird besonders in der Ausbedingung einer Delkredere-Provision zu erblicken sein.[1]) Anlangend die Handelsgebräuche, so sind nur diejenigen entscheidend, welche am Orte der Niederlassung des Kommissionärs gelten.

Anm. 3. c) Gegenstand der Delkredere-Kommission ist hauptsächlich das Einstehen für die Zahlung des Kaufpreises bei der Verkaufskommission, doch spricht das Gesetz allgemeiner von der „Erfüllung der Verbindlichkeit". Sie ist also auch denkbar als Einstehen für die prompte Lieferung der vom Einkaufskommissionär besorgten Waare, und auch sonst in jeder anderen Hinsicht.

Anm. 4. 2. (Abs. 2.) **Die Rechtswirkungen der Delkredere-Kommission: der Kommissionär haftet:**

a) **unmittelbar und persönlich.** Die Einrede der Vorausklage ist allerdings schon begrifflich nicht denkbar, weil ja zwischen dem Kommittenten und dem Dritten keine Rechte und Pflichten entstehen. Aber es kann auch der Kommissionär dem Kommittenten nicht zumuthen, sich zunächst die Forderung gegen den Dritten abtreten zu lassen und auf Grund der Cession die Geltendmachung der Forderung zu versuchen (R.O.H. 9 S. 233; 19 S. 55). Hiergegen wendet sich die Vorschrift der unmittelbaren Haftung. Wohl aber ist der Kommittent berechtigt, die Abtretung der Forderung zu verlangen (R.O.H. 9 S. 232), und er kann zunächst versuchen, gegen den Dritten vorzugehen. Dadurch, daß er dies thut, vergiebt er sich in seinen Rechten gegen den Kommissionär nichts. Er darf jederzeit auf diesen zurückgreifen (vergl. R.O.H. 20 S. 383). Wenn er von diesem befriedigt ist, so ist er verpflichtet, ihm die Rechte gegen den Dritten zurückzucediren.

Anm. 5. b) **Soweit die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse überhaupt rechtlich gefordert werden kann.** Der Kommissionär haftet nicht weiter, als der Gegenkontrahent (vergl. oben Anm. 1). Der Kommittent hat daher die Existenz der Hauptschuld zu beweisen (R.O.H. 19 S. 187), und dem Kommissionär stehen alle Einreden zu, welche der Dritte erheben könnte, insbesondere wegen mangelhafter Erfüllung oder wegen kasueller Unmöglichkeit; nur daß der Kommittent, wenn der Kommissionär selbst die Existenz der Einrede verschuldet hat, ihm die replica doli entgegen halten kann (R.O.H. 21 S. 147). In dem Delkredere liegt daher ein Einstehen für das Leistenkönnen und Leistenwollen des Dritten, während ein unbedingtes Einstehen für die Erfüllung, so zwar, daß auch die kasuelle Unmöglichkeit auf Seiten des Schuldners den Kommissionär von der Haftung nicht befreit, keine Delkredere-Haftung mehr wäre. Die Uebernahme einer solchen Haftung kommt allerdings auch vor, sie heißt Kreditassekuranz (vergl. unten Anm. 10).

Anm. 6. 3. (Abs. 2). **Die Delkredere-Provision.**

a) Der Kommissionär, der auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Delkredere-Uebernahme oder auf Grund des Handelsgebrauchs für seinen Kontrahenten einsteht, hat Anspruch auf eine besondere Provision hierfür, ohne daß dies besonders vereinbart zu werden braucht. Es kann aber dieser Sonderanspruch wieder beseitigt werden durch hierauf gerichtete Willenserklärungen (vergl. R.G. 20 S. 113), die ihrerseits gleichfalls auch stillschweigend erklärt werden und auch auf Handelsgebrauch beruhen können. So z. B. kann in der Stipulirung einer besonders hohen Geschäftsprovision die konkludente Willenserklärung liegen, daß darin schon die Vergütung für das Delkredere einbegriffen sei. (So ist wohl auch das Urtheil in Bolze 7 Nr. 517 aufzufassen.)

Anm. 7. b) Es wirft sich hierbei die Frage auf, ob der Kommissionär auch dann die Delkredere-Provision zu beanspruchen hat, wenn in concreto begrifflich von einem Gefahrlaufen keine Rede sein konnte, z. B. weil die Waare Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises übergeben wurde. Hahn

---

[1]) Dagegen ist in der Vereinbarung über den Ausschluß einer Delkredere-Provision nicht sicher der Ausschluß des Delkredere zu erblicken (R.G. 20 S. 113).

(§ 8 zu Art. 370), vergl. auch Förtsch Anm. 7 zu Art. 370, bejaht diese Frage, indem er in der Delkredere-Provision eine Vergütung schon für das Uebernehmen der Haftung, für die Gefahr, die etwa entstehen könnte, erblickt, nicht bloß für das Tragen der Gefahr, die wirklich entstanden ist. Grünhut (Das Recht des Kommissionshandels S. 364) ist anderer Ansicht. Die letztere ist zutreffend. Das Uebernehmen der eventuellen Haftung ist nur der Nebenvertrag, durch welchen der Kommissionär verpflichtet wird, die Gefahr zu tragen, wenn eine solche entstehen sollte. Daß aber Jemand für den bloßen Abschluß eines Vertrages bezahlt wird, ist etwas Ungewöhnliches, wenn es auch begrifflich denkbar ist und vorkommt (Abschlußprovision bei den Baugelderbanken). Zudem sprechen die Gesetzesworte gegen Hahns Ansicht. Schon das Wort Delkredere-Provision deutet darauf hin, daß die Provision nur für das Delkredere-Stehen, für das Tragen der Gefahr im Falle, daß wirklich kreditirt wird, zusteht, und überdies war früher im Abs. 3 des Art. 370 ausdrücklich gesagt, daß der Kommissionär, der für seinen Kontrahenten einsteht, die Provision zu beanspruchen hat, nicht derjenige, der das Einstehen übernommen hat. Eine Aenderung ist nicht beabsichtigt. In Abs. 1 sind aber diese beiden Begriffe (Einstehen und Uebernehmen des Einstehens) wohl unterschieden. Es steht für die Verbindlichkeit eventuell ein, wer das Einstehen übernommen hat. Wie groß die Gefahr ist, welche der Kommissionär übernimmt, ist freilich gleichgiltig. Es ist nichts weiter erforderlich, als daß er kreditirt hat (vergl. über diesen Begriff Anm. 1 zu § 393). Anm. 8.

c) Die Höhe der Provision bestimmt sich in Ermangelung besonderer Abrede nach dem Handelsgebrauch am Orte der Niederlassung des Kommissionärs (Anschütz und Völderndorff 3 S. 360).

Zusatz 1. Der Delkredere-Kommissionär kann seine Haftung von vornherein begrenzen. Anm. 9. Darüber besteht kein Zweifel. Zweifelhaft ist aber geworden, ob schon in der Uebernahme eines Delkredere für eine befristete Forderung auch eine zeitliche Begrenzung des Delkredere liegt. Hierüber wird man die Grundsätze über die Bürgschaft analog entscheiden lassen müssen (vergl. daher Anm. 28 zu § 349).

Zusatz 2. Bei der Kreditassekuranz (siehe oben Anm. 5) involvirt jedes Prolongiren der Anm. 10. Hauptforderung eine Erhöhung der Gefahr und beseitigt die Haftung für dieselbe (R.O. 5 S. 356).

Zusatz 3. Außer der Kreditassekuranz ist noch eine andere, der Delkredere-Anm. 11. Haftung ähnliche Haftungsübernahme denkbar, nämlich die Garantie dafür, daß der Kommittent aus der Fortsetzung der Spekulation keinen ferneren Schaden erleiden werde (R.O.H. 5 S. 229). Ob eine solche Uebernahme vorliegt, ist auf Grund der §§ 133 und 157 B.G.B. festzustellen. Dabei sind aber bloße Redensarten, die etwa ein Bankier dem Kunden gegenüber, um ihn zu beruhigen, fallen läßt, wie: „Ich werde schon dafür sorgen, daß Sie nichts verlieren", nicht ohne Weiteres als eine Garantieübernahme zu betrachten (zust. R.G. vom 15. März 1893 in J.W. S. 237, 238).

Zusatz 4. Die Haftung für den Eingang kann auch darauf beruhen, daß Anm. 12. der Kommissionär bei der Kreditirung nicht diligentiam prästirt hat. Das ist aber kein Delkredere-Stehen und berechtigt keineswegs zu einer Provision.

§ 395.

Ein Kommissionär, der den Ankauf eines Wechsels übernimmt, ist verpflichtet, den Wechsel, wenn er ihn indossirt, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossiren.

1. **Der Paragraph setzt voraus, daß der Kommissionär den Ankauf eines Wechsels übernommen hat.** Anm. 1. Das bezieht sich nicht bloß auf einen ausdrücklichen Auftrag dieses Inhalts, sondern auf alle Fälle, wo auch nur stillschweigend oder in ordnungsmäßiger Ausführung eines Kommissionsgeschäfts ein Wechsel für Rechnung des Kommittenten erworben ist (nicht

bloß angekauft, sondern auch z. B. in Zahlung genommen — Hahn § 1 zu Art. 373; R.G. 20 S. 112).

Anm. 2. 2. **Der Paragraph setzt ferner voraus, daß der Kommissionär den Wechsel indossirt.** Es soll dem, der auftragsgemäß einen Wechsel für Rechnung des Kommittenten erwirbt, nicht etwa die Verpflichtung auferlegt werden, ihn zu indossiren, überhaupt oder in irgend einer Form. Eine solche Verpflichtung war geplant, ist aber in das Gesetz nicht aufgenommen worden. Es kann daher der Kommissionär den Wechsel auch direkt vom Gegenkontrahenten an den Kommittenten indossiren oder mit Blankogiro versehen lassen und so dem Kommittenten übermitteln. Wenn aber der Kommissionär den Wechsel indossirt, so soll er dies in regelmäßiger und vorbehaltloser Form thun, damit er den Wechsel nicht diskreditire, was durch ein anormales Indossament sehr leicht geschehen kann.

Anm. 3. 3. **Der Kommissionär hat, wenn er den Wechsel indossirt, ihn regelmäßig und ohne Vorbehalt zu indossiren.** Dadurch sind ausgeschlossen: das Rekta-, das Prokura-Indossament und das Giro ohne Obligo (W.O. Art. 14, 15, 17).

Anm. 4. 4. **Die Wirkung des dem Gesetze entsprechenden Indossaments** ist die aus der Wechselordnung sich ergebende. Der Kommissionär haftet jedem späteren Nachmann wechselmäßig, seinem unmittelbaren Nachmann aber, dem Kommittenten, gegenüber hat er den auf Art. 82 W.O. beruhenden Einwand, daß er für Rechnung des Kommittenten den Wechsel erworben und ihm denselben nur indossirt habe, um seiner gesetzlichen Verpflichtung zu genügen, ein der äußeren Form nach tadelloses Indossament auf den Wechsel zu setzen, nicht um sich ihm gegenüber für den Wechselbetrag zu verpflichten (R.G. 20 S. 113). Eine Haftung nach Analogie des Delkredere kann zwar übernommen werden, das muß aber besonders begründet werden durch Handelsgebrauch oder Uebereinkunft nach § 394 (R.G. 20 S. 114), oder auch dadurch begründet sein, daß der Kommissionär bei dem Verkaufsgeschäfte oder bei der Abnahme des Wechsels nicht diligentiam prästirt hat. Ist eine solche besondere Haftung nicht begründet, dann kann der Kommissionär, wenn er von dem Dritten belangt wird, vom Kommittenten Ersatz der Regreßsumme verlangen (R.O.H. 13 S. 279; Hahn § 9 zu Art. 373).

Anm. 5. Danach beantwortet sich auch die Frage, ob der Kommissionär für das Indossament Delkredere-Provision beanspruchen kann. Er kann dies nur dann, wenn er für den Eingang des Wechsels nach Handelsgebrauch oder Uebereinkunft eine besondere Haftung übernommen hat (Hahn § 8 zu Art. 373).

Anm. 6. Der Wechselschuldner darf, wenn der Wechsel solchergestalt durch Indossament (oder durch Blankoübergabe) dem Kommittenten übertragen ist, diesem nicht etwa eo ipso diejenigen Einreden entgegensetzen, die er gegen den Kommissionär hat: es liegt keine anormale Successionsart im Sinne des § 4 zu Art. 82 von Staub W.O. vor.

Anm. 7. 5. **Hat der Kommissionär den Wechsel indossirt, aber nicht dem Gesetze entsprechend,** so hat er seiner Verpflichtung zuwidergehandelt, muß sich gefallen lassen, daß der Kommittent den Wechsel zurückweist, und haftet auf Schadensersatz (§ 385).

§ 396.

Der Kommissionär kann die Provision fordern, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Ist das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen, so hat er gleichwohl den Anspruch auf die Auslieferungsprovision, sofern eine solche ortsgebräuchlich ist; auch kann er die Provision verlangen, wenn die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist.

Zu dem von dem Kommittenten für Aufwendungen des Kommissionärs nach den §§ 670, 675 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu leistenden Ersatze ge-

hört auch die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs.

Einleitung. **Der Paragraph behandelt die Ansprüche des Kommissionärs auf Belohnung und Erstattung** (Abs. 1: Ansprüche auf Belohnung, Abs. 2 Anspruch auf Erstattung). Die Ansprüche setzen voraus, daß der Kommissionär seinen Verpflichtungen genügt hat (R.G. vom 20. Dezember 1882 bei Puchelt Anm. 2 zu Art. 371), auch in Bezug auf Rechenschaftsablegung (R.O.H. 10 S. 190; 22 S. 4; Bolze 1 Nr. 465; implicite auch Bolze 8 Nr. 435). Der Provisionsanspruch hat noch ein weiteres Erforderniß.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.). **Der Anspruch auf Belohnung (Provision).** Derselbe ergiebt sich aus § 354. Die Provision ist ein Aequivalent für die Mühewaltung, aber auch für die Verantwortung, die der Kommissionär in Bezug auf die sorgfältige Ausführung des Geschäfts übernimmt. Ueber die Höhe des Provisionsanspruchs ergiebt das Nähere die Erläuterung zu § 354. Hier wird nur abgehandelt über die Bedingungen des Provisionsanspruchs.

Anm. 2. a) **Regelmäßig kann die Provision nur gefordert werden nach Ausführung des Geschäfts.**

α) Die Ausführung des Geschäfts bedeutet nicht etwa die Erfüllung des Kommissionsauftrags durch Abschluß des aufgetragenen Geschäfts, sondern die Ausführung des letzteren oder die Erfüllung desselben (Hahn § 14 zu Art. 371; Puchelt Anm. 10 zu Art. 371; vergl. R.O.H. 1 S. 77; 20 S. 325). Jedoch wird nicht immer die vollständige Erfüllung des Geschäfts zu fordern sein. Vielmehr giebt es Verhältnisse, in denen das noch nicht vollständig erfüllte Geschäft doch im Sinne des vorliegenden Paragraphen als ausgeführt gilt und der schillernde Ausdruck „wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist", ist absichtlich stehen gelassen worden, um derartigen Verhältnissen Rechnung zu tragen (Denkschrift S. 238). Den Beweis, daß die Ausführung des Geschäfts erfolgt ist, hat der Kommissionär zu führen. Das folgt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus seiner Rechenschaftspflicht, welcher er genügt haben muß, um seine Ansprüche zur Existenz zu bringen (vergl. die Einleitung).

Anm. 3. β) Daß die Provision durch die Ausführung des Geschäfts bedingt wird, gilt auch dann, wenn der Kommissionär mit der Ausführung des Geschäfts gar nicht befaßt ist, sondern nur mit dem Vertragsabschlusse (vergl. R.O.H. 1 S. 77).

Anm. 4. γ) Der Kommissionär wird also nicht für seine Thätigkeit, sondern für den Erfolg des Geschäfts belohnt. Er ist dadurch schlechter gestellt, als der Makler (Anm. 18 im Exkurse zu § 92) und steht dem Agenten gleich, (§ 88).

Anm. 5. δ) Durch diese Bestimmung bleibt der Kommittent Herr des Geschäfts bis zur Ausführung desselben, er braucht dem Kommissionär, wenn das Geschäft nicht zur Ausführung kommt, keine Provision zu zahlen. Es sei denn, daß er die Ausführung des Geschäfts durch sein Verschulden vereitelt hat oder daß die Ausführung des von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäfts aus sonstigen nur in der Person des Kommittenten liegenden Gründen unterblieben ist. (Hierüber Anm. 3—7 zu § 88.)

Anm. 6. ε) Sicher kann der Kommissionär keine Provision fordern, wenn das Geschäft nicht einmal abgeschlossen ist, mag dies auch auf willkürlichem Widerruf des Kommittenden beruhen (R.O.H. 20 S. 325; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 537). Das gilt auch nach neuem Rechte. Denn Abs. 1 unseres Paragraphen bestimmt etwas Anderes nur für den Fall, daß die Nichtausführung des abgeschlossenen Geschäfts durch die Person des Kommittenten verschuldet ist; den Ersatz der behufs Ausführung der Kommission bereits gemachten Aufwendungen kann der Kommissionär in dem Falle verlangen, daß das Geschäft ohne sein Verschulden nicht zum Abschlusse gelangt ist (Denkschrift S. 238). Wendet der Kommissionär ein, daß vor Eintreffen des Widerrufs das Geschäft bereits abgeschlossen worden ist, so hat er dies zu beweisen (R.O.H. 16 S. 305).

Anm. 7. b) **Ausnahmsweise kann eine Auslieferungsprovision** beansprucht werden. Eine solche kann z. B. vorkommen, wenn der Verkaufskommittent die Kommission widerruft und das Gut zurückverlangt. Es entscheidet hierüber der Ortsgebrauch der Handelsniederlassung des Kommissionärs, nicht der Ort, an welchem die Waare abgesetzt werden sollte (R.G. 17 S. 31).

Anm. 8. c) **Selbstverständlich können die Parteien auch sonst den Provisionsanspruch an den bloßen Abschluß des Geschäfts knüpfen** (R.O.H. 16 S. 379).

Anm. 9. d) **Wenn der Kommissionär zulässiger Weise** (vergl. hierüber Anm. 26 Art. zu § 383) **von beiden Theilen den Kommissionsauftrag entgegengenommen hat,** so kann er auch von beiden Theilen Provision fordern (R.O.H. 7 S. 90; vergl. Grünhut bei Endemann III. S. 213).

Anm. 10. e) **Die Provision unterliegt der Verjährung** nach § 196 B.G.B. (2 Jahre, wenn die Besorgung erfolgt ist zur Förderung des Gewerbebetriebes des Kommittenten 4 Jahre). Ueber die gleiche Frage für den Fall des Selbsteintritts siehe Anm. 27 zu § 400.

Anm. 11. 2. (Abs. 2.) **Der Anspruch auf Erstattung.** Hierüber bestimmt § 670 B.G.B., der nach unserem Abs. 2 hier Anwendung findet:

> Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.

Hiernach kann der Kommissionär ersetzt verlangen alle Aufwendungen, welche er den Umständen nach für erforderlich halten darf zum Zwecke der Ausführung des Geschäfts. Insbesondere gilt dies nach dem Abs. 2 unseres Paragraphen von der Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Beförderungsmittel des Kommissionärs.

Anm. 12. a) Im Allgemeinen ist hierzu zu bemerken:

α) Nur wirkliche Auslagen kann der Kommissionär ersetzt verlangen. Hat er sich mit dem Dritten auf ein minus geeinigt, so kommt der Vortheil dem Kommittenten zu Gute (§ 387). Ist er bloß einen Betrag schuldig geworden und hat er ihn noch nicht bezahlt, so tritt an die Stelle der Erstattungs- die Befreiungspflicht (Hahn § 1 zu Art. 371; Puchelt Anm. 12 zu Art. 371).

Anm. 13. β) Der Kommissionär kann alle Auslagen ersetzt verlangen, die er für zweckdienlich erachten durfte. Es kommt also nicht objektiv darauf an, ob sie sich ex post als zweckdienlich erwiesen haben. Auch was sich nachträglich als überflüssig herausgestellt hat, muß doch erstattet werden, wenn jemand in vernünftiger Erwägung der Sachlage mitten in der betreffenden Situation die Auslage für erforderlich halten durfte zum Zwecke der Ausführung des Geschäfts.

γ) Die Auslagen kann er auch dann ersetzt verlangen, wenn die Kommission widerrufen wird.

Anm. 14. b) Im Einzelnen ist zu bemerken:

α) Vorschüsse. **Nach dem Gesetze ist der Kommissionär nicht verpflichtet, in Vorschuß zu gehen,** er kann vielmehr verlangen, daß ihm vom Kommittenten im Voraus die Mittel zur Ausführung des Geschäfts zur Verfügung gestellt werden (R.G. 23 S. 413; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 341). Doch kann die Vorschußpflicht ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden. Die stillschweigende Vereinbarung liegt in der Uebernahme eines Kommissionsauftrages, der anders nicht ausgeführt werden kann, z. B. in der Entgegennahme eines Auftrages zur Ausführung eines Börsengeschäfts durch den Bankier. Der thatsächlich geleistete Vorschuß kann nicht als selbstständiges Darlehn zurückgefordert werden, sondern mittelst der actio mandati contraria, also im Falle der Stellung eines Depots erst nach Abwicklung des Geschäfts und auf Grund des Nachweises, daß sich als Ergebniß des Geschäfts ein Saldo für den Kommissionär ergeben hat, weil in solchem Falle der Vorschuß als kreditirt zu gelten hat (R.O.H. 10 S. 189). — Ueberall dort, wo der Vorschuß oder die sonstige Leistung des Kommissionärs als kreditirt zu gelten hat, kann der Kommissionär vor Ablauf der Kreditfrist nicht Deckung bezw. Sicherung oder Erhöhung der geleisteten Deckung bezw. Sicherung verlangen,

jedenfalls nicht deshalb, weil durch die Kursentwicklung das Risiko des Kommissionärs sich anscheinend vergrößert; gegen diese Eventualität muß sich der Kommissionär vor der Krediteinräumung schützen. Die Angst ist jedenfalls kein Rechtsgrund. Anders wenn das Pfand im Werthe sinkt (Anm. 30 zu § 368).

β) Alle sonstigen Leistungen, die der Kommissionär machen mußte, um seinen Verpflichtungen gegenüber dem Dritten gerecht zu werden, soweit ihn nicht eine Schuld trifft. Dazu gehört auch der dem Dritten geleistete Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auch wenn der Kommittent infolge kasueller Unmöglichkeit den Kommissionär nicht in den Stand gesetzt hat, seiner Erfüllungspflicht gegenüber dem Dritten zu genügen (R.O.H. 23 S. 107), oder wegen mangelhafter Erfüllung, es sei denn, daß der Kommissionär selbst die mangelhafte Erfüllung verschuldet hätte (R.O.H. 21 S. 311). Ueberall ist hier nur der konkrete Schaden zu ersetzen; § 326 B.G.B. u. 376 H.G.B. greifen nicht Platz (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1115). Neben solchen Schadensansprüchen bleibt der Anspruch auf Provision bestehen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 577). Anm. 15.

γ) Besonders sind hervorgehoben: die Vergütung für die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel des Kommissionärs. Hierbei ist zweierlei zu beachten: Anm. 16.

αα) Die Vergütung kann der Kommissionär auch dann fordern, wenn wegen Nichtausführung des Geschäfts die Provision nicht verdient ist, sofern er nur nicht die Nichtausführung verschuldet hat, da sonst die Aufwendung nicht als nützlich betrachtet werden kann, so insbesondere, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfüllt, sich nicht bemüht hat, den Kommissionsauftrag auszuführen (Kammergericht bei Perl und Wreschner 1894 S. 4 u. 5). Lagergeld kann der Kommissionär auch dann fordern, wenn er das Gut wider den Willen des Kommittenten zum Zwecke der Sicherung seines Pfandrechts zurückbehält (Burchard S. 363; vergl. Anm. 13 zu § 354).

ββ) Diese Vergütung kann andererseits gefordert werden neben der Provision. Indessen ist mit der Provision alles abgegolten, was der Kommissionär an kaufmännischen Diensten leistet, also auch die Benutzung der Lagerräume und der Transportmittel und die Arbeit seiner Leute, soweit diese Leistungen zu kaufmännischen Diensten benutzt werden (vergl. auch Denkschrift S. 238). Wenn z. B. den Intentionen des Kommissionsauftrages gemäß der Verkauf im Laden erfolgen soll, so kann der Kommissionär nicht besonders Ladenmiethe liquidiren; ebenso kann er in diesem Falle nicht das Gehalt seiner Komptoirbeamten antheilig liquidiren; es handelt sich hierbei nur um Leistungen anderer Art: Aufbewahrung in besonderen Lagerräumen, Dienstleistungen beim Ein- und Ausladen. Anm. 17.

γγ) Ueberall hat der Kommissionär, wenn er solche Ansprüche erhebt, dieselben zu substantiiren durch Bezeichnung der benutzten Lagerräume u. s. w. (R.O.H. 7 S. 382). Anm. 18.

δ) Ob die verauslagte Versicherungsprämie als nützliche Aufwendung ersetzt werden muß, darüber vergl. Anm. 10 zu § 390. Anm. 19.

ε) Die Gefahr eines vom Kommissionär mit dem Dritten geführten Prozesses trägt der Kommittent, derselbe hat die Prozeßkosten und auch die Urtheilssumme zu erstatten, und kann nicht einfach unrichtige Entscheidung einwenden, sondern nur mangelnde Sorgfalt des Kommissionärs (R.O.H. 21 S. 310). Anm. 20.

ζ) Ueberall ist vorausgesetzt, daß der Kommissionär seinen Verpflichtungen genügt hat, insbesondere auch hinsichtlich der Rechenschaftsablegung (vergl. oben die Einleitung). Anm. 21.

Zusatz 1. Ueber den Erfüllungsort und Gerichtsstand für die Ansprüche des Kommissionärs siehe Anm. 29 zu § 384. Anm. 22.

Anm. 23. **Zusatz 2. Die Rechte des Kommissionärs sind mit dem Anspruch auf Vergütung und Erstattung keineswegs erschöpft.** So kann z. B. der Kommissionär von seinen Auslagen auch Zinsen fordern (§ 354). Der Kommissionär kann verlangen, daß der Kommittent ihn in den Stand setzt, das aufgetragene Geschäft rechtzeitig zu erfüllen, also ihm bei der Verkaufskommission die Waare rechtzeitig zu liefern (R.G. 23 S. 413), ihm bei der Einkaufskommission den Kaufpreis zu ersetzen (R.G. 23 S. 413). Sonst kann der Verkaufskommissionär die Waare selbst beschaffen und der Einkaufskommissionär kann sonst das Gut verkaufen lassen und sich wegen seiner Ansprüche bezahlt machen (§ 398).

397.

Der Kommissionär hat an dem Kommissionsgute, sofern er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt das gesetzliche Pfandrecht am Kommissionsgut** und zwar nur die Voraussetzungen und den Gegenstand des Pfandrechts. Die Wirkungen des Pfandrechts, seine Realisirung sind hier nicht behandelt, sollen aber von uns mit erwähnt werden.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung des Pfandrechts** ist das Bestehen eines Anspruchs des Kommissionärs aus dem Kommissionsverhältnisse oder eines Liberirungsanspruchs aus demselben oder einer Forderung aus laufender Rechnung aus Kommissionsgeschäften. In letzterem Falle braucht also keine Konnexität vorhanden zu sein. Unter der laufenden Rechnung ist nach der vom Reichsgericht adoptirten Ansicht nicht bloß ein eigentliches Kontokurrentverhältniß zu verstehen, und auch der Umstand, daß die laufende Rechnung sich auch auf andere als Kommissionsgeschäfte bezieht, schließt nach dieser Ansicht das Pfandrecht nicht aus, nur daß im letzteren Falle die sich auf andere Geschäfte beziehenden Posten bei Ermittelung derjenigen Forderungen, für welche das Pfandrecht in Anspruch genommen werden kann, unberücksichtigt bleiben müssen (R.G. 9 S. 430). Diese Ansicht des Reichsgerichts, daß der vorliegende Paragraph kein eigentliches Kontokurrentverhältniß erfordert, wird auch vertreten von Laband in G.Z. 9 S. 449; Hahn II S. 498; Cosack S. 225; bekämpft von Anschütz und Völderndorff III S. 375, 376; Puchelt 3. Aufl. Anm. 8 zu Art. 374. Auch wir können dem Reichsgericht nicht zustimmen. Nach den Motiven zum alten H.G.B (S. 157) und nach der Natur der Sache war die ratio legis die Erwägung, daß beim Kontokurrent die einzelnen Forderungen im Schlußsaldo aufgehen, wodurch das eine einzelne Forderung sichernde Kommissionärpfand untergehen würde, wenn das Gesetz nicht schützend eingriffe. Das bezieht sich indessen nur auf das eigentliche Kontokurrentverhältniß. Dafür spricht auch der Sprachgebrauch der §§ 355—357. Uebrigens wird nach der neuen Vorschrift des § 356 der Kommissionär auch durch die Saldofeststellung nicht gehindert sein, das für die Einzelposten bestehende Pfandrecht in soweit geltend zu machen, als sein Kontokurrentguthaben und die durch das Pfand gesicherte Forderung sich decken.

Die Vorschrift des vorl. Paragraphen, daß das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs entsteht an allen Forderungen aus laufender Rechnung ohne Rücksicht auf Konnexität, erleidet eine Ausnahme durch § 8 des Bankdepotgesetzes. In diesem ist dem Kaufmann bei der Weitergabe fremder Werthpapiere zur Aufbewahrung, Veräußerung, Umtauschung oder Beziehung anderer Werthpapiere die Pflicht auferlegt, dem Dritten zu sagen, daß es sich um fremde Werthpapiere handelt, und bei der Weitergabe einer Kommission zum Einkauf von Werthpapieren dem Dritten zu sagen, daß dies für fremde Rechnung geschieht. Macht

nun der Kaufmann pflichtgemäß diese Mittheilung, so ist die Rechtsfolge die, daß für den Dritten an den übergebenen oder angeschafften Papieren ein Pfandrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend gemacht werden kann, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. (Das bezieht sich übrigens auch auf das Vertragspfandrecht und auf das Zurückbehaltungsrecht). Vergl. hierüber Lusensky Anm. 7 zu § 8 des Gesetzes; ferner Rießer, Bankdepotgesetz S. 44 ffg. Alles das gilt nicht im Falle des Selbsteintritts (vergl. unten Anm. 31 zu § 400). Der dem Dritten hiermit gewährte Schutz ist insofern nur sehr unerheblich, als diese Beschränkung des Pfand- und Zurückbehaltungsrechts die einzige Folge jener Mittheilung ist. Im übrigen muß nämlich der Centralbankier alle Dispositionen des Zwischenkommissionärs über die betreffenden Werthpapiere befolgen, vorausgesetzt nur, daß dieselben nicht zu einer Erweiterung des Pfandrechts vor Befriedigung des Bankiers hinsichtlich der auf diese entstandenen Ansprüche führen. An dieser letzteren Einschränkung aber muß festgehalten werden. So ohne weiteres kann der Zwischenbankier nicht Bestimmungen treffen, die zu einer Erweiterung des Pfandrechts des Centralbankiers führen. Nur dann, wenn diese Befugniß anderweit begründet ist oder wenigstens der Centralbankier sich in der Lage befindet, redlicher Weise annehmen zu dürfen, daß dies der Fall ist, kann letzterer von seinem Auftraggeber ein erweitertes Pfandrecht an den angeschafften Papieren erwerben (R.G. 41 S. 32).

2. **Gegenstand des Pfandrechts** ist das Kommissionsgut, sofern der Kommissionär dasselbe in seiner Gewahrsam hat oder mittelst eines Dispositionspapiers darüber zu verfügen in der Lage ist. Anm. 2.

a) Kommissionsgut ist nicht, wie im Allgemeinen definirt wird, jeder Gegenstand, der dem Kommissionär aus Veranlassung des Kommissionsverhältnisses übergeben worden ist. Allerdings gehört dazu die dem Kommissionär zum Verkauf übergebene Waare und die von ihm eingekaufte Waare, sodann aber auch die zu eventuellem Verkauf und einstweiliger Aufbewahrung übergebene Waare (R.O.H. 20 S. 87). Das Letztere folgt daraus, daß auch die zu eventuellem Verkauf übersendete Waare jedenfalls Gegenstand des kommittirten Geschäfts ist. Als Kommissionsgut ist aber nach richtiger Begriffsbestimmung nur das zu betrachten, was der Kommissionär als Gegenstand des kommittirten Geschäfts anzusehen hat, also z. B. nicht Pferd und Wagen, welche das Kommissionsgut zum Kommissionär bringen (Bolze 8 Nr. 433), auch nicht Gegenstände, welche dem Kommissionär zum Zwecke der Sicherung seiner Ansprüche verpfändet sind (Kammergericht bei Perl und Wreschner 1893 S. 69). Daß das kommittirte Geschäft nicht nothwendig entgeltlich sein muß, daß daher auch die in Folge unentgeltlicher Besorgung von Werthpapieraustausch in den Besitz des Kommissionärs gelangten Papiere Kommissionsgut sind, darüber siehe Anm. 16 zu § 383. Der Gegenstand muß ferner ein selbstständiger Vermögenswerth, muß möglicher Gegenstand selbstständiger Veräußerungsgeschäfte sein, was z. B. bei Zinskoupons und Dividendenscheinen, nicht aber bei bloßen Legitimations- oder Beweisurkunden, z. B. den Talons, der Fall ist (R.G. 3 S. 155), ebenso nicht bei Versicherungspolicen, Hypothekendokumenten (vergl. Anm. 15 zu § 369). Der Kommissionsauftrag muß zu Stande gekommen sein; was bloß im Hinblick auf einen in Aussicht genommenen, aber nicht perfekt gewordenen Kommissionsauftrag in den Besitz des Kommissionärs gelangt ist, ist nicht Kommissionsgut. (Bolze 3 Nr. 620: der Bankier hatte erklärt, er kaufe auf die Versicherung, daß der Vorschuß unterwegs sei; als dieses sich als unrichtig herausstellte, durfte er mit dem eingekauften Gute verfahren, wie er wollte, brauchte nicht nach § 398 zu verfahren). Was aber einmal Kommissionsgut ist, verliert diese Eigenschaft nicht durch den Widerruf der Kommission Seitens des Kommittenten oder durch die Kündigung des Verhältnisses Seitens des Kommissionärs.

b) Sofern der Kommissionär dasselbe in seinem Besitz hat, insbesondere mittelst Konnossements, Lager- oder Ladescheins darüber zu verfügen in der Lage ist. Ueberall muß, damit dieses Requisit vorliegt, dem Kommissionär Anm. 3.

das Dispositionspapier bereits ausgehändigt sein (R.G. 13 S. 119). Näheres über dieses Requisit Anm. 27—30 zu § 369, das dort Gesagte gilt entsprechend auch hier.

Anm. 4. c) Hinzuzufügen ist, daß das Kommissionsgut nicht Eigenthum des Kommissionärs sein darf. Es gehört dieses Requisit zwar nicht zum Begriff des Kommissionsgut; für diesen Begriff, insbesondere im Sinne des § 398 ist dies gleichgiltig, der letztere Paragraph giebt dem Kommissionär das Verkaufsrecht nicht bloß für den Fall des bestehenden Pfandrechts. Hier aber, wo dem Kommissionär ein Pfandrecht gewährt wird, muß das hier hervorgehobene Requisit vorhanden sein, weil es begrifflich nicht möglich ist, daß Jemand an seinem eigenen Gegenstande ein Pfandrecht hat. Ueber die Rechte des Kommissionärs an dem in seinem Eigenthum stehenden Kommissionsgut s. zu § 398.

Anm. 5. d) Andererseits ist es begrifflich nicht erforderlich, daß der Kommittent Eigenthümer ist. Begrifflich ist es vielmehr denkbar, daß der Kommissionär sein Pfandrecht an Sachen, die dem Kommittenten nicht gehören, erwirbt. Wann dies zulässig ist, richtet sich nach anderen Vorschriften, insbesondere nach § 366 Abs. 3. Wir haben hierüber in Anm. 58 ffg. zu § 366 und Anm. 75 zu § 368 ausführlich gehandelt. Wir haben dort insbesondere genau unterschieden zwischen dem gesetzlichen Pfandrechte an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren, dem gesetzlichen Pfandrechte an Ordrepapieren, insbesondere auch an Dispositionspapieren, und hierbei wieder zwischen dem gesetzlichen Pfandrechte am Gute selbst mittels des Dispositionspapiers und dem gesetzlichen Pfandrechte am Dispositionspapiere in dem Falle, daß dieses den Pfandgläubiger nicht in die Lage versetzt, über das Gut zu verfügen. Ueber letzteren Fall siehe besonders Anm. 77 zu § 368.

Anm. 6. 3. **Der Inhalt des Pfandrechts.** Es ist der eines vertragsmäßigen Pfandrechts (§ 1257 B.G.B.).

Es besteht auch im Konkurse und gewährt in demselben ein Absonderungsrecht (§ 49 Nr. 2 K.O.), ist hier jedoch dahin modifizirt, daß der Pfandgläubiger zur Verwerthung gezwungen werden kann (§ 127 K.O.).

Auch in der Exekutionsinstanz hat der Kommissionär ein Widerspruchsrecht nach §§ 766 u. 771 C.P.O., nicht mit der Beschränkung des § 805, da er den juristischen Besitz auch auf Grund der Dispositionspapiere hat (R.G. 9 S. 425; vergl. Wilmowski und Levy, C.P.O. Anm. 1 zu § 710).

Anm. 7. 4. **Die Realisirung des Pfandrechts.** Die Realisirung folgt gemäß § 1257 B.G.B. den gleichen Regeln, wie das Vertragspfandrecht. Wir haben hierüber zu § 368 (vergl. besonders Anm. 18 zu § 368) ausführlich gehandelt, dazu tritt noch § 368, wonach die einmonatliche Verkaufswartefrist sich hier in eine einwöchige verwandelt, wenn der Kommittent Kaufmann ist (vergl. auch hierüber Anm. 78 zu § 368). Mit einem Worte wollen wir noch betonen, daß der Pfandverkauf sich nach B.G.B. ohne gerichtliche Mitwirkung vollzieht (vergl. Anm. 36 zu § 368). Hinzuzufügen ist:

Anm. 8. a) Bei der Realisirung des Pfandrechts hat der Kommissionär mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auch im Interesse des Kommittenten zu handeln. Denn auch hierbei hört er nicht auf, Kommissionär, Mandatar zu sein (R.O.H. 10 S. 194). Verletzt er die gesetzlichen Vorschriften über die Pfandrealisirung, so bewirkt dies nicht das Erlöschen der Ansprüche des Kommissionärs, sondern berechtigt nur den Kommittenten, den Verkauf als nicht geschehen anzusehen, und demgemäß die Lieferung des Kommissionsgutes, event. Schadenersatz zu fordern (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 644 u. 1503).

Anm. 9. b) Er darf für die Pfandrealisirung eine hierfür angemessene Provision berechnen (vergl. R.O.H. 10 S. 187, 197; Bolze 12 Nr. 474; natürlich nicht gerade die bedungene Verkaufsprovision, O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 106).

Anm. 10. **Zusatz 1. Beim Erfüllungsverzuge des Kommittenten ist der Kommissionär nicht berechtigt, vom Kommissionsvertrage zurückzutreten und das angeschaffte Gut für sich zu behalten.** Das H.G.B. bestimmt dies nicht und auch aus den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts ist eine

derartige Befugniß des Kommissionärs nicht herzuleiten. § 326 B.G.B. greift nicht Platz, weil die dem Kommissionär obliegende Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten zum Recht auf Provision und auf Auslagenerstattung nicht in einem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung im Sinne jenes Paragraphen steht (Denkschrift S. 239; abweichend Cosack S. 226). Anders allerdings im Falle des Selbsteintritts. Vergl. Anm. 24 zu § 400.

Zusatz 2. Wohl aber hat der Kommissionär das Kompensationsrecht. Die Ansprüche, die ihm zustehen, kann er gegen die Ansprüche des Kommittenten zur Aufrechnung stellen. Insbesondere kann er so verfahren mit Geldern, die er auf Grund des Kommissionsverhältnisses eingezogen hat. Anm. 11.

Zusatz 3. Der Kommissionär hat ferner unter den Voraussetzungen der §§ 369 ffg. das Zurückbehaltungsrecht, welches insofern weitergeht, als es keine Konnexität voraussetzt, aber ein schwächeres Recht ist, insbesondere, indem es das Eigenthum des Kommittenten voraussetzt, auch dem Verfolgungsrecht weicht (Näheres zu §§ 369 ffg.). An den Forderungen aus dem Kommissionsverhältnisse hat er außerdem das Vorwegbefriedigungsrecht gemäß § 399. Anm. 12.

Zusatz 4. Im Konkurs des Kommittenten hat der Einkaufskommissionär das Verfolgungsrecht nach § 44 K.O. Näheres hierüber Anm. 76 ffg. im Exkurse zu § 382. Anm. 13.

§ 398.

Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigenthümer des Kommissionsguts ist, für die im § 397 bezeichneten Ansprüche nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen.

1. **Der vorliegende Paragraph beseitigt lediglich eine konstruktive Schwierigkeit.** An eigener Sache kann man kein Pfandrecht haben. Der Einkaufskommissionär kann also eigentlich an dem Kommissionsgute, so lange er es dem Kommittenten nicht übereignet hat, kein Pfandrecht haben. Da es sich aber empfiehlt, ihm das Recht der Befriedigung aus dem Kommissionsgute in derselben Weise zu gewähren, wie wenn das Kommissionsgut dem Kommittenten schon gehört, so bestimmt dies unser Paragraph. Anm. 1.
2. **Ein Recht, vom Kommissionsvertrage auf Grund des § 326 B.G.B. zurückzutreten und die Auslieferung des eingekauften Gutes dem Kommittenten unter diesem Gesichtspunkt zu verweigern,** hat der Einkaufskommissionär **nicht** (vergl. Anm. 10 zu § 397). Anm. 2.

§ 399.

Aus den Forderungen, welche durch das für Rechnung des Kommittenten geschlossene Geschäft begründet sind, kann sich der Kommissionär für die im § 397 bezeichneten Ansprüche vor dem Kommittenten und dessen Gläubigern befriedigen.

Das Vorrecht des Kommissionärs an den außenstehenden Forderungen. An und für sich gehören dieselben dem Kommissionär (§ 392). Allein nach § 392 Abs. 2 muß sie der Kommissionär als die des Kommittenten betrachten, muß sie ihm auf Verlangen abtreten und darf sie gegen seinen Willen nicht einziehen. Diese Beschränkung des § 392 Abs. 2 fällt fort, wenn die Sicherung des Kommissionärs wegen fälliger Gegenansprüche, wie sie § 397 aufzählt, dies erheischt. Alsdann braucht der Kommissionär die Forderung dem Kommittenten nicht abzutreten, kann dies vielmehr verweigern, bis er vom Kommittenten befriedigt ist, und kann die Forderung auch gegen seinen Widerspruch einziehen. Das ist der Inhalt des hier gewährten Vorzugsrechts. Ein Pfandrecht an den Forderungen ist damit nicht statuirt, da ja juristisch die Forderungen dem Kommissionär gehören und es ein Pfandrecht an der eigenen Sache nicht giebt. Anm. 1.

Zieht der Kommissionär die Forderungen ein, so kann er damit, wenn es Geld ist, kompensiren (s. Anm. 11 zu § 397) wenn es aber andere Gegenstände sind (und das kann der Fall Anm. 2.

sein, da es sich hier keineswegs nur um Geldforderungen handelt, sondern auch etwa um Ansprüche auf Lieferung), so werden dieselben Kommissionsgut und der Kommissionär hat an ihnen die zu § 397 erwähnten Sicherungsrechte.

Hat der Kommissionär die Forderungen dem Kommittenten bereits cedirt, so fällt das Recht fort.

§ 400. [1])

Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Werthpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt.

Im Falle einer solchen Ausführung der Kommission beschränkt sich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufes oder Verkaufs abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat.

Ist bei einer Kommission, die während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Kommittenten nicht ungünstiger sein als der Preis, der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand.

Bei einer Kommission, die zu einem bestimmten Kurse (erster Kurs, Mittelkurs, letzter Kurs) ausgeführt werden soll, ist der Kommissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diesen Kurs dem Kommittenten in Rechnung zu stellen.

Bei Werthpapieren und Waaren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Kommissionär im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt dem Kommittenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen.

Der vorliegende Paragraph behandelt den Begriff und die Voraussetzungen des Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs, sowie die Hauptwirkungen desselben.

Anm. 1. I. (Abs. 1.) **Der Begriff des Selbsteintrittsrechts.** Der Inhalt des Kommissionsgeschäfts geht eigentlich dahin, daß der Kommissionär beauftragt wird, ein Geschäft mit einem Dritten zu schließen, in eigenem Namen und für Rechnung des Kommittenten, und die Ergebnisse dieses Geschäfts auf den Kommittenten zu übertragen. Das Gesetz giebt aber dem Kommissionär unter gewissen Voraussetzungen das Recht, den vom Kommittenten beabsichtigten Erfolg dadurch herbeizuführen, daß er, die Rolle des Dritten übernehmend, das umgekehrte Geschäft mit dem Kommittenten schließt. Beauftragt z. B. der Kommittent den Kommissionär, ihm ein Werthpapier zu kaufen, so kann der letztere, anstatt das Papier bei einem Dritten zu

---

[1]) Literatur: Siehe jetzt besonders James Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs nach dem neuen deutschen Handelsgesetzbuche. Leipzig 1899.

kaufen und das gekaufte Papier nach Lieferung an den Kommittenten abzuliefern, dem Kommittenten selbst das Papier verkaufen und sich so als Verkäufer verpflichten, dem Kommittenten das Papier zu liefern.

Der Selbsteintritt besteht hiernach in der Erklärung des Kommissionärs, das entgegengesetzte Geschäft, als das ihm aufgetragene, mit dem Kommittenten zu schließen. Zwar drückt sich der Abs. 1 so aus, als handle es sich um einen Eintritt bei der Erfüllung des Geschäfts; denn darnach führt er das Geschäft dadurch aus, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer „liefert". Allein die folgenden Absätze und Paragraphen ergeben unzweifelhaft, daß das Gesetz sich die Eintrittserklärung selbst als die Ausführung des Kommissionsauftrages denkt. Anm. 2.

Daß der Selbsteintritt eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags ist, heben die neuen Bestimmungen schärfer hervor, als dies im Art. 376 der Fall war (vergl. Abs. 1 und 2: „dadurch ausgeführt"; „im Falle einer solchen Ausführung"). Früher war das Gleiche von der Rechtsprechung scharf betont worden (R.G. 1 S. 289; 4 S. 95; 25 S. 71). Anm. 3.

II. (Abs. 1.) **Die Voraussetzungen des Selbsteintrittsrechts.** Dieselben sind: Anm. 4.

1. Es muß sich handeln um eine Kommission zum Ein- oder Verkauf von Waaren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, oder von Werthpapieren, bei denen der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird. Also bei Werthpapieren muß ein amtlicher Kurs bestehen, bei Waaren ist dies nicht nothwendig, aber ein Marktpreis muß auch da bestehen (vergl. R.O.H. 12 S. 181; R.G. 34 S. 120). Ueber die Werthpapiere siehe Anm. 37 zu § 1. Ueber den Marktpreis siehe Anm. 19 flg. im Exkurse vor § 373. — Gemeint sind die Verhältnisse am Orte des Kommissionärs (Breit S. 70). Denn an diesem ist das Geschäft auszuführen. Herrscht an diesem Ort ein Marktpreis bezw. ein amtlich festgestellter Preis nicht, so ist der Marktpreis des nächsten Handelsplatzes gemeint. — Es muß auch zu der betreffenden Zeit ein Marktpreis vorhanden sein, es genügt nicht, daß im Allgemeinen Marktpreise bezw. amtliche Kurse für die betreffende Waare bestehen. War z. B. der Kurs an dem betreffenden Tage gestrichen oder war nur eine Geldnotiz vorhanden, so ist das Selbsteintrittsrecht nicht gegeben, auch wenn das Interesse des Kommittenten durch den Selbsteintritt nicht verletzt wurde (R.G. 34 S. 120).

Durch Vereinbarung können diese Voraussetzungen des Selbsteintritts beseitigt und derselbe auch auf andere Fälle ausgedehnt werden, also auch auf die Fälle, wo ein amtlicher Kurs für Werthpapiere nicht besteht, oder ein wirklicher Marktpreis nicht besteht, sondern bloß ein Geldkurs. Denn der § 402 verbietet nur Vereinbarungen gegen die Absätze 2—5. Andererseits aber muß angenommen werden, daß auch auf den auf Abrede beruhendem Selbsteintritt die Bestimmungen zu 2—5, und insbesondere auch § 402, also der Ausschluß abweichender Vereinbarungen, anzuwenden ist. Anm. 5.

2. Die zweite Voraussetzung ist, daß der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hat. Nur dann darf der Selbsteintritt nicht erfolgen (Bolze 21 Nr. 416). Das Verbot braucht nicht gerade bei Ertheilung des Kommissionsauftrages ausgesprochen zu sein, es kann dies auch später geschehen; darin liegt ein theilweiser Widerruf (§ 405 Abs. 3). Selbstverständlich braucht das Verbot des Selbsteintritts auch nicht ausdrücklich zu geschehen, es genügt auch stillschweigende Willenserklärung gemäß §§ 133 u. 157 B.G.B. (Bolze 3 Nr. 624). Ein Verbot des Selbsteintritts liegt nicht schon in der Uebernahme des delcredere (R.O.H. 19 S. 55), auch nicht in der Setzung eines Limitos (R.O.H. 23 S. 104) — über die Modalitäten des Selbsteintritts bei der limitirten Kommission siehe unten Anm. 4 zu § 401 —; kein Hinderniß für den Selbsteintritt ist ferner die Bestimmung, daß die Kommission am anderen Orte auszuführen ist (Bolze 5 Nr. 576 b); auch nicht, daß der Kommittent zum Auftrage durch den Rath des Kommissionärs bewogen wurde; war dieser ein falscher, so haftet der Kommissionär aus diesem Grunde (Bolze 3 Nr. 622; vergl. R.G. 19 S. 100); kein Hinderniß für den Selbsteintritt ist endlich, daß es sich um diskretionäre Aufträge gehandelt hat (Bolze 9 Nr. 328; Breit S. 80; Anm. 6.

dagegen Cosack S. 233; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 187 Anm. 9). Wohl aber ist ein stillschweigendes Verbot dann vorhanden, wenn es dem Kommittenten ersichtlich darum zu thun war, auf den Kurs einzuwirken (Hahn § 9 zu Art. 376), doch braucht der Kommissionär diese Absicht nicht zu vermuthen, der Kommittent muß sie ihm zu erkennen geben (Bolze 9 Nr. 329). Als stillschweigend ausgeschlossen wird gewöhnlich unter Hinweis auf R.O.H. 11 S. 43 der Selbsteintritt bei Differenzgeschäften betrachtet; allein bei diesen ist § 400 überhaupt nicht anwendbar, weil sie ja keine wirklichen Kaufgeschäfte darstellen und daher den Regeln über den Kauf nicht unterliegen (vergl. auch Cosack S. 233); es handelt sich also in Wahrheit nicht um Einkaufs- und Verkaufskommissionen.

Anm. 7. 3. Nicht ist Voraussetzung, daß der Einkaufskommissionär die Waare zur Zeit des Eintritts besitzt. Das folgt aus der rechtlichen Bedeutung der Selbsteintrittserklärung, wie sie unten Anm. 15 dargestellt ist; der Selbsteintritt erfolgt durch die Erklärung, den Vertrag zu schließen, nicht erst durch die Erfüllung desselben (R.O.H. 20 S. 326).

Anm. 8. 4. Auch daß die Geschäfte glatter Natur seien, ist nicht erforderlich; es können auch bedingte oder betagte Geschäfte sein (R.O.H. 22 S. 238).

Anm. 9. 5. Selbstverständlich darf der Kommissionär das Geschäft nicht schon durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt haben. Hat er das Geschäft mit einem Dritten bereits ausgeführt, so ist es begrifflich unmöglich, daß er es durch Selbsteintritt ausführt (Bolze 2 Nr. 908 u. 909). Anders Breit S. 108, welcher meint, daß, solange ein vom Kommissionär abgeschlossenes Geschäft Internum seiner Rechtssphäre bleibe, der Kommittent noch keinen Anspruch aus diesem Geschäfte, der Kommissionär vielmehr die freie Dispositionsverfügung darüber habe; welche Absicht der Kommissionär bei dem Geschäfte gehabt habe, sei irrelevant. Allein damit ist die Vertrauensstellung des Kommissionärs zum Kommittenten verkannt. Der Kommissionär soll einen Auftrag ausführen, soll für Rechnung und im Interesse des Kommittenten handeln; durch das Geschäft, das er in dieser Absicht mit dem Dritten schließt, ist die Kommission ausgeführt, das Geschäft ist durch den Abschluß für Rechnung des Dritten eo ipso seiner Rechtssphäre entzogen, auch wenn es zunächst noch sein „Internum" ist, d. h. dem Kommittenten nicht angezeigt ist. Er ist eben verpflichtet, es anzuzeigen. Wenn er den in Ausführung des Kommissionsauftrages erfolgten Abschluß mit einem Dritten verschweigt und statt dessen den Selbsteintritt erklärt, so verletzt er damit seine Pflichten und der Kommittent ist zum Gegenbeweise und zum Verlangen der Uebertragung der Ergebnisse des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts berechtigt (R.G. 6 S. 54). Freilich hat der Kommittent den Beweis zu führen.

Dieser Beweis ist meist schwer zu führen. Um die Rechtslage des Kommittenten in solchem Falle zu erleichtern, ist jetzt die Vorschrift des § 401 Abs. 2 gegeben (vergl. diese).

Anm. 10. 6. Erst recht kann der Selbsteintritt dann nicht erfolgen, wenn die anderweite Ausführung schon angezeigt ist oder wenn der Kommissionär sonst den Selbsteintritt abgelehnt hat. (R.O.H. 20 S. 326; Bolze 1 Nr. 950; O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 267). In der Anzeige der Ausführung mit einem Dritten liegt jedenfalls die Ablehnung des Eintritts. Ob durch den Nachweis, daß sie irrthümlich abgegeben ist, ihre Wirkung beseitigt werden kann, darüber siehe Anm. 33 zu § 384. Ist durch jene Anzeige der Selbsteintritt definitiv abgelehnt und erfolgte der Abschluß mit einem Dritten nicht, so ist die Kommission nicht ausgeführt (R.G. 6 S. 54). Der Kommittent hat dann die Rechte aus § 384 Abs. 3 (s. diesen).

Anm. 11. III. **Zeit und Form des Selbsteintritts.**

1. Ueber die Zeit des Eintritts ist im Gesetz nichts gesagt. Das Gesetz bestimmt nicht direkt, bis wann der Kommissionär berechtigt ist, von dem Selbsteintritt Gebrauch zu machen. Aus § 384 folgt nicht etwa die Verpflichtung sofortiger Erklärung des Selbsteintritts, falls davon Gebrauch gemacht werden soll. Denn danach soll der Kommissionär nur sofort nach der Ausführung des Auftrages dem Kommittenten davon Anzeige machen, die Erklärung des Selbsteintritts ist aber zugleich die Ausführung, und wann der Kommissionär das Geschäft auszuführen hat, ist damit nicht gesagt.

Indessen folgt aus § 384 das, daß der Kommissionär die Erklärung des Selbst- Anm. 12.
eintritts so schnell abzugeben hat, wie dies der Verpflichtung entspricht, das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Kommittenten gemäß dem Auftrage auszuführen. Oft, besonders bei Börsengeschäften, wird damit die Verpflichtung verknüpft sein, das Geschäft sofort zur Ausführung zu bringen. Verletzt der Kommissionär diese Verpflichtung, so ist er nach § 385 dem Kommittenten schadensersatzpflichtig, und wenn durch die verspätete Selbsteintrittserklärung die wesentlichen Zwecke, die dieser mit dem Auftrage verfolgt hat, verfehlt werden, hat derselbe auch das Recht, das Geschäft zurückzuweisen (§ 385). In jedem Falle aber hat er das Recht, einen bei früherer Ausführung erzielbaren günstigeren Preis für sich in Anspruch zu nehmen (hierüber § 401).

Für einen bestimmten Fall ist ein spätester Zeitpunkt für den Selbsteintritt im Anm. 13.
§ 405 gegeben, indem dort das Selbsteintrittsrecht für verwirkt erklärt ist, wenn der Kommissionär dem Kommittenten die Ausführungsanzeige macht, ohne hierbei den Selbsteintritt zu erklären. Näheres dort.

2. Ueber die Form der Selbsteintrittserklärung ist jetzt im § 405 vorgeschrieben, Anm. 14.
daß sie ausdrücklich erfolgen muß (siehe Anm. 5 zu § 405).

VI. **Die Wirkungen der Ausübung des Selbsteintrittsrechts.** Dieselben ergeben sich daraus, daß Anm. 15.
der Selbsteintritt eine besondere Art der Ausführung des Kommissionsgeschäfts ist (vergl. oben Anm. 1). Der Kommissionär führt das Geschäft dadurch aus, daß er mit dem Kommittenten kontrahirt und zwar dasjenige Geschäft mit ihm schließt, welches für den Kommittenten denselben wirthschaftlichen Effekt hat, wie wenn der Kommissionär das ihm aufgetragene Geschäft mit einem Dritten geschlossen und der Kommittent alsdann das Recht gehabt hätte, die Erfolge dieses Geschäfts für sich zu beanspruchen. Kommissionär und Kommittent nehmen hierbei eine Zwitterstellung ein: Der Kommissionär führt das ihm aufgetragene Geschäft eigentlich nicht aus; anstatt dieses auszuführen, schließt er ein anderes Geschäft mit dem Kommittenten; aber er thut dies doch auf Grund des Kommissionsauftrages.

Aus dieser Zwitterstellung ergeben sich die rechtlichen Wirkungen im Einzelnen: Anm. 16.

1. **Bei Entgegennahme des Kommissionsantrages** ist der Kommissionär reiner Kommissionär. Die von ihm hierbei ertheilten Rathschläge hat er mit der dem Kommissionär obliegenden Sorgfalt zu ertheilen und zu vertreten (R.G. 19 S. 100; 27 S. 123; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 525). Vergl. Anm. 1 zu § 384. Ist der Rath wider besseres Wissen ertheilt, so macht er sich nach § 79 des Börsengesetzes strafbar; vergl. auch die Strafbestimmung des § 78 (gewohnheitsmäßige, gewinnsüchtige Verleitung zu Börsenspekulationsgeschäften). An sich ist die Rathsertheilung kein Grund gegen den Selbsteintritt (vergl. oben Anm. 6).

2. **Aber schon die Entschließung, den Selbsteintritt zu wählen,** giebt seiner Stellung den in Anm. 15 Anm. 17.
erwähnten Doppelcharakter. Denn wenn er, um den Selbsteintritt ausführen und das so zu schließende Geschäft erfüllen zu können, einem Dritten einen analogen Kommissionsauftrag ertheilt, so ist dies zwar ein Geschäft, welches er aus Anlaß des ertheilten Auftrags schließt, und er hat die hierbei erzielten Vortheile dem Kommittenten zuzuwenden (§ 401 Abs. 2), aber es ist dies kein Weitergeben des ihm ertheilten Auftrags im Sinne des § 8 des Depotgesetzes, sodaß er keine Verpflichtung hat, seinem Mandatar mitzutheilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Sie geschieht ja eben nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung, um für eigene Rechnung die Selbsteintrittserklärung abgeben und das zu schließende Geschäft erfüllen zu können (vergl. unter Anm. 29).

3. **Die Selbsteintrittserklärung selbst** zeigt jenen Doppelcharakter als Kommissionär und Anm. 18.
Kontrahent auf das deutlichste: der Kommissionär kontrahirt mit dem Kommittenten, indem er die Erklärung abgiebt, mit ihm kontrahiren zu wollen. Eine Zustimmung des Kommittenten ist nicht mehr erforderlich. Das liegt daran, daß er als Kommissionär, in Ausführung des Kommissionsauftrags, kontrahirt. Ob man nun die Zustimmung des

Kommittenten als im Voraus ertheilt oder als nicht nothwendig betrachten will, soll hier nicht untersucht werden.

Am schärfsten aber tritt der Kommissionscharakter bei diesem Kontrahirungsgeschäft hervor durch die dem Kommissionär auferlegte Verpflichtung, denjenigen Preis in Rechnung zu stellen, den er bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erzielen können und den er bei einem aus Anlaß des Auftrages abgeschlossenen Geschäfte erzielt hat (hierüber zu § 401).

Anm. 19. 4. **Die Wirkungen des Selbsteintritts** stehen gleichfalls unter dem Zeichen jenes Doppelcharakters: der selbsteintretende Einkaufskommissionär ist nunmehr wahrer Verkäufer, der selbsteintretende Verkaufskommissionär ist nunmehr wahrer Käufer (Bolze 21 Nr. 770), allein es ist doch ein Kommissionär, welcher das Kaufgeschäft in Ausführung des Kommissionsauftrages schließt.

a) **Als Preis** ist nach Abs. 2—5 in Rechnung zu stellen der Börsen- oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat, d. h. der Zeitpunkt, wo der Bankier seinem Boten die Anzeige übergiebt, damit er sie dem Telegraphen oder der Post übergiebt, nicht erst die Abgabe an die Transportbehörde durch den Boten; bis dahin kann der Kurs sich wieder verändert haben. Ist die Ausführungsanzeige nach Schluß der Börse oder des Marktes abgesendet, während der Auftrag ausdrücklich oder seiner Natur nach (was insbesondere auf Börsengeschäfte meist zutreffen wird) während der Börsenzeit auszuführen war, so ist mindestens der Schlußkurs, und bei Aufträgen zu bestimmten Kursen mindestens dieser in Rechnung zu stellen. Das Gleiche gilt bei jedem sonstigen Limito (vergl. Anm. 4 zu § 401). Ueberall muß, wenn der Kurs amtlich festgestellt wird, mindestens der amtliche Kurs in Rechnung gestellt werden. Ein nicht amtlich notirter Zwischenkurs steht dem nicht gleich, auch wenn zu diesem Kurse thatsächlich gehandelt wurde.

Anm. 20. Zu dem so zu berechnenden Kurse gilt das Geschäft als abgeschlossen; giebt der Kommissionär einen andern Preis an, so kann dies angefochten und die Erfüllung des Geschäfts zu dem hiernach richtig zu berechnenden Kurse verlangt werden (s. unten Anm. 21). Aber der so zu berechnende Kurs gilt nicht absolut. Er gilt regelmäßig und einstweilen, und der Kommissionär hat keine weitere Rechenschaftspflicht (vergl. unten Anm. 21). Aber er gilt nicht mehr, sobald es dem Kommittenten gelingt, nachzuweisen, daß der Kommissionär bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt günstiger hätte abschließen können oder daß er aus Anlaß des Kommissionsgeschäfts ein günstigeres Geschäft geschlossen hat (vergl. zu § 401).

Anm. 21. b) **Die Rechenschaftspflicht** ist dahin eingeschränkt, daß der Kommissionär nur nachzuweisen hat, er habe die zu a erwähnten Preise eingehalten. Diesen Nachweis muß der Kommissionär erbringen (durch Kurszettel u. s. w., R.G. 1. S. 290). Daß er keinen höheren Nachweis zu führen hat, ist eine Besonderheit des durch Selbsteintritt ausgeführten Kommissionsgeschäfts. Diese Beschränkung der Rechenschaftspflicht ist insbesondere wichtig gegenüber den ihm in § 401 auferlegten Pflichten (vergl. hierüber Anm. 7 zu § 401. — Die Rechenschaftspflicht wird nicht aufgehoben durch widerspruchslose Entgegennahme der Selbsteintrittsanzeige, oder des Schlußscheins. Nach der Ansicht des R.G. (Urtheil vom 23. Januar 1897 in J.W. S. 138) soll aber die „Genehmigung" des Schlußscheins diese Folge haben. Dem können wir aber nicht beitreten. Auch die Genehmigung oder Bestätigung des — durch den Selbsteintritt bereits geschlossenen — Geschäfts stehen unter dem Zeichen des Kommissionsgeschäfts. Sie sind gleichsam die Quittungen über das, was der Kommissionär zur Ausführung des Geschäfts geleistet hat; dieselben befreien den Kommissionär nicht von der Verpflichtung, sich über die gehörige Ausführung auszuweisen. Erst die vorbehaltlose Annahme der Erfüllung des Geschäfts durch den Kommittenten erledigt die Rechenschaftspflicht und kehrt die Beweislast um. Ergiebt sich durch die Rechenschaftsablegung, daß der zu a erwähnte Preis nicht eingehalten ist, so kann zwar der

Kommittent dem Komissionär nicht die Anerkennung des Eintritts als Selbstkontrahent verweigern, wohl aber die Berechnung des wahren Marktpreises von ihm verlangen (Hahn § 7 zu Art. 376; Apt, Börsengesetz 3. Auflage S. 108; Kahn, Börsengesetz, § 71 Anm. 11), Rechenschafts- und Berechnungspflicht sind überhaupt wohl zu unterscheiden. Vergl. hierüber Anm. 9 zu § 401).

c) Zu erfüllen hat der Kommittent am Orte der Niederlassung des Kommissionärs. Anm. 22.
Aus dem Kommissionsauftrage folgt, daß der Kommissionär einen Kaufvertrag zu schließen hat, der für beide Theile am Wohnsitze des Kommissionärs zu erfüllen ist. Es haben daher beide Theile am Wohnsitze des Kommissionärs zu erfüllen (R.G. 10 S. 89; 23 S. 412; Bolze 8 Nr. 355; 17 Nr. 289). Deshalb ist auch dort der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für beide Theile (R.G. 10 S. 89; 23 S. 412; Bolze 8 Nr. 720).

d) Zur Sicherung der Erfüllung bestände das Pfandrecht des Kommissionärs Anm. 23.
nicht, wenn es nicht im § 404 ausdrücklich auch für diesen Fall gegeben wäre.

Ueberdies wird das Pfandrecht sehr oft in den Geschäftsbedingungen stipulirt. Aber das Vorzugsrecht aus § 399 besteht nicht. Dagegen besteht unter den Voraussetzungen des § 369 das kaufmännische Retentionsrecht.

e) Die Folgen des Erfüllungsverzuges sind gemäß dem zu d Gesagten doppelter Anm. 24.
Art: einmal kann der Kommissionär auch nach dem Selbsteintritt die Rechte auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung und hierbei auch das Pfandrecht aus § 397 oder das pfandähnliche Recht aus § 398 geltend machen, er kann aber auch gemäß § 326 B.G.B. bezw. § 376 H.G.B. die Rechtsfolgen aus dem Verzuge ziehen, er kann also auch das Rücktrittsrecht ausüben, und der als Selbstverkäufer auftretende Einkaufskommissionär kann auf diesem Wege den beim Selbsthilfeverkauf erzielten Mehrerlös behalten, während er ihn bei Verwirklichung des Pfandrechts dem Kommittenten herauszahlen müßte.

f) Für mangelhafte Erfüllung kann der Kommissionär aus doppeltem Grunde Anm. 25.
haften. Stützt sich der Einwand darauf, daß der Gegenstand die gesetzlichen oder diejenigen Eigenschaften nicht hat, welche beim Selbsteintritt zugesagt sind oder als zugesagt gelten, so wird er ex empto verhaftet, es greift daher die Verjährung aus § 477 B.G.B. Platz. Es kann aber der Kommittent den Einwand auf die Pflichtverletzung des Kommissionärs auch aus der Zeit, wo er noch Kommissionär war, stützen, insbesondere auf einen vor dem Eintritt ertheilten Rath; alsdann greift diese Verjährung nicht Platz (R.G. 19 S. 100).

g) §§ 377—379 greifen jedenfalls Platz (R.O.H. 25 S. 216) und zwar für und gegen Anm. 26.
beide Theile, wenn die Voraussetzungen dieser Paragraphen vorliegen (beiderseitiges Handelsgeschäft). Unter dieser Voraussetzung greifen zu Gunsten des Einkaufskommissionärs die §§ 371—379 auch wegen § 391 Platz. Zu bemerken ist, daß in der Eintrittserklärung nach Untersuchung der Waare meist eine Billigung derselben wird erblickt werden können.

h) Die Verjährung. Der Anspruch auf die Provision und den Kaufpreis des Kom- Anm. 27.
missionärs folgt nach der Ansicht des R.O.H. 17 S. 327 hinsichtlich der Verjährung den Vorschriften über die Verjährung von Kaufpreisforderungen. Das Reichsgericht (Urtheil vom 17. Oktober 1891 bei Gruchot 36 S. 1070) verwirft jedoch diese Ansicht auf Grund seiner in anderen Urtheilen — R.G. 1 S. 289; 4 S. 94 — niedergelegten, an sich zutreffenden Auffassung, daß der Eintritt eine Art der Ausführung des Auftrages ist. Diese Meinungsverschiedenheit ist jetzt unpraktisch, da § 196 Nr. 1 und Abs. 2 B.G.B. unter beiden Gesichtspunkten die zweijährige, und wenn die Geschäftsbesorgung für den Gewerbebetrieb des Kommittenten erfolgt ist, die vierjährige Verjährungsfrist einführt.

i) Prozessualisch ist zu bemerken, daß es keine Klageänderung ist, wenn der selbst- Anm. 28.
eintretende Einkaufskommissionär zunächst eine Kaufklage erhebt und später erläuternd bemerkt, daß er in Ausführung einer Einkaufskommission selbst eingetreten sei (Bolze 21 Nr. 770).

Anm. 29. V. **Ausschluß entgegenstehender Vereinbarungen.** Im § 402 ist angeordnet, daß entgegenstehende Vereinbarungen nichtig sind.

1. Verboten sind nur Vereinbarungen, **welche den Absätzen 2—5 entgegenstehen.** Abs. 1 unterliegt der freien Vereinbarung (vergl. hierüber oben Anm. 5.
2. Verboten sind natürlich auch **nur Vereinbarungen zum Nachtheil des Kommittenten.** Das sagt jetzt § 402 ausführlich. Wenn also die Rechenschaftspflicht des Absatzes 2 weiter ausgedehnt wird, also auf den Nachweis, daß der Kommissionär keinen günstigeren Preis erzielen konnte oder daß er aus Anlaß des Auftrages keinen günstigeren Abschluß gemacht hat, so ist das gültig.

Anm. 30. **Zusatz 1. Die Aktienvereine als Verkaufskommissionäre** sind verpflichtet, von dem Rechte des Selbsteintritts wegen der Vorschrift des § 226 bezw. § 320 H.G.B. keinen Gebrauch zu machen. Sind freilich beide Theile über den Selbsteintritt einig, so besteht das Geschäft, wenn es sich um voll eingezahlte Aktien handelt, weil insofern kein zwingendes Verbot vorliegt; anders aber, wenn es sich um Interimsscheine oder nicht voll eingezahlte Namensaktien handelt (bei Lehmann u. Ring Nr. 7 zu § 226; R.G. 2 S. 40). In Ausführung der Einkaufskommission ist der Selbsteintritt den Aktienvereinen gestattet, jedoch nur bei vollgezahlten Aktien (§ 226 Abs. 1 u. 2, Ring Nr. 4 u. 5 dazu).

Anm. 31. **Zusatz 2. Der Selbsteintritt gewährt dem Kommissionär den Vortheil, daß er die Vorschrift des § 8 des Depotgesetzes nicht zu befolgen braucht.** In diesem Paragraphen ist dem Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Werthpapiere zur Aufbewahrung, Veräußerung, zum Umtausch oder zum Bezuge anderer Werthpapiere einem Dritten ausantwortet, zur Pflicht gemacht, dem Dritten mitzutheilen, daß es sich um fremde Papiere handelt; ebenso hat er, wenn er einen ihm ertheilten Auftrag zur Anschaffung solcher Werthpapiere an einen Dritten weitergiebt, diesem hierbei mitzutheilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschieht. Tritt nun aber der Verkäufer in den ihm ertheilten Verkaufskommissionsauftrag oder Einkaufskommissionsauftrag ein, so ist er von dieser Verpflichtung befreit. Denn bei der Verkaufskommission wird er durch den Selbsteintritt Eigenthümer der ihm zum kommissionsweisen Verkauf übersendeten Papiere, sie sind dann nicht mehr fremde. Bei der Einkaufskommission ist der Kommissionsauftrag, den er dem Dritten giebt, ein Geschäft, das er für sich und für eigne Rechnung macht. Von einem Weitergeben des Auftrages ist im Falle des Selbsteintritts keine Rede (vergl. Lusensky, Depotgesetz Anm. 4 zu § 8; Rießer, Depotgesetz S. 54). Sowohl bei der Verkaufs-, wie bei der Einkaufskommission besteht die Mittheilungspflicht nur, wenn der Kommissionär seinerseits einen Kommissionsauftrag ertheilt, nicht wenn er das ihm aufgetragene Verkaufs- oder Einkaufsgeschäft mit dem Dritten schließt. Dagegen unterscheiden sich die beiden Fälle der Verkaufs- und Einkaufskommission in folgenden Punkten: bei der Einkaufskommission cessirt im Falle des Selbsteintritts die Mittheilungspflicht schon von dem Augenblicke an, wo der Kommissionär sich entschließt, die Kommission durch Selbsteintritt auszuführen, denn schon von diesem Augenblicke an handelt er für eigene Rechnung, sodaß schon von diesem Augenblicke an von einem Weitergeben des Auftrags nicht gesprochen werden kann. Bei der Verkaufskommission dagegen besteht die Mittheilungspflicht nicht bloß im Fall des Weitergebens des Auftrags, sondern in allen Fällen, wo fremde Werthpapiere zum Zweck der Veräußerung einem Dritten übergeben werden. Fremde bleiben sie ja auch dann, wenn der Verkaufskommissionär sich entschlossen hat, durch Selbsteintritt auszuführen; erst durch den Selbsteintritt wird er Eigenthümer, hören die Papiere auf, fremde zu sein, und cessirt die Mittheilungspflicht (vergl. auch über die hier behandelte Mittheilungspflicht Anm. 1 zu § 397).

Anm. 32. **Zusatz 3. Ueber Strafbestimmungen** s. Anm. 9 zu § 401.

§ 401.

Auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt hat der Kommissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmäßiger Sorgfalt die Kommission zu einem günstigeren als dem nach § 400 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Kommittenten den günstigeren Preis zu berechnen.

Hat der Kommissionär vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlaß der ertheilten Kommission an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Komittenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Einleitung. Der Paragraph bezieht sich zunächst, wie nicht zweifelhaft ist und die Allegirung des § 400 ergiebt, auf alle Fälle des § 400. Er findet aber darüber hinaus auch insofern Anwendung, als auch in anderen Fällen das Eintrittsrecht zulässigerweise vereinbart werden kann. (Anm. 5 zu § 400). Auch auf diese Fälle findet § 401 Anwendung.

Anm. 1. 1. **Inhalt und Tendenz der beiden Vorschriften.** Der Kommissionär bleibt auch beim Selbsteintritt Kommissionär (Anm. 15 zu § 400). Das hat zur Folge, daß er auch hierbei die Interessen des Kommittenten pflichtgemäß wahrnehmen muß. Er darf daher die im § 400 erwähnten Kurse nicht als feststehende Normen betrachten, sondern muß überall bestrebt sein, den für den Kommittenten günstigsten Kurs zu erzielen. Hat er dies pflichtwidrig (§ 384) verabsäumt, so muß er sich gefallen lassen, daß der von ihm berechnete Kurs entsprechend rektifizirt wird (Abs. 1 des vorl. Paragraphen). Ob dieser günstigere Preis gerade an der Börse oder am Markte zu erzielen war, ist gleichgiltig (anders Breit S. 163). Der Kommissionär braucht zwar nicht anderswo, als an dem vertragsmäßigen Orte der Ausführung nach Ausführungsgelegenheit zu suchen, aber er darf auch eine anderweit sich ihm darbietende Ausführungsgelegenheit nicht zurückweisen; wenn er es dennoch thut, verletzt er die ihm obliegende Sorgfalt und er muß den Preis, den er hierbei hätte erzielen können, berechnen.

Anm. 2. Hat er aber gar aus Anlaß des ertheilten Auftrags an der Börse oder am Markte ein Geschäft zu günstigerem Kurse abgeschlossen, so muß er sich gefallen lassen, daß nach dieser Richtung der von ihm berechnete Kurs richtig gestellt werde (Abs. 2 des vorl. Paragraphen). Die letztere Vorschrift richtet sich besonders gegen den Kursschnitt: sie will verhüten, daß der Kommissionär ein aus Anlaß des Kommissionsauftrages abgeschlossenes Geschäft bald auf den Kommittenten wälzt, bald nicht, je nachdem dies für seine, des Kommissionärs, Interessen günstig ist. Die aus Anlaß des ertheilten Auftrages geschlossenen Geschäfte sind diejenigen, welche der Kommissionär vornimmt, um sich in den Stand zu setzen, eintreten und erfüllen zu können. Die allgemeine Ausdrucksweise „aus Anlaß" ist mit Absicht gewählt, weil der frühere Rechtszustand unüberwindliche Schwierigkeiten für den Kommittenten zur Folge hatte. Denn danach durfte allerdings, wie von der herrschenden Ansicht angenommen wurde (vergl. die Citate in unserer 3. u. 4. Auflage, § 14 zu Art. 376), der Kommittent dem ihm berechneten Kurse gegenüber dem Kommissionär nachweisen, daß derselbe in Ausführung des Kommissionsauftrages zu einem besseren Kurse bereits abgeschlossen habe. Allein ob das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft in Ausführung des Kommissionsauftrages oder nur zu dem Zwecke, um den beabsichtigten Selbsteintritt erklären und erfüllen zu können, geschehen war, war gewöhnlich nicht zu erforschen und zu beweisen (vergl. z. B. R.G. vom 3. Februar 1897 in J.W. S. 172). Deshalb begnügt sich das neue Gesetz damit, daß der Kommissionär das Geschäft abgeschlossen hat „aus Anlaß" des ihm ertheilten Auftrags. Das umfaßt beide Fälle: den Abschluß in Ausführung der Kommission und den Abschluß zum Zwecke des Selbsteintritts. Aber jedenfalls setzt der Begriff des „Anlaßgeschäfts" voraus, daß die Kommission bereits ertheilt und übernommen war, als es abgeschlossen wurde: die in Erwartung von Kommissionsaufträgen abgeschlossenen Geschäfte fallen nicht darunter (Breit S. 158). Zu erwähnen sei noch, daß nur die an der Börse oder am Markte abgeschlossenen Anlaßgeschäfte gemeint sind, nicht die außerhalb der Börse aus freier Hand geschlossenen Geschäfte; doch muß es nicht gerade die Börse des jeweiligen Ortes sein, an welchem das Ausführungsgeschäft zu schließen war, sondern jeder börsenmäßige Abschluß ist getroffen (Breit S. 160 gegen Bondi bei Holdheim 6 S. 256).

Anm. 3. 2. **Beide Vorschriften greifen Platz in allen Fällen des § 400.** Durch die Berechnung des Börsenmarktpreises zur Zeit der Absendung der Ausführungsanzeige bezw. des Schluß-

kurses, oder des bestimmten Kurses, und des amtlichen Kurses (Abs. 2—5 des § 400) genügt der Kommissionär zwar seiner Rechenschaftspflicht, aber nicht seinen Verpflichtungen als Kommissionär überhaupt. Er ist im letzten Ende verpflichtet, denjenigen günstigeren Preis zu berechnen, der sich unter Zugrundelegung des § 401 für den Kommittenten ergiebt. Nur daß er in dieser Hinsicht abwarten kann, bis ihm der Gegenbeweis geführt wird. Aber auch dieses Abwarten ist nur seine civilrechtliche Befugniß: strafrechtlich ist er dazu nicht befugt (vergl. unten Anm. 9).

Anm. 4. Insbesondere gilt dies auch beim Limito. An sich ist das Limito kein Hinderniß für den Selbsteintritt (Anm. 6 zu § 400 des Börsengesetzes). Aber der Kommissionär muß auch hierbei das Interesse des Kommittenten wahrnehmen und das Limito nicht blind als Norm betrachten: er muß günstiger abschließen, wenn er dies kann, der Kommittent verzichtet durch das Limito nicht auf einen günstigeren Abschluß, sondern bezeichnet damit nur den ungünstigsten Kurs, zu welchem abgeschlossen werden darf (R.O.H. 8 S. 96; unrichtig Kahn, Börsengesetz Anm. 8 zu § 71 des Börsengesetzes); der Kommissionär muß ferner den günstigeren Preis dann in Rechnung stellen, wenn er aus Anlaß des Auftrages günstiger abschließt. Andererseits hat er allerdings den Marktpreis nach § 400 zu berechnen, wenn dieser günstiger ist als das Limito. Und er muß, wenn endlich das Limito günstiger ist, als der Marktpreis, das Limito berechnen; er darf in solchem Falle entweder überhaupt nicht die Kommission ausführen, oder er muß, wenn er eintreten will, zum Limito eintreten (R.O.H. 8 S. 96; 12 S. 188; 23 S. 104). Lautet das Limito „zum ersten, zum mittleren, zum letzten Kurse", so liegt darin nicht bloß ein Limito, sondern auch eine Zeitbestimmung. In diesem Falle kann § 401 Abs. 1 nur dann Platz greifen, wenn gerade zur Zeit des betreffenden Schlußkurses Gelegenheit war, mit einem Dritten günstiger abzuschließen (so zutreffend Breit S. 165).

Anm. 5. 3. **Die Anwendung der Vorschriften setzt selbstverständlich voraus, daß der günstigere Abschluß im übrigen zu gleichen Bedingungen hätte erfolgen können bezw. erfolgt ist, wie das kommittirte Geschäft.** Nur wenn ceteris paribus günstiger abgeschlossen werden konnte oder abgeschlossen worden ist, kann der Kommittent verlangen, daß der günstigere Preis ihm berechnet werde. Hätte oder hat der günstigere Kurs nur für größere Opfer anderer Art (größeren Kredit, größere Sicherheiten, bessere Qualität u. s. w.) erzielt werden können, so fehlt es an der Gleichartigkeit der Geschäfte und die Vorschriften bleiben außer Anwendung (zust. Breit S. 162).

Anm. 6. Ebenso braucht natürlich nicht jedem Auftraggeber der günstigste Kurs angerechnet zu werden, wenn zur Ausführung mehrerer gleichartiger Aufträge Geschäfte zu verschiedenen Kursen eingegangen wurden. Das heben die Motive zum Börsengesetze ausdrücklich hervor, sie sagen aber nicht, was in solchem Falle Rechtens sein soll. Der Kommittent kann, wenn er beweisen kann, daß der Kommissionär ein bestimmtes Geschäft aus Anlaß seines Auftrages abgeschlossen hat, den hierbei erzielten Kurs berechnet verlangen. Kann er einen so strikten Beweis nicht führen, sondern nur, daß die verschiedenen Geschäfte unter anderem auch aus Anlaß seines Auftrages abgeschlossen wurden, so bleibt nichts übrig, als dem Kommissionär die Bestimmung zu überlassen, wie er die einzelnen Geschäfte auf die Auftraggeber vertheilen will. Er kann aber auch nicht allen in Frage kommenden Kommittenten den ungünstigsten Preis anrechnen, sondern muß eben eine wenn auch seinem Ermessen überlassene Theilung vornehmen. Er hat z. B. von A den Auftrag gehabt, 60 Stück Laura, von B 20 und von C ebenfalls 20 Stück Laura zu 100% zu kaufen, und es gelingt ihm, 50 Stück zu 98%, 30 Stück zu 99% und 20 Stück zu 100% zu kaufen, so kann er nicht etwa allen Dreien 100% berechnen, sondern er muß auch die beiden günstigeren Kurse seinen Kommittenten in Rechnung stellen; wem, hängt von seinem Belieben ab. Hat er aber z. B. dem A seine 60 Stück bereits in der Weise zugetheilt, daß er ihm 30 Stück zu 99%, 20 Stück zu 100% und 10 Stück zu 98% zugetheilt hat, so haben B und C das Recht, die übrigen Stück zu 98% zugetheilt zu erhalten (zust. Breit S. 162).

4. **Die Beweislast** hat der Kommittent. Es ist nicht ganz unzweifelhaft, ob nicht der Kommissionär die Rechenschaftspflicht und demgemäß auch die Beweislast hat, daß er keinen günstigeren Abschluß machen konnte und auch nicht gemacht hat. Denn die Vorschrift des § 401 klingt doch an sich sehr kategorisch: er „muß den günstigeren Preis berechnen" (Abs. 1), „er darf keinen ungünstigeren Preis berechnen" (Abs. 2). Allein wenn man dies annehmen wollte, so würde die Vorschrift des § 400 Abs. 2 inhaltslos sein: Die Rechenschaftspflicht wäre dann ja eben nicht auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Marktpreis zur Zeit der Ausführung eingehalten ist. Diese Einschränkung der Rechenschaftspflicht ist übernommen aus dem bisherigen Recht und hat deshalb die gleiche Bedeutung wie früher. Auch nach früherem Recht galt der Kommissionär für verpflichtet, so günstig wie möglich abzuschließen, und haftete dafür. Aber die Rechenschaftspflicht war durch den Nachweis des eingehaltenen Marktpreises beschränkt. Es würde auch zu weit und zu einer unerträglichen Rechenschaftspflicht führen, wollte man dem Kommissionär die Pflicht auferlegen, sich darüber auszuweisen, daß er nicht günstiger hätte abschließen können oder aus Anlaß des Geschäfts nicht günstiger abgeschlossen hat. Es ist nicht ersichtlich, daß auch die Rechenschaftspflicht nach dieser Richtung erhöht werden sollte (zust. Breit S. 158). Die Berechnungspflicht geht allerdings weiter (s. hierüber unten Anm. 9) Anm. 7.

5. **Die Bestimmungen des § 401 können zum Nachtheil des Kommittenten durch Vertrag nicht abgeändert werden** (§ 402). Es kann also nicht durch Vertrag bestimmt werden, daß der Kommissionär den Vortheil nicht zuzuwenden braucht, den er durch einen günstigeren Abschluß erzielen konnte oder erzielt hat. Wohl aber können zum Vortheil des Kommittenten die Vorschriften abgeändert und insbesondere die Rechenschaftspflicht zu seinen Gunsten verschoben werden (vergl. Anm. 29 zu § 400). Anm. 8.

6. **Verschärft werden die Vorschriften dieses Paragraphen durch die Vorschrift des § 79 Nr. 2** des Börsengesetzes. Danach wird der Kommissionär bestraft, wenn er bei Ausführung eines Auftrags oder bei der Abwicklung eines Geschäfts absichtlich zum Nachtheil des Kommittenten handelt. Dieser Thatbestand wird insbesondere auch erfüllt durch wissentliche Auswahl eines dem Kommittenten ungünstigen Zeitpunktes für den Abschluß des Abwicklungsgeschäfts (Abs. 1 des § 401) und durch Berechnung eines unrichtigen Kurses, also durch Berechnung eines hinter dem Kurse des „Anlaßgeschäfts" zurückstehenden Preises (s. § 400 Anm. 21). Es scheint auf den ersten Blick, als bestände ein Widerspruch dieser Bestimmung mit § 79 Nr. 2 des Börsengesetzes, indem nach § 400 Abs. 2 der Kommissionär berechtigt ist, den Börsenkurs zur Zeit der Ausführung zu berechnen, und nach § 79 Nr. 2 des Börsengesetzes bestraft wird, wenn er von dieser Befugniß Gebrauch macht, obgleich er günstiger hätte abschließen können oder aus Anlaß des Geschäftes abgeschlossen hat. Indessen ist wohl zu unterscheiden zwischen der Rechenschafts- und der Berechnungspflicht. In den §§ 400 und 401 ist einmal die Frage geregelt, welche Preise der Kommissionär dem Kommittenten in den einzelnen Fällen in Rechnung zu stellen materiell verpflichtet ist, d. h. zu welchem Preise er dem Kommittenten die Waaren zu überlassen, bezw. welchen Preis er ihm als Selbstkäufer zu zahlen verpflichtet ist. Im § 400 Abs. 2 ist aber ferner für alle in Betracht kommenden Fälle angeordnet, daß seine Rechenschaftspflicht durch den Nachweis erschöpft ist, daß er den Börsenkurs zur Zeit der Ausführung berechnet hat. Demzufolge erfüllt er seine Rechenschaftspflicht in allen Fällen durch die Führung dieses Nachweises. Dem Kommittenten liegt demgegenüber der Gegenbeweis ob. Gelingt aber dem Kommittenten der Gegenbeweis, so hat er dadurch den Kommissionär einer Pflichtverletzung überführt, indem er dem Kommissionär nachgewiesen hat, daß er ihm nicht den Preis berechnet hat, den er ihm zu berechnen hatte, und hieraus ergeben sich gegen den Kommissionär civilrechtliche und strafrechtliche Folgen. Anm. 9.

§ 402.

Die Vorschriften des § 400 Abs. 2 bis 5 und des § 401 können nicht durch Vertrag zum Nachtheile des Kommittenten abgeändert werden.

Die vorliegende Vorschrift macht die Vorschriften der Absätze 2—5 des § 400 und des § 401 zu zwingenden. Erläutert ist der Paragraph von uns bereits in Anm. 29 zu § 400 und in Anm. 8 zu § 401.

§ 403.

Der Kommissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Kommissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen.

Die aus Art. 376 des alten H.G.B. unverändert übernommene Vorschrift ordnet an, daß der selbsteintretende Kommissionär die gewöhnliche Provision und die regelmäßigen Unkosten berechnen kann. Das folgt daraus, daß der Selbsteintritt eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags ist.

1. Die gewöhnliche Provision, aber nicht die Delkredere-Provision, da er ja nicht in die Lage kommt, für die Verbindlichkeiten eines Dritten einzustehen (vergl. Anm. 7 zu § 394).
2. Die regelmäßigen Kosten hat er zu beanspruchen, auch wenn sie infolge des Eintritts nicht entstehen (z. B. die Maklercourtage, Steg. 4 S. 139, auch Stempel (Breit S. 169). Das beruht auf dem Gedanken, daß der Kommissionär, um eintreten zu können, vorher Kaufgeschäfte abschließt, bei welchen ihm diese Unkosten erwachsen. Doch ist es gleichgiltig, ob ihm im Einzelfalle diese Kosten erwachsen sind. Sie gelten im Falle des Selbsteintritts als ein gesetzlicher Zuschlag zum Preise (R.O.H. 6 S. 190).

§ 404.

Die Vorschriften der §§ 397, 398 finden auch im Falle der Ausführung der Kommission durch Selbsteintritt Anwendung.

Der vorliegende Paragraph beseitigt eine frühere Streitfrage, **indem er auch dem selbsteintretenden Kommissionär das Pfandrecht des § 397 und das pfandartige Recht des § 398 giebt.**

Wir haben diese Vorschrift bei Gelegenheit der Rechte des selbsteintretenden Kommissionärs im Zusammenhange erörtert (Anm. 23 zu § 400).

§ 405.

Zeigt der Kommissionär die Ausführung der Kommission an, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß er selbst eintreten wolle, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei.

Eine Vereinbarung zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär, daß die Erklärung darüber, ob die Kommission durch Selbsteintritt oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei, später als am Tage der Ausführungsanzeige abgegeben werden dürfe, ist nichtig.

Widerruft der Kommittent die Kommission und geht der Widerruf dem Kommissionär zu, bevor die Ausführungsanzeige zur Absendung abgegeben ist, so steht dem Kommissionär das Recht des Selbsteintritts nicht mehr zu.

Einleitung. Der vorliegende Paragraph behandelt zwei ganz verschiedene Gegenstände: Er enthält einmal die Folgen der nicht erschöpfenden und nicht deutlichen Ausführungs-

anzeige (Abs. 1 u. 2) und giebt ferner den letzten Zeitpunkt an, bis zu welchem der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch machen kann (Abs. 3).

1. (Abs. 1 und 2.) **Die Vorschrift regelt die Folgen der nicht erschöpfenden und nicht deutlichen Ausführungsanzeige.** Sie wendet sich gegen das frühere Recht (d. h. gegen das Recht vor dem Börsengesetze), welches eine erschöpfende und deutliche Anzeige nicht vorgeschrieben hatte. Vielmehr konnte hier im Allgemeinen die Ausführung angezeigt und dann immer noch der Selbsteintritt gewählt oder der Abschluß mit einem Dritten angezeigt werden (vergl. unsere 3. und 4. Auflage § 6 zu Art. 376). Auch wurde das Erforderniß der Deutlichkeit von der Rechtsprechung ausdrücklich verneint (z. B. „Kaufte für Sie an heutiger Börse" wurde als bloße Redensart bezeichnet, welche den Selbsteintritt nicht ausschloß; R.G. 1 S. 290; 4 S. 95). Anm. 1.

   a) Auf welche Fälle bezieht sich die Vorschrift? Auf alle Fälle, auf welche der § 400 Anwendung findet, also nicht bloß auf die Fälle, die der § 400 direkt regelt, sondern auch auf diejenigen Fälle des Selbsteintritts, welche auf zulässiger Vereinbarung beruhen (vergl. Anm. 5 zu § 400). Nicht geregelt ist hier der Fall unterlassener Ausführungsanzeige (vergl. R.G. vom 21. März 1883 bei Puchelt Anm. 14 zu Art. 376). Ueber diesen Fall siehe Anm. 12 zu § 400. Anm. 2.

   b) **Der Inhalt der Vorschrift:** Zeigt der Kommissionär nur im Allgemeinen die Ausführung an, bemerkt er aber nicht ausdrücklich, daß er selbst eintrete, so gilt dies als Erklärung, daß er durch Abschluß mit einem Dritten den Auftrag ausgeführt habe. Die Folgen solcher Erklärung muß der Kommissionär tragen, als eine gesetzliche Rechtsfolge der nicht gehörigen Ausführungsanzeige. Er kann nicht etwa den Beweis führen, daß er in Wahrheit nicht mit einem Dritten abgeschlossen habe (auch nicht, daß es auf einem Irrthum beruhe, wenn er jene allgemeine Erklärung abgegeben hat? Darüber siehe Anm. 33 zu § 384). Anm. 3.

   Und zwar gilt dies als Ausführungsanzeige, inhalts deren der Kommissionär anzeigt, daß er die Kommission durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt habe, ohne diesen Dritten zu benennen. Die Folgen einer derartigen Anzeige sind im § 384 Abs. 3 behandelt (siehe daher Anm. 32 ffg. zu § 384: Einstehen für die Erfüllung). Anm. 4.

   Das Erforderniß der Ausdrücklichkeit ist hierbei dahin aufzufassen: Es muß deutlich durch Worte ausgedrückt sein, daß der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch gemacht habe (Breit S. 98). Es ist dies eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Anm. 5.

   c) Wie weit geht die Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen? Durch Vereinbarung kann allerdings ausgeschlossen werden, daß die allgemeine Ausführungsanzeige als Erklärung des Abschlusses mit einem Dritten gilt. Durch nachträgliche Vereinbarung selbstverständlich. Durch vorherige Vereinbarung aber nur bis zu einer gewissen Grenze: es kann — generell oder im Einzelfalle — vereinbart werden, daß die allgemeine Ausführungsanzeige die Selbsteintrittserklärung involviren soll (Motive zum Börsengesetze S. 72), es kann auch vereinbart werden, daß der Selbsteintritt auch noch nach der allgemeinen Ausführungsanzeige an demselben Tage erklärt werden dürfe, aber es kann nicht vereinbart werden, daß diese Erklärung über den Tag der Ausführungsanzeige hinaus aufgeschoben werden dürfe (Abs. 2). Anm. 6.

2. (Abs. 3.) **Fixirung des spätesten Zeitpunktes, bis zu welchem der Selbsteintritt erklärt werden muß.** Anm. 7.

   a) **Der rechtliche Inhalt der Vorschrift.** Er befaßt sich mit folgender Frage: Bis zu welchem Zeitpunkte kann der Kommittent durch seinen Widerruf den Selbsteintritt des Kommissionärs verhindern? Die Widerrufsmöglichkeit eines jeden Kommissionsauftrages ist dabei vorausgesetzt (vergl. hierüber Anm. 23 zu § 383), und ebenso ist vorausgesetzt, daß die Kommission nur so lange widerrufen werden kann, als sie nicht ausgeführt ist. Wann diese letztere Bedingung vorliegt, ist bei dem Abschluß mit Dritten klar, und ebenso ist unzweifelhaft, daß in einem solchen

Falle der Widerruf schon durch die Ausführung, nicht erst durch die Anzeige der Ausführung verhindert wird (siehe über alles dieses Anm. 24 zu § 383). Aber hier fragt sich: Wann gilt beim Selbsteintritt die Kommission als ausgeführt? Hier ist einmal davon auszugehen, daß der Selbsteintritt eine Erklärung gegenüber dem Gegner ist; der bloße Entschluß, eintreten zu wollen, ist ein factum internum, das den Gegner nichts angeht (vorgl. unten Anm. 12), andererseits ist der Selbsteintritt vollzogen durch die Erklärung; einer Acceptation durch den Gegner bedarf es nicht, mithin genügt die Abgabe der Erklärung. Auf diesen Erwägungen beruht die vorliegende Vorschrift.

Anm. 8. b) **Die Voraussetzung** ist also:

α) Daß der Kommittent den Auftrag widerruft. Der Kommittent kann den Widerruf auch zurücknehmen, doch muß die Zurücknahme den Widerruf überholen oder mindestens gleichzeitig mit ihm eintreffen (Hahn § 4c, Förtsch Anm. 7 zu Art. 377).

Anm. 9. β) Der Widerruf muß eintreffen, ehe die Eintrittserklärung abgegeben ist. Die Gefahr des Eintreffens und des rechtzeitigen Eintreffens trägt der Kommittent.

Anm. 10. Ueber Abgabe zur Absendung s. Anm. 19 zu § 400. Die Absendung selbst entscheidet nicht. Uebrigens ist nicht etwa briefliche Ausführungsanzeige conditio sine qua non. Auch nach mündlicher Anzeige der Ausführung ist der Widerruf nicht mehr möglich (O.R.H. 8 S. 95). Dasselbe gilt von telephonischer Anzeige, die im Börsenverkehr häufig vorkommt.

Anm. 11. Inhaltlich konnte die Eintrittsanzeige nach früherem Rechte auch allgemein gehalten sein, (R.G. 7 S. 98 u. Hahn Anm. 11 gegen R.O.H. 8 S. 95), jetzt nicht mehr, vergl. oben Anm. 1.

Anm. 12. Es ist eine ausdrückliche Eintrittsanzeige erforderlich. Der Entschluß allein, selbst wenn er Dritten gegenüber erkennbar gemacht ist, genügt nicht (R.O.H. 5 S. 281). Aber es fragt sich, ob schon in der Erfüllung oder in dem sonstigen Verhalten des Kommissionärs, durch welches das Geschäft als Erfüllung erscheint, eine den Widerruf verhindernde Ausführungsanzeige oder eine gleichwerthige Thatsache liegt, z. B. darin, daß der Einkaufskommissionär die Waare an den Kommittenten absendet, der Verkaufskommissionär sie aus dem öffentlichen Lagerhause holt und in seiner Fabrik verwendet. Hahn (§ 6 zu Art. 377) bejaht dies. Wir konnten jedoch schon nach früherem Recht nur in solchen Erfüllungshandlungen eine der ausdrücklichen Ausführungsanzeige gleichwerthige Thatsache erblicken, welche dem Kommittenten gegenüber den Entschluß, eintreten zu wollen, dokumentiren. Nach heutigem Rechte, wo eine wirksame Selbsteintrittserklärung ausdrücklich sein muß, erledigt sich diese Streitfrage: heute genügt eben nur eine deutliche Selbsteintrittserklärung.

Anm. 13. c) **Nach Eintreffen des Widerrufs kann der Kommissionär nicht mehr rechtswirksam eintreten.** Ist er aber vorher rechtswirksam eingetreten oder vielmehr hat er die Eintrittserklärung zur Absendung abgegeben, so bleibt es ihm unbenommen, die Eintrittserklärung zurückzunehmen, ehe sie eintrifft, sei es durch Rückforderung von der Post oder durch telegraphischen Widerruf einer brieflichen Anzeige (Förtsch Anm. 5 zu Art. 377). Die Wirksamkeit der Eintrittserklärung ist nämlich davon abhängig, daß sie beim Kommittenten eintrifft; und die Gefahr des Eintreffens trifft den Kommissionär (Hahn § 2 zu Art. 377).

Anm. 14. d) **Die Beweislast.** Ist der Widerruf eingetroffen, so muß der Kommissionär beweisen, daß die Eintrittserklärung bereits zur Absendung abgegeben und der Widerruf daher nicht mehr möglich war (R.O.H. 5 S. 281; 16 S. 305).

§ 406.

Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt. Das Gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schließen übernimmt.

Als Einkaufs- und Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts gilt auch eine Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat.

Der vorliegende Paragraph dehnt die Vorschriften über die Kommission aus, und zwar in dreifacher Richtung: Anm. 1.

1. **Die erste Ausdehnung.** Während eine Kommission an und für sich nur dann vorliegt, wenn jemand es gewerbsmäßig übernimmt, für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen Waaren oder Werthpapiere zu kaufen oder zu verkaufen, sollen die Vorschriften über die Kommission auch dann Anwendung finden, wenn ein Kommissionär, also jemand, der die gewerbsmäßige Uebernahme solcher Kaufgeschäfte bereits betreibt, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer Art für Rechnung eines Anderen zu schließen übernimmt: Ein Geschäft anderer Art, d. h. ein Geschäft, das nicht ein Kaufgeschäft ist oder nicht Waaren oder Werthpapiere zum Gegenstande hat oder bei welchem beides nicht der Fall ist (vergl. hierüber Anm. 5 u. 8 zu § 383).
2. **Die zweite Ausdehnung.** Auch dann sollen die Vorschriften über die Kommission Anwendung finden, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, ein Geschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Anderen zu schließen übernimmt: Ein Geschäft, also irgend ein Geschäft, es mag ein Kaufgeschäft sein oder nicht, es mag Waaren oder Werthpapiere zum Gegenstand haben oder nicht (vergl. hierüber Anm. 5 u. 8 zu § 383). Anm. 2.
3. **Die dritte Ausdehnung:** Während die ächte Kommission nur wirkliche Kaufgeschäfte über Waaren oder Werthpapiere zum Gegenstand hat, soll es als Einkaufs- oder Verkaufskommission auch angesehen werden, wenn eine Kommission die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstand hat. Wenn diese Lieferung ein Handelsgeschäft ist, so liegt ja allerdings ein Kaufgeschäft vor, und für diesen Fall brächte angesichts des § 381 unser § 406 Abs. 2 nichts neues. Aber wenn das nicht der Fall ist, so würde das betreffende Geschäft kein Kaufgeschäft, die Uebernahme seines Abschlusses also keine Kommission sein. Jemand, der sich gewerbsmäßig damit beschäftigt, den Abschluß derartiger Geschäfte in eigenem Namen, aber für Rechnung Anderer zu übernehmen, wäre nicht Kommissionär. Solche Geschäfte sollen aber nach unserem § 406 Abs. 2 als Einkaufs- und Verkaufskommissionen gelten (vergl. hierüber Anm. 5 zu § 383). Anm. 3.

Vierter Abschnitt.

Speditionsgeschäft.

§ 407.

Spediteur ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines Anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen.

Auf die Rechte und Pflichten des Spediteurs finden, soweit dieser Abschnitt keine Vorschriften enthält, die für den Kommissionär geltenden Vorschriften, insbesondere die Vorschriften der §§ 388 bis 390 über die Empfangnahme, die Aufbewahrung und die Versicherung des Gutes, Anwendung.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsbestimmung des Spediteurs und giebt an, welche Vorschriften für die Spedition maßgebend sind.**

1. **Der Begriff des Spediteurs im Allgemeinen.** Spediteur ist derjenige, der es gewerbsmäßig übernimmt, Güterversendungen durch Frachtführer oder durch Verfrachter von Seeschiffen für Rechnung eines Anderen (des Versenders) in eigenem Namen zu besorgen.

Anm. 2. Die Spedition ist keine Unterart der Kommission, da diese nach dem neuen H.G.B. nur in der Uebernahme des Abschlusses von Kaufgeschäften besteht. Aber sie ist mit der Kommission auf das engste verwandt, da sie, wie jene, in der Uebernahme des Abschlusses von Geschäften in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung besteht. Sie gehört, wie die Kommission, zu derjenigen Unterart von Vertretungsverhältnissen, bei welchen der Vertreter in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung kontrahirt (vergl. Anm 35 flg. im Exkurse zu § 58).

Anm. 3. Die Spedition ist, wie die Kommission, ein Dienstvertrag, gerichtet auf die Besorgung eines Geschäfts, so daß gemäß § 675 B.G.B. die Vorschriften über den Dienstvertrag, aber erheblich modifizirt durch die Vorschriften über den Auftrag, Anwendung finden (vergl. Anm. 19 zu § 383).

Anm. 4. Der Spediteur ist Kaufmann, und zwar Kaufmann Kraft Gewerbes, also auch ohne hinzukommende Eintragung in das Handelsregister (§ 1 Abs. 2 Nr. 6).

Anm. 5. Nach den Regeln über das Speditionsgeschäft wird aber ferner ein Geschäft behandelt, welches in der Annahme der Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Andern in eigenem Namen besteht, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine solche Güterversendung übernimmt (§ 415). Vergl. hierüber zu § 415.

Anm. 6. 2. **Die einzelnen Bestandtheile des Begriffes der Spedition.**

a) **Die Besorgung von Güterversendungen** ist es, die der Spediteur übernimmt.

α) **Die Besorgung.** Darin liegt einmal der juristische Abschluß der erforderlichen Fracht- und Speditionsverträge. Der Spediteur übernimmt nicht die Beförderung, sondern er übernimmt es, sie durch einen Frachtführer oder Verfrachter ausführen zu lassen durch den Abschluß eines dahingehenden Beförderungsvertrages. Der wirthschaftliche Nutzen des Speditionsgeschäfts tritt besonders hervor, wenn der Absender mit dem Frachtführer nicht unmittelbar verhandeln kann, z. B. weil er die Adresse desselben nicht weiß oder weil er nicht geschäftskundig genug ist, um ihm die nöthigen Anweisungen, Zolldeklarationen ꝛc. zu geben.

Anm. 7. Zur Besorgung der Güterversendung gehört aber ferner eine Reihe von zum Theil faktischen Leistungen, welche einer Güterversendung vorhergehen (diese vorbereitend, sichernd, erleichternd, so die Routenwahl, die Sorge für die gehörige Verpackung, für die erforderlichen Zoll- und Begleitpapiere, die Uebergabe und Abnahme des Guts) oder, dieser nachfolgend, sich auf das weitere Schicksal der Sendung beziehen (z. B. Sorge für die rechtzeitige Ankunft des Konnossements, auch Sicherung der Nachmännerhaftung ꝛc.). Werden solche Dienstleistungen ausdrücklich oder stillschweigend im Zusammenhange mit der Güterversendung übernommen, so sind sie ein Bestandtheil des Speditionsvertrages: sie gehören dann zur Besorgung der Güterversendung. Anders wenn der Spediteur solche Dienstleistungen (Aufbewahrung von Gütern, Transport von Gütern) selbstständig übernimmt. Alsdann handelt er nicht als Spediteur und solche Leistungen fallen nicht unter die Regeln des Speditionsvertrages (vergl. die Einleitung zu

§ 408; siehe auch O.L.G. Dresden in G.Z. 36 S. 271, wo betont ist, daß Ansprüche aus solchen Dienstleistungen nicht durch das Pfandrecht des § 410 gesichert sind).

β) Güterversendungen müssen es sein. Was Güter sind, darüber vergl. zu § 425. Anm. 8. Personentransport gehört nicht dazu.

b) **Durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen.** Zu Frachtführern gehören auch Anm. 9. diejenigen Personen, welche die Beförderung auf Flüssen oder anderen Binnengewässern übernehmen (§ 425).

c) **In eigenem Namen.** Dadurch unterscheidet sich der Spediteur vom Makler (Schiffs- Anm. 10. prokureur, Frachtmakler, Güterbestätter). Der letztere vermittelt den Abschluß und kann zwar auch mit dem Abschluß betraut sein, aber nur im Namen des Absenders. Ebenso ist derjenige, der, ohne zu vermitteln, beauftragt ist, im Namen des Kommittenten den Frachtvertrag abzuschließen, nicht Spediteur, sondern gewöhnlicher Mandatar.

d) **Für fremde Rechnung.** Darüber vergl. Anm. 9 zu § 383. Der Andere, für dessen Anm. 11. Rechnung der Spediteur kontrahirt, heißt der Versender, wie Abs. 1 unseres Paragraphen hervorhebt. Auch der Empfänger kann zugleich der Versender sein, auch für seine Rechnung kann der Spediteur die Versendung besorgen.

e) **Gewerbsmäßig.** Hierüber Anm. 16 zu § 383. Ebenda siehe darüber, ob jedes einzelne Anm. 12. Geschäft entgeltlich sein muß.

f) **Uebernimmt.** Der Speditionsvertrag ist ein Dienstvertrag, gerichtet auf eine Geschäfts- Anm. 13. besorgung (vergl. oben Anm. 3 und Anm. 18 u. 19 zu § 383).

3. **Die Wirkungen des Speditionsvertrages** (Abs. 2).

a) **Zwischen dem Spediteur und dem Frachtführer:** Zwischen diesen ergeben sich die Anm. 14. Rechtsfolgen des ausgeführten Geschäfts aus dem Frachtvertrage, welchen der Spediteur abschließt. Der Spediteur schließt ihn ja in eigenem Namen ab, wenn auch für Rechnung des Versenders. Rechte und Pflichten aus dem Vertrage werden daher für und gegen den Spediteur begründet.

Hinzuzufügen ist, daß auch der Spediteur, wie der Kommissionär, für berechtigt er- Anm. 15. achtet werden muß, das Interesse des Auftraggebers dem Frachtführer gegenüber einzuklagen (R.O.H. 20 S. 193; vergl. Anm. 20 zu § 383).

b) **Zwischen dem Versender und dem Frachtführer** entstehen keine Rechte und Pflichten. Anm. 16. Daraus folgt zunächst, daß der erstere seine Interessen gegen den Frachtführer ohne Cession nicht geltend machen kann; ebenso nicht gegen den Zwischenspediteur (Bolze 7 Nr. 518); ferner daß der Versender wegen eines Irrthums in seiner Person oder wegen eines gegen ihn vom Frachtführer verübten dolus das Geschäft nicht anfechten kann (vergl. hierüber Anm. 21 zu § 383).

Endlich folgt daraus, daß der § 392 hier analog anwendbar ist. Es gelten daher Anm. 17. die Forderungen, die der Spediteur erwirbt, bis zur Abtretung an den Versender als Forderungen des Spediteurs; aber im Verhältniß zwischen dem Versender und dem Spediteur und dessen Gläubigern gelten solche Forderungen als Forderungen des Versenders (vergl. hierüber Exkurs zu § 415).

c) **Zwischen dem Versender und dem Spediteur entstehen die Rechte und Pflichten aus** Anm. 18. **dem Speditionsvertrage.** Welcher Natur diese sind, bestimmen eben die Vorschriften unseres Abschnitts und eventl. die Grundsätze über die Kommission (wie dies Abs. 2 unseres Paragraphen besonders hervorhebt; vergl. hierüber Exkurs zu § 415), eventl. die allgemeinen Grundsätze über Rechtsverhältnisse solcher Art.

Was insbesondere die Widerruflichkeit des Speditionsvertrages betrifft, so folgt Anm. 19. dieselbe aus den gleichen Grundsätzen, wie bei der Kommission (vergl. Anm. 23 zu § 383). Der § 627 B.G.B. ist auch hier anwendbar, sowohl auf den Versender, als auf den Spediteur. Letzterer kann zwar jederzeit widerrufen, aber wenn er es ohne wichtigen Grund zur Unzeit thut, so muß er den Versender entschädigen. Aber auch der Versender kann den Speditionsvertrag widerrufen, solange noch res integra ist (R.O.H. 16 S. 375), d. h. bis zum Abschluß des Frachtvertrages.

Anm. 20. Seine Instruktionen im Einzelnen innerhalb des geschlossenen Vertrages kann der Kommittent noch nachträglich ändern bezw. von dem Spediteur verlangen, daß er diese Aenderung bewirke.

Anm. 21. Näheres über Weisungen und Aenderungen von Weisungen siehe Anm. 14 zu § 408.

Anm. 22. **Durch den Konkurs des Versenders** wird das Speditionsverhältniß aufgehoben (§ 23 K.O.). Näheres hierüber Anm. 25 zu § 383.

Anm. 23. 4. **Bei der Spedition kommt noch in Betracht das Verhältniß zwischen dem Spediteur und dem Empfänger.** Mit diesem steht der Spediteur, wenn er nicht etwa selbst der Auftraggeber ist (vergl. oben Anm. 11), in keinem Rechtsverhältniß. Derselbe hat daher gegen den Spediteur keine Rechte; § 435 ist analog nicht anwendbar (R.O.H. 12 S. 379; 13 S. 322); O.G. Wien bei Adler und Clemens Nr. 967). Doch kann der Kommittent dem Empfänger seine Rechte einräumen. Ob der Kommittent hierzu verpflichtet ist, entscheidet das Rechtsverhältniß zwischen diesem und dem Empfänger. Nur durch solche Cession kann er gegen diejenigen Personen vorgehen, welche bei dem Transport als Zwischenpersonen betheiligt sind, ohne daß er mit ihnen in einem Vertragsverhältnisse steht (Bolze 7 Nr. 518; R.O.H. 12 S. 379). Auch § 436 ist analog nicht anwendbar, und eine ähnliche Vorschrift zu Gunsten des Spediteurs besteht nicht. Zunächst haftet daher nur der Absender, nicht der Empfänger dem Spediteur für die Kosten. Nach Handelsgebrauch gilt aber der Spediteur als beauftragt, die Kosten vom Empfänger einzuziehen, und der Empfänger vom Absender als beauftragt, die Kosten an den Spediteur zu zahlen (vergl. Anm. 4 zu § 409). Der Empfänger braucht nun allerdings diesen Auftrag nicht anzunehmen; alsdann läuft er aber Gefahr, daß der Spediteur von seinem Retentionsrechte Gebrauch macht und das Gut ihm nicht aushändigt. Nimmt jedoch der Empfänger das Gut vorbehaltlos an, so nimmt er dem Spediteur gegenüber die Anweisung an, und macht sich dadurch zum persönlichen Schuldner des Spediteurs. Das Ergebniß ist der Vorschrift des § 436 ähnlich. Doch bezieht sich das nur auf Transportkosten, nicht auf Vorschüsse, die der Spediteur dem Absender gegeben hat, es sei denn, daß der Empfänger vor der Empfangnahme wußte, daß das Gut mit diesen Spesen beschwert war (Burchard S. 200). Dem Absender gegenüber verliert übrigens in solchen Fällen der Spediteur zwar nicht ohne weiteres den Anspruch auf die Transportkosten, aber er wird ihm regreßpflichtig, wenn er die Waare unbefugter Weise ohne Zahlung der Transportkosten ausliefert (Alles dies nach Burchard S. 195 ff.).

Anm. 24. **Zusatz 1. Welches örtliche Recht ist zur Anwendung zu bringen?** Hierüber gilt, da auch der Speditionsvertrag ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist, das in Anm. 37 zu § 383 für das Kommissionsgeschäft Gesagte.

Anm. 25. **Zusatz 2. Unerlaubte Geschäfte als Gegenstand des Speditionsvertrages.** Dieselben machen den Speditionsvertrag nichtig und erzeugen zwischen den Kontrahenten nicht die Rechtswirkungen eines Speditionsvertrages. Das bezieht sich insbesondere auf Speditionsverträge, welche ausdrücklich oder dem Sinne nach auf Umgehung von Einfuhrverboten und Zollgesetzen, auch fremder Staaten gerichtet sind. Solche Verträge verstoßen jedenfalls gegen die guten Sitten, zumal sie meist ohne strafbare Mitwirkung von Unterthanen des zu schädigenden Staats nicht ausführbar sind (§ 138 B.G.B., Burchard S. 137 ffg., RG. 42 S. 295).

Zusatz 3. Ueber die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kommission auf das Speditionsverhältniß siehe im Einzelnen im Exkurse zu § 415.

§ 408.

Der Spediteur hat die Versendung, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure, mit der Sorgfalt eines ordentlichen

Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Versenders wahrzunehmen und dessen Weisungen zu befolgen.

Der Spediteur ist nicht berechtigt, dem Versender eine höhere als die mit dem Frachtführer oder dem Verfrachter bedungene Fracht zu berechnen.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph behandelt die hauptsächlichsten Verpflichtungen des Spediteurs bei Ausführung der Versendung (Abs. 1). Dabei ist aber nur der wirkliche Speditionsvertrag gemeint, nicht z. B. der Fall, wo ein Spediteur unabhängig von einem Speditionsvertrage einen selbstständigen Verwahrungsvertrag schließt (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1237; vergl. R.G. 11 S. 136).

In einem zweiten Absatze wird dann ganz unvermittelt hinzugefügt, daß der Spediteur dem Versender nur die bedungene Fracht berechnen darf.

I. **Die Verpflichtungen des Spediteurs bei Ausführung der Versendung.** Anm. 1.

Er hat die Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen, insbesondere die Wahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure; und hat dabei das Interesse des Versenders wahr zu nehmen und dessen Weisungen zu befolgen. Die Vorschrift ist der des § 384 nachgeahmt.

A. **Er hat mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Versendung auszuführen.** Anm. 2.

1. **Die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns**[1]) hat er zu beachten bei Ausführung der Versendung. Nur für die Verletzung dieser Sorgfalt haftet der Spediteur, nicht für Zufall. Er hat dabei dasjenige Maß von Kenntnissen und Fähigkeiten anzuwenden, welches erforderlich ist, um denjenigen Ansprüchen zu genügen, die an dem gewerblichen Mittelpunkte des Spediteurs bezw. unter gleichartigen Verhältnissen gestellt zu werden pflegen. Zu den Kenntnissen, welche als erforderlich gelten, werden insbesondere die Verkehrswege und die Gesetze fremder Staaten gerechnet, welche die Waare auf dem Transportwege berührt. Eine Nichtkenntniß in dieser Hinsicht ist als Verletzung der erforderlichen Sorgfalt anzusehen, wenn die Kenntniß an dem gewerblichen Mittelpunkte des Spediteurs bezw. unter gleichartigen Verhältnissen vorausgesetzt werden kann (Burchard S. 125 flg.; Bolze 8 Nr. 437).

Durch konkurrirendes Versehen des Versenders kann er übrigens unter Umständen von der Verantwortlichkeit befreit werden (§ 254 B.G.B.). Anm. 3.

2. **Die Versendung auszuführen** hat er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Anm. 4.

a) **Hervorgehoben ist dabei seine Verpflichtung zur sorgfältigen Auswahl der Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteure.**[2]) Hier haftet er also für culpa in eligendo. Er darf sich dabei nicht mit der Thatsache begnügen, daß der gewählte Frachtführer ein gewerbsmäßiger ist, er muß einen solchen wählen, gegen dessen Solidität keine Bedenken vorliegen (R.O.H. 7 S. 307). Andererseits darf er den Transport auch einem nicht gewerblichen, aber soliden Frachtführer übertragen (R.O.H. ebenda). Er kann sich auch nicht damit entschuldigen, daß er einem zuverlässigen Vermittler den Auftrag, Frachtführer zu wählen, ertheilt hat; vielmehr haftet er für die culpa des Vermittlers; denn das ist sein Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 B.G.B. (vergl. unten Anm. 6).

---

[1]) Diese hat er übrigens schon bei Abschluß des Speditionsvertrages und bei der dem Abschluß vorangehenden Rathsertheilung zu beobachten (R.G. 19 S. 97; vergl. Anm. 1 zu § 384).

[2]) Zwischenspediteur ist diejenige Person, an welche das Gut adressirt ist zum Zwecke der Weiterversendung und Ablieferung (R.O.H. 12 S. 382). Zu unterscheiden davon ist der Unterspediteur, das ist eine Person, auf welche der Spediteur den Speditionsauftrag überträgt. Für diesen haftet er nach § 278 B.G.B. als seine Hilfsperson (R.G. 10 S. 166). Die Annahme eines Zwischenspediteurs kann untersagt werden. In der bloßen Angabe der Adresse des Destinatärs liegt dieses Verbot nicht (R.O.H. 12 S. 382). Dem Versender haftet der Zwischenspediteur aus einem Vertrage nicht (Bolze 7 Nr. 518).

Anm. 5. Der Spediteur haftet nicht für Fehler, die der gehörig gewählte Frachtführer oder Zwischenspediteur begeht (R.O.H. 7 S. 306; 12 S. 379; 16 S. 349), also z. B. nicht für eine Verwechselung der Listen, welche der Schiffer nach Verladung verschuldet hat (Bolze 4 Nr. 641). Auch steht er nicht delcredere für diese Personen. Denn die von dem Spediteur gewählten Frachtführer und Zwischenspediteure sind nicht seine Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 B.G.B. Er hat ja nicht die Aufgabe, das Gut zu befördern, — dann wären diese Personen seine Erfüllungsgehilfen —, sondern die zum Zwecke der Beförderung erforderlichen Transportverträge abzuschließen und sonst alles Zweckdienliche zu thun, um die Waare auf den Weg zu bringen.

Anm. 6. Von dieser Haftung für den Frachtführer, Verfrachter und Zwischenspediteur ist verschieden die Frage nach der Haftung des Spediteurs für seine Leute, deren er sich innerhalb seines Gewerbebetriebes zur Vornahme aller derjenigen Handlungen bedient, die zur Ausführung des Speditionsvertrages erforderlich sind: seine Komtoristen, seine Packer, seine Fuhrleute, auch seine Vermittler (vergl. oben Anm. 4). Das sind seine Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 B.G.B. Für diese haftet er, wie für seine eigenen Versehen, kann aber die Haftung für deren Versehen, und sei es auch Vorsatz, ausschließen.

Anm. 7. b. **Nicht hervorgehoben ist die Verpflichtung zur Sorgfalt bei Empfangnahme und Aufbewahrung des Gutes.** Diese Seite der Sache ist in dem vorliegenden Paragraphen fortgelassen, während der entsprechende Art. 380 des alten H.G.B. sie ebenfalls behandelt hatte. Sie ist hier dadurch überflüssig geworden, daß der § 407 Abs. 2 die Vorschriften über die Kommission für anwendbar erklärt und hierbei noch besonders die von den Pflichten bei Empfangnahme und Aufbewahrung des Gutes handelnden §§ 388—390 hervorhebt.

Hiernach hat der Spediteur, ebenso wie der Kommissionär

Anm. 8. α) nach § 388: dieselben Pflichten, wie der Kommissionär, bei Ankunft des Gutes in äußerlich erkennbarem mangelhaften Zustande oder bei drohendem Verderben des Gutes,

Anm. 9. β) nach § 389: das Recht des Nothverkaufs, wenn der Versender die ihm obliegende Verfügung über das Gut unterläßt,

Anm. 10 γ) nach § 390: die Verantwortlichkeit für den Verlust oder die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes, dagegen von Gesetzes wegen keine Verpflichtung zur Versicherung des Gutes (über diese letztere siehe unten Anm. 12).

Es kommt noch hinzu, daß er bei Regulirung der Ansprüche des Frachtführers im Hinblick auf § 436 die nöthige Vorsicht gebrauchen muß. (Burchard S. 204).

Anm. 11. c) **Der Spediteur hat endlich bei Ausführung der Versendung überhaupt** die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu beobachten. Dazu gehört außer den zu a und b erwähnten Funktionen folgendes:

Anm. 12. Der Spediteur hat unter Umständen für Verpackung zu sorgen; die Deklaration zu bewirken (vergl. hierüber Förtsch Anm. 1 zu Art. 380; ferner R.G. 28 S. 141)[1]) die Begleitscheine auszufertigen; das Gut abzunehmen und dem Transportführer zu übergeben (obwohl darin eine Ortsveränderung liegt, ist der Spediteur doch nicht Frachtführer; vergl. Anm. 7 zu § 407); er hat in sachentsprechender Weise die Zeit und Art des Transports zu bestimmen (R.O.H. 7 S. 305; 11 S. 88); insbesondere die kürzeste Route zu wählen (Bolze 8 Nr. 437); zu bestimmen, ob das Gut als Eil- oder gewöhnliches Frachtgut befördert werden soll (im Zweifel das letztere); er hat die Frachtsätze in sachentsprechender Weise zu vereinbaren (unter ganz besonderen Umständen kann es geboten sein, billige Frachtsätze zu stipuliren und dafür geringere Haftung des Frachtführers in den

---

[1]) Eine von dem Versender genommene Versicherung befreit den Spediteur von dieser Deklarationspflicht nicht nothwendig, kann aber diese befreiende Wirkung dann haben, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß die Deklaration nicht in der Absicht des Absenders lag (Bolze 14 Nr. 371; Förtsch Anm. 1 zu Art. 380).

Kauf zu nehmen); er hat dafür zu sorgen, daß das Konnossement gleichzeitig mit der Waare am Bestimmungsorte eintrifft (R.G. 13 S. 63); daß das Gut nicht ohne Bezahlung ausgeantwortet wird, wenn er mit der Einziehung des Kaufpreises Zug um Zug beauftragt ist (R.G. 13 S. 63; Burchard S. 405, 414, O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 531; auch bei uns Anm. 23 zu § 407); er hat, wenn das Gut nicht angenommen wird und an ihn zurückgelangt, es wieder gehörig aufzubewahren (R.O.H. bei Puchelt, Anm. 12 zu Art. 379); er hat die Rechte des Absenders gegenüber dem abliefernden Frachtführer zu wahren und geltend zu machen (vergl. Anm. 10); hat die Duplikate der Begleitscheine nicht einer unlegitimirten Person auszuhändigen, damit nicht ein Unlegitimirter das Gut in Empfang nimmt (R.O.H. 16 S. 349). Dagegen braucht er nicht ohne Auftrag das Gut zu versichern (oben Anm. 10). Hat er aber den Auftrag, zu versichern, übernommen, so hat er ihn sorgfältig auszuführen, und er genügt dieser Pflicht, wenn er mit einer Versicherungsgesellschaft, gegen welche Bedenken nicht bekannt sind, abschließt (R.G. 6 S. 115). Ueber die Versicherungspflicht vergl. Näheres zu § 390.

B. **Der Spediteur hat bei Ausführung der Versendung das Interesse des Versenders wahrzunehmen.** Damit ist zum deutlichen Ausdruck gebracht, daß er die gleiche Vertrauensstellung einnimmt, wie der Kommissionär. Er muß sich also als der Schützer der Interessen des Versenders betrachten und darf deshalb schon beim Abschluß des Speditionsvertrages seine Interessen nicht verletzen (vergl. oben Anm. 2 Note 1). Anm. 13.

C. **Der Spediteur hat die Weisungen des Versenders zu befolgen.** Er hat Ordre zu pariren und darf nicht willkürlich von der Ordre abweichen (vergl. Bolze 1 Nr. 965; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 480), sondern muß, wo er eine Abweichung für nothwendig hält, berichten und Abänderung der Weisungen einholen (vergl. §§ 407 Abs. 2, 385 Abs. 2). Auch den veränderten Weisungen des Versenders hat er Folge zu leisten, solange sich die Veränderung überhaupt noch im Rahmen des geschlossenen Speditionsvertrages hält und solange dies ferner mit Rücksicht auf den Empfänger überhaupt noch statthaft ist. Besonders kann der Versender seine Anweisung, das Gut zur Verfügung des Empfängers zu halten, noch nachträglich ändern, und zwar bis zu dem Augenblicke, wo dem Spediteur die Befolgung einer derartigen veränderten Anweisung nicht mehr möglich ist ohne Verletzung einer von ihm gegenüber dem Empfänger befugter Weise übernommenen vertragsmäßigen Verpflichtung. (Burchard S. 172), also z. B. dann nicht mehr, nachdem der Empfänger über das Gut verfügt und der Spediteur sich vertragsmäßig verpflichtet hat, diese Disposition auszuführen (R.O.H. 20 S. 195: vergl. R.G. 14 S. 152). Anm. 14.

Eine Abweichung von den Weisungen des Versenders ist dem Spediteur nur unter der doppelten Voraussetzung gestattet, daß Gefahr im Verzuge ist und der Spediteur den Umständen nach annehmen darf, daß der Versender bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde. Dies folgt aus §§ 407 Abs. 2, 385 Abs. 2. Ist Gefahr nicht im Verzuge, so muß er dem Versender Anzeige machen, daß seines Erachtens eine Abweichung nothwendig und zweckentsprechend ist, und muß die Entschließung des Versenders abwarten. Ordnet dieser trotz rechtzeitiger Anzeige die vorgeschlagene Abweichung nicht an, so muß sie unterbleiben. Sonst verletzt der Spediteur seine Pflicht und muß die Folgen tragen. Anm. 15.

II. **Welches sind die Folgen, wenn der Spediteur seine Pflichten bei Ausführung der Versendung verletzt?** Anm. 16.

1. **Im Allgemeinen.** Der frühere Artikel 380 bestimmte die Folgen der Verletzung dieser Verpflichtung dahin, daß der Spediteur für allen Schaden hafte, der aus der Pflichtverletzung dem Versender entstand. Deshalb und weil nach Artikel 387 die Bestimmungen über die Kommission auf die Spedition subsidiär Anwendung fanden, wurde es zweifelhaft, wie sich diese Schadensersatzpflicht zu der Vorschrift des früheren Art. 362 verhielt, nach welcher der Kommittent bei auftragswidriger Ausführung der Kommission sowohl den Kommissionär zum Schadensersatz anhalten, als auch das Geschäft als für seine Rechnung

geschlossen zurückweisen durfte. Dieser Zweifel ist jetzt beseitigt. Denn unser § 408 hat die Vorschrift, daß der Spediteur zum Schadensersatz verpflichtet ist, nicht wiederholt. Hierdurch und in Folge des § 407 Abs. 2 ist für die Anwendung des § 385 Abs. 1 freie Bahn geschaffen, d. h. der Versender hat den Anspruch auf Schadensersatz und braucht das Geschäft für seine Rechnung nicht gelten zu lassen. Gegen die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift sprechen auch keine Bedenken aus der Natur des Speditionsverhältnisses. Es ist mit dieser sehr wohl vereinbar, daß der Versender, wenn dieser weisungswidrig handelt, sich auf den Standpunkt stellt, die Versendung sei nicht für seine Rechnung erfolgt. Das Recht der Zurückweisung des Geschäfts ist allerdings auf den ersten Blick ein etwas weitgehendes Recht in der Hand des Versenders. Aber gemildert wird diese unsere Anschauung dadurch, daß in dem Rechte auf Zurückweisung nicht ein Recht liegt, vom Speditionsvertrage zurückzutreten; der Versender muß daher trotz der ordnungswidrigen Versendung beim Speditionsvertrage stehen bleiben und muß sich gefallen lassen, daß der Spediteur den Vertrag nachträglich in korrekter Weise ausführt, kann dies aber auch verlangen (vergl. Anm. 7 zu § 385). Jenes weitgehende Recht wird ferner dadurch gemildert, daß bei bloßer Quantitätsdifferenz (also z. B. wenn der Spediteur zu hohe Frachtsätze bewilligt hat) der Spediteur die Zurückweisung des Geschäfts vermeiden kann durch Anbietung zur Erstattung der Differenz (vergl. Anm. 10 zu § 385).

Anm. 17. 2. **Das Einzelne** über die beiden Rechte auf Schadensersatz und Geschäftszurückweisung, über die Ausübung dieser Rechte, über die Beseitigung derselben durch Genehmigung des Geschäfts, siehe Anm. 6 flg. zu § 385.

Anm. 18. **Ueber die Verpflichtung zum Schadensersatz** siehe auch noch § 347 und unsere Erläuterungen dazu.

Zu bemerken sind hier nur noch folgende Einzelheiten aus der Praxis:

Bei der Ausfolgung des Gutes ohne die darauf ruhende Nachnahme besteht der Schaden in dem Betrage der Nachnahme, die der Versender zunächst verliert und sich erst mit Mühe, Kosten und Zeitverlust verschaffen müßte (R.G. 13 S. 63). Zu dem Schaden gehören auch die vom Spediteur verschuldeten Liegegelder (Bolze 14 Nr. 372). Compensatio lucri et damni ist zulässig (R.O.H. 22 S. 185; R.G. 10 S. 50, Burchard S. 304).

Anm. 19. Hat die zur Versendung gebrachte Waare durch Schuld des Spediteurs an Werth verloren, so wird in den meisten Fällen einfach der Fakturenwerth verlangt werden können. Denn meist wird doch die Waare verkauft oder zum Verkauf bestimmt gewesen sein und wäre verkauft und bezahlt worden, wenn das Versehen des Spediteurs nicht passirt wäre. Dann aber hat der Spediteur dem Versender denjenigen Betrag zu erstatten, den er erzielt hätte. Das Gleiche gilt, wenn die Waare verkauft war und der Käufer zurücktritt in Folge des vom Spediteur verschuldeten Ereignisses. Denn nach § 249 B.G.B. hat, wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (vergl. R.G. 38 S. 17). Ein allgemeiner Rechtssatz dahin, daß der Spediteur das Gut zu übernehmen und den Fakturenpreis zu zahlen hat, läßt sich allerdings, ebensowenig, wie in dem früheren Recht (vergl. R.G. 38 S. 18), nach dem B.G.B. aufstellen.

Anm. 20. Weiter ist zu bemerken, daß der versendende Verkäufer das Erfüllungsinteresse des Käufers durch den Spediteur geltend machen kann (R.O.H. 17 S. 78; vergl. Anm. 54 im Exkurse zu § 382).

Anm. 21. III. **Die Frage der Beweislast.**

Diese war früher in Art. 380 dahin geregelt, daß der Spediteur sich zu exkulpiren hat. Die Vorschrift ist weggelassen, weil sie überflüssig ist (Denkschrift S. 242). Denn die Beweislast trifft den Spediteur, weil er rechenschaftspflichtig ist (vergl. unten Anm. 27). Er hat daher die Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt bei der Ausführung der Versendung zu beweisen. Dazu gehört, daß er seiner Rechenschaftspflicht gemäß darlegt, in welcher Weise er das Geschäft ausgeführt hat. Der Richter mag dann urtheilen, ob darin

die Beachtung der schuldigen Sorgfalt liegt (R.O.H. 19 S. 211). Liegt ein Unglücksfall, z. B. ein Brand vor, so hat er darzulegen, wie er sich hierbei benommen hat (R.O.H. ebenda). Stellt sich hierbei heraus, daß ihn belastende Momente vorliegen, so ist er dadurch nicht exkulpirt, daß nicht erhellt, daß diese belastenden Momente den Schaden verursacht haben, vielmehr muß er dann noch darlegen, daß sie die Ursache nicht waren, daß vielmehr trotz jener belastenden Momente der Schaden auf anderen Ursachen beruht (R.G. 11 S. 133). Indessen ist festzuhalten, daß der Spediteur nicht darzulegen braucht, daß keines aller nur denkbaren Versehen vorliegt. Er hat vielmehr, wie gesagt, nur sein Verhalten darzulegen, und insbesondere kann er, wenn der andere Theil ihm einen bestimmten Vorwurf macht, sich darauf beschränken, sich von diesem Vorwurf zu reinigen (R.O.H. 8 S. 201; 12 S. 386).

IV. **Einzelne weitere Bemerkungen über die Verantwortlichkeit des Spediteurs bei Ausführung der Versendung.** Anm. 22.

1. **Wem der Spediteur für die Ausführung der Versendung verantwortlich ist,** ist nicht gesagt. Er ist dem verantwortlich, mit welchem er den Speditionsvertrag geschlossen hat, also dem Versender.

2. **Die Haftung besteht auch nach Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht durch den Empfänger.** § 438 ist nicht analog anwendbar (R.O.H. 8 S. 195; 24 S. 289). Anm. 23.

3. **Nach den Gesetzen welchen Ortes richtet sich die Haftpflicht des Spediteurs?** Nicht nach den Gesetzen des Bestimmungsortes, sondern nach den Gesetzen des Ortes, wo der Spediteur die ihm zur Versendung überlieferte Waare empfängt (R.O.H. 12. S. 415). Anm. 24.

4. **Durch Vertrag kann die Haftpflicht des Spediteurs geändert werden.** Sie kann begrenzt werden. Doch liegt in der Werthangabe allein noch keine Begrenzung. Dieselbe kann vielmehr zur Information bei Abschluß des Fracht- und des Versicherungsvertrages dienen (Hahn § 7 zu Art. 380). Es kann aber die Haftung auch auf einen bestimmten Versehensgrad beschränkt, auch ganz ausgeschlossen werden. Nur ist der Ausschluß der Haftung für eigenen dolus nicht statthaft, wohl aber für den dolus der Erfüllungsgehilfen (§§ 276 und 278 B.G.B.). Anm. 25.

V. **Die Vorschrift des Absatzes 2: Der Spediteur darf nur die bedungene Fracht berechnen.** Das ist eine fast selbstverständliche Vorschrift. Sie folgt aus dem Vertrauensverhältnisse des Spediteurs zum Versender. Das Gleiche gilt übrigens nicht bloß von den Frachtauslagen, sondern von allen Auslagen, z. B. von der Versicherungsprämie, den Zollverlägen ꝛc. Anm. 26.

Eine Modifikation erleidet diese Vorschrift durch § 413 Abs. 2 (Sammelladungsverkehr).

Zusatz 1. Der Spediteur hat außerdem die dem Kommissionär im § 384 Abs. 2 auferlegten Verpflichtungen: er hat dem Versender die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere ihm von der Ausführung der Versendung unverzüglich Anzeige zu machen; ihm über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Anm. 27.

Diese Vorschriften sind zufolge des § 407 Abs. 2 auch hier anwendbar. Nur werden sie sich durch Handelsgebräuche oft stark modifiziren. So ist z. B. die unverzügliche Anzeige von dem Abschlusse des Transportvertrages selten üblich und deshalb auch nicht geboten.

Wegen der näheren Erläuterungen ist auf den § 384 zu verweisen.

Zusatz 2. Dagegen erachten wir den § 384 Abs. 3 nicht für anwendbar. Der Spediteur haftet also nicht für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er dem Versender nicht zugleich mit der Ausführung der Spedition den Dritten namhaft macht, mit dem er den Transportvertrag geschlossen hat. Diese Vorschrift ist lediglich auf die Kommission zugeschnitten und, wenn es auch nach § 407 den Anschein hat, als ob die Vorschriften über die Kommission direkte, nicht bloß entsprechende Anwendung auf die Spedition finden, so ist doch wohl nur das letztere gemeint. Eine direkte unmittelbare Anwendung ist nicht überall durchführbar und mit der besonderen Natur des Speditionsverhältnisses nicht verträglich. Insbesondere hat es für den Versender der Regel nach gar kein Interesse, den Namen des Frachtführers zu wissen, mit welchem der Spediteur abgeschlossen hat, und es Anm. 28.

entspricht den herrschenden Anschauungen nicht, die Namhaftmachung des Frachtführers als derart wichtige Pflicht des Spediteurs zu betrachten, daß an die Nichtnamhaftmachung so schwere Folgen zu knüpfen wären, wie sie § 384 Abs. 3 vorschreibt. Bei der Kommission liegt die Sache ganz anders. (Vergl. auch den Exkurs zu § 415).

§ 409.

Der Spediteur hat die Provision zu fordern, wenn das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Voraussetzungen des Provisionsanspruchs des Spediteurs.**

Eine derartige Vorschrift hatte früher gefehlt, doch hatte die Judikatur das Gleiche angenommen.

Außer den Voraussetzungen des Provisionsanspruchs sind aber noch andere, die Provision betreffende Fragen zu erledigen, und ferner andere Ansprüche des Spediteurs.

1. **Der Provisionsanspruch des Spediteurs.**

Anm. 1. a) **Die Provision ist verdient in dem Augenblicke,** in welchem das Gut dem Frachtführer oder dem Verfrachter zur Beförderung übergeben ist. (Natürlich ist dabei vorausgesetzt, daß der Frachtvertrag bereits abgeschlossen ist.) Mit dem Abschlusse des Frachtvertrages und der Uebergabe des Gutes an den Frachtführer ist die Versendung perfekt und damit hat der Spediteur seine Provision verdient, wie dies auch früher angenommen wurde (R.O.H. 8 S. 172; Burchard S. 366). Daß der Transport erledigt ist, ist hiernach nicht nothwendig. Daher fällt der Provisionsanspruch auch dadurch nicht weg, daß das Gut während des Transports untergeht.

Anm. 2. Wie nun, wenn die Uebergabe des Frachtguts an den Frachtführer oder den Verfrachter unterblieben ist aus einem in der Person des Versenders liegenden Grunde? Ist hier § 396 Abs. 1 analog anwendbar und die Provision dann ebenfalls verdient? Das ist zu verneinen. Die Frage nach den Voraussetzungen der Provision sollte hier im § 409 kurz aber erschöpfend geregelt werden. Ohne die Voraussetzungen, die hier angeordnet sind, kann daher der Provisionsanspruch nicht entstehen. Nur folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß, wenn die Entstehung der Voraussetzungen von dem Versender wider Treu und Glauben verhindert wird, die Bedingung als eingetreten gilt (§ 162 B.G.B.). Aber wenn keine derartige Behinderung, sondern eine Schuld anderer Art vorliegt, entsteht der Provisionsanspruch nicht.

Anm. 3. Im Falle des § 412 muß natürlich Anderes gelten. Hier übernimmt der Spediteur selbst die Rolle des Frachtführers. Die Uebergabe des Gutes an eine dritte Person als Frachtführer erfolgt hier nicht. Hier dürfte die Provision verdient sein in dem Augenblicke, wo die Ausführung des Transportes begonnen hat. Denn erst in diesem Augenblicke läßt sich die Verschiedenheit der Thätigkeiten des Spediteurs erkennen (Burchard S. 367).

Anm. 4. b) **Verpflichtet zur Zahlung** der Provision ist der Versender. Zwar kann der Spediteur auch den Auftrag erhalten, die Provision und die Auslagen vom Adressaten durch Nachnahme zu erheben, und in Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung ist das nach Handelsgebrauch als Vertragswille anzunehmen (vergl. Anm. 23 zu § 407; R.O.H. 19 S. 217: „übernimmt er auch observanzmäßig"; Puchelt Anm. 1 zu Art. 381). Allein hieraus folgt nur, daß er den Versuch machen muß, gegen Ablieferung des Gutes Bezahlung zu erlangen, und daß er ohne Erlaubniß des Versenders das Gut ohne Zahlung nicht ausfolgen darf, widrigenfalls er schadensersatzpflichtig wird (R.O.H. 19 S. 217), nicht aber folgt daraus, daß er verpflichtet ist, zunächst gegen den Adressaten zu klagen; als Zahlungsverpflichteter steht ihm vielmehr der Versender gegenüber, dessen Verpflichtung keine subsidiäre ist (R.O.H. 19 S. 217; Hahn § 2 zu Art. 381).

c) **Ueber die Höhe des Provisionsanspruchs** ist nichts gesagt. Hierfür gilt § 354. Die Bestimmung der Provision mit dem Zusatze „circa" gestattet dem Spediteur ein geringes Hinausgehen über die genannte Ziffer (R.O.H. 13 S. 75). Reklamationen gegen die Höhe der Provision erlöschen nicht durch Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht durch den Empfänger, da der § 438 nicht zu Gunsten des Spediteurs wirkt (vergl. Anm. 23 zu § 408). Für und gegen Spediteure, insbesondere Verkehrsanstalten, welche ihren Tarif verbreiten, ist der in diesem Tarif aufgestellte Preis maßgebend (vergl. R.O.H. 12 S. 214 und bei uns Anm. 15 zu § 346). Anm. 5.

d) Die **Verjährung** des Provisionsanspruchs tritt in zwei Jahren ein, und wenn die Spedition für den Gewerbebetrieb des Versenders erfolgt ist, in vier Jahren (§ 196 Nr. 1 und Abs. 2 B.G.B.). Näheres über die Verjährung siehe bei uns zu § 159 und § 160 H.G.B. Anm. 6.

2. **Die Auslagen.** Daß der Spediteur auch seine Auslagen berechnen kann, sagt unser Paragraph nicht. Aber es folgt dies aus §§ 407 Abs. 2, 396 Abs. 2, 408 Abs. 2 H.G.B.; 670, 675 B.G.B. Es gilt hier dasselbe, wie wir dies zu § 396 dargelegt haben (Anm. 11 ffg. dazu). Anm. 7.

Hinzuzufügen ist Folgendes:

a) Was zunächst die Frage betrifft, welche Auslagen der Spediteur ersetzt verlangen kann, so gilt auch hier § 670 B.G.B., wonach der Geschäftsbesorger diejenigen Aufwendungen ersetzt verlangen kann, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Insbesondere ist auch hier zu beachten, daß die Vergütung für Auslagen und auch für Benutzung der Transportmittel neben der Provision und auch dann zu fordern ist, wenn der Auftrag widerrufen wird (vergl. § 396 und Anm. 13 dazu). Unter den erforderlichen Auslagen können solche nicht verstanden werden, welche den Versender ohne Noth belasten, so z. B. wenn der Spediteur die vom Verkäufer auf die Waare gelegte Nachnahme ohne Einwilligung des Käufers, seines Kommittenten, bezahlt; der Umstand, daß er die Waare sonst nicht erhalten hätte, macht die Auslage nicht zu einer nützlichen; doch wird durch Schweigen und Abnahme des Gutes die Zahlung genehmigt (R.O.H. 20 S. 187; R.G. vom 36. Juni 1882 bei Puchelt Anm. 5 zu Art 381). Der von der Steuerbehörde verlangte Zoll gilt immer als erforderliche Ausgabe, eine Prüfung der Richtigkeit braucht der Spediteur der Behörde gegenüber nicht vorzunehmen (R.O.H. 2 S. 315; vergl. auch R.G. 29 S. 48). Das Gleiche gilt von einer durch den Versender verschuldeten Zollstrafe (R.G. 26 S. 109; O.G. Wien vom 29. Mai 1888 bei Geller Anm. 4 a). Dagegen berechtigt nicht die Zahlung jeder auf dem Gute ruhenden Nachnahme zur Ersatzforderung von dem Versender. Wohl hat der Spediteur hierfür zufolge § 410 ein Pfandrecht, aber für das innere Verhältniß zwischen ihm und dem Kommittenten kommt es, wenn auch nicht auf die abstrakte Frage der objektiven Begründetheit, wohl aber darauf an, ob er nach Lage der Sache die Nachnahme als begründet halten durfte (R.O.H. 20 S. 187; Förtsch Anm. 5 zu Art. 381; Burchard S. 359; § 670 B.G.B.). Anm. 8.

b) Von wem kann der Spediteur die Auslagen ersetzt verlangen? Vom Versender. Doch hat er zunächst den Versuch zu machen, sie vom Empfänger einzuziehen (siehe hierüber oben Anm. 4). Anm. 9.

c) Für die Verjährung gilt das Gleiche, wie für die Verjährung des Provisionsanspruchs (siehe darüber oben Anm 6). Anm. 10.

d) Verschieden von der Frage, ob der Spediteur die gemachten Aufwendungen ersetzt verlangen kann, ist die Frage, ob und inwieweit er verpflichtet ist, Aufwendungen zu machen, mit anderen Worten: **ob er verpflichtet ist, für den Versender in Vorschuß zu gehen?** Hier muß mit Burchard S. 358 angenommen werden, daß der Spediteur, welcher den Speditionsvertrag geschlossen hat, verpflichtet ist, ohne weitere Deckung, als die ihm durch den Besitz der Waare gebotene, die zwecks Ausführung des Speditionsvertrages erforderlichen, ihn verpflichtenden Verträge zu schließen; daß er aber nicht Anm. 11.

ohne Weiteres verpflichtet ist, die bei Ausführung des Speditionsvertrages erforderlichen Zahlungen aus eigenen Mitteln zu leisten. Wenn Koch (in Busch Archiv 2 S. 460) eine solche Vorschußpflicht annimmt, so besteht hierfür kein gesetzlicher Anhalt.

Anm. 12. 3. **Die Ansprüche des Spediteurs sind damit nicht erschöpft.** Vergl. z. B. den Zinsanspruch aus § 354, das Pfandrecht aus § 410.

§ 410.

Der Spediteur hat wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute, sofern er es noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt das gesetzliche Pfandrecht des Spediteurs.** Dasselbe geht parallel mit dem des Kommissionärs, trägt jedoch Besonderheiten an sich. Die Erläuterung erfolgt am Besten im Anschluß an § 397.

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzung des Pfandrechts** ist ein Anspruch auf Fracht, Provision, Erstattung von Auslagen, Verwendungen und Vorschüssen an den Versender. Den Anspruch wegen der Fracht hat er schon dann, wenn er das Gut von einem Frachtführer für den Versender in Empfang nimmt und dadurch dem Frachtführer nach § 436 die Fracht schuldig wird.

Anm. 2. Wegen der Provision, der Auslagen und Verwendungen siehe zu § 409. Die Vorschüsse anlangend, so müssen dieselben geleistet, nicht bloß versprochen sein (R.O.H. 15 S. 200). Auch müssen sie berechtiger Weise geleistet sein, also entweder dem Versender oder in Folge der Ermächtigung desselben einem Dritten, etwa dem Empfänger. Ueberall kommt es auf die objektive Berechtigung der Vorschußgebung dann nicht an, wenn der Spediteur sie redlicher Weise für berechtigt halten durfte (R.G. 29 S. 48; vergl. auch § 670 B.G.B.). Die Vorschußzahlung braucht nicht in Baarzahlung zu bestehen, auch Acceptleistung ist Vorschußzahlung, auch vereinbarte Kompensation (Burchard S. 374).

Anm. 3. Alle hier genannten Ansprüche müssen sich auf das Gut beziehen, wenn dies auch nur bei den Vorschüssen hervorgehoben worden ist (Burchard S. 371; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 270). Der Spediteur hat daher kein Pfandrecht wegen Forderungen aus laufender Rechnung, Konnexität ist hier erfordert — O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 270 — (möglicherweise hat er wegen solcher Ansprüche das Retentionsrecht, vergl. unten Anm. 13).

Anm. 4. Vorausgesetzt ist selbstverständlich ein wirklicher Speditionsvertragsanspruch, nicht z. B. ein Anspruch aus einem selbstständigen Verwahrungsvertrage (vergl. Anm. 7 zu § 407).

Anm. 5. Auf das Pfandrecht kann natürlich verzichtet werden, ein Verzicht liegt in der Uebernahme der Verpflichtung zur kostenfreien Ablieferung an den Empfänger (Burchard S. 375).

Anm. 6. 2. **Gegenstand des Pfandrechts** ist

a) Das Gut. Nur so ist es hier bezeichnet, analog dem Kommissionsgut kann man es Speditionsgut nennen, und analog der Definition des Kommissionsguts ist es dasjenige Gut, welches der Spediteur als Gegenstand der Versendung erhalten hat, also z. B. nicht Pferd und Wagen, in welchem das Gut zu ihm befördert wurde. Hierüber und über das Speditionsgut überhaupt vergl. Anm. 2 zu § 397. Widerruf des Speditionsauftrages beseitigt auch hier nicht die Qualität als Speditionsgut und demzufolge das Pfandrecht an demselben wegen der bereits erworbenen Ansprüche.

Anm. 7. b) Sofern der Spediteur das Gut in seinem Besitze hat oder darüber zu verfügen in der Lage ist. Hierüber vergl. Anm. 3 zu § 397. Die Fortdauer des Pfandrechts auch nach der Ablieferung (§ 440 Abs. 3) gilt nicht für den Spediteur.

c) Das Speditionsgut darf nicht im Eigenthum des Spediteurs, braucht aber zufolge § 366 ffg. nicht gerade im Eigenthum des Versenders zu stehen; vielmehr ersetzt die Redlichkeit des Erwerbes das mangelnde Eigenthum oder die mangelnde Verfügungsberechtigung des Kommittenten (vergl. Anm. 5 zu § 397). Die Redlichkeit liegt hier darin, daß der Spediteur keine Umstände kannte oder hätte kennen müssen, aus denen sich die Nichtberechtigung des Versenders zur Ertheilung des Speditionsauftrages und zur Entnahme von Vorschüssen ergab (Laband in G.Z. 9 S. 465). Daß etwa im einzelnen Falle durch die Aushändigung an den Spediteur oder Frachtführer das Eigenthum auf den Adressaten übergeht, steht dem Pfandrecht nicht entgegen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 64). Der Versender braucht nicht Kaufmann zu sein, damit die Vorschriften über den redlichen Erwerb des Spediteur-Pfandrechts Platz greifen (vergl. Anm. 60 zu § 366). Anm. 8.

3. **Der Inhalt des Pfandrechts** ist der gleiche, wie der Inhalt des Kommissionärpfandrechts: es ist ein Pfandrecht, kein Retentionsrecht. Näheres über die Wirkungen des Pfandrechts gegenüber dem Schuldner siehe Anm. 78 ffg. u. Anm. 27 ffg. zu § 368. Anm. 9.

4. **Verhältniß zu den andern Gläubigern.** Das Pfandrecht besteht auch im Konkurse, auch in der Exekutionsinstanz. Ueber alles dieses Anm. 6 zu § 397. Anm. 10.

5. **Ueber die Realisirung des Pfandrechts** gilt dasselbe wie in § 397. Vergl. daher Anm. 7 ffg. zu § 397. Jedoch gilt folgende Abweichung: die Abkürzung der bürgerlich-rechtlichen Verkaufswartefrist von einem Monate auf eine Woche gilt bei der Kommission, wenn der Kommittent Kaufmann ist, bei der Spedition auch dann, wenn Letzteres nicht der Fall ist (§ 368 Abs. 2 H.G.B.). Anm. 11.

6. **Das Pfandrecht richtet sich gegen den Kommittenten, gegen welchen auch die Forderung besteht.** Ob der Spediteur zum Destinatär in Rechtsbeziehung steht, ist für die Realisirung des Pfandrechts gleichgiltig. Er braucht zwar dem Destinatär das Gut in Folge seines Pfandrechts nur gegen Zahlung der darauf ruhenden Spesen herauszugeben, wenn dieser aber die Zahlung ablehnt, so kann er sofort an seinen Vormann sich halten (R.O.H. 20 S. 190; vergl. Anm. 4 zu § 409). Er ist auch nicht verpflichtet, das Pfand zu realisiren und wegen des Ueberschusses auf die Vormänner zurückzugehen. So R.O.H. (19 S. 217) gegen die unrichtige Auffassung des Obertribunals (in Str.Arch. 78 S. 240). Anm. 12.

Zusatz. Weitere Sicherungsrechte des Spediteurs. Anm. 13.

1. **Dem Spediteur steht auch noch das Retentionsrecht zu,** wenn dessen Voraussetzungen gemäß § 369 vorliegen. Insbesondere ist zu erwähnen, daß dieses Retentionsrecht dem Verfolgungsrecht weicht (über diese Kollision siehe R.O.H. 6 S. 302; 12 S. 394; 20 S. 197; 24 S. 351). Näheres über das Verfolgungsrecht Anm. 76 ffg. im Exkurse zu § 382.

Zu erwähnen ist dabei Folgendes:

Der Spediteur darf die Auslieferung an den Adressaten nicht ablehnen wegen Forderungen an den Versender, das würde dem § 369 Abs. 3 widersprechen (Anm. 46 zu § 369; R.G. vom 27. Oktober 1896 in J.W. S. 702). Widerruft der Versender den Speditionsvertrag, so kann der Versender nunmehr retiniren, natürlich nur wegen Forderungen an den Kommittenten; wegen Forderungen an den Destinatär kann er ja nur ein Zurückbehaltungsrecht gegen diesen erlangen. Hat er aber ein solches Recht erlangt, was dann der Fall ist, wenn der Destinatär Eigenthümer geworden ist, so kann er dieses Retentionsrecht als nach unserer Ansicht dingliches Recht auch dem Versender gegenüber geltend machen (vergl. Anm. 31 ffg. zu § 369; R.O.H. 10 S. 74, 75; Burchard S. 455; abweichend R.G. bei Bolze 1 Nr. 968 und O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1024. Anm. 14.

2. **Das Verfolgungsrecht des § 44 K.O. hat der Spediteur nicht.** Dies hat auch nach früherem Recht R.O.H. 20 S. 192 angenommen. Im neuen Recht heißt es zwar nicht mehr, wie früher im Art. 387, daß die Vorschriften „des vorigen Titels" auf die Speditionsverträge Anm. 15.

Anwendung finden, sondern „die für den Kommissionär geltenden Vorschriften", und das Verfolgungsrecht gilt ja für den Kommissionär. Gleichwohl ist dies eine Ausnahmevorschrift, welche nicht für den Kommissionär überhaupt, sondern nur für den Einkaufskommissionär gilt und sich zur Uebertragung auf die Spedition nicht eignet.

§ 411.

Bedient sich der Spediteur eines Zwischenspediteurs, so hat dieser zugleich die seinem Vormanne zustehenden Rechte, insbesondere dessen Pfandrecht, auszuüben.

Soweit der Vormann wegen seiner Forderung von dem Nachmanne befriedigt wird, geht die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns auf den Nachmann über. Dasselbe gilt von der Forderung und dem Pfandrechte des Frachtführers, soweit der Zwischenspediteur ihn befriedigt.

Die Rechte und Pflichten des Zwischenspediteurs. Ueber den Begriff des Zwischenspediteurs siehe Anm. 4 Note 2 zu § 408.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Im Fall der Nichtbefriedigung des Spediteurs durch den Zwischenspediteur** kann der Letztere nicht bloß sein Pfandrecht ausüben, sondern er hat zugleich das Recht und die Pflicht, die Rechte des Vormannes, besonders das Pfandrecht desselben auszuüben.

Anm. 2. 2. (Abs. 2.) **Fall der Befriedigung des Spediteurs durch den Zwischenspediteur.** „Die Forderung und das Pfandrecht des Vormanns gehen auf den Nachmann über". Diesen klaren Gesetzesworten gegenüber ist man nicht berechtigt zu leugnen, daß die Forderung und das Pfandrecht des Vormannes auf den Nachmann übergehen, und nach anderen Konstruktionen zu suchen, wie dies Burchard S. 391 thut, indem er statt eines Ueberganges der Forderung und eines Pfandrechts des Vormannes annimmt, der Zwischenspediteur habe einen Erstattungsanspruch an den Spediteur und wegen derselben ein eigenes Pfandrecht. Das erstere ist zwar richtig (vergl. unten Anm. 3), allein außerdem gehen, wie das Gesetz klar sagt, die Forderung und das Pfandrecht des befriedigten Spediteurs auf den Nachmann über, und es hat nunmehr der Letztere neben seinem eigenen Pfandrecht auch noch das Pfandrecht seines Vormannes, welches zu dem seinigen accessorisch hinzutritt. Das eigene Pfandrecht des Zwischenspediteurs besteht wegen der ganzen Nachnahme, die er thatsächlich an seinen Vormann gezahlt hat, ohne daß er nöthig hätte, die Richtigkeit der Rechtmäßigkeit der Liquidation seines Vormannes darzuthun (R.O.H. 20 S 190; 24 S. 288). Dabei gilt als Zahlung oder Befriedigung des Vormannes auch die Verrechnung im Kontokurrent (R.O.H. 24 S. 289) oder die bewilligte Kompensation. —

Anm. 3. Das Verhältniß des befriedigten Zwischenspediteurs zu dem ihn befriedigenden Spediteur oder Zwischenspediteur wird durch diese Vorschrift nicht berührt: Dieses Verhältniß ist ein Auftragsverhältniß, kraft dessen der befriedigte Spediteur dem ihn befriedigenden Zwischenspediteur dafür haftet, daß derselbe bei ordnungsmäßiger Erledigung des Speditionsauftrages seine Auslagen wiedererhält. Indessen darf man dieser Haftung wegen nicht, wie das Burchard S. 391 thut, sagen, daß bei der Befriedigung des Spediteurs von einer eigentlichen Befriedigung die Rede nicht sein könne, daß vielmehr eine Zahlung obligandi bezw. credendi causa vorliege.

§ 412.

Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen.

Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers oder Verfrachters; er kann die Provision, die

bei Speditionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Kosten sowie die gewöhnliche Fracht verlangen.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Befugniß des Selbsteintritts des Spediteurs als Frachtführer (Abs. 1) **und die Rechtsfolgen eines solchen Eintritts** (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Das Recht zum Selbsteintritt** hat der Spediteur nach dem Wortlaut des Paragraphen anscheinend stets, also nicht bloß dann, wenn sich ein üblicher Frachtsatz herausgebildet hat (so Hahn § 1 zu Art. 385). Es ist aber Cosack S. 484 beizutreten, wenn er aus der Bestimmung des zweiten Absatzes, wonach der Spediteur im Falle des Selbsteintritts die „gewöhnliche Fracht" zu berechnen hat, folgert, daß der Selbsteintritt nur dann statthaft ist, wenn sich allgemein übliche Frachtsätze herausgebildet haben (zust. Förtsch Anm. 1 zu Art. 385). Das Recht des Selbsteintritts besteht auch dann, wenn der Spediteur die Güterbeförderung thatsächlich durch einen Dritten ausführen läßt; er stellt dann dem Versender gegenüber diesen Dritten als Gehilfen oder Unterfrachtführer hin (Cosack S. 484). Das Recht des Selbsteintritts besteht aber dann nicht, wenn eine Einigung über bestimmte Sätze der Transportkosten erfolgt ist. Denn dann hat er ja nach § 413 Abs. 1 von Gesetzeswegen lediglich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Anm. 1.

Der Selbsteintritt erfolgt durch die Erklärung, eintreten zu wollen, ebenso wie bei § 400, zu welchem der vorliegende Paragraph ein Gegenstück bildet. Mit Unrecht meint Burchard S. 348, daß der Spediteur bis zur Ausführung des Transports an seine Eintrittserklärung nicht gebunden sei. Anm. 2.

Wann die Eintrittserklärung abzugeben ist, ist nicht gesagt. Eine Frist, bis zu welcher der Selbsteintritt zu erklären ist, besteht also nicht (Cosack S. 484). Auch die singuläre Bestimmung des § 405 Abs. 3 ist hier nicht gegeben. Der Widerruf kann also hier solange erklärt werden, als bis die Selbsteintrittsanzeige eingetroffen ist. Ein späterer Widerruf ist allerdings ungiltig. Anm. 3.

2. (Abs. 2.) **Die Rechtsfolgen des Selbsteintritts.**

a) Die erste Rechtsfolge ist, daß der Spediteur zugleich die Rechte und Pflichten eines Spediteurs und die eines Frachtführers hat (und zwar eines Flußfrachtführers oder Landfrachtführers oder eines Seeverfrachters, je nachdem die eine oder die andere Thätigkeit in Frage kommt). Das bedeutet, daß er in Bezug auf den Transport die Rechtsstellung eines Frachtführers (oder Verfrachters), insbesondere mit dessen Haftung, aber auch mit dessen Befreiungen auf Grund des § 438 Abs. 1, und mit dessen Pfandrechte auf Grund des § 440, im Uebrigen aber, also in Bezug auf die Versendungsthätigkeit (einstweilige Aufbewahrung, Ausstellung des Frachtbriefs, Zuführung zur Eisenbahn ꝛc.) die Rechtsstellung des Spediteurs hat. Wo die Grenzlinie zweifelhaft ist, ob es sich um eine Spediteur- oder um eine Frachtführerthätigkeit handelt, da entscheidet diejenige Eigenschaft, welche dem Versender günstiger ist. Denn dafür erhält ja der Spediteur außer der Fracht auch noch seine Provision, damit er außer dem Transport auch noch die besonderen Pflichten als Spediteur erfüllt (Cosack S. 485). Anm. 4.

b) Er kann die gewöhnliche Fracht, die Provision und die sonst regelmäßig vorkommenden Kosten berechnen. Anm. 5.

α) Die gewöhnliche Fracht. Diese kann er also berechnen, auch wenn er Gelegenheit gehabt hat, seinerseits günstiger abzuschließen. Darin unterscheidet sich der Selbsteintritt des vorliegenden Paragraphen von dem Selbsteintritt nach §§ 400 flg., nach welchen beim selbsteintretenden Kommissionär nur die Rechenschaftspflicht beschränkt ist auf den Nachweis des eingehaltenen Marktpreises. Hier hat er das absolute Recht, den gewöhnlichen Satz in Ansatz zu bringen (zust. Förtsch Anm. 1 zu Art. 385). Daß er nicht höhere Sätze berechnen kann, entspricht dem § 400. Im Falle des Widerrufs hat er ein Recht auf Entschädigung (vergl. Anm. 19 zu § 407). Anm. 6.

Anm. 7. β) Die Provision und die sonstigen regelmäßigen Kosten, letztere auch dann, wenn sie in concreto nicht erwachsen sind (vergl. § 403).

Anm. 8. **Zusatz 1.** Ein Zwang zum Selbsteintritt, wie im § 384 Abs. 3, besteht hier nicht. Die unterlassene Namhaftmachung des Frachtführers hat hier diese Folgen nicht (Hahn § 1 zu Art. 385; vergl. Anm. 28 zu § 408).

Zusatz 2. Denkbar ist auch ein theilweiser Selbsteintritt, indem der Spediteur nur die Beförderungsmittel stellt, im Uebrigen aber ein Frachtführer den Transport für Rechnung des Versenders übernimmt. Diesen Fall hatte Art. 383 des alten H.G.B. besonders behandelt. Danach hatte der Spediteur in diesem Falle die gewöhnliche Fracht nebst Provision und Kosten berechnen dürfen. Das neue H.G.B. hat diesen Artikel gestrichen. Das Ergebniß ist, daß der Spediteur in diesem Falle nur die mit dem Frachtführer thatsächlich vereinbarte Fracht zuzüglich einer Miethe für die Beförderungsmittel (und außerdem Provision und Kosten) berechnen kann. Dies folgt aus §§ 408 Abs. 2, 407 Abs. 2, 396 Abs. 2 (Cosack S. 485).

§ 413.

Hat sich der Spediteur mit dem Versender über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten geeinigt, so hat er ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Er kann in einem solchen Falle Provision nur verlangen, wenn es besonders vereinbart ist.

Bewirkt der Spediteur die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine Rechnung über eine Sammelladung geschlossenen Frachtvertrags, so finden die Vorschriften des Abs. 1 Anwendung, auch wenn eine Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten nicht stattgefunden hat. Der Spediteur kann in diesem Falle eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen.

Der vorliegende Paragraph behandelt in seinen zwei Absätzen zwei Spezialfälle, die aber mit einander nichts gemein haben: **die Spedition mit fixen Spesen und die Sammelladungsspedition.**

I. (Abs. 1.) Die Spedition mit fixen Spesen.

Anm. 1. **1. Vorausgesetzt ist, daß der Spediteur mit dem Versender für die Kosten der Versendung einen Pauschalsatz vereinbart.**

a) **Mit dem Versender** muß die Vereinbarung getroffen sein. Nur dieser, sein Kommittent, steht dem Spediteur als Kontrahent gegenüber. Indem das Gesetz das Wort „Versender" gebraucht, beseitigt es die bisherigen Zweifelsfragen, die sich daran knüpften, daß der frühere Art. 384 von dem „Absender oder Empfänger" sprach (vergl. unsere 5. Aufl. § 1 zu Art. 384).

Anm. 2. b) **Für die Kosten der Versendung.** Hier ist im Gesetz ungenau von den Beförderungskosten gesprochen, während auch die Vorbereitung (Aufbewahrung und Zuführung zum Frachtführer) und die endgiltige Erledigung des Transports (Abrollung an den Empfänger) gemeint ist (zust. Försch Anm. 4 zu Art. 384). Für alles zusammen muß ein Pauschalsatz vereinbart sein. Der Fall des vorliegenden Absatzes liegt nicht vor, wenn für einzelne Akte der Versendung (die Aufbewahrung, Verladung, die Versicherung, den Transport, die Abrollung) besondere Sätze vereinbart sind (Puchelt Anm. 5 zu Art. 384). Indessen ist nicht erforderlich, daß ein Gesammtbetrag genannt ist, es kann auch ein bestimmter Satz für jede Gewichts- oder Raumeinheit des Frachtguts vereinbart sein, z. B. 3 Mk. pro. Doppelzentner (R.O.H. 2 S. 249; Cosack S. 485; siehe auch den Fall in R.O.H. 14 S. 277). — Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder stillschweigend, muß aber vor der Ausführung des Auftrags erfolgen (Burchard S. 331; vergl. auch R.O.H. 2 S. 247).

2. **Die Wirkungen** sind folgende: Anm. 3.

a) Die selbstverständliche und vom Gesetz nicht hervorgehobene Wirkung ist, daß der Spediteur den vereinbarten Pauschalsatz und nur diesen verlangen kann, auch wenn er dabei in Bezug auf die Transportkosten Gewinn macht, und andererseits, auch wenn er dabei zu Schaden kommt (R.O.H. 12 S. 214; O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 1630).

b) Vom Gesetze hervorgehoben ist, daß der Spediteur neben dem berechneten Satze keine Provision verlangen kann. Im Grunde genommen ist auch dies selbstverständlich, da die Pauschalsumme ja eine Vergütung für die Besorgung der Versendung überhaupt darstellt, mithin die Vergütung für die eigene Mühewaltung in der Differenz zwischen den eigenen Auslagen und dem vereinbarten Satze mit enthält. Anm. 4.

c) Der Schwerpunkt der Vorschrift liegt in der Bestimmung, daß der Spediteur ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers hat.[1]) Das weicht vom bisherigen Rechte ab. Nach dem früheren Art. 384 blieb das Verhältniß auch in solchem Falle ein Speditionsverhältniß, nur daß der Spediteur keine Provision zu fordern hatte und für die Erfüllung der den Zwischenspediteuren und Frachtführern obliegenden Verpflichtungen einstand. Nach unserem Absatze aber hat der Spediteur in solchen Fällen ausschließlich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers. Das Verhältniß ist hiernach nicht mehr Spedition, sondern Frachtgeschäft (Denkschrift S. 243). Anm. 5.

Wie sich hiernach die Rechte und Pflichten des Spediteurs im Einzelnen stellen, insbesondere seine Haftung, braucht nicht erörtert zu werden, ergiebt sich vielmehr aus der Lehre vom Frachtgeschäft ohne Weiteres. Der von ihm angenommene Frachtführer gilt dem Versender gegenüber als bloßer Erfüllungsgehilfe des Spediteurs, als dessen Unterfrachtführer. Anm. 6.

Selbstverständlich können die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen.

II. (Abs. 2.) **Die Sammelladungsspedition.** Anm. 7.

1. **Der Begriff und die wirthschaftliche Bedeutung derselben.** Der Begriff ist im Abs. 2 unseres Paragraphen deutlich bestimmt: es erfolgt die Versendung des Gutes zusammen mit den Gütern anderer Versender auf Grund eines für seine, des Spediteurs, Rechnung geschlossenen Frachtvertrages.

Der Sammelladungsverkehr verdient besondere rechtliche Berücksichtigung. Das Sammeln der Güter erfordert besondere Thätigkeiten, Einrichtungen und Spesen, und es wäre unbillig, den Spediteur trotzdem zu zwingen, die von ihm hierdurch erzielten Vortheile in der Frachtberechnung lediglich dem Versender zuzuwenden. Allerdings ist es auch nicht billig, sie allein dem Spediteur zuzuwenden. Dies widerspräche dem Zwecke der ganzen Einrichtung und der Absicht der Betheiligten, welche von der Beförderung im Sammelverkehr in erster Linie zum Zwecke der Verbilligung der Transportkosten Gebrauch machen. Wie das Gesetz die Ausgleichung der verschiedenen Interessen versucht, ergiebt sich aus Folgendem: Anm. 8.

2. Die **Rechtsfolgen** sind: Anm. 9.

a) **Der Spediteur wird Frachtführer und erhält ferner keine Provision,** und zwar gilt dies auch dann, wenn er keinen Pauschalsatz für die Beförderung vereinbart hat. Ist dies der Fall, so gilt er schon nach Abs. 1 unseres Paragraphen als Frachtführer und verliert den Anspruch auf Provision.

---

[1]) Es ist hier nicht gesagt: „oder eines Verfrachters". Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 14 S. 282 nimmt an, daß keine mangelhafte Redaktion vorliegt, daß daher der Spediteur bei einer Einigung mit dem Versender über die Kosten des Seetransports nicht als Verfrachter haftet. Wir können uns nicht entschließen, mehr als eine mangelhafte Redaktion anzunehmen. Es würde sich sonst in der Denkschrift wohl eine Begründung für diesen Unterschied finden. Auch würde sonst der Abs. 2, die Vorschrift über den Sammelladungsverkehr, sich ebenfalls nur auf den Landtransport beziehen, was Burchard selbst nicht annimmt (vergl. auch Cosack S. 485 und 486).

Anm. 10. b) **Der Spediteur kann eine den Umständen nach angemessene Fracht, höchstens aber die für die Beförderung des einzelnen Gutes gewöhnliche Fracht verlangen.** Wie viel er im einzelnen Falle verlangen kann, richtet sich nach richterlichem Ermessen nach Anhörung von Sachverständigen. Durchschnittssätze werden sich nach dieser Richtung wohl schnell bilden. Das richterliche Ermessen wird hierbei die in Anm. 8 enthaltenen Erwägungen zu berücksichtigen haben, insbesondere daß der Spediteur für die Mühe des Sammelns und seine sonstige Speditionsthätigkeit entschädigt werden muß, daß er also mehr erhalten muß, als einen ratirlichen Antheil an der von ihm zu zahlenden Fracht — er würde ja sonst ohne Lohn arbeiten —, daß aber andererseits dem Spediteur nicht der ganze Unterschied der Stückgut- und der Sammelfracht zufließen darf, da ja sonst die ganze Einrichtung für das Publikum zwecklos wäre.

Anm. 11 c) Keinesfalls ist hiernach der Spediteur berechtigt, die volle Stückgutfracht nebst der Provision in Rechnung zu stellen. Er würde sich hierdurch des Betruges schuldig machen (R.G. S. 123).

Anm. 12. d) Wohl aber kann er neben der Fracht seine sonstigen Auslagen verlangen. Das schließt das Gesetz mit keinem Worte aus. Nur die Provision versagt ihm das Gesetz (vergl. Cosack S. 485).

Anm. 13. 3. **Selbstverständlich sind die Bestimmungen nur dispositiver Natur.** Abweichendes kann vereinbart werden. So kann ja, wie Abs. 1 ergiebt, ein fester Pauschalsatz der Beförderungskosten vereinbart werden und dieser kann dann natürlich auch höher sein, als die gewöhnliche Fracht des einzelnen Gutes. Nur wenn nichts vereinbart ist, gilt die im Abs. 2 Satz 2 bestimmte Maximalgrenze des Anspruchs des Spediteurs.

Anm. 14. **Zusatz.** Hinzuzufügen ist, wenn es auch auf anderem Gebiete liegt, **daß nach Handelsgebrauch der Spediteur ihrer Billigkeit wegen die Beförderung im Sammelverkehr zu wählen hat, wenn die Umstände des Falles nicht ergeben, daß es dem Versender auf eine möglichst schnelle Beförderung ankommt** (Gutachten der Berliner Aeltesten der Kaufmannschaft bei Dove H.G.B. Anm. 2).

§ 414.

Die Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes verjähren in einem Jahre. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

Die Verjährung beginnt im Falle der Beschädigung oder Minderung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung stattgefunden hat, im Falle des Verlustes oder der verspäteten Ablieferung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen.

Die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche können nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn vorher der Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung dem Spediteur angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet worden ist. Der Anzeige an den Spediteur steht es gleich, wenn gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen dem Versender und dem Empfänger oder einem späteren Erwerber des Gutes wegen des Verlustes, der Minderung, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung anhängigen Rechtsstreite dem Spediteur der Streit verkündet wird.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Spediteur den Verlust, die Minderung, die Beschädigung oder die verspätete Ablieferung des Gutes vorsätzlich herbeigeführt hat.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Verjährung gewisser Ansprüche gegen den Spediteur. Hervorzuheben ist, daß es sich überall nur um Ansprüche aus einem Speditionsvertrage handelt, also nicht um Ansprüche aus einem solchen mit dem Spediteur abgeschlossenen Verwahrungsvertrage, der mit einem Versendungsvertrage nicht zusammenhängt (R.O.H. 24 S. 305; R.G. 11 S. 132; vergl. jedoch § 423); dagegen bezieht sich der Paragraph andererseits auf alle Arten der Spedition, auch auf die Spielart des § 412, natürlich nicht auf die Spielarten des § 413, da hier lediglich ein Frachtgeschäft vorliegt. Doch hat dieser Unterschied nichts zu bedeuten, da auf die Ansprüche gegen den Frachtführer die gleiche Verjährung Anwendung findet (§ 439). Einleitung.

Die Verjährung wird hier in folgender Weise abgehandelt.

1. Gegenstand und Dauer der Anspruchsverjährung (Abs. 1), 2. Beginn der Frist der Anspruchsverjährung (Abs. 2), 3. Die Verjährung der Einrede (Abs. 3), 4. Ausschluß der Verjährung bei vorsätzlichem Handeln (Abs. 4). Anm. 1.

1. (Abs. 1.) **Gegenstand und Dauer der Verjährung.**

a) **Gegenstand der Verjährung** sind die Ansprüche (was von den Einreden gilt, siehe unten Anm. 7), und zwar nur die Ansprüche gegen den Spediteur, also aus einem Speditionsvertrage (vergl. die Einleitung), und auch nur gewisse Ansprüche gegen ihn, nämlich wegen Verlustes, Verminderung, Beschädigung und verspäteter Ablieferung des Gutes. Nicht gehören dazu die Ansprüche auf Herausgabe des Speditionsgutes oder des Frachtbriefs, die Ansprüche aus selbstständigen Delikten (R.O.H. 15 S. 32), wegen mangelhafter Gewichtskonstatirung, unterlassener Benachrichtigung des Versenders oder auf Rückforderung überhobener Frachtgebühren. In allen solchen Fällen folgt die Verjährung allgemeinen Grundsätzen (Eger 2 S. 514, 580, Burchard S. 435; vergl. auch R.O.H. 24 S. 305, R.G. 11 S. 132).

Unter Verlust ist zu verstehen derjenige Zustand, bei welchem der Spediteur nicht in der Lage ist, das Gut auszuhändigen. Nicht nothwendig ist, daß er gerade absolut nicht weiß, wo das Gut sich befindet, wenn es nur für absehbare Zeit nicht erreichbar ist (R.O.H.. 4 S. 14). Selbstverständlich ist es auch gleichgiltig, wo das Gut verloren gegangen ist, auf dem Transport oder am Bestimmungsort vor der Aushändigung (R.O.H. 4 S. 14; 12 S. 136). Auch dann ist das Gut als verloren zu betrachten, wenn der Spediteur es selbst hat unbefugt versteigern lassen (R.O.H. 15 S. 30). Beschlagnahme kann Verlust bedeuten, es kommt jedoch auf die Umstände an (R.O.H. 7 S. 55). Konfiskation ist Verlust. Instruktionswidrige Aushändigung des Guts an den Destinatär ist Verlust. Der Verkauf des Guts durch den Frachtführer ist Verlust (G.O.H. 15 S. 32). Anm. 2.

Unter Beschädigung ist jede qualitative Werthverminderung, jede äußere oder innere Verschlechterung des Frachtguts zu verstehen (Schott bei Endemann III S. 335); Sinken des Tauschwerths ohne Verletzung der körperlichen Integrität gehört nicht hierher. Insofern ist Gareis-Fuchsberger S. 826 Note 29 zuzustimmen; es ist nur nicht richtig, wenn sie sich hierfür auf R.O.H. 20 S. 347 berufen, denn dieses Erkenntniß vertritt gerade die gegentheilige Ansicht. Bei Sendungen, die ein einheitliches Ganze bilden, ist die Verletzung einzelner Stücke eine Beschädigung der ganzen Sendung (R.O.H. 15 S. 374; R.G. 15 S. 134; Schott bei Endemann III S. 335). Naßwerden, wenn dadurch auch nur vorübergehende Unbrauchbarkeit für den Empfänger bewirkt wurde, ist Beschädigung (Volze 5 Nr. 625). Anm. 3.

b) **Die Dauer der Verjährung** ist ein Jahr. Die Frist kann durch Vereinbarung abgekürzt (§ 225 B.G.B.), oder auch verlängert werden (Abs. 1 unseres Paragraphen), nicht aber ausgeschlossen werden (§ 225 B.G.B.). Eine Verlängerung, die einem Ausschluß gleichkommt, wäre ungiltig. — Die Berechnung der Frist erfolgt nach § 190 B.G.B. Anm. 4.

2. (Abs. 2). **Die Verjährungsfrist beginnt** für Ansprüche wegen Verlustes oder verspäteter Ablieferung mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung hätte bewirkt sein müssen, sei es nach der Abrede oder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge. Ereignisse, Anm. 5.

welche dem Transport unabwendbare Verzögerungen bereiten (Eisgang, Krieg, Ausfuhrverbot) kommen insofern in Betracht, als sie die Lieferfrist hinausschieben (Hahn zu Art. 386, R.O.H. 15 S. 30). Für die Ansprüche wegen Beschädigung oder Verminderung beginnt die Frist mit Ablauf des Tages, an welchem die Ablieferung geschehen ist, als dem letzten Akte, für welchen gehaftet wird, und das ist im gewöhnlichen Falle die Ablieferung an den Frachtführer oder Verfrachter, in den Fällen der §§ 412 und 413 die Ablieferung an den Adressaten (Burchard S. 438, 439 und in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 14 S. 286). Dauert die Ablieferung mehrere Tage, so entscheidet der letzte Ablieferungstag (R.O.H. 12 S. 136). Ueber den Begriff der Ablieferung siehe Anm. 16 zu § 377. Vor der Ablieferung beginnt die Verjährung nicht zu laufen (R.O.H. 17 S. 78). Die für den Beginn der Verjährung maßgebenden Thatsachen hat der Spediteur zu beweisen (O.G. Wien bei Adler u. Clemens Nr. 393).

Anm. 6. Ob der Anspruchsberechtigte den Verlust oder die Verminderung kannte oder nicht, ob der Verlust oder die Beschädigung äußerlich erkennbar ist oder nicht, macht keinen Unterschied (Eger 2 S. 584; vergl. R.O.H. 15 S. 126).

Anm. 7. 3. (Abs. 3). **Die Einrede-Verjährung.** Die Verjährung der Einrede ist zeitlich nicht beschränkt. Zwar meint die Denkschrift S. 246, die Vorschrift des Absatzes 2 entspreche der gleichen Vorschrift bei der Gewährleistung, also dem § 478 B.G.B. Doch ist das nicht der Fall. Dort im § 478 B.G.B. ist gesagt, daß der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises wegen vorhandener Mängel auch nach der Verjährung des Wandlungsanspruchs dann verweigert werden kann, wenn der Mangel während der Verjährungszeit aufgetaucht war. Würde § 478 B.G.B. dies nicht sagen, so würde die Zahlungsverweigerung auf Grund eines Sachmangels nach Vollendung der Verjährung nicht möglich sein, weil das Recht der Wandlung überhaupt nur als Anspruch gedacht ist, die Zahlung des Kaufpreises also eigentlich nicht verweigert werden könnte, wenn der Anspruch auf Wandlung verjährt ist. Diese Konstruktion besteht aber hier nicht. Macht der Spediteur seine Ansprüche auf Provision oder Auslagen geltend und verweigert der Versender die Zahlung dieses Anspruchs, weil er seinerseits mangelhaft erfüllt habe, indem durch seine vertretbare Handlung das Gut beschädigt oder verloren gegangen sei, so ist dies eine wirkliche Einrede, und da nach Abs. 1 nur selbstständige Ansprüche aus Verlust oder Beschädigung der kurzen Verjährung unterliegen, so bedarf es hier keiner Vorschrift, um die Einrede der kurzen Verjährung zu entziehen. Eine solche Vorschrift ist denn auch nicht gegeben und es sind daher die Einreden der gedachten Art perpetuirlich. Klagt der Spediteur nach einem Jahre, so kann der Versender immer noch die Zahlung verweigern, wenn er dem Spediteur mit Recht vorwerfen kann, daß durch seine Schuld das Gut verloren gegangen oder beschädigt ist. Nur soweit es sich um wirkliche Aufrechnungen handelt, sei es gegen Ansprüche aus demselben Geschäft oder aus einem anderen Geschäfte, war es nothwendig, die kurze Verjährung des Abs. 1 auszuschließen, und insoweit greift Abs. 3 Platz. Aber insoweit ist er dem § 479, nicht dem § 478 B.G.B. analog.

Anm. 8. Aufgerechnet kann also mit solchen Ansprüchen auch dann werden, wenn die Ansprüche an sich gemäß Abs. 1 verjährt sind, soweit nur der Verlust, die Beschädigung, die Minderung oder die verspätete Lieferung dem Spediteur vor Vollendung der Verjährung angezeigt oder wenigstens die Anzeige an ihn abgesandt worden ist. Der Anzeige an den Spediteur stehen die im Abs. 3 Satz 2 erwähnten Rechtshandlungen gleich (Antrag auf Sicherung des Beweises, Streitverkündung).

Anm. 9. Ist die Anzeige nicht erfolgt und hat keine der anderen Rechtshandlungen vor der Verjährung stattgefunden, so ist die Aufrechnung nach dem Ablauf der Verjährung ausgeschlossen, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages aber kann auf diese Thatsachen auch dann noch gestützt werden, wie oben Anm. 7 dargethan ist.

Anm. 10. 4. (Abs. 4). **Vorsätzliches Handeln** entzieht die Ansprüche der kurzen Verjährung. Grobe Fahrlässigkeit genügt nicht. Gemeint ist jedes vorsätzliche Handeln, für welches der Spediteur einzustehen hat (Förtsch Anm. 14 zu Art. 386), zwar nicht schon dann, wenn der von ihm gewählte Frachtführer vorsätzlich gehandelt hat, während er selbst nur

fahrlässig die Wahl getroffen hat, wohl aber dann, wenn sein Erfüllungsgehilfe vorsätzlich gehandelt hat. Das vorsätzliche Handeln muß bewiesen werden von dem Regreßnehmer (vergl. Anm. 129 zu § 377).

Zusatz 1. **Sonstige Vorschriften über die Verjährung sind nicht gegeben.** Hierüber gelten die allgemeinen Grundsätze. Siehe bei uns §§ 156 und 160. Anm. 11.

Zusatz 2. **Ueber vertragsmäßige Abänderung** der Verjährungsfrist siehe oben Anm. 4. Anm. 12.

Zusatz 3. **Der Anspruchserlöschungsgrund des § 438** (Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht) greift zu Gunsten des Spediteurs nicht Platz (R.O.H. 8 S. 195). Anm. 13.

Zusatz 4. **Für das örtliche Recht der Verjährung** gilt das in Anm. 37 zu § 383 Gesagte. Anm. 14.

Zusatz 5. **Die Ansprüche des Spediteurs gegen den Versender** sind im vorliegenden Paragraphen nicht erwähnt. Diese verjähren in zwei bezw. vier Jahren (vergl. Anm. 6 u. 10 zu § 409). Anm. 15.

§ 415.

Die Vorschriften dieses Abschnitts kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu besorgen übernimmt.

Der vorliegende Paragraph dehnt die Vorschriften über die Spedition auf den Fall aus, daß ein Kaufmann, der nicht Spediteur ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Güterversendung durch Frachtführer oder Verfrachter für Rechnung eines Anderen im eigenen Namen zu besorgen übernimmt. Vergl. hierüber Anm. 2 zu § 406.

Exkurs zu § 415.

I. Der Annoncenspediteur.

Derselbe ist kein Spediteur im Sinne des Gesetzes, da er nicht Güter zu versenden hat (Goldschmidt, Handbuch § 54 Anm. 5; vergl. bei uns Anm. 6 ffg. zu § 407). Die Entscheidungen der obersten Gerichte lassen es allerdings unklar, ob ein speditionsähnliches oder ein wahres Speditionsverhältniß angenommen wird (R.O.H. 4 S. 135; 12 S. 214; ebenso R.G. 20 S. 50). Anm. 1.

Die Thätigkeit des Annoncenspediteurs gehört zu den Geschäften des Buchhandels, und deshalb liegt in der gewerbsmäßigen Abschließung solcher Geschäfte ein Handelsgewerbe, der Annoncenspediteur ist also Kaufmann (R.O.H. 1 S. 207; § 1 Nr. 8). Seine Thätigkeit ist als Dienstvertrag zu charakterisiren und zwar als Geschäftsbesorgung: er schließt einen Insertionsvertrag im Interesse eines Anderen ab (§ 675 B.G.B). Handelt er dabei im eigenen Namen, aber für Rechnung des Inserenten, so greifen die Vorschriften über die Kommission Platz gemäß § 406 Abs. 1 Satz 2.

Meist vereinbart er mit der Zeitung Pauschalsätze und mit den Inserenten besondere Sätze.

Auf die kurze Verjährung des § 414 kann er sich nicht berufen, seine eigenen Ansprüche verjähren in zwei bezw. vier Jahren gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2.

II. Die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kommission.

Die im § 407 Abs. 2 angeordnete analoge Anwendung der Vorschriften über die Kommission bedarf hier einer kurzen zusammenfassenden Uebersicht: Anm. 2.

1. § 383. Von einer analogen Anwendung kann hier keine Rede sein. Der Paragraph beschäftigt sich mit der Begriffsbestimmung des Kommissionärs. Die Begriffsbestimmung des Spediteurs ist enthalten im § 407.
2. § 384. Dieser Paragraph ist auf das Speditionsverhältniß zum Theil direkt übertragen (§ 408). Soweit er nicht direkt übertragen ist, haben wir die analoge Anwendbarkeit in Anm. 27 u. 28 zu § 408 erörtert. Anm. 3.

Anm. 4. 3. § 385. Ueber die analoge Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf das Speditionsverhältniß haben wir in Anm. 14, 15 u. 16 zu § 408 gehandelt.

Anm. 5. 4. § 386. Die Vorschrift ist analog nicht anwendbar, da sie eine Spezialvorschrift ist, die sich auf die Spedition nicht ohne Weiteres übertragen läßt. Aehnliches, nämlich das Recht, die Zurückweisung durch Erbietung zur Tragung der Differenz zu verhindern, gilt auch bei der Spedition (vergl. Anm. 16 zu § 408).

Anm. 6. 5. § 387. Dieser Paragraph ist analog anwendbar.

6. §§ 388—390. Diese Vorschriften sind im § 407 Abs. 2 ausdrücklich für anwendbar erklärt. Vergl. bei uns Anm. 7—10 zu § 408.

Anm. 7. 7. § 391. Dies ist eine Spezialvorschrift für den Einkaufskommissionär und ist analoger Anwendung nicht fähig.

8. § 392 ist anwendbar (vergl. Anm. 17 zu § 407).

9. § 393. Derselbe ist anwendbar: unbefugte Vorschuß- oder Kreditgewährung an den Frachtführer erfolgt daher auf Gefahr des Spediteurs.

10. § 394 ist anwendbar: Delkrederehaftung für den Frachtführer tritt daher nur ein, wenn sie vereinbart oder handelsgebräuchlich ist. Im Fall der Haftung hat er eine Delkredereprovision zu fordern.

11. § 395. Derselbe ist seiner Natur nach nicht anwendbar.

12. § 396. Anlangend zunächst den Abs. 1, so ist derselbe im ersten Theil nicht anwendbar, weil diese Angelegenheit auch bei der Spedition besonders geregelt ist (§ 409). Aber auch der zweite Theil des Abs. 1 (der Provisionsanspruch ist auch dann verdient, wenn das Geschäft aus einem in der Person des Versenders liegenden Grunde nicht ausgeführt wird), ist nicht übertragbar (vergl. hierüber Anm. 2 zu § 409).

Der Abs. 2 ist übertragbar (vergl. hierüber Anm. 7 u. 8 zu § 409 und Anm. 8 zu § 412).

Anm. 8. 13. § 397 ist nicht übertragbar, weil besonders geregelt (§ 410).

14. § 398 ist anwendbar, wenn überhaupt eine praktische Anwendbarkeit denkbar ist.

15. § 399 ist anwendbar.

16. §§ 400—404 sind nicht anwendbar. Das Selbsteintrittsrecht ist selbstständig geregelt (§ 412).

17. § 405 Abs. 1 und 2 nicht anwendbar. Vergl. Anm. 3 zu § 412. Desgleichen Abs. 3 (vergl. Anm. 7 zu § 412).

18. § 406. Nicht anwendbar, weil besonders geregelt (§ 415).

Fünfter Abschnitt.

Lagergeschäft.

§ 416.

Lagerhalter ist, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt.

Einleitung. **Vorbemerkung zum fünften Abschnitt.** Der Abschnitt ist neu. Das Lagergeschäft war trotz seiner Wichtigkeit für den Handelsverkehr früher nicht geregelt. Die Regelung geht aber nicht soweit, wie dies von verschiedenen Seiten gewünscht war. Insbesondere war von verschiedenen Seiten eine umfassende gesetzliche Regelung des Warrantsystems gefordert worden, die aber unterblieben ist. Soweit landesgesetzlich derartige Vorschriften bestehen, sind sie durch Art. 16 E.G. zum H.G.B. aufrecht erhalten (vergl. unten Anm. 11).

Der vorliegende Paragraph enthält die Begriffsbestimmung des Lagerhalters. Danach ist Lagerhalter, wer gewerbsmäßig die Lagerung und Aufbewahrung von Gütern übernimmt. Zur Ergänzung ist der § 1 Abs. 2 Nr. 6 heranzuziehen, wonach der Lagerhalter Kaufmann ist.

1. **Der Lagerhalter ist Kaufmann.** Das ist im § 1 Abs. 2 Nr. 6 vorgeschrieben. Er ist also Anm. 1.
Kaufmann durch den bloßen Gewerbebetrieb, auch ohne hinzukommende Eintragung. Wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, so ist er gemäß § 4 Minderkaufmann. Aber er bleibt Kaufmann und Lagerhalter und die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts finden auch dann auf ihn Anwendung.

2. **Die einzelnen Bestandtheile der Definition des vorliegenden Paragraphen.** Anm. 2.

a) Gewerbsmäßig muß die Lagerung und Aufbewahrung übernommen werden. Ein einzelnes, auf Lagerung und Aufbewahrung gerichtetes Geschäft fällt unter den fünften Abschnitt nicht, sondern unter den allgemeinen Verwahrungsvertrag nach §§ 688 flg. B.G.B. Dies gilt auch dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines auf andere Gegenstände gerichteten Handelsgewerbes ein Lagergeschäft abschließt. Denn eine den §§ 406 und 415 analoge Bestimmung ist hier nicht gegeben. (Daß ein Kaufmann, der im Betriebe seines Handelsgewerbes die Lagerung übernimmt, Lagergeld nach § 354 fordern kann, hat hiermit nichts zu thun). Dagegen ist es nicht nöthig, daß die Lagergeschäfte den einzigen oder auch nur den Hauptgegenstand des betreffenden Gewerbes bilden. Die Bestimmungen über das Lagergeschäft finden vielmehr auch dann Anwendung, wenn ein Kaufmann das Lagergeschäft als Nebengeschäft betreibt, wie dies z. B. bei Spediteuren häufig vorkommt. Denn immerhin betreibt er dann das Lagergeschäft gewerbsmäßig.

Doch muß das Lagergeschäft Gegenstand besonderer Verträge sein. Wird die Auf- Anm. 3.
bewahrung nur im Zusammenhange mit anderen Geschäften (mit Speditions-, Kommissions-, Frachtverträgen), d. h. in rechtlichem Zusammenhange mit solchen, vereinbart, so kommen die für diese anderen Geschäfte geltenden Vorschriften, nicht die Vorschriften über das Lagergeschäft zur Anwendung.

Die amtlichen Packhöfe oder Zollniederlagen, beruhend auf den §§ 97 flg. des Ver- Anm. 4.
einszollgesetzes vom 1. Juli 1869, betreiben keine gewerbsmäßigen Lagergeschäfte, weil es an dem gewerbsmäßigen Betriebe fehlt. Die Lagerung erfolgt hier lediglich wegen der Versteuerung (Denkschrift S. 250).

b) Uebernimmt, d. h. einen dahingehenden Vertrag abschließt. Der Vertrag ist ein Anm. 5.
Aufbewahrungsvertrag (depositum) nach Maßgabe der §§ 688 flg. B.G.B., nur daß eben diese Vorschriften des B.G.B. auf das handelsrechtliche Lagergeschäft nur subsidiäre Anwendung finden, weil sie für das gewerbsmäßige Lagergeschäft als nicht ausreichend erachtet wurden und das H.G.B. daher für diesen Fall Sondervorschriften gab (Art. 2 E.G. zum H.G.B.).

Als Geschäftsbesorgung kann dieser Vertrag nicht angesehen werden, nach unserer Anm. 6.
Ansicht schon deshalb nicht, weil der Lagerhalter nicht den Abschluß eines Rechtsgeschäfts übernimmt, sondern lediglich die mit der Lagerung und Aufbewahrung übernommenen Pflichten (anders Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 16 S. 186). Deshalb findet z. B. der § 362 H.G.B. auf den Lagerhalter keine Anwendung (vergl. dort über den Begriff der Geschäftsbesorgung).

c) Die Lagerung und Aufbewahrung übernimmt der Lagerhalter. Wer nur Anm. 7.
Plätze vermiethet und die Sorge um die Aufbewahrung nicht übernimmt, auch nicht unmittelbarer Besitzer der Waare wird, ist nicht Lagerhalter. Ob aber die Verwahrung in Lagerhäusern oder Waarenspeichern oder sonstigen Räumen stattfindet, ist gleichgiltig (Denkschrift S. 249). Spediteure z. B. übernehmen die Lagerung und Aufbewahrung in ihren, auch anderen Zwecken gewidmeten Räumen.

Wenn umgekehrt der Aufbewahrer mehr als unmittelbaren Besitz, nämlich das Anm. 8.
Eigenthum der Waare erwerben und er nur verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art und Menge zurückzugeben, so liegt kein eigentlicher Verwahrungsvertrag, sondern ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag im Sinne des § 700 B.G.B. vor und die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts finden auf diesen keine Anwendung (vergl. § 419 Abs. 3 und die Erläuterungen dazu).

Anm. 9. Ferner gehört es zum Begriff der Lagerung, daß die Aufbewahrung längere Zeit dauert (Cosack S. 514), sodaß z. B. die Aufbewahrung von Handgepäck durch Portiers wegen der vorübergehenden Dauer der Aufbewahrung keine Lagerung und Aufbewahrung im Sinne unseres Paragraphen ist.

Anm. 10. d) Von Gütern. An sich ist der Begriff „Gut" ein sehr weiter. Er umfaßt jeden beweglichen Gegenstand (R.G. 20 S. 49). Doch muß der Begriff im Sinne der vorliegenden Vorschriften dahin eingeschränkt werden, daß es ein zur Lagerung und Aufbewahrung geeigneter Gegenstand sein muß. Davon geht auch die Denkschrift S. 249 aus, und es fragt sich nur, in welcher Weise hiernach der Begriff der Güter begrenzt werden muß. Lagerung und Aufbewahrung ist offenbar ein technischer Begriff und nicht jedes Gut eignet sich zur Lagerung und Aufbewahrung. Cosack S. 514 will zur Lagerung nur für geeignet halten leblose Sachen, die im Verhältnisse zu ihrem Werthe einen großen Umfang haben. Wir erachten aber diese Definition für zu unbestimmt und auch für willkürlich. Warum soll nicht auch die Lagerung von Seiden- oder Goldwaaren einbegriffen sein, die doch im Verhältnisse zu ihrem Werthe einen geringen Umfang haben? Viel einfacher ist es, zu sagen, daß zur Lagerung geeignete Güter alle leblosen Waaren sind. Auch durch diese Definition werden die Thiere ausgeschlossen, wie dies die Denkschrift S. 249 und Cosack S. 514 wollen, desgleichen die Werthpapiere; denn zu den Waaren gehören diese nicht. Dagegen sind bei dieser Definition die Kostbarkeiten nicht ausgeschlossen und es ist nicht einzusehen, warum sie auszuschließen seien. Auch einzelne Kleidungsstücke, z. B. ein Pelz, fallen allerdings unter diese Definition, während Cosack S. 514 sie als nicht einlagerungsfähige Gegenstände bezeichnet; doch finden wir keinen Grund für diese Cosack'sche Annahme.

Anm. 11. **Zusatz. Welche Vorschriften finden auf das Lagergeschäft Anwendung?** Die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts, eventl. die sonstigen Vorschriften der §§ 688 ffg. B.G.B. (Siehe oben Anm. 5). Vergl. aber auch Anm. 1 zu § 424.

§ 417.

Auf die Rechte und Pflichten des Lagerhalters in Ansehung der Empfangnahme, Aufbewahrung und Versicherung des Gutes finden die für den Kommissionär geltenden Vorschriften der §§ 388 bis 390 Anwendung.

Treten Veränderungen an dem Gute ein, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, so hat der Lagerhalter den Einlagerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen. Versäumt er dies, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph ordnet die Pflicht des Lagerhalters für die Erhaltung des Gutes** und zwar in der Weise, daß die §§ 388—390 für anwendbar erklärt werden und im Abs. 2 nur eine Vorschrift hinzugefügt wird.

Anm. 1. 1. § 388: Der Lagerhalter hat hiernach, wenn das ihm zugesandte Gut bei der Ablieferung in einem beschädigten oder mangelhaften Zustande, der äußerlich erkennbar ist, sich befindet, die Rechte gegen den Frachtführer oder Schiffer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Einlagerer unverzüglich Nachricht zu geben. Im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatz verpflichtet.

Anm. 2. Wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt ist, oder später Veränderungen an dem Gut eintreten, die dessen Entwerthung befürchten lassen, und keine Zeit vorhanden ist, die Verfügung des Einlagerers einzuholen, oder der Einlagerer in der Ertheilung der Verfügung säumig ist, so hat der Lagerhalter das Recht, den Verkauf des Gutes nach Maßgabe des § 373 zu bewirken. (Er hat nicht die Pflicht dazu).

Das Nähere hierüber vergl. in der Erläuterung zu § 388. Unser § 417 fügt im Abs. 2 noch hinzu, daß, wenn Veränderungen an dem Gute eintreten, welche dessen Entwerthung befürchten lassen, der Lagerhalter die Pflicht hat, den Einlagerer hiervon unverzüglich zu benachrichtigen. Versäumt er das, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Das Recht zum Nothverkauf nach § 388 Abs. 2 ist ihm dadurch nicht genommen. Anm. 3.

2. § 389. Der Lagerhalter hat die Rechte aus § 373, wenn der Einlagerer über das Gut zu verfügen unterläßt, obwohl er nach Lage der Sache dazu verpflichtet ist. (Näheres siehe zu § 389). Anm. 4.

3. § 390. Hiernach ist der Lagerhalter für den Verlust und die Beschädigung des in seiner Verwahrung befindlichen Gutes verantwortlich, jedoch nicht unbedingt, vielmehr haftet er nur für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, selbstverständlich für die Sorgfalt eines Kaufmanns dieses Geschäftszweiges (Denkschrift S. 250), und es ist seine, des Lagerhalters, Sache, sich dahin zu exkulpiren, daß der eingetretene Verlust oder die eingetretenen Beschädigungen auf Umständen beruhen, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht abgewendet werden konnten. Anm. 5.

Wegen Unterlassung der Versicherung ist der Lagerhalter nach § 390 Abs. 2 nur verantwortlich, wenn er von dem Einlagerer angewiesen war, die Versicherung zu bewirken. Anm. 6.

Näheres siehe in den Erläuterungen zu § 390.

4. Die Einschränkung der gesetzlichen Haftung durch Parteiabrede ist zulässig. Doch kann die Haftung wegen eigenen Vorsatzes durch Abrede nicht ausgeschlossen werden, wohl aber die Haftung für eigenes grobes Versehen und für vorsätzliches Handeln der Erfüllungsgehilfen (§§ 276 und 278 B.G.B.). Anm. 7.

Zusatz 1. Eventl. finden auf die Aufbewahrungspflichten die Vorschriften des B.G.B. Anwendung. Insbesondere kommen hier in Betracht:

a) § 691 B.G.B. Derselbe lautet: Anm. 8.

> Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem Dritten gestattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.

Danach ist für den Regelfall anzunehmen, daß der Lagerhalter die ihm zur Lagerung übergebenen Güter nur in seinen eigenen Lagerräumen lagern darf.

b) § 692 B.G.B. Derselbe lautet: Anm. 9.

> Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage die Aenderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Aenderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

Hierbei ist besonders an gefahrvolle Situationen zu denken: Feuersbrunst, Ueberschwemmung, Krieg. Die durch die Aenderung der Aufbewahrungsart entstehenden Auslagen kann der Lagerhalter gemäß § 420 H.G.B. (vergl. auch § 695 B.G.B.) ersetzt verlangen.

Zusatz 2. Auch der Einlagerer hat gegenüber dem Hinterleger Pflichten, welche sich aus der Beschaffenheit der Sache ergeben. Hierüber bestimmt § 694 B.G.B. Derselbe lautet: Anm. 10.

> Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen, es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt, oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat.

§ 418.

Der Lagerhalter hat dem Einlagerer die Besichtigung des Gutes, die Entnahme von Proben und die zur Erhaltung des Gutes nothwendigen Handlungen während der Geschäftsstunden zu gestatten.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt dem Einlagerer das Recht der Besichtigung des Gutes, der Entnahme von Proben und der zur Erhaltung des Gutes nothwendigen Handlungen während der Geschäftsstunden.**

Anm. 1. 1. Alle diese Handlungen sind erforderlich, um dem Einlagerer die Möglichkeit zu gewähren, zu kontroliren, ob das Gut noch in gutem Zustande sich befindet und seinen Handelswerth behält, damit er eventl. die nöthigen Maßregeln treffen kann, um das Gut zu erhalten oder in besseren Zustand zu bringen.

Anm. 2. 2. Während der Geschäftsstunden hat der Einlagerer dieses Recht. Selbstverständlich während der Geschäftsstunden des Lagerhalters, aber in diesen anscheinend zu jeder Zeit, und so oft es ihm beliebt. Aber natürlich ist eine chikanöse Ausübung dieses Rechts nicht gestattet.

Die Besichtigung und die sonstigen Handlungen kann der Einlagerer auch durch geeignete Bevollmächtigte ausüben. Sie sind überhaupt so auszuüben, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 B.G.B.).

Anm. 3. 3. Verletzt der Lagerhalter diese seine Verpflichtungen, so ist er nach allgemeinen Grundsätzen zum Schadensersatz verpflichtet (vergl. Anm. 11 zu § 347). Wenn Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 16 S. 291 Note 1 den § 823 Abs. 2 B.G.B. heranzieht, so übersieht er, daß dieser sich auf unerlaubte Handlungen bezieht, während es sich hier um ein Vertragsverhältniß handelt.

Anm. 4. 4. Durch die Einräumung dieser Rechte an den Einlagerer soll nicht etwa angedeutet werden, daß der Lagerhalter keine Pflicht habe, auf die Erhaltung des Gutes bedacht zu sein. Diese Verpflichtung ist ihm vielmehr durch die §§ 390, 417 insoweit auferlegt, als die Verpflichtungen eines ordentlichen Lagerhalters dies mit sich bringen. Der vorliegende Paragraph will bloß besagen, daß es dem Eigenthümer nicht benommen werden kann, das Gut zu kontroliren, auch wenn es in den Räumen eines Lagerhalters lagert. Die Aeußerung der Denkschrift S. 280: „Eine Verpflichtung, die zur Erhaltung der Waare nothwendigen Arbeiten selbst vornehmen zu lassen, kann dem Lagerhalter nicht auferlegt werden" ist hiernach mit Vorsicht aufzunehmen (vergl. auch Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 16 S. 291).

§ 419.

Im Falle der Lagerung vertretbarer Sachen ist der Lagerhalter zu ihrer Vermischung mit anderen Sachen von gleicher Art und Güte nur befugt, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist.

Der Lagerhalter erwirbt auch in diesem Falle nicht das Eigenthum des Gutes; aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesammtvorrathe kann er jedem Einlagerer den ihm gebührenden Antheil ausliefern, ohne daß er hierzu der Genehmigung der übrigen Betheiligten bedarf.

Ist das Gut in der Art hinterlegt, daß das Eigenthum auf den Lagerhalter übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph erörtert einige Sonderfragen betreffend die Lagerung vertretbarer Sachen.** Zunächst wird im Abs. 1 hervorgehoben, daß der Lagerhalter ohne ausdrückliche

Ermächtigung nicht berechtigt ist, die Sachen mit einander zu vermengen; im Abs. 2 wird hervorgehoben, daß er auch dann, wenn ihm dies ausdrücklich gestattet ist, nicht Eigenthümer des Gutes wird, und daß er, wenn er die Vermischung bewirkt hat, jedem Einlagerer einen Antheil am Gesammtvorrath ausliefern kann, ohne daß es der Genehmigung der übrigen Betheiligten bedarf.

Im dritten Absatz ist dann endlich gesagt, daß es überhaupt kein Lagergeschäft ist, wenn vereinbart ist, daß das Eigenthum auf ihn übergehen soll.

1. (Abs. 1). **Die Einlagerung vertretbarer Sachen ohne ausdrückliche Genehmigung der Vermischung.** Anm. 1. Durch die Einlagerung und die Aufbewahrung wird der Lagerhalter selbstverständlich nicht Eigenthümer der Sache. Er soll es nach unserem Abs. 1 auch dann nicht werden, wenn es sich um vertretbare Sachen handelt. Er hat also kein Recht, vertretbare Sachen mit einander zu vermischen. Vielmehr hat er die Verpflichtung, die ihm übergebenen Sachen auch wieder in natura zurückzugeben. Giebt er andere Sachen wieder, so wird der Empfänger nicht Eigenthümer, da ja die Absicht des Empfängers nicht auf Eigenthumserwerb durch Uebergabe gerichtet ist. Er will nicht Eigenthum *erwerben*, sondern er will sein Eigenthum zurückerhalten. Das Gleiche gilt, wenn Jemand durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder durch Indossament des Lagerscheins das Eigenthum von eingelieferten vertretbaren Sachen erwirbt und aus Verwechselung fremde Sachen erhält. Er wird Eigenthümer durch den Akt der Cession oder des Indossaments, und bei der Uebergabe will er nicht durch Uebergabe Eigenthum erwerben, sondern die sein Eigenthum gewordenen Sachen ausgeliefert erhalten.

Das Recht zu vermischen hat der Lagerhalter nur bei ausdrücklicher Ermächtigung. Anm. 2. Wird es ihm nur in konkludenter Weise ertheilt, so hat er das Recht nicht, und wenn er dann trotzdem vermischt und dadurch Schaden verursacht, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. Anm. 11 zu § 347) auf Schadensersatz. Unter den Betheiligten entsteht durch solche Vermischung Miteigenthum, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen vom Miteigenthum und der Gemeinschaft, und ohne das im Abs. 2 statuirte Recht des Lagerhalters, jedem Betheiligten einen Antheil auszuliefern.

Das Nähere über dieses Rechtsverhältniß siehe unten Anm. 3.

2. (Abs. 2). **Der Fall der Einlagerung vertretbarer Sachen mit Genehmigung der Vermischung.** Anm. 3. Die Genehmigung muß ausdrücklich geschehen (vergl. oben Anm. 2). Geschieht dies, so wird auch dadurch der Lagerhalter nicht Eigenthümer. Auch dadurch nicht, daß er die Vermischung thatsächlich bewirkt. Vielmehr werden durch solche Vermischung die mehreren Betheiligten Miteigenthümer und zwar nach dem Verhältnisse des Werthes, den die Sachen zur Zeit der Vermischung haben (§§ 947, 948 B.G.B.). Dieses Miteigenthum führt zu einer Gemeinschaft (§§ 741 flg. B.G.B.). Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Theilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744 B.G.B.). Während aber sonst bei bestehender Gemeinschaft die Theilhaber über den gemeinschaftlichen Gegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können und insbesondere bei einer Aufhebung der Gemeinschaft durch Theilung in natura die Mitwirkung sämmtlicher Theilhaber erforderlich ist (§§ 747 Abs. 2, 752 B.G.B.), wird in unserem Abs. 2 dem Lagerhalter das Recht eingeräumt, die Theilung in natura ohne Genehmigung der übrigen Betheiligten in der Weise zu vollziehen, daß er aus dem durch die Vermischung entstandenen Gesammtvorrath jedem Einlagerer seinen Theil ausliefert.

Liefert er hierbei einem Betheiligten zu wenig, dem anderen zu viel aus, so er- Anm. 4. wirbt der letztere gleichwohl Eigenthum an dem Mehr, wenn er gutgläubig ist (§§ 932 B.G.B., § 366 H.G.B.). Dem hiernach verkürzten Betheiligten bleibt nach § 850 B.G.B. der Anspruch an die übrigen Betheiligten auf eine Vergütung in Geld nach den Regeln von der ungerechtfertigten Bereicherung, selbstverständlich auch gegen den Lagerhalter auf Schadensersatz wegen Verletzung seiner Pflichten als Lagerhalter (Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 16 S. 295).

Anm. 5. Nach dem Wortlaut des Gesetzes „kann" der Lagerhalter diese Auslieferung von Antheilen bewirken. Allein es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz hiermit dem Lagerhalter nur das Recht und nicht auch die Pflicht ertheilt hat, die Theilung des Vorraths in dieser Weise vorzunehmen. Da er es thun kann, so muß er es auch. Denn dieses Verfahren allein entspricht dem Wesen und dem Sinne eines solchen Lagergeschäfts. Mit dem Dritten will der Einlagerer in diesem Falle nichts zu thun haben, sondern lediglich mit dem Lagerhalter, und man will, wenn man die Vermischung gestattet, ohne Weiteres einen Anspruch auf Herausgabe von Waaren der gleichen Menge und der gleichen Güte haben; um diesen Anspruch befriedigen zu können, hat unser Abs. 2 dem Lagerhalter das Recht zu solcher Theilung gegeben.

Anm. 6. Verluste und Beschädigungen, die nach der Vermischung eintreten, haben die Betheiligten gemeinsam zu tragen, soweit nicht der Lagerhalter nach §§ 417, 390 dafür einzustehen hat.

Anm. 7. Rechte Dritter erlöschen durch die Vermischung nicht. Vielmehr bestehen sie an den Theilen fort (§ 949 B.G.B.). Vergl. z. B. über das Pfandrecht an dem Antheile eines Miteigenthümers § 1258 B.G.B.).

Anm. 8. Es können auch neue dingliche Rechte an den Antheilen bestellt werden (§ 747 B.G.B.). Vergl. Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 16 S. 296.

Anm. 9. 3. (Abs. 3.) **Das Summenlagergeschäft.** Soll nach der Abrede der Lagerhalter Eigenthümer werden, so liegt kein eigentliches Lagergeschäft vor; schon nach § 700 B.G.B. finden in solchem Falle die Regeln über das Darlehn Anwendung, und auch beim handelsrechtlichen Lagergeschäft soll nichts Anderes gelten. Dies bestimmt unser § 419 Abs. 3. Nur Zeit und Ort der Rückgabe richten sich nach den Regeln vom Verwahrungsvertrage. Hinsichtlich der Zeit findet also der § 695 B.G.B. (Rückforderung durch den Einlagerer jederzeit) Anwendung, nicht etwa § 422 H.G.B. Denn nach § 419 Abs. 3 finden die Vorschriften dieses Abschnitts auf ein solches Geschäft keine Anwendung, also auch nicht soweit, als nach § 700 B.G.B. die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag Anwendung finden. Für den Ort der Rückgabe ist § 697 B.G.B. anzuwenden (Ort der Rückgabe = Ort der Hinterlegung). Ueber das Summenlagergeschäft bei Werthpapieren siehe den Exkurs zu § 424.

§ 420.

Der Lagerhalter hat Anspruch auf das bedungene oder ortsübliche Lagergeld sowie auf Erstattung der Auslagen für Fracht und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Von den hiernach dem Lagerhalter zukommenden Beträgen (Lagerkosten) sind die baaren Auslagen sofort zu erstatten. Die sonstigen Lagerkosten sind nach dem Ablaufe von je drei Monaten seit der Einlieferung oder, wenn das Gut in der Zwischenzeit zurückgenommen wird, bei der Rücknahme zu erstatten; wird das Gut theilweise zurückgenommen, so ist nur ein entsprechender Theil zu berichtigen, es sei denn, daß das auf dem Lager verbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters nicht ausreicht.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt den Anspruch des Lagerhalters auf seine Vergütungen.** Er hat Anspruch auf Lohn und Erstattung von Auslagen für Fracht und Zölle und sonstiger auf das Gut gemachten Aufwendungen, **alles dies zusammen nennt das Gesetz Lagerkosten.** Dieser zusammenfassende Begriff ist wichtig wegen der Fälligkeitsbestimmungen des Abs. 2 und wegen des Pfandrechts nach § 421.

I. **Welches sind die Lagerkosten?** Anm. 1.

1. **Der Anspruch auf das Lagergeld.** Dasselbe kann vereinbart sein. Wenn es nicht vereinbart ist, so hat der Lagerhalter Anspruch auf das ortsübliche Lagergeld. Wie aber, wenn solches nicht ortsüblich ist, d. h. wenn eine Ortsüblichkeit sich noch nicht herausgebildet hat, weil der Lagerhalter vielleicht das erste Lagergeschäft am Orte betreibt? Dann greift § 316 B.G.B. Platz, wonach der Lagerhalter den Preis selbst bestimmen kann, sich aber richterliche Ermäßigung gefallen lassen muß, wenn er den Preis willkürlich hoch bestimmt (vergl. Anm. 16 ffg. im Exkurse vor § 373).

Endigt die Einlagerung vor dem Ablauf der für sie bestimmten Zeit, so greift der Anm. 2.
§ 699 Abs. 2 B.G.B. Platz, wonach der Lagerhalter in diesem Falle einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der Vergütung verlangen kann. Dabei wird man aber, den Begriff des „den bisherigen Leistungen entsprechenden Theiles der Vergütung" richtig auslegen müssen. Es darf nicht immer das gesammte Lagergeld hiernach pro rata temporis vertheilt werden, vielmehr kann es sein, daß die Leistungen des Verwahrers in der abgelaufenen Zeit werthvoller waren, als sie in der noch ausstehenden Lagerzeit zu erwarten waren. Dagegen kann nicht in Betracht gezogen werden, daß der Lagerhalter für die gesammte bedungene Lagerzeit die Räume freigehalten und über sie nicht anderweit disponirt hat und nunmehr Gefahr läuft, die Räume für die übrige Kontraktszeit leer zu behalten. Das gehört nicht zu den bisherigen Leistungen.

2. **Zu den Lagerkosten gehört ferner der Anspruch auf Erstattung der Auslagen** für Fracht Anm. 3.
und Zölle und der sonst für das Gut gemachten Aufwendungen, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Dazu gehören insbesondere auch die Kosten der Versicherung und der zur Erhaltung des Gutes erforderlichen Arbeiten, soweit er diese Aufwendungen für erforderlich halten durfte (Denkschrift S. 251). Nicht gehören dazu die Ansprüche aus Vorschüssen und auf Ersatz von Schäden, die durch die Beschaffenheit der Waaren an anderen Gütern verursacht worden sind, so z. B. wenn das Getreide muffig geworden ist und die Nachbarlager verdorben hat (Denkschrift S. 252). Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Einlagerer solche Ansprüche nicht zu befriedigen braucht, sondern nur, daß sie nicht zu dem technischen Begriff der Lagerkosten gehören, sodaß auf sie der § 420 Abs. 2 und der § 421 keine Anwendung findet.

Von den Auslagen kann der Lagerhalter auch 5 % Zinsen verlangen (§ 354 Abs. 2, 352 Abs. 2).

II. **Die Fälligkeit der Lagerkosten.** Die baaren Auslagen sind sofort zu erstatten, die sonstigen Anm. 4.
Lagerkosten von drei zu drei Monaten seit der Einlieferung, jedenfalls aber bei der Zurücknahme. Wird das Gut theilweise zurückgezogen, so ist nur ein entsprechender Theil zu berichtigen. Reicht aber, was der Lagerhalter zu bemessen hat, das verbleibende Gut zur Sicherung des Lagerhalters nicht aus, so ist ein entsprechender Betrag zu bezahlen.

§ 421.

Der Lagerhalter hat wegen der Lagerkosten ein Pfandrecht an dem Gute, solange er es im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Der vorliegende Paragraph giebt dem Lagerhalter ein gesetzliches Pfandrecht an dem Gute.

1. **Wegen der Lagerkosten** besteht das Pfandrecht. Das sind die im Abs. 1 des vorigen Anm. 1.
Paragraphen erwähnten Ansprüche (vergl. Anm. 1—3 zu § 420). Er hat also das Pfandrecht nicht wegen Vorschüsse und Darlehn, die er auf das Gut gegeben hat, auch nicht wegen Forderungen aus laufender Rechnung.

2. **An dem Gute.** Das ist das eingelagerte Gut. Anm. 2.

3. **So lange er es im Besitz hat,** insbesondere mittels Konnossements, Ladescheins oder Lager- Anm. 3.
scheins darüber verfügen kann. Darüber siehe Anm. 7 zu § 410 u. Anm. 3 zu § 397.

Anm. 4. 4. **Muß es dem Einlagerer gehören?** An sich ja. Doch wird das mangelnde Eigenthum ersetzt durch den guten Glauben des Lagerhalters an das Eigenthum des Einlagerers und auch durch den guten Glauben an seine Verfügungsbefugniß (§ 366 Abs. 3 H.G.B.). Der letztere gute Glaube besteht hier darin, daß der Lagerhalter den Einlagerer für befugt hielt, die Waare in der geschehenen Weise einlagern zu lassen (vergl. Anm. 8 zu § 410). Der Einlagerer braucht kein Kaufmann zu sein, damit dieser Schutz des guten Glaubens eintritt (vergl. Anm. 60 zu § 366).

Anm. 5. 5. **Das Nähere über dieses Pfandrecht,** insbesondere auch seine Rechtswirkungen und seine Realisirung siehe 9—12 zu § 410.

Anm. 6. **Zusatz 1. Der Lagerhalter kann sich auch ein vertragsmäßiges Pfandrecht bestellen lassen** und dieses kann sich dann auch auf weitere Ansprüche als die Lagerkosten erstrecken. Aber er genießt dann den Schutz des guten Glaubens nur, wie auch sonst beim Erwerb vertragsmäßiger Pfandrechte. Insbesondere greift der erhöhte Schutz des guten Glaubens nach § 366 H.G.B. (wonach der gute Glaube an die Verfügungsbefugniß des Einlagerers genügt) hier nur dann Platz, wenn der Einlagerer Kaufmann ist, die Einlagerung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt und er nach Lage der Sache befugt erscheint, über die Waare zu verfügen, d. h. dingliche Rechte an ihr zu bestellen.

Anm. 7. **Zusatz 2. Der Lagerhalter hat unter den Voraussetzungen des § 369 auch das Zurückbehaltungsrecht.** Insbesondere wird dies wegen der Forderungen aus laufender Rechnung oder aus Vorschüssen aushelfen müssen, wegen deren ja das gesetzliche Pfandrecht nicht besteht (vergl. oben Anm. 1). Daß dieses dem Verfolgungsrecht des unbezahlten Absenders zu weichen hat, darüber siehe Anm. 90 im Exkurse zu § 382.

§ 422.

Der Lagerhalter kann nicht verlangen, daß der Einlagerer das Gut vor dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit und, falls eine solche nicht bedungen ist, daß er es vor dem Ablaufe von drei Monaten nach der Einlieferung zurücknehme. Ist eine Lagerzeit nicht bedungen oder behält der Lagerhalter nach dem Ablaufe der bedungenen Lagerzeit das Gut auf dem Lager, so kann er die Rücknahme nur nach vorgängiger Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monate verlangen.

Der Lagerhalter ist berechtigt, die Rücknahme des Gutes vor dem Ablaufe der Lagerzeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph legt dem Lagerhalter die Verpflichtung auf, das Gut die bedungene Zeit über lagern zu lassen und mangels einer bedungenen Zeit mindestens drei Monate.**

Anm. 1. 1. **Dem Lagerhalter** ist die Verpflichtung auferlegt. Auf den Einlagerer bezieht sich dies nicht. Ueber diesen siehe unten Anm. 4.

Anm. 2. 2. **Die Frist ist die vertragsmäßige und in Ermangelung einer solchen die dreimonatliche** und nur nach vorgängiger Kündigungsfrist von einem Monat. Die Kündigung ist dem ursprünglichen Einlagerer solange zuzustellen, als bis der Lagerhalter von einer Uebertragung der Rechte aus dem Lagergeschäft Kenntniß erhält (§ 407 B.G.B.). Das gilt auch beim. indossablen Lagerschein (Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 17 S. 90)

Anm. 3. 3. **Die sofortige Kündigung** steht dem Lagerhalter zu aus wichtigen Gründen. Ein solcher liegt besonders vor, wenn das Gut sich anderen Waaren als gefährlich erweist (Denkschrift S. 263). Ein weiterer Grund wird sein, daß die Waare gestohlenes Gut ist oder wenn der Lagerspeicher baufällig wird.

Anm. 5. **Zusatz. Auf den Einlagerer** bezieht sich die Vorschrift nicht. Dieser hat nach § 695 B.G.B. das Recht, das Gut jederzeit zurückzufordern, selbstverständlich nach Berichtigung derjenigen Verbindlichkeiten, wegen deren dem Lagerhalter ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an dem Gute zusteht (vergl. § 421)

§ 423.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Im Falle des gänzlichen Verlustes beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph ordnet eine Verjährung an für Ansprüche gegen den Lagerhalter wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes.**

Auf diese Verjährung finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Es kann daher auf unsere Erläuterungen zu § 414 verwiesen werden. Hinzuzufügen ist nur zur Deutlichkeit und zur Ergänzung Folgendes:

Anm. 2. a) Auch hier bezieht sich die Verjährung nur auf die Ansprüche gegen den Lagerhalter und nur auf bestimmte Ansprüche gegen ihn. Auf die Ansprüche des Lagerhalters findet eine andere Verjährung Anwendung, nämlich von zwei bezw. vier Jahren nach § 196 Nr. 1 u. Abs. 2 B.G.B.

Anm. 3. b) Im Falle des gänzlichen Verlustes beginnt die Verjährung mit dem Ablauf des Tages, an welchem der Lagerhalter dem Einlagerer Anzeige von dem Verluste macht. Der Tag, an welchem die Auslieferung hätte erfolgen sollen, kann hier nicht, wie im § 414, als Beginn der Verjährung statuirt werden, weil es an einem solchen fixen Tage fehlt, indem der Einlagerer ja das Gut jederzeit zurückverlangen kann. Bemerkt mag übrigens hier werden, daß der Lagerhalter nach Treu und Glauben zu solcher Anzeige verpflichtet erscheint (Denkschrift S. 254).

§ 424.

Ist von dem Lagerhalter ein Lagerschein ausgestellt, der durch Indossament übertragen werden kann, so hat, wenn das Gut von dem Lagerhalter übernommen ist, die Uebergabe des Lagerscheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.

Der vorliegende Paragraph regelt die dinglichen Wirkungen des Lagerscheins.

Anm. 1. Hierzu ist zu bemerken, **daß nur die Uebergabe des indossablen und indossirten Lagerscheins die hier angeordnete dingliche Wirkung hat, und daß indossable Lagerscheine nur hierzu staatlich ermächtigte Anstalten ausstellen können.**

Wegen der ersteren siehe Anm. 31 zu § 363, wegen der letzteren § 363 Abs. 2.

Das Nähere über diese Transportwirkung des indossablen Lagerscheins, welcher eines der mehreren, im H.G.B. vorkommenden Dispositionspapiere ist, siehe Anm. 31 flg. zu § 363, Anm. 10 zu § 365 und Anm. 41 zu § 366. Weiteres über die persönlichen und die dinglichen Wirkungen der Dispositionspapiere und insbesondere des indossablen Lagerscheins siehe zu § 365 (besonders Anm. 10 daselbst), über die Verpfändung der Dispositionspapiere und durch Dispositionspapiere zu § 368, über das Zurückbehaltungsrecht an Dispositionspapieren und an Gütern mittels der Dispositionspapiere siehe zu § 369.

Anm. 2. Früher Gesagtes hier zu wiederholen, erscheint überflüssig. Zu bemerken ist nur, daß der gutgläubige Erwerber eines indossablen und indossirten Lagerscheins das Eigenthum des Gutes erwirbt und zwar lastenfrei, also auch ohne das gesetzliche Pfandrecht des Lagerhalters und ohne das etwaige, diesem zustehende Zurückbehaltungsrecht wegen rückständiger Lagerkosten (vergl. Anm. 10 zu § 365). Es kann Cosack S. 519 nicht zugestimmt werden, wenn er meint, der Vorbehalt des Pfandrechts sei selbstverständlich. Will der Lagerhalter trotz Ausstellung eines indossablen Lagerscheins dessen sicher sein, daß er nur gegen Zahlung seiner Lagerkosten an den

legitimirten Erwerber des Lagerscheins die eingelagerten Waaren herauszugeben braucht, so muß er im Lagerschein einen bezüglichen Vermerk machen. Nur auf diese Weise ist das Recht des gutgläubigen Erwerbers des indossirten indossablen Lagerscheins beschränkt durch die Zahlung der darauf ruhenden Lagerspesen, wie dies Cosack S. 519 zugiebt. Damit aber ist allerdings auch sein Pfandrecht gesichert. Denn dann ist der Erwerber nicht mehr gutgläubig hinsichtlich dieses Pfandrechts. Sollte Cosack nur dies gemeint haben und nicht darüber hinaus, daß das Pfandrecht auch dann fortbesteht, wenn bezüglich der darauf ruhenden Lagerspesen im Lagerschein nichts vermerkt ist, dann stimmen wir mit Cosack überein. (Uebereinstimmend auch Burchard in Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 17 S. 84.)

Anm. 4. **Zusatz 1. Außer den indossablen Lagerscheinen giebt es auch noch Namens- oder Rektalagerscheine,** und es fragt sich, ob es auch Inhaberlagerscheine giebt.

1. **Namens- oder Rektalagerscheine.** Diese haben nichts Besonderes. Denjenigen Lagerhaltern, welche indossable Lagerscheine nicht ausgeben dürfen, bleibt nichts übrig, als Rektalagerscheine auszugeben. Denn Inhaberlagerscheine dürfen sie nicht ausgeben (siehe unten Anm. 5). Die Uebertragung der Rektalagerscheine hat die dinglichen Wirkungen nicht. Die Cession des Lagerscheins bedeutet nur die Cession des Anspruchs auf Herausgabe. Indessen kann man auch durch solche Abtretung das Eigenthum am Gute übertragen und das Pfandrecht an ihm bestellen, nur daß der gutgläubige Erwerb nicht die gleiche intensive Wirkung hat, wie der gutgläubige Erwerb eines indossablen und indossirten Lagerscheins (vergl. Anm. 33 zu § 363).

Anm. 5. 2. **Inhaberlagerscheine** können nach neuem Recht jedenfalls nicht ausgestellt werden. Bedarf es schon zur Ausstellung eines indossablen Lagerscheins einer staatlichen Ermächtigung, um wie viel mehr ist die Ausstellung von Inhaberlagerscheinen verpönt? Anderer Ansicht Burchard in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 16 S. 362.

Anm. 6. Es erübrigt sich daher eigentlich die Frage, ob durch Uebertragung eines Inhaberlagerscheins die dingliche Wirkung des § 424 erzeugt wird. Allein diese vom R.O.H. 25 S. 351 für das ältere Recht bejahte Frage, der sich Burchard a. a. O. für das heutige Recht anschließt, muß unserer Ansicht nach für das heutige Recht verneint werden, wenn man schon die Zulässigkeit von Inhaberlagerscheinen unterstellen will. Denn die Anknüpfung der dinglichen Wirkungen an die Uebertragung eines Papiers ist eine exceptionelle Rechtsgestaltung. Indem das Gesetz sie an die Uebertragung der indossablen und indossirten Lagerscheine knüpft, bestimmt es die äußerste Grenze, bis zu welcher es diese leichte Uebertragbarkeit der Waare, diese ganz exceptionelle enge Verknüpfung der Schicksale der Waare mit dem Schicksale der Papiere zulassen will. Darüber hinaus kann sie nicht zugelassen werden.

Anm. 7. Dagegen wird über das Gut sehr häufig ein sogenanntes hinkendes Inhaberpapier ausgestellt, sodaß der Lagerhalter zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, das Gut jedem, der ihm die Bescheinigung bringt, ohne Prüfung der Legitimation auszuhändigen. Dies ist zulässig (Cosack S. 520).

Anm. 8. **Zusatz 2. Der Lagerpfandschein.** Dieser wird im H.G.B. stillschweigend übergangen. Dagegen ist er in Elsaß-Lothringen und in Bremen gesetzlich geregelt und dort aufrecht erhalten. Auch für die Zukunft ist seine gesetzliche Regelung den Einzelstaaten freigegeben (Art. 15 und 16 E.G. zum H.G.B.). Er dient lediglich der Verpfändung des Lagergutes, während der Lagerschein der Uebereignung des Lagergutes dient (Zweischeinsystem). Nach dem H.G.B. ist ein neben dem Lagerschein ausgestellter Lagerpfandschein nicht geeignet, ein Pfandrecht zu begründen (Denkschrift S. 248).

Exkurs zu § 424.

Das Bankverwahrungsgeschäft.

Einleitung. **Wir beschäftigen uns nur mit demjenigen Verwahrungsgeschäft, welches überhaupt nur Besonderheiten bietet, nämlich dem offenen Depot.** Das verschlossene Depot ist einfach nach den Regeln des B.G.B. (§§ 688 ffg.) zu beurtheilen, soweit nicht allgemeine handelsrechtliche

Regeln eingreifen z. B. § 354 (Anspruch auf Lagergeld). Das verschlossene Depot in Stahlkammern (Tresors; Safes) ist, wie Cosack S. 512 zutreffend annimmt, ein Verwahrungsvertrag mit besonderen Nebenbedingungen, nicht Miethe der Stahlkammer. Denn der Bankier muß das Fach dem Hinterleger nicht bloß zur Verfügung stellen, sondern auch überwachen; wird das Fach durch einen Unfall zerstört, so muß er das Depot zu retten suchen und anderweit verwahren (vergl. darüber Willutzki in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 294, welcher eine Kombination von Miethe- und Verwahrungsvertrag, u. Hancke ebenda S. 389, welcher gleich uns einen besonders gearteten Verwahrungsvertrag annimmt).

Auf das offene Depot bezieht sich insbesondere das Reichsgesetz vom 5. Juli 1896, Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere, das sogenannte Bankdepotgesetz.

1. **Zu unterscheiden sind drei Arten von Depots: Das Sonderdepot, das Sammeldepot, und das Summendepot.** Beim ersteren muß der Verwahrer die einzelnen Stücke gesondert aufbewahren; beim Sammeldepot darf er die von verschiedenen Hinterlegern eingelieferten Stücke, soweit sie der nämlichen Gattung angehören, miteinander vermischen und braucht die sämmtlichen Stücke nur als gesondertes Ganze aufzubewahren; beim Summendepot wird er Eigenthümer der Stücke, muß aber dem Hinterleger gleichwerthige Stücke zur Verfügung halten. Anm. 1.

   Das verschlossene Depot ist stets Sonderdepot, ebenso das offene Depot von unvertretbaren Werthpapieren z. B. Wechseln, Konnossementen, Lagerscheinen. Dagegen ist bei vertretbaren Werthpapieren (Aktien, Zinsscheinen, Obligationen ꝛc.) ein Depot jeder der drei Arten möglich. Anm. 2

2. **Bei vertretbaren Werthpapieren haben es die Parteien in der Hand, zu vereinbaren, welche der drei Depotarten vorliegen soll.** Doch bestimmt das Gesetz in dieser Hinsicht: Anm. 3.

   a) **In jedem Falle muß die Erklärung, daß es nicht Sonderdepot sein soll, ausdrücklich erfolgen** (§ 700 Abs. 2 B.G.B.). Konkludente Handlungen genügen also nicht. Auch im Handelsrecht gilt nichts anderes, da das Handelsrecht keine freiere Formvorschrift hat, als das bürgerliche Recht.

   b) **Hat das Depot andere vertretbare Werthpapiere als Papiergeld und Banknoten zum Gegenstande und ist der Verwahrer Vollkaufmann,** so genügt selbst die ausdrückliche Erklärung nicht, vielmehr wird außerdem gefordert, daß der Hinterleger die Erklärung schriftlich und speziell mit Bezug auf das einzelne Verwahrungsgeschäft abgiebt. Doch fällt dieses Erforderniß weg, wenn der Hinterleger ein Bankier oder Geldwechsler ist (§ 2 Abs. 1 des Bankdepotgesetzes). Anm. 4.

3. **Die Eigenthumsfrage.** Beim Sonderdepot bleibt der Verwahrer Eigenthümer. Beim Sammeldepot werden alle gleichartigen Papiere mit dem Augenblicke der Ueberlieferung an den Verwahrer Miteigenthum der betreffenden Hinterleger. Der Verwahrer wird natürlich nicht Eigenthümer (vergl. R.G. 21 S. 34; Cosack S. 510). Ueber seinen Antheil kann daher jeder verfügen, ihn übereignen oder verpfänden, über jedes einzelne Stück natürlich nicht (§ 743 B.G.B.). Vergl. jedoch unten Anm. 12. Beim Summendepot geht das Eigenthum auf den Verwahrer über. Das Summendepot richtet sich überhaupt nach den Regeln des Darlehns, nur auf Zeit und Ort der Rückgabe finden die Regeln vom Verwahrungsvertrage Anwendung (§ 700 B.G.B.). Anm. 5

   Hiernach richtet sich auch die rechtliche Stellung des Hinterlegers im Konkurse des Verwahrers: Der Sonderdepotgläubiger hat ein Aussonderungsrecht, die Sammeldepotgläubiger haben ein gemeinsames Aussonderungsrecht (Cosack S. 510), der Summendepotgläubiger hat lediglich ein persönliches Forderungsrecht. Die ersteren beiden Aussonderungsrechte fallen aber fort, wenn die Depots nicht mehr in der Masse sind; alsdann bestehen nur noch gewöhnliche Konkursforderungen, jedoch in den geeigneten Fällen verstärkt durch das im § 46 K.O. statuirte Recht auf die Gegenleistung. Anm. 6.

4. **Die Pflichten des Verwahrers gegenüber dem Aufbewahrer.** Anm. 7.

   a) Hinsichtlich der Verwahrung. Beim Sonderdepot muß er die Stücke des einzelnen Hinterlegers getrennt aufbewahren. Ist er Vollkaufmann und handelt es sich

um vertretbare Werthpapiere, außer Papiergeld und Banknoten, so muß er nach § 1 des Bankdepotgesetzes die hinterlegten Papiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung des Hinterlegers getrennt aufbewahren und außerdem ein Handelsbuch führen, in welches die Papiere des Hinterlegers nach Gattung, Nennwerth und Unterscheidungsmerkmalen einzutragen sind. Ueber dieses Handelsbuch siehe Anm. 8 zu § 38. Durch die Strafvorschrift des § 10 des Bankdepotgesetzes ist diese Pflicht der Vollkaufleute noch besonders geschützt.

Anm. 8. Beim Sammeldepot hat der Verwahrer nur die Verpflichtung, das Gesammtgut getrennt aufzubewahren. Die verschärften Pflichten, die das Bankdepotgesetz für das Sondergut auferlegt, bestehen hier nicht, obwohl es nahe gelegen hätte, sie auch hierauf auszudehnen.

Anm. 9. Beim Summendepot ist von der Verpflichtung des Verwahrers, die bestimmten Stücke getrennt aufzubewahren, überhaupt keine Rede (§ 2 Abs. 2 des Bankdepotgesetzes).

Anm. 10. b) Hinsichtlich der Verfügung. Beim Sonderdepot darf der Verwahrer über die hinterlegten Papiere nur insoweit verfügen, als dies den Anweisungen des Hinterlegers entspricht. Insbesondere darf er also die Papiere weder in seinem eigenen Interesse, noch im Interesse eines Dritten veräußern, außer auf Grund besonderen Rechtstitels (man denke z. B. an die Veräußerung auf Grund eines an den Papieren bestehenden Pfandrechts). Mit Bewilligung des Hinterlegers kann der Verwahrer natürlich über die Gegenstände auch zu seinem Nutzen verfügen.

Anm. 11. Diese Bewilligung ist aber, wenn der Deponent nicht gewerbsmäßig Bankier- oder Geldwechsler-Geschäfte betreibt, nur giltig, wenn sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich ertheilt wird. Gleichgiltig ist hierbei, ob der Deponent Kaufmann ist oder nicht. Mit Recht bemerkt jedoch Cosack S. 511, daß dabei nur an Fälle zu denken ist, in welchen der Verwahrer zur Verfügung in eigenem Interesse allgemein, d. h. in unbestimmter Weise ermächtigt werden soll. Handelt es sich dagegen um eine bestimmte konkrete Verfügung, z. B. eine einzelne Verpfändung, so kann der Hinterleger seine Zustimmung auch mündlich geben.

Anm. 12. Beim Sammeldepot gilt ebenfalls der Grundsatz, daß der Verwahrer über die Stücke in seinem Interesse grundsätzlich nicht verfügen kann. Es fehlt aber die Vorschrift, daß die Ermächtigung zur Verfügung von einem Nichtbankier ausdrücklich und speziell ertheilt werden muß. Hervorzuheben ist, daß der Verwahrer die Anweisung jedes einzelnen Hinterlegers nur insoweit beachten darf, als dessen Antheil am Gesammtgut reicht (Cosack S. 511). Eine zulässige Verfügung liegt z. B. vor, wenn ein Hinterleger sein Depot kündigt und den Verwahrer nunmehr anweist, Stücke gleicher Art und Menge, wie die von ihm hinterlegten, ihm oder einem Dritten auszufolgen. Der § 419 Abs. 2 ist hier analog anwendbar, weil er dem Wesen der Sache und den Intentionen der Parteien entspricht (Cosack S. 512).

Beim Summendepot hat der Verwahrer über die hinterlegte Sache das freie Verfügungsrecht.

Anm. 13. c) Haftung für Verschulden. Bei der unentgeltlichen Verwahrung haftet der Verwahrer nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, bei der entgeltlichen für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 H.G.B.; § 690 B.G.B.). In dieser Weise haftet er auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 B.G.B.). Er kann aber die Haftung ausschließen, nur nicht die Haftung für eigenen dolus, wohl aber für den dolus seiner Gehilfen (§§ 276, 278 B.G.B.). Beim Summendepot haftet er sogar für Zufall (§ 279 B.G.B.).

Anm. 14. 5. **Die Rechte des Verwahrers.** Er hat Anspruch auf Ersatz derjenigen Aufwendungen, die er für erforderlich halten darf (§ 693 B.G.B.) und auf Provision gemäß § 354 H.G.B. Dabei ist aber zu beachten, daß nach § 354 solche Leistungen nicht provisionspflichtig sind, welche ohne Entgelt zu geschehen pflegen. Gerade bei der Verwahrung von Werthpapieren aber kommt es häufig vor, daß die Bankiers ihren Geschäftskunden gegenüber auf jede Verwahrungsprovision verzichten, und es ist wohl nicht zu weit gegangen, wenn

man im Bankdepotverkehr von der Unentgeltlichkeit der Verwahrung präsumtiv ausgeht.

6. **Hat der Verwahrer ein gesetzliches Pfandrecht?** In seiner Eigenschaft als Verwahrer nicht. Aber ein (z. B. in den Geschäftsbedingungen) generell bestelltes Pfandrecht wird häufig die verwahrten Sachen ergreifen. Anm. 15.

7. **Die Zeit der Verwahrung.** Der Hinterleger kann die verwahrten Sachen jederzeit zurückverlangen, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist. Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Verwahrung nicht bestimmt ist, die Rücknahme der Sachen jederzeit verlangen; wenn eine Zeit bestimmt ist, so fällt dieses Recht weg, und nur wenn ein wichtiger Grund vorliegt, kann er die sofortige Zurücknahme verlangen (§§ 695, 696 B.G.B.). Anm. 16.

   Auf das Summendepot bezieht sich das ebenfalls (§ 700 B.G.B.).

8. **Der Ort der Rückgabe** ist der Ort, an welchem die Sache aufzubewahren war. Der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen (§ 697 B.G.B.). Das bezieht sich auch auf das Summendepot (§ 700 B.G.B.). Hiernach richtet sich auch der Gerichtsstand der Erfüllung. Anm. 17.

Sechster Abschnitt.

Frachtgeschäft.

§ 425.

Frachtführer ist, wer es gewerbsmäßig übernimmt, die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen.

Der vorliegende Paragraph giebt die Definition des Frachtführers. An anderer Stelle ist bestimmt, daß der Frachtführer Kaufmann ist (§ 1 Nr. 5) und zwar Kaufmann kraft Gewerbes, auch ohne hinzukommende Eintragung. Wenn der Umfang seines Gewerbes als der des Kleingewerbes aufzufassen ist, so daß er als gewöhnlicher Schiffer oder Fuhrmann zu bezeichnen ist, ist er Minderkaufmann (§ 4), aber er bleibt Frachtführer im Sinne des vorliegenden Abschnitts. Einleitung.

Die einzelnen Bestandtheile der Definition.

1. **Um die Beförderung** von Gütern muß es sich handeln. Der Frachtvertrag ist derjenige Vertrag, durch welchen die Beförderung von Gütern übernommen wird. Anm. 1.

   a) Gegenstand des Vertrages ist die Beförderung als Produkt der Thätigkeit, der Erfolg der Beförderung, nicht die Thätigkeit der Beförderung. Es liegt daher Werkvertrag vor, nicht Dienstvertrag. Dies wurde nach früherem Recht angenommen (R.O.H. 20 S. 340; R.G. 15 S. 76; 25 S. 112), und es liegt keine Veranlassung vor, nach neuem Recht etwas Anderes anzunehmen. Insbesondere liegt ein solcher Anlaß nicht im § 429. Denn dort ist der Frachtführer nur befreit von der Haftung für den durch Verlust des Gutes entstandenen Schaden, wenn er denselben nicht verschuldet hat; seine Vergütung aber erhält er nicht, wenn das Gut untergeht. Insoweit trägt er die Gefahr, sodaß die §§ 631 und 644 B.G.B. Anwendung finden (vergl. auch Cosack S. 422). Das jederzeitige Rücktrittsrecht für den Absender ist nunmehr auf Grund des § 649 B.G.B. gegeben. Aber der Frachtführer kann, wenn der Besteller den Vertrag kündigt, die vereinbarte Vergütung verlangen, jedoch unter Abrechnung der ersparten Aufwendungen und des anderweiten Erwerbs.

   b) Auf welche Weise der Transport ausgeführt wird, ist gleichgiltig. Es kann das ebensowohl mit Transportmitteln (Schiffen, Fuhren, Lastthieren, Karren, Maschinen, Anm. 2.

Wasserlauf) oder auch ohne Transportmittel geschehen, sei es, daß die Ortsveränderung durch die menschliche Körperkraft erfolgt (Dienstmänner, Packträger, Fußboten) oder daß die Selbstbewegung des Guts, so bei lebenden Thieren, geleitet wird (Viehtreiber). Freilich besteht darüber Streit, ob auch der Transport ohne Transportmittel unter den vorliegenden Paragraphen fällt, und insbesondere wird dies von Goldschmidt (Handelsrecht § 54) und Cosack (S. 421) hauptsächlich deshalb geleugnet, weil der Sprachgebrauch Dienstmänner, Packträger, Fußboten und Viehtreiber nicht als Frachtführer ansieht und insbesondere nicht als Kaufleute. Allein mit Recht wendet Hahn (§ 1 zu Art. 390) hiergegen ein, daß das Gesetz hier, wie bei der Definition des Kaufmanns in § 1, einen eigenen Begriff aufgestellt hat, ohne Rücksicht darauf, ob sich dieser Begriff mit der Anschauung des Lebens und dem Sprachgebrauch deckt. (Vergl. R.G. 20 S. 49; Förtsch Anm. 1 und 10 zu Art. 390). Der Wortlaut des Gesetzes gestattet diese Einschränkung jedenfalls nicht, und so steht denn auch die herrschende Meinung auf dem hier vertretenen Standpunkte. (Hinsichtlich der Viehtreiber R.O.H. 13 S. 133; überhaupt außer Hahn: Puchelt Anm. 4 zu Art. 390; Gareis-Fuchsberger S. 816 Anm. 3; Schott bei Endemann III S. 290; ebenso R.G. 6 S. 100) — Ueber den Transport auf Schiffen und Flüssen siehe unten Anm. 6.

Anm. 3. c) Zur Beförderung gehört nur eine Veränderung von Ort zu Ort, nicht nothwendig von Ortschaft zu Ortschaft. Auch der Transport im Lokalverkehr ist getroffen (R.O.H. 12 S. 197; R.G. 20 S. 51). Deshalb gehört auch der Transport zum Zweck des Umzuges dazu, selbst wenn der Umzug nur von Etage zu Etage oder gar bloß von Stube zu Stube bewirkt wird.

Anm. 4. d) Zur Beförderung gehört, daß das Gut dem Uebernehmer übergeben wird. Stellt derselbe bloß die Transportmittel oder seine Leute, damit der andere Kontrahent dadurch in die Lage versetzt wird, den Transport zu bewirken, so liegt kein Frachtvertrag, sondern Miethe vor (R.O.H. 13 S. 135). Daher ist der Schleppvertrag nicht Frachtvertrag (R.O.H. 23 S. 320; R.G. 10 S. 166), es sei denn, daß das zu schleppende Fahrzeug dem Schleppschiffer zum Transport übergeben ist und während des Transports im Gewahrsam des Schleppschiffers bleibt (R.G. 6 S. 99). Die Klausel „frei Dampf" bedeutet, daß der Absender für die Zugkraft zu sorgen hat, ändert aber nichts an der Natur des Vertrages als Transportvertrages (Bolze 14 Nr. 406 c).

Anm. 5. 2. **Güter** müssen transportirt werden. Menschen sind ausgeschlossen (über das Personentransportgeschäft vergl. unsere Erläuterung zu § 472). Es müssen Sachen sein. Doch müssen die Güter nicht gerade Handelsgut darstellen, also sind auch gebrauchte Möbel, Kanonen u. s. w. Transportgüter im Sinne der Vorschrift (Str.Arch. 73 S. 362; R.G. 20 S. 49). Auch braucht es überhaupt nicht ein Gut zu sein, welches Vermögenswerth hat, sondern jeder bewegliche Gegenstand, der transportabel ist, ist ein Gut im Sinne der Vorschrift (R.G. 20 S. 49; Schott bei Endemann III S. 291). Deshalb gehören zu den Gütern auch Thiere, auch Leichen (O.L.G. Hamburg in G.Z. 36 S. 271; vergl. § 42 der Verkehrsordnung; Förtsch Anm. 5 zu Art. 390); ferner Geld in Packeten (R.O.H. 12 S. 315), auch Briefe, weil bei diesen die Mittheilung an ein körperliches Substrat geknüpft ist, welches ein geeigneter Gegenstand des Transports ist (R.G. 20 S. 49).[1]) Doch ist die Reichspost dem Handelsrecht entzogen (§ 452) und die Beförderung geschlossener Briefe und offener Drucksachen mit Aufschrift ist jetzt auch innerhalb des Orts durch das Reichs gesetz vom 25. Dezember 1899 Art. 3 seit dem 1. April 1900 den Privatunternehmern verboten. Den

[1]) Da das Reichsgericht in dieser Entscheidung selbst das Erforderniß des Verknüpftseins an ein körperliches Substrat aufstellt, so hätte es dabei nicht auf den Inseratenspediteur exemplificiren dürfen. Dieser ist nur im uneigentlichen Sinne Spediteur oder „Güter"versendungsübernehmer, da die Annonce, welche der Zeitung übermittelt werden soll, gerade nicht an das körperliche Substrat geknüpft ist (vergl. Anm. 1 im Exkurse zu § 415).

Privatpostanstalten bleibt frei die Beförderung von Drucksachen ohne Aufschrift, also auch Listen, auch hier liegt Güterbeförderung vor. Es geht dagegen zu weit, wenn Gareis-Fuchsberger (S. 818 Anm. 1) das Telegramm und die durch das Telephon gerufene Mittheilung als ein Gut bezeichnet, welches an den Destinatär befördert wird, und wenn er demgemäß die Geschäfte der Telegraphen- und Telephonanstalten als Frachtgeschäfte bezeichnet. Richtiger Ansicht nach sind solche Mittheilungen nicht als Güter zu bezeichnen, weil sie an ein körperliches Substrat nicht geknüpft und daher nicht als transportabel im körperlichen Sinne zu betrachten sind. Vielmehr fallen die Geschäfte der Telegraphenanstalten unter den Begriff des Werkvertrags (Uebermittelung der Nachricht durch den elektrischen Funken; vergl. Cosack S. 505; Förtsch Anm. 5 zu Art. 390), die der Telephonanstalten unter den Begriff der locatio conductio operarum et rei (die Postverwaltung stellt die technische Leitung zur Benutzung und die Dienste ihrer Beamten zum Zwecke der Verbindung zur Verfügung; vergl. Schott bei Endemann III S. 590 u. 613).

3. **Zu Lande oder auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern.** Was den Transport auf Flüssen und Binnengewässern anlangt, so findet auf denselben seit dem 1. Januar 1896 das H.G.B. nur noch insoweit uneingeschränkte Anwendung, als es sich um den Transport auf Flößen handelt, nicht auch dann, wenn es sich um den Transport auf Schiffen handelt. Das an dem gedachten Tage in Kraft getretene Flößereigesetz vom 15. Juni 1895 hat nämlich keine besonderen Vorschriften über den Frachtvertrag erlassen, wohl aber das Binnenschifffahrtsgesetz vom gleichen Datum bezw. nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 30. Mai 1898 (§§ 26 ff.). Seit Emanation dieses letzteren Gesetzes fällt die Betrachtung des Frachtvertrages mittels Schiffen auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern nicht mehr in den Bereich eines Kommentars zum H.G.B. Die in den vorigen Auflagen behandelte Frage, welche seerechtlichen Vorschriften für den Binnenschifffahrtsverkehr gelten, ist seitdem gegenstandslos geworden, da das Binnenschifffahrtsgesetz erschöpfende Sondervorschriften für den Binnenverkehr giebt. Anm. 6.

4. **Gewerbsmäßig.** Wer einen einzelnen Frachtvertrag schließt, auf den finden die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen keine Anwendung, es sei denn, daß es ein Kaufmann ist, der den Transport übernimmt (§ 451). Ueber den Begriff der Gewerbsmäßigkeit vergl. Anm. 13 ffg. zu § 1. Hervorzuheben ist hier, daß Personen, die ein anderes Gewerbe betreiben, oft auch Gütertransporte nebenher, zur Unterstützung ihres eigentlichen Gewerbes ausführen, so z. B. die Hotelbesitzer, welche das Gepäck ihrer Gäste durch besondere Hotelwagen von der Bahn abholen lassen, oder Personentransportanstalten, welche auch das Reisegepäck der Passagiere zum Transport übernehmen. Solche Gewerbetreibende werden durch derartige Verträge nicht Frachtführer, weil dieselben nur zur Unterstützung ihres Gewerbes dienen, die betreffenden Frachtverträge sind jedoch dann, wenn die Gewerbetreibenden aus sonstigen Gründen Kaufleute sind, gemäß § 451 nach den Vorschriften des vorliegenden Abschnitts zu beurtheilen, also z. B. die Frachtverträge der Personentransporteure dann, wenn sie unter den Begriff Transportanstalten fallen (Schott bei Endemann III S. 293; Hahn § 9 zu Art. 390). Anm. 7.

Liegt Gewerbsmäßigkeit des Betriebes vor, so braucht das einzelne Geschäft nicht entgeltlich zu sein (vergl. Anm. 14 zu § 1), dann ist auch der Staat Frachtführer. Vergl. hierüber Anm. 10 zu § 36. Auch auf den Umfang des Gewerbebetriebes kommt es nicht an. Der gewöhnliche Frachtfuhrmann und Frachtschiffer, der Gepäckträger, Dienstmann, Ewerführer fällt ebenso gut unter die Definition des § 425, wie die große Transportanstalt, Eisenbahn, Postdampfschifffahrtsgesellschaft. Anm. 8.

5. **Uebernimmt.** Hier war im früheren Art. 390 der Ton auf die Ausführung der übernommenen Verpflichtung gelegt, nicht, wie bei der Spedition, auf die Uebernahme der Verpflichtung. Jetzt ist auch hier, wie bei der Spedition und Kommission, der Ton auf die Uebernahme gelegt. Es ist aber, wenn auch im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, so doch selbstverständlich, daß es sich um die Ausführung solcher Transporte handelt, welche Anm. 9.

von Anderen[1]) übertragen werden. Puchelt (Anm. 5 zu Art. 390) giebt diesem Gedanken dahin Ausdruck, daß er sagt: es fehle in der Definition der Begriff fremde Güter. In dieser Weise ist der Gedanke aber nur deshalb nicht einwandsfrei ausgedrückt, weil es sich um die Eigenthumsfrage dabei nicht handelt.[2]) In Folge des hier hervorgehobenen selbstverständlichen Erfordernisses ist nicht Frachtführer der Fabrikant, der innerhalb seines Gewerbebetriebes für sich selbst die Waaren von einem Etablissement zum anderen transportirt, oder der Hausirer, der seine Waare mittelst Fuhre von Ortschaft zu Ortschaft transportirt, auch nicht der Inhaber eines Müllabfuhrgeschäfts, weil diesem nicht der Transport von Gütern übertragen wird, sondern Gegenstand des Geschäfts die Befreiung von dem Müll als lästigem Unrath ist. (Auch als Käufer des Mülls kann der Inhaber des Fuhrgeschäfts nicht betrachtet werden, denn der Müll wird ihm als werthloser Gegenstand überlassen.) Der Inhaber eines Müllabfuhrgeschäfts ist daher nicht Kaufmann, kann es allerdings nach § 2 werden.

Anm. 10. Liegt aber der Begriff der Uebernahme und Ausführung eines Transports vor, so kommt es nicht darauf an, ob der Transport mittelst eigener oder gemietheter Transportmittel oder auch in der Weise ausgeführt wird, daß der Uebernehmer seinerseits mit Dritten Frachtverträge schließt (R.G. 25 S. 112). Es kann daher Jemand Frachtführer sein, der keinen einzigen Frachtwagen besitzt. Es genügt, daß er die Frachtverträge mit dem Dritten für eigene Rechnung (nicht für Rechnung des Absenders) schließt (Hahn § 11 zu Art. 390; R.O.H. 20 S. 341). In Folge dessen hat das R.O.H. die inzwischen eingegangene Norddeutsche Packetbeförderungsgesellschaft als Frachtführerin angesehen, obwohl sie die ihr zur Beförderung übergebenen Packete durch die Eisenbahn befördern ließ (R.O.H. 9 S. 89); aus gleichem Grunde wäre die Post hinsichtlich der Packetbeförderung als Frachtführerin anzusehen, obwohl sie die Packete mit der Eisenbahn befördert (Puchelt Anm. 12 zu Art. 390), sie ist jedoch durch § 452 dem Handelsrecht entrückt.

Anm. 11. Zur Ausführung des Transports gehört die Ablieferung an den Adressaten. Diese Verpflichtung des Frachtführers versteht sich daher von selbst (Bolze 19 Nr. 511).

§ 426.

Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefs verlangen.

Der Frachtbrief soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen dessen, an welchen das Gut abgeliefert werden soll (des Empfängers);
4. den Ort der Ablieferung;
5. Die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
6. die Bezeichnung der für eine zoll- oder steueramtliche Behandlung oder polizeiliche Prüfung nöthigen Begleitpapiere;

---

[1]) Dieser Andere ist der Absender, während der Versender derjenige ist, für dessen Rechnung der Absender, vorausgesetzt, daß er überhaupt für fremde Rechnung den Frachtvertrag abschließt, dies thut, also der Kommittent des Spediteurs, wogegen der Spediteur nur Absender ist. Auch der Empfänger kann der Absender sein, wie er auch der Versender sein kann.

[2]) Noch weniger kommt es darauf an, ob die Güter dem Absender oder einem Dritten gehören. Selbst wenn der Absender im Frachtvertrage von „seinen Gütern" spricht, ist er dadurch nicht gehindert, den Frachtvertrag auszunützen durch Aufgabe fremder Güter zum Transport (Bolze 2 Nr. 969).

7. die Bestimmung über die Fracht sowie im Falle ihrer Vorausbezahlung einen Vermerk über die Vorausbezahlung;
8. die besonderen Vereinbarungen, welche die Betheiligten über andere Punkte, namentlich über die Zeit, innerhalb welcher die Beförderung bewirkt werden soll, über die Entschädigung wegen verspäteter Ablieferung und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen, getroffen haben;
9. die Unterschrift des Absenders; eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Unterschrift ist genügend.

Der Absender haftet dem Frachtführer für die Richtigkeit und die Vollständigkeit der in den Frachtbrief aufgenommenen Angaben.

Einleitung.

Der vorliegende Paragraph behandelt **das Recht auf Ausstellung eines Frachtbriefes** (Abs 1) und **die Gestalt des Frachtbriefes** (Abs. 2), ferner die Vorschrift, daß der Absender dem Frachtführer für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Frachtbriefes haftet (Abs. 3).

Vorher ist jedoch die rechtliche Bedeutung des Frachtbriefes zu erörtern.

Anm. 1.

1. **Die rechtliche Bedeutung des Frachtbriefes.** Hierüber sagte der frühere Art. 391: Der Frachtbrief dient als Beweis über den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender. Diese Vorschrift ist im neuen H.G.B. nur deshalb weggelassen, weil sich dies von selbst ergiebt und im Gesetze nicht ausgesprochen zu werden braucht (Denkschrift S. 255). Richtig ist dies also auch jetzt. Doch macht Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte) S. 485 mit Recht darauf aufmerksam, daß der Frachtbrief in einzelnen Beziehungen mehr ist als Beweisurkunde, nämlich die Grundlage der gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Betheiligten (vergl. z. B. § 436). Aber im Allgemeinen muß daran festgehalten werden, daß es keine Dispositivurkunde, sondern bloße Beweisurkunde ist. Im Einzelnen gilt hierüber Folgendes:

a) **Er dient als Beweis.** Darin liegt zweierlei:

Anm. 2.

α) Er ist nur ein Beweismittel. Er bedeutet nicht etwa die Form, von deren Einhaltung die Giltigkeit des Frachtvertrages abhängt. Der Frachtvertrag folgt vielmehr der Formfreiheit des B.G.B. (R.O.H. 12 S. 198). Ueber die Form des Eisenbahnfrachtvertrages siehe zu § 453.

Anm. 3.

β) Er liefert Beweis, wie jede Privaturkunde, d. h. zunächst vollen Beweis, jedoch mit Zulässigkeit des Gegenbeweises[1]) (Bolze 9 Nr. 365). Der Gegenbeweis ist insbesondere nach folgenden Richtungen gestattet: bezüglich der Quantität und der Stückzahl (R.O.H. 7 S. 216; R.G. vom 8. Januar 1883 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 2 S. 436); bezüglich der Frachtberechnung (R.O.H. 9 S. 71; 21 S. 181; 23 S. 304; R.G. vom 6. Mai 1881 und vom 8. Januar 1883 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 2 S. 35 und 436). Auch gegen den nach Maßgabe des § 54 der Verk.-Ordn. unterstempelten Frachtbrief ist der Gegenbeweis zulässig (R.O.H. 9 S. 439; 17 S. 120). Die in § 54 Nr. 4 der Verk.-Ordn. enthaltene Beschränkung der Beweiskraft des unterstempelten Frachtbriefes ist giltig, berührt aber nur die Beweispflicht, nicht das Recht des Richters, nach freier Ueberzeugung die vorgebrachten Umstände und Beweise zu würdigen (Puchelt Anm. 7 zu Art 391). Auch sonst kann die Beweiskraft durch Vereinbarung, insbesondere durch Vermerke im Frachtbriefe beseitigt oder eingeschränkt werden; so z. B. wenn der

[1]) Eine Werthdeklaration hat keine Beweiskraft für den Werth, sondern nur die Bedeutung einer einseitigen, den Frachtführer nicht unbedingt verpflichtenden Erklärung des Absenders, sie ersetzt für den Fall der Klage auf Verlustersatz nicht den Beweis des Werthes, sondern setzt nur den Höchstbetrag der zu gewährenden Entschädigung fest. Die Angabe des Inhalts ist ebenfalls kein Beweis für denselben, da es sich dabei um einseitige Angaben des Absenders handelt, die der Frachtführer nicht kontroliren kann (vergl. hierüber Anm. 28 zu § 429).

Frachtführer den Vermerk macht: wegen Andrangs nicht gewogen (R.O.H. 8 S. 196). Weiter ist zu bemerken, daß dem Absender der Gegenbeweis gegen den Frachtbrief insoweit verschränkt ist, als Abs. 3 unseres Paragraphen reicht: die dort angeordnete Haftung wird durch den Gegenbeweis der Unrichtigkeit der Angabe naturgemäß nicht beseitigt, es muß umgekehrt der Absender dem Frachtführer für die Richtigkeit der Angaben haften.

Anm. 4. γ) Er ist nicht etwa das einzig zulässige Beweismittel für den Frachtvertrag und seine Bedingungen, wie schon daraus erhellt, daß bei zahlreichen Frachtverträgen nach der Verkehrssitte Frachtbriefe überhaupt nicht ausgestellt werden, so im Postverkehr bei Briefen und Drucksachen, bei Dienstmännern, bei Möbeltransportanstalten. Auch wenn ein Frachtbrief ausgestellt ist, ist der Beweis nicht verschränkt, daß daneben noch andere Vereinbarungen getroffen sind (Schott bei Endemann III S. 310). Soweit freilich der Frachtbrief die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen anderen Personen ist, als zwischen Absender und

Anm. 5. Frachtführer (vergl. § 436), ist dieser Gegenbeweis versagt.

δ) Gegen wen beweist er? Für und gegen beide Kontrahenten (vergl. Anm. 7). Nicht bloß gegen den Aussteller, sondern auch gegen den Frachtführer (R.O.H. 11 S. 209; R.G. v. 5. Dezember 1879 und 18. Dezember 1869 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 1 S. 38 und 334). Das folgt aus dem Rechtsgrunde der Beweiskraft, der sich aus dem Folgenden ergiebt. Ueber die Beweiskraft gegenüber anderen Interessenten siehe Anm. 4 u. 7.

Anm. 6. ζ) Die Beweiskraft beruht auf der Aushändigung und Annahme des Frachtbriefes und beginnt daher mit der Thätigung dieser Akte. Das folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Hahn § 1 zu Art. 391). Nachträgliche einseitige Veränderungen des Frachtbriefes, z. B. hinsichtlich der Haftbarkeit des Frachtführers, haben keine Wirkung (R.O.H. 11 S. 209).

Anm. 7. b) **Ueber den Vertrag zwischen dem Frachtführer und dem Absender** dient der Frachtbrief als Beweis, und es wird allgemein angenommen, daß der Frachtbrief die gleiche Beweiskraft hat für und gegen alle Betheiligten, welche in den Frachtvertrag eintreten (Goldschmidt Handb. S. 739; Eger 1 S. 51). Insbesondere ist angenommen, daß der Empfänger sich durch Annahme des Frachtguts und des Frachtbriefes dem Frachtvertrage nach Maßgabe desselben unterwirft (R.O.H. 21 S. 181), gegebenen Falls auch zur Erlegung der durch unrichtige Deklaration des Absenders im Frachtbriefe verwirkten Konventionalstrafe verpflichtet ist (R.O.H. 21 S. 185), auch wenn er keine Kenntniß von der falschen Deklaration hatte (R.G. vom 8. Januar 1883 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 2 S. 436).

Anm. 8. 2. (Abs. 2.) **Der Frachtführer kann die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen.** Das gesetzliche Recht auf Ausstellung eines Frachtbriefes besteht auch dann, wenn die Ausstellung nicht üblich ist (Hahn § 5 zu Art. 391). Doch cessirt dies gesetzliche Recht, wenn ein Handelsgebrauch dahin zu konstatiren ist, daß der Frachtführer die Ausstellung eines Frachtbriefes nicht verlangen darf (§§ 157, 142 B.G.B.; § 346 H.G.B.). Ein solcher Handelsgebrauch dürfte im Verkehr mit den Möbeltransportanstalten und mit den Dienstmännern zu konstatiren sein. Ueblich ist er wohl nur im Eisenbahnverkehr (vergl. § 51 V.O.) und im Packetverkehr mit der Post, wo die Begleitadresse den Frachtbrief darstellt. Auch im Packetverkehr mit der Berliner Packetfahrtgesellschaft stellt der Absender eine solche Begleitadresse aus.

Anm. 9. Im Uebrigen wollte diese Vorschrift nicht bestimmen, daß nur der Frachtführer die Ausstellung, nicht auch, daß der Absender die Annahme des Frachtbriefes verlangen kann. (Hahn § 4 zu Art. 391; Eger 1 S. 56). Nach § 54 Nr. 5 und 7 V.O. kann der Absender von der Eisenbahn ein eine Bescheinigung über den Empfang des Gutes enthaltendes Frachtbriefduplikat oder unter Umständen einen Annahmeschein verlangen. Im internationalen Frachtverkehr ist die Ertheilung des Duplikats sogar obligatorisch, es wird also auch ohne Verlangen ertheilt (Art. 8 des Berner Vertrages).

3. (Abs. 2.) **Die Gestalt des Frachtbriefes.** Der Frachtbrief soll nach Abs. 2 unseres Paragraphen die hier aufgezählten 9 Erfordernisse haben. Anm. 10.

a) Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift. Wenn der Frachtführer kraft Rechtssatzes das Recht hat, die Ausstellung eines Frachtbriefes zu verlangen, so kann er die Ausstellung eines Frachtbriefes verlangen, der den hier aufgezählten Erfordernissen entspricht, und umgekehrt befreit sich der Ausstellungsverpflichtete durch Ausstellung eines so beschaffenen Frachtbriefes. Es ist aber nicht gemeint, daß nur eine mit allen diesen Erfordernissen ausgestattete Urkunde überall dort, wo das Gesetz von einem Frachtbriefe spricht, als Frachtbrief zu betrachten ist, während eine das eine oder das andere Erforderniß entbehrende Urkunde eine derart mangelhafte Urkunde wäre, daß ihr keine Beweiskraft zukäme und daß sie nicht die Rechtsfolgen der §§ 432 Abs. 2, 433, 435, 436 erzeugte. Vielmehr ist es Sache richterlichen Ermessens, wie weit trotz Fehlens eines Erfordernisses eine derartige Urkunde als Frachtbrief anzusehen ist oder nicht, insbesondere wie weit ihr Beweiskraft zukommt. Dagegen muß eine diesem Paragraphen entsprechende Urkunde überall als vollständiger Frachtbrief angesehen werden (Hahn § 1 zu Art. 392). Die Aufnahme weiterer Erklärungen ist jedoch nicht unzulässig. So hat die Eisenbahnverkehrsordnung im § 51 umfassendere Angaben vorgeschrieben, aber andererseits im § 51 Abs. 2 die Aufnahme weiterer Erklärungen als die von ihr vorgeschriebenen als unzulässig erklärt. Gleichwohl ist auch diese letztere Vorschrift nicht dahin zu verstehen, daß der Frachtbrief durch Aufnahme weiterer Erklärungen jeder rechtlichen Bedeutung entbehrte, sondern nur dahin, daß die Eisenbahn auf Grund eines solchen Frachtbriefes die Beförderung ablehnen bezw., wenn er aus Versehen angenommen wurde, die Ausstellung eines neuen vorschriftsmäßigen Frachtbriefes verlangen kann.

b) Zu den einzelnen Erfordernissen ist zu bemerken.

Zu Nr. 3 und 4: Die Bestimmung des Adressaten und des Ortes der Ablieferung kann auch vorbehalten werden (Hahn §§ 3 und 4 zu Art. 392). Doch kann der Frachtbrief niemals wirklich an Order gestellt werden und noch weniger auf den Inhaber (Hahn § 3 zu Art. 392). — Unter dem Ort der Ablieferung ist der Bestimmungsort zu verstehen, auch wenn es daselbst zu einer Ablieferung nicht kommt, wie bei bahnlagernden Sendungen (Puchelt Anm. 8 zu Art. 392). — Als Adressaten kann der Absender sich selbst bezeichnen. Anm. 11.

Zu Nr. 5. Unrichtige Angaben über die Beschaffenheit und Quantität verpflichten den Absender zum Ersatze des daraus dem Frachtführer erwachsenen Schadens (vergl. Abs. 3 und dazu unten Anm. 15 flg., ferner § 83 V.O.), sowie zur Erlegung der festgesetzten Konventionalstrafe, können auch gegebenen Falls die Strafe des Betruges nach sich ziehen (R.G. vom 2. Juni 1880 und 11. Februar 1887 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 1 S. 199; 5 S. 249). — Das Merkzeichen, gewöhnlich signum genannt, muß in dem Frachtbrief und auf dem Gut enthalten sein (Eger 1 S. 86). Anm. 12.

Zu Nr. 6. Die Vorschrift ist neu. Anm. 13.

Zu Nr. 7. Hier ist neu die Vorschrift über den Vermerk betreffend die Vorausbezahlung der Fracht.

Zu Nr. 8. Hier ist neu die Vorschrift über die Angabe der Vereinbarungen betreffend die auf dem Gute haftende Nachnahme.

Zu Nr. 9. Diese Vorschrift ist neu. Es genügt also nicht, wie früher, daß der Frachtbrief den Absender bezeichnet, sondern er muß jedenfalls die Unterschrift des Absenders enthalten. Auch diese Vorschrift ist nicht als wesentlich zu betrachten in dem Sinne, als ob kein Frachtbrief vorläge, wenn die Unterschrift des Absenders fehlte (vergl. oben Anm. 10). Insbesondere greift der § 125 B.G.B. (ein Rechtsgeschäft, das der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig) nicht Platz. Denn in diesem Sinne ist die Form nicht vorgeschrieben, der Frachtbrief ist nicht die Formvoraussetzung für den Frachtvertrag (vergl. oben Anm. 2). Wohl aber muß § 126 B.G.B. Anm. 14.

analog angewendet werden, d. h. die Unterschrift muß in derjenigen Weise erfolgen, wie gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Erklärungen zu unterschreiben sind (vergl. daher Anm. 34 ffg. zu § 350, insbesondere auch darüber, ob die Unterschrift durch Vertreter geleistet werden kann). Jedoch ist hier gestattet, daß die Unterschrift im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellt wird, sie braucht also nicht nothwendig geschrieben zu sein. Dagegen genügt nicht Unterstempelung, vielmehr ist Facsimilirung gemeint (dies gegen Cosack S. 427). Ein Frachtbrief, der diesen Erfordernissen nicht genügt, ist kein Frachtbrief, wie ihn die Partei verlangen kann. Die Parteien können sich natürlich auch mit dem bloßen Stempel begnügen und beim Eisenbahnfrachtbrief kann nach § 51 Nr. 1 m der Eisenbahnverkehrsordnung die Unterschrift auch gedruckt und gestempelt sein.

Anm. 15. 4. (Abs. 3). **Haftung des Absenders für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Frachtbriefangaben.** Diese Vorschrift ist neu. Sie bedeutet nicht etwa, daß die Angaben im Frachtbrief unbedingt für den Inhalt im Frachtvertrag maßgebend sind; vielmehr ist, wie bereits oben Anm. 3 dargethan, der Gegenbeweis der Unrichtigkeit und Unvollständigkeit der Angaben gestattet. Auch dem Absender ist dieser Gegenbeweis nicht verschränkt. Wenn z. B. der Frachtführer die zum Versandt gebrachten Quantitäten falsch bezeichnet (etwa 1000 Pfund Zucker, statt 100 Pfund Zucker), so folgt daraus keineswegs, daß der Absender die Fracht für 1000 Pfund Zucker zu bezahlen hat. Vielmehr ist ihm der Gegenbeweis, daß der Frachtbrief die Quantität unrichtig bezeichnet, wohl verstattet. Der Absender haftet jedoch, und das ist es, was unser Paragraph besagt, dem Frachtführer für alle schädlichen Folgen, welche dadurch entstehen, daß der Frachtführer der Angabe im Frachtbrief vertraut hat, so z. B. wenn er mit Rücksicht auf die größere Quantität einen größeren Platz in seinem Fahrzeuge freigelassen und dadurch Schaden erlitten hat.

Anm. 16. Die Haftung ist von einem Verschulden des Absenders nicht abhängig. Die Angabe im Frachtbrief enthält hiernach eine Art Garantie der Richtigkeit. Dagegen ist es selbstverständlich, daß die Schadensersatzpflicht beseitigt oder beschränkt werden kann durch konkurrirendes Versehen des Frachtführers (§ 254 B.G.B; vergl. Litthauer Anm. e).

Anm. 17. Die Haftung kann durch Abrede der Parteien auch eingeschränkt werden. Insbesondere kann sie auf den Fall schuldhaften Verhaltens beschränkt werden. Sie kann auch ganz beseitigt werden. Nur von den Folgen des eigenen Vorsatzes kann man sich im Voraus durch Abrede nicht befreien (§§ 276, 278 B.G.B.).

§ 427.

Der Absender ist verpflichtet, dem Frachtführer die Begleitpapiere zu übergeben, welche zur Erfüllung der Zoll-, Steuer- oder Polizeivorschriften vor der Ablieferung an den Empfänger erforderlich sind. Er haftet dem Frachtführer, sofern nicht diesem ein Verschulden zur Last fällt, für alle Folgen, die aus dem Mangel, der Unzulänglichkeit oder der Unrichtigkeit der Papiere entstehen.

Anm. 1. 1. Der erste Satz ist eine Folge der Stellung des Absenders zum Frachtführer überhaupt. Der Frachtführer hat den Transport auszuführen, für die Transportbereitschaft des Gutes hat der Absender zu sorgen und dazu gehört auch die Uebergabe der erforderlichen Begleitpapiere. Hervorgehoben waren früher nur die zoll- und steueramtlichen Begleitpapiere, jetzt sind auch diejenigen Papiere hervorgehoben, die zur Erfüllung von Polizeivorschriften erforderlich sind, so z. B. beim Transport von Giften, Explosivstoffen, Vieh, Leichen u. s. w.

Anm. 2. 2. Der zweite Satz, auf welchem der Schwerpunkt des Paragraphen ruht, enthält die Vorschrift, daß der Absender die Gefahr trägt für die Unrichtigkeit und Unzulässigkeit der Begleitpapiere, wenn nicht etwa den Frachtführer ein Verschulden trifft. Die Vorschrift ist eine Ausdehnung des im § 426 Abs. 3 ausgesprochenen Grundprinzips.

a) Der Absender trägt die Gefahr, auch ohne daß ein Verschulden seinerseits vorläge (R.O.H. 24 S. 213). Ebensowenig kann er sich damit entschuldigen, daß seine Leute, für die er sonst nicht verantwortlich ist, die Schuld trifft (Str.Arch. 67 S. 143). Anm. 3.

b) Er muß dem Frachtführer den Schaden ersetzen, der diesem erwächst. Strafen, zu denen der Frachtführer verurtheilt ist, muß er diesem bezahlen, auch wenn der Frachtführer sie noch nicht bezahlt hat, da er nicht in Vorschuß zu gehen braucht (R.O.H. 13 S. 6.) Außerdem muß er den ihm selbst erwachsenen Schaden ebenfalls tragen (z. B. Konfiskation seiner Waare). Anm. 4.

c) Nur dann wird die Vorschrift modifizirt, wenn den Frachtführer ein Verschulden trifft. Der Frachtführer bedeutet nur den Gegensatz zum Absender, während seine Haftung für andere Personen hier wie sonst besteht, besonders auch die Haftung für seine Leute nach § 278 B.G.B. und § 431 H.G.B. (vergl. Förtsch Anm. 1 zu Art. 393). Ein Verschulden wird regelmäßig darin liegen, daß er den Absender nicht darüber belehrt hat, daß Begleitpapiere erforderlich oder die überreichten nicht ausreichen, da der Frachtführer den Verhältnissen näher steht oder stehen sollte, als der Absender, und für verpflichtet erachtet werden muß, nach dieser Richtung eine sorgfältige Prüfung vorzunehmen (Hahn § 2 zu Art. 393). Trifft den Frachtführer allein das Verschulden, so muß er seinen eigenen Schaden tragen und dem Absender den diesem erwachsenen Schaden ersetzen. Trifft beide Theile ein Verschulden, so greifen die allgemeinen Grundsätze über konkurrirende culpa Platz (§ 254 B.G.B.). Hier sollte nur verordnet werden, daß die abstrakte Verpflichtung des Absenders zur alleinigen Tragung der Gefahr cessirt, wenn den Frachtführer ein Verschulden trifft. Anm. 5.

Sowohl der Absender als der Frachtführer können ihre Haftung durch Vereinbarung ausschließen oder mildern; nur die Haftung für eigenen Vorsatz kann im Voraus durch Abrede nicht ausgeschlossen werden (vergl. Anm. 17 zu § 426). Der § 59 der Verk.Ordn. und des öst. Betr.Regl. lehnt eine Verantwortlichkeit für Verschuldung der Eisenbahnen nicht ab, nur daß dieselbe von der Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Begleitpapiere befreit werden. Anm. 6.

Zusatz. Die Vorschrift des zweiten Satzes ist singulärer Natur und darf über den Thatbestand, für den sie geschaffen ist, nicht ausgedehnt werden. Sie bezieht sich daher nicht auf den Frachtführer, der auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes das Frachtgut mit den vom Absender übergebenen Begleitpapieren zur Weiterbeförderung übergiebt, da er nicht als Absender, sondern als Frachtführer thätig ist (R.O.H. 24 S. 214). Die Vorschrift bezieht sich ferner nicht auf den Fall der Nichtübergabe oder unvollständigen oder ungehörigen Uebergabe sonst erforderlicher Begleitpapiere (vergl. Anm. 1) und endlich nicht auf den Fall, daß ein Schade durch Beschaffenheit des Guts entsteht. Anm. 7.

In letzterem Falle haftet, wenn dem Frachtführer ein Schade erwächst, der Absender nur nach allgemeinen Grundsätzen, also wenn ihn ein Verschulden trifft, z. B. wegen äußerlich nicht erkennbarer ungehöriger Verpackung, wegen Verheimlichung besonderer Gefährlichkeit oder wegen Verletzung der Vertragsabreden, Reglements u. s. w. (R.G. 15 S. 151; 20 S. 78). Auch unverschuldet unrichtige Angaben im Frachtbriefe genügen zur Entstehung der Schadensersatzpflicht (§ 426 Abs. 3). Anm. 8.

Selbstverständlich bezieht sich der Paragraph nicht auf das Verhältniß des Absenders zum Empfänger (R.G. vom 23. November 1894 in J.W. S. 16). Anm. 9.

§ 428.

Ist über die Zeit, binnen welcher der Frachtführer die Beförderung bewirken soll, nichts bedungen, so bestimmt sich die Frist, innerhalb deren er die Reise anzutreten und zu vollenden hat, nach dem Ortsgebrauche. Besteht ein

Ortsgebrauch nicht, so ist die Beförderung binnen einer den Umständen nach angemessenen Frist zu bewirken.

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so kann der Absender von dem Vertrage zurücktreten; er hat jedoch den Frachtführer, wenn diesem kein Verschulden zur Last fällt, für die Vorbereitung der Reise, die Wiederausladung und den zurückgelegten Theil der Reise zu entschädigen. Ueber die Höhe der Entschädigung entscheidet der Ortsgebrauch; besteht ein Ortsgebrauch nicht, so ist eine den Umständen nach angemessene Entschädigung zu gewähren.

Einleitung. Der Paragraph beschäftigt sich mit zwei verschiedenen Fragen: mit einer Frage betreffend den Antritt und die Vollendung der Reise (Abs. 1) und mit einer Frage betreffend den Eintritt eines Reisehindernisses (Abs. 2).

Anm. 1. 1. (Abs. 1). Eine Frage betreffend den Antritt und die Vollendung der Reise. Es ist der Fall vorausgesetzt, daß eine Transportfrist nicht bedungen ist, weder ausdrücklich noch stillschweigend. Ist sie bedungen, dann kommt es auf den Zeitpunkt des Antritts der Reise nicht an, weil es sich dann bloß um die rechtzeitige Ablieferung handelt. Ist aber eine Transportfrist nicht bedungen, so hat der Absender ein rechtliches Interesse daran, daß der Frachtführer die Reise antritt. Es hat dies dann in ortsgebräuchlicher, eventuell angemessener Frist zu erfolgen. Was den Ortsgebrauch betrifft, so ist derjenige des Abgangsorts maßgebend. Als solcher gilt derjenige Ort, von welchem aus der Transport bewirkt wird. Regelmäßig ist dies der Aufgabeort, es kann aber sein, daß im gegebenen Falle schon die „Zureise" des Frachtführers in den Bereich des Frachtverkehrs fällt, was meist aus der Frachtberechnung zu erkennen sein wird (Hahn § 1 zu Art. 394). Welche Frist angemessen ist, entscheidet der Richter in Streitfällen, sei es, daß nach beendeter Reise hierüber Streitigkeiten entstehen, oder daß der Absender den sich weigernden Frachtführer zum Antritt der Reise zwingen will. Letzteres ist ihm nach der C.P.O. nicht verwehrt, obwohl bei den Berathungen des H.G.B. eine diesbezügliche Vorschrift abgelehnt wurde. Es steht dem Absender der Weg der einstweiligen Verfügung und der ordentlichen Klage offen und zwar nicht bloß die Feststellungsklage, sondern auch die Leistungsklage.

Anm. 2. Von der Verpflichtung, die Reise fortzusetzen und zu vollenden, gilt das Gleiche: auch die Fortsetzung und Vollendung muß mit angemessener Frist, ohne Umwege und ohne unnöthige Verzögerungen geschehen.

Anm. 3. 2. (Abs. 2). Die Frage über den Eintritt eines Reisehindernisses. Vorausgesetzt ist der Fall, daß die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden zeitweilig verhindert wird. Die Wirkung ist Rücktrittsrecht des Absenders mit Pflicht zur Theilentschädigung.

a) **Die Voraussetzungen.**

α) Erste Voraussetzung ist, daß das Hinderniß nicht auf einem Verschulden des Absenders beruht. Dazu gehören insbesondere Naturereignisse und sonstige Unfälle, ferner auch ein vom Frachtführer verschuldetes Hinderniß. Wenn aber z. B. die Umstände in dem Zustand der Güter liegen, so hat der Absender das Hinderniß zu vertreten und das Rücktrittsrecht des vorliegenden Paragraphen ist nicht gegeben.

Anm. 4. β) Die zweite Voraussetzung ist zeitweilige Verhinderung. Dazu gehören nicht einerseits ganz geringfügige Verzögerungen, andererseits solche Hindernisse, welche nach Lage der Sache die konkreten Zwecke der Reise völlig vereiteln würden, und daher als dauernde Hindernisse zu betrachten sind (R.O.H. 4 S. 174; Bolze 17 Nr. 430). Maßgebend für die Beurtheilung, die nur von Fall zu Fall geschehen kann, ist die Dauer der beabsichtigten Reise, das Interesse des Absenders an schleuniger Ankunft, der Grad der Möglichkeit eines Verlustes oder der Un-

ausführbarkeit des Transports überhaupt bei längerem Verweilen, z. B. bei drohendem Eisgang u. s. w. (R.O.H. 3 S. 135). Ueber das dauernde Hinderniß siehe unten Anm. 7.

γ) Nicht vorausgesetzt ist das Erforderniß des Abs. 1, daß keine Lieferfrist Anm. 5.
bedungen ist. Vielmehr ist das Reisehinderniß auch in diesem Falle gemeint (Förtsch Anm. 8 zu Art. 394).

b) **Die Wirkung ist:**

α) Der Absender kann zurücktreten, ohne die Aufhebung des Hindernisses abwarten zu müssen. Der Absender, nicht der Frachtführer. Der Letztere muß vielmehr, wenn der Absender beim Vertrage beharren will, die nachtheilige Folge der zeitweiligen Behinderung tragen, z. B. den entbehrten Verdienst, die Mehrkosten u. s. w. (Str.Arch. 54 S. 77). Er braucht die Beseitigung des Hindernisses nicht abzuwarten. Daraus folgt: er kann während der ganzen Dauer des Hindernisses (nicht etwa bloß sofort), aber auch nur während der Dauer des Hindernisses zurücktreten, nicht mehr nach Aufhebung desselben (Str.Arch. 54 S. 79).

β) Er hat aber dem Frachtführer die Entschädigungen zu gewähren, Anm. 6.
die hier aufgezählt sind. Dazu gehört insbesondere die Fracht für die zurückgelegte Strecke (sogenannte Distanzfracht (R.O.H. 3 S. 136).

Die Entschädigungspflicht cessirt, wenn den Frachtführer ein Verschulden trifft. In diesem Falle hat der Frachtführer noch den Absender zu entschädigen.

Zusatz 1. Für das Eisenbahnfrachtrecht ist die Materie im § 65 V.O. geregelt.

Zusatz 2. Andere Fälle der Behinderung, also insbesondere die dauernden Hindernisse, Anm. 7.
sind hier nicht getroffen. Hier entscheidet, wie die Denkschrift S. 256 zutreffend bemerkt, das bürgerliche Recht, und zwar die §§ 323 flg., 645 B.G.B. Demzufolge kann, fährt die Denkschrift S. 257 fort, wenn die Weiterbeförderung des Gutes durch Zufall dauernd verhindert wird, der Frachtführer in der Regel keine Distanzfracht verlangen. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz, sofern nach den Umständen des Falles die Ausführung eines Theils der Reise als eine theilweise Erfüllung im Sinne des § 323 B.G.B. angesehen werden kann oder sofern die Unmöglichkeit der Beförderung durch die Beschaffenheit des Gutes veranlaßt ist.

Noch weniger sind im vorliegenden Paragraphen andere Rücktrittsrechte getroffen, die Anm. 8.
nicht auf Reisebehinderungen beruhen, so z. B. der Fall, daß der Absender aus Willkür zurücktritt. Er kann dies zwar, muß aber den Vertrag seinerseits erfüllen (§ 649 B.G.B.; Förtsch Anm. 7 zu Art 394).

§ 429.

Der Frachtführer haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung oder durch Versäumung der Lieferzeit entsteht, es sei denn, daß der Verlust, die Beschädigung oder die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm diese Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

Der vorliegende Paragraph regelt die Voraussetzungen der Haftung des Frachtführers. Anm. 1.
Der Umfang seiner Haftung ist im § 430 dargelegt.

1. **Wem haftet der Frachtführer?** Zunächst dem Absender (R.G. 1 S. 1). Nicht ohne Weiteres dem Käufer der Waare, wenn der Verkäufer der Absender ist; nicht ohne Weiteres dem Kommittenten, wenn der Kommissionär der Absender ist. Dagegen kann der Ver-

käufer den dem Käufer oder Kommittenten erwachsenen Schaden geltend machen (vergl. hierüber Anm. 54 im Exkurse zu § 382 und Anm. 20 zu § 383).

Anm. 2. Der Eigenthümer als solcher kann nur auf Grund einer Cession des Berechtigten klagen (Bolze 10 Nr. 441). Doch kann unter Umständen eine Klage aus unerlaubter Handlung gegen den Frachtführer vorliegen, insbesondere bei vorsätzlichem Handeln.

Anm. 3. Außerdem aber haftet der Frachtführer demjenigen, der in den Frachtvertrag eingetreten ist, also z. B. dem Käufer, wenn und sobald dies der Fall ist (§ 435 H.G.B.; R.G. 1 S. 1).

Anm. 4. 2. **Welches sind die Fälle der Haftung?** Es sind drei Fälle: Verlust des Gutes in der Zeit von seiner Annahme bis zu seiner Ablieferung, Beschädigung des Gutes während dieser Zeit, Versäumung der Lieferzeit. Die drei Fälle wurden im früheren Handelsrecht verschieden behandelt. Für die ersten beiden hatte der frühere Art. 395 eine äußerst strenge Haftungsvoraussetzung, für die letzte im Art. 397 die milde Haftungsvoraussetzung des vorliegenden Paragraphen normirt. Jetzt sind die Fälle gleich und zwar in dem milderen Sinne behandelt.

Anm. 5. a) **Verlust des Gutes oder Beschädigung desselben.** Wann Verlust und wann Beschädigung vorliegt, darüber siehe Anm. 3 u. 4 zu § 414. Verloren ist das Gut dann, wenn es untergegangen oder spurlos verschwunden ist oder wenn der Frachtführer außer Lage ist, es in naher und absehbarer Zeit herauszugeben z. B. infolge einer polizeilichen Beschlagnahme (R.O.H. 4 S. 14). Der § 79 V.O. bestimmt für das Eisenbahnfrachtrecht, daß der Absender das Gut ohne weiteren Nachweis als verloren betrachten kann, wenn sich die Ablieferung um mehr als 30 Tage verzögert.

Anm. 6. Als Beschädigung ist ein Schaden durch Sinken des Tauschwerths nicht aufzufassen; doch kann dieser auf Grund anderer Rechtsgründe (schuldhafte Verzögerung der Lieferung ꝛc. unten Anm. 10) geltend gemacht werden (Gareis-Fuchsberger S. 826 Note 29; Förtsch Anm. 10 zu Art. 395).

Anm. 7. In der Zwischenzeit zwischen Empfangnahme und Ablieferung muß der Schaden entstanden sein. Der Absender muß also, wenn dies streitig ist, beweisen, daß er das Gut unversehrt dem Frachtführer übergeben hat, und daß das Gut entweder überhaupt nicht oder beschädigt abgeliefert ist (vergl. unten Anm. 11 ffg.). Ein Unfall, der vor Beginn der Fahrt, aber nach Ablassung des Guts sich ereignet, fällt in die hier vorgesehene Haftungszeit (R.O.G. 9 S. 302), desgleichen ein Unfall, der während der Unterbrechung der Fahrt, auch wenn diese mit dem Absender besprochen war, sich ereignete (Bolze 9 Nr. 370). Unter Ablieferung versteht man denjenigen Akt, durch welchen der Frachtführer die zum Zwecke der Beförderung erhaltene Gewahrsam nach Beendigung des Transports mit Zustimmung des Empfängers wieder aufgiebt (R.O.H. 2 S. 253; 14 S. 294; O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 237; vergl. Anm. 16 zu § 377, wo der Begriff der Ablieferung gleichfalls erörtert ist). Die Benachrichtigung des Empfängers von der Ankunft des Frachtgutes, die Aufforderung an denselben, das Frachtgut abzuholen, die Auslieferung des Frachtbriefes genügen nicht (R.O.H. 14 S. 294). Wohl aber genügt Uebergabe an den bahnseitig bestellten Rollfuhrherrn, wenn die Eisenbahn nicht verpflichtet ist, die Abrollung in das Haus selbst zu bewirken und nach Lage der Sache für ermächtigt gilt, den Rollfuhrherrn zu wählen (R.O.H. 8 S. 24).

Anm. 8. Vor der Ablieferung ist der Schaden entstanden, wenn er sich ereignete, als das Gut unterwegs der Zoll- oder Steuerbehörde übergeben war; nach der Ablieferung ist der Schaden entstanden, wenn er sich ereignete, als das Gut nach der Ankunft am Bestimmungsorte der Zoll- oder Steuerbehörde übergeben war und der Frachtführer dem Empfänger durch Anzeige von der Ankunft und Zustellung der Begleitspapiere in den Stand gesetzt hatte. darüber zu verfügen; darin liegt Ablieferung (R.O.H. 2 S. 254; vergl. auch R.G. 13 S. 168).

Anm. 9. Endlich ist die Ablieferung erfolgt, wenn der Empfänger das Gut dem Frachtführer auf Grund eines besonderen Verwahrungsvertrages beläßt (R.O.H. 14 S. 295).

Von da ab haftet der Frachtführer nur auf Grund des Verwahrungsvertrages, also, wenn dieser entgeltlich abgeschlossen ist, nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten (§ 690 B.G.B.). Wird die Entgegennahme der Ablieferung durch den Adressaten abgelehnt, so ist ja eigentlich die Ablieferung noch nicht erfolgt, gleichwohl wird man berechtigt sein, den § 300 B.G.B. analog anzuwenden und von diesem Zeitpunkte ab dem Frachtführer nur die Haftung für Vorsatz und grobes Versehen aufzuerlegen (Cosack S. 443).

b) **Schaden durch Versäumung der Lieferzeit.** Die Lieferzeit kann besonders vereinbart oder auch die übliche sein. Die übliche Lieferungszeit ist diejenige, welche am Orte des Reiseantritts üblich ist (Puchelt Anm. 4 zu Art. 397). Anm. 10.

3. **Die Frage des Verschuldens und des Beweises.** Der Absender hat zu beweisen, daß das Frachtgut innerhalb der im Abs. 1 erwähnten Zeit verloren gegangen oder beschädigt oder daß die Lieferzeit versäumt ist (natürlich auch, daß und welcher Schaden erwachsen ist). Alsdann ist es Sache des Frachtführers, sich zu exkulpiren. Dieser Exkulpationsbeweis ist gegen das frühere Recht erheblich erleichtert. Während sich der Frachtführer früher nur durch Berufung auf höhere Gewalt oder auf natürliche Beschaffenheit des Gutes oder auf äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung berufen konnte, exkulpirt er sich jetzt genügend dadurch, daß der Verlust, die Beschädigung oder die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten. Anm. 11.

a) Hier ist der ordentliche Frachtführer erwähnt, während dem Kommissionär und Spediteur (§§ 384 und 408) die Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns auferlegt sind. Es liegt das daran, daß die Kaufmannsqualität des Frachtführers nicht im allgemeinen Bewußtsein liegt. Eine sachliche Verschiedenheit liegt darin nicht. Auch hier sind die Pflichten des ordentlichen Frachtführers nach Art des betreffenden Gewerbes verschieden zu bemessen; ein kleiner Frachtfuhrmann ist mit anderem Maaße zu messen, als eine organisirte Transportanstalt (Puchelt Anm. 6 zu Art. 395). Anm. 12.

b) In welcher Weise der Frachtführer seinen Entschuldigungsbeweis führt, kann nur von Fall zu Fall dargelegt werden. Einzelnes mag hier hervorgehoben werden: Anm. 13.

α) Eine allgemeine Berufung auf sorgsames Verhalten soll nach der Denkschrift S. 257 nicht genügen. Doch ist dies in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Sie genügt allerdings dann nicht, wenn dem Frachtführer ein bestimmter Vorwurf bei Entfaltung seiner Thätigkeit vom Absender gemacht wird. Dann hat er diesen zu entkräften. Und umgekehrt genügt es in diesem Falle, wenn er die speziellen, ihm gemachten Vorwürfe entkräftet (vergl. Anm. 21 zu § 408). Aber wenn ihm ein bestimmter Vorwurf nicht gemacht wird, so genügt er seiner Entschuldigungspflicht, wenn er die Art des Transportes darlegt und so beweist, daß er ihn sorgsam ausgeführt hat.

β) Selbstverständlich ist er nicht entschuldigt, wenn er nur darlegt, daß ihn persönlich kein Verschulden trifft. Denn für die Versehen seiner Leute haftet er, wie für seine eignen (§§ 278 B.G.B., § 431 H.G.B.). Anm. 14.

γ) Wohl aber ist er entschuldigt, wenn er darlegt, daß der Absender oder diejenigen Leute, für deren Versehen dieser zu haften hat, den eingetretenen Schaden verschuldet haben. Eine solche Schuld liegt z. B. dann vor, wenn der Absender die besondere Gefährlichkeit des Transports verheimlicht oder wenn er Vertragsabreden verletzt hat (R.G. 15 S. 151; 20 S. 78), oder wenn er nach eingetretenem Nothfall den Frachtführer an der Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln hindert (R.O.H. 12 S. 107) oder wenn der Schaden entstanden ist durch Befolgung bestimmter Anordnungen des Absenders, oder wenn das Gut verloren gegangen ist durch befugte Veräußerung infolge Abnahmeverzuges des Empfängers (R.O.H. 11 S. 293). Anm. 15.

Anm. 16. δ) Trifft den Absender ein konkurrirendes Versehen, so kann dies nach Bewandtniß der Umstände zur Beseitigung oder Milderung der Haftung des Frachtführers führen (§ 254 B.G.B.).

Anm. 17. ε) Bleibt nach den beiderseitigen Darlegungen die Ursache des Schadens unaufgeklärt, so haftet der Frachtführer dann nicht, wenn er im Allgemeinen eine sorgsame Behandlung der Sache dargethan hat, so z. B. wenn ein Ballon mit einer medizinischen Flüssigkeit erweislich wohlverpackt und unversehrt dem Frachtführer übergeben ist, auf der Reise platzt, sodaß die Flüssigkeit ausläuft und werthlos wird, und Seitens der Leute des Frachtführers erwiesenermaßen mit der größten Vorsicht verfahren worden ist.

Anm. 18. 4. **Kann die Haftung durch Vereinbarung gemildert oder ausgeschlossen werden?** Die Beantwortung der Frage richtet sich nach §§ 276 und 278 B.G.B. Danach kann jede Haftung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, nur nicht die Haftung für eigenen Vorsatz, wohl aber die Haftung für eigenes grobes Versehen, und auch die Haftung für den Vorsatz der Erfüllungsgehilfen.

Anm. 19. Eine Grenze liegt allerdings dort, wo die Vereinbarung gegen die guten Sitten verstößt. Der Fall liegt zwar dann noch nicht vor, wenn der Frachtführer besondere Frachtsätze für größere oder geringere Haftung fordert, wohl aber nach der Meinung des Reichsgerichts, wenn er die geringere Haftung unbedingt fordert und durch ein gesetzliches oder thatsächlich geschaffenes Monopol (Ring) in der Lage ist, den Absender zu zwingen, mit ihm zu kontrahiren (R.G. 20 S. 116).

Für den Eisenbahnfrachtverkehr enthält § 456 Abänderungen der Haftung.

Anm. 20. 5. **Von Gesetzeswegen ist die Haftung verringert beim Verlust oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld oder Werthpapieren** (nicht auch bei der verzögerten Ablieferung dieser Gegenstände). Bei diesen Gegenständen besteht die Haftung für Verlust oder Beschädigung nur dann, wenn dem Frachtführer die Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist (vergl. hierüber nach früherem Recht Friedrichs in Kohler und Rings Archiv Bd. 9 S. 122).

Anm. 21. a) **Kostbarkeiten.** Darunter versteht man nicht abstrakt werthvolle Gegenstände, sondern solche, welche im Verhältniß zu ihrem Umfange und ihrem Gewicht einen im Vergleich zu anderen Waaren das gewöhnliche Maß übersteigenden Werth haben (R.G. 13 S. 38). Kostbarkeiten sind darum nicht bloß Edelsteine, kostbare Perlen ꝛc., sondern auch Seidenwaaren, ferner auch Taschenuhren, selbst wenn sie innerhalb ihrer Gattung, als Uhren, nicht besonders werthvoll sind und z. B. nur 9 Mark pro Stück kosten (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 538; dagegen Förtsch Anm. 22 zu Art. 395), auch braucht es sich nicht gerade um einen erheblichen Geldwerth zu handeln, auch ein erheblicher Kunstwerth genügt, weshalb auch Oelgemälde als Kostbarkeiten gelten können (R.G. 13 S. 37), aber natürlich nicht nothwendig als solche gelten müssen (Bolze 14 Nr. 406b). Die Kunstgegenstände sind übrigens jetzt besonders hier aufgezählt. Dieser Begriff der Kunstgegenstände ist nach der Verkehrssitte zu beurtheilen. Hier handelt es sich nicht um die besondere Kostbarkeit des Gegenstandes, sondern lediglich darum, ob es sich um eine künstliche Darstellung handelt. Es gehören dazu z. B. Kupferstiche und Oelbilder, auch wenn sie schlecht sind, Photographien nur, wenn sie Kunstwerth haben (Cosack S. 443). Unter Geldern sind alle gangbaren Münzen des In- und Auslandes zu verstehen (Eger 1 S. 296). Der Begriff Werthpapiere ist nicht in dem engen Sinne des § 1 (vergl. Anm. 37 zu § 1) zu nehmen, sondern hat eine allgemeinere Bedeutung (Staatspapiere; Aktien; Obligationen ꝛc., auch wenn sie unverkäuflich sind). Vergl. Förtsch Anm. 22 zu Art. 395.

Anm. 22. b) **Beschaffenheit oder Werth müssen angegeben sein.** Eine dieser Angaben genügt (R.G. 7 S. 126). Die Angabe muß bei der Uebergabe erfolgen. Eine vorherige Angabe muß aber genügen, es soll bloß heißen: spätestens bei der Uebergabe. Eine Angabe nach der Uebergabe dagegen genügt nicht. Erfolgt die Angabe nach der Uebergabe, so haftet

der Frachtführer überhaupt nicht mehr. Sollte es auch noch möglich sein, schützende Vorrichtungen zu treffen, so hat er dazu keine Verpflichtung und es trifft ihn kein Verschulden, wenn er diese nicht mehr trifft. Ja er haftet in diesem Falle auch wegen Verschuldens nicht (vergl. unten Anm. 24). Anders natürlich, wenn der Frachtführer sich mit der verspäteten Anzeige ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt, d. h. zu erkennen gegeben hat, daß er diese als Anzeige im Sinne des § 429 Abs. 2 gelten lassen will (Cosack S. 443).

Die Angabe kann formlos, aber sie muß deutlich sein. Angabe im Frachtbrief genügt (§ 426 Abs. 2 Nr. 5). Die Bezeichnung „Bijouterien" genügt einer Eisenbahn gegenüber (R.G. 7 S. 126). Die Bezeichnung „Oelgemälde" genügt nicht, weil es auch Oelgemälde ohne Kunstwerth giebt (R.G. 13 S. 38). Anm. 23.

c) **Die Rechtsfolge der Nichtdeklaration** ist, daß der Frachtführer für Verlust oder Beschädigung nicht haftet. Er haftet dann gar nicht, auch nicht für den mittlern Werth. Das beruht darauf, daß, wenn die Angabe gemacht worden wäre, der Frachtführer Gelegenheit gehabt hätte, dem Gute besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Auch wenn er den Werth oder die Beschaffenheit aus anderer Quelle kennt, ist die Haftpflicht nicht begründet; ein Antrag, seine Haftung für diesen Fall zu normiren, wurde abgelehnt (anders Cosack S. 443). Auch für das Verschulden seiner Leute, wenn diese z. B. die Kostbarkeiten gestohlen haben, haftet er dann nicht (R.O.H. 8 S. 271; Cosack S. 443). Auch nicht für eigenes Verschulden. Anm. 24.

Wie aber, wenn ihm selbst ein Vorsatz zur Last fällt? Aus dem Frachtvertrage und dem vorliegenden Paragraphen haftet er auch dann nicht, trotz § 430 Abs. 3, der nicht die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht, sondern nur die Höhe des Schadens beim Vorhandensein der dortigen Voraussetzungen statuiren will (vergl. R.O.H. 8 S. 271; R.G. 13 S. 38). Aber in solchem Falle wird meist der Anspruch auf Schadenersatz auf Grund unerlaubter Handlung begründet sein (R.O.H. 8 S. 271; Hahn § 22 zu Art. 395; Cosack S. 443). Anm. 25.

Andere Rechtsfolgen hat die unterlassene Deklaration nicht, insbesondere ist der Absender nicht etwa verpflichtet, die für deklarirte Sendungen zu zahlende Mehrfracht zu bezahlen. Vielmehr liegt es in seiner Wahl, zu deklariren und den Frachtzuschlag zu zahlen und dadurch die Gefahr auf den Frachtführer abzuwälzen, oder nicht zu deklariren, den Frachtzuschlag zu ersparen und dafür die Gefahr selbst zu tragen (R.G. vom 30. September 1882 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 2 S. 354). Anm. 26.

d) **Die Rechtsfolgen der Deklaration.** Dieselbe ist, wenn sie als Werthangabe erfolgt, keine Vertragsabrede, sondern die einseitige Erklärung des Absenders zur Wahrung seiner Rechte (R.O.H. 11 S. 424). Der Absender ist durch sie gebunden, der Frachtführer nicht (R.O.H. 11 S. 424; Friedrichs a. a. O. S. 125). Den Beweis der Schadenshöhe hat der Ersatzberechtigte zu führen (Friedrichs a. a. O. S. 125). Aber mehr als der deklarirte Werth braucht nicht ersetzt zu werden (R.O.H. 11 S. 424). — Der Frachtführer haftet nach § 429. Er kann also auch da noch sich exkulpiren durch mangelndes Verschulden. Anm. 28.

Zusatz 1. Eine Pflicht, das Gut zu versichern, besteht für den Frachtführer nicht. Anm. 28.

Zusatz 2. Die Haftung des Absenders für Schäden, welche er seinerseits dem Frachtführer verursacht, ist hier nicht geregelt. Sie richtet sich nach sonstigen Grundsätzen (R.G. 15 S. 151; 20 S. 78). Anm. 29.

§ 430.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von dem Frachtführer für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen

Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Ablieferung in dem Zeitpunkte hatte, in welchem die Ablieferung zu bewirken war; hiervon kommt in Abzug, was in Folge des Verlustes an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht erspart ist.

Im Falle der Beschädigung ist der Unterschied zwischen dem Verkaufswerthe des Gutes im beschädigten Zustand und dem gemeinen Handelswerth oder dem gemeinen Werthe zu ersetzen, welchen das Gut ohne die Beschädigung am Orte und zur Zeit der Ablieferung gehabt haben würde; hiervon kommt in Abzug, was in Folge der Beschädigung an Zöllen und sonstigen Kosten erspart ist.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Höhe des Schadens, den der Frachtführer zu ersetzen hat.

Anm. 1. 1. **Voraussetzung ist, daß auf Grund des Frachtvertrages der Frachtführer für Verlust oder Beschädigung des Gutes haftet.**

a) Auf Grund des Frachtvertrages, also auf Grund des § 429. Liegen die Voraussetzungen deliktischer Haftung vor, so greifen die allgemeinen Regeln des B.G.B. über die Art und Höhe des Schadensersatzes Platz.

Anm. 2. b) Für Verlust oder Beschädigung des Gutes. Auf Schadensersatz für verzögerte Ablieferung greift der vorliegende Paragraph nicht Platz. Hier muß voller Schadensersatz geleistet werden nach den allgemeinen Regeln des B.G.B. Das will sagen: Hier hat das Handelsrecht keine besonderen Vorschriften über Art und Höhe des Schadensersatzes aufgestellt, und nicht bloß über die Höhe, sondern auch über die Art der Schadensausgleichung greifen daher die Vorschriften des B.G.B. (§§ 249 ffg.) Platz. Unter Umständen haftet hiernach der Frachtführer strenger, wenn er das Gut verspätet abliefert, als wenn er es gar nicht abliefert, eine Konsequenz, welche Cosack S. 444 mit Recht mit einem Ausrufungszeichen versieht. Auch kann neben dem Schadensersatz wegen Verlustes nicht auch der Schaden wegen verzögerter Ablieferung ersetzt verlangt werden (Hahn Note 11 zu Art. 397).

Anm. 3. 2. **Der Schadensersatz besteht in dem gemeinen Werthe der Sache zur Ablieferungszeit.**

a) Zunächst der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth. Ein gemeiner Handelswerth liegt nur dann vor, wenn ein regelmäßiger Umsatz in der Waare stattfindet (Bolze 14 Nr. 406 b).

Anm. 4. Der Handelswerth, eventuell der gemeine Werth ist zu ersetzen und dieser unter allen Umständen. Nur der gemeine Werth, auch wenn der Schaden des Absenders größer wäre. Entgangener Gewinn oder das sonstige individuelle Interesse des Beschädigten kommen nicht in Betracht.[1]) Bei Beschädigungen kann nur die Differenz zwischen dem Tauschwerthe in beschädigtem Zustande und dem gemeinen Werth in unbeschädigtem Zustande verlangt werden. **Demgemäß kann der Beschädigte auch das Gut nicht zurückweisen und den vollen Handelswerth verlangen.** Das sogenannte Abandonsystem ist ausgeschlossen (R.O.H. 11 S. 294; 13 S. 416; R.G. vom 21. Dezember 1888 bei Puchelt Anm. 20 zu Art. 395). Weitergehende Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§§ 249 ffg. B.G.B.) greifen hier nicht Platz. Als eine medizinische Flüssigkeit durch Platzen des Ballons ausfloß und als solche unbrauchbar

[1]) Warum diese Milde? Bei der früheren Strenge in den Voraussetzungen der Haftung diente die Milde im Maße der Haftung zum Ausgleich. Jetzt ist sie nicht gerechtfertigt (vergl. Cosack S. 442).

wurde, bekundete der Sachverständige, daß sie in diesem Zustande noch als Stiefelwichse zu verwenden sei und einige Mark Werth habe. Der Absender mußte die Flüssigkeit behalten und konnte nur die Differenz zwischen dem Werthe als medizinischer Flüssigkeit und dem Werthe als Stiefelwichse ersetzt verlangen. Ist nur ein Theil des Gutes verloren gegangen und beschädigt, so braucht nur der Werth dieses Theiles ersetzt zu werden. Nur dann, wenn die ganze Sendung derart ein untrennbares Ganze bildet, daß man mit Fug und Recht sagen kann, die Beschädigung eines Theiles sei zugleich eine Beschädigung der ganzen Sendung, muß auch für den körperlich unbeschädigten Theil der ganzen Sendung Ersatz geleistet werden (R.O.H. 15 S. 374; R.G. 15 S. 133). Der Umstand allein aber, daß der Gegenkontrahent des Abnehmers die ganze Sendung auf Grund des Rechtsverhältnisses zum Absender mit Recht zurückgewiesen hat, weil ein Theil beschädigt war, reicht dazu nicht aus, um dem Frachtführer gegenüber den Fall anzunehmen, daß die ganze Sendung als beschädigt zu betrachten sei, obwohl nur ein Theil körperlich beschädigt sei (R.G. 15 S. 133). Der gemeine Werth ist unter allen Umständen zu ersetzen, auch wenn der Schaden des Absenders geringer wäre, wenn derselbe die Waare z. B. unter dem Handelswerth gekauft (R.O.H. 13 S. 393) oder wenn er sie später mit Nutzen verkauft hätte (R.O.H. vom 8. Dezember 1875 in der Deutschen Eisenbahnzeitung 70 S. 34) oder wenn er den imaginären Gewinn der Ladung versichert hatte (vergl. Bolze 2 Nr. 958). Konsequenter Weise muß dies auch angenommen werden, wenn dem Absender gar kein Schaden erwachsen ist, wenn etwa dem Spediteur gegenüber, welcher der Absender und somit der Regreßberechtigte ist, der Versender auf jeden Ersatz verzichtet hatte (vergl. Bolze 10 Nr. 441; O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 538; zweifelhaft ist, wie R.G. 1 S. 2 unten zu verstehen ist; zust. Förtsch Anm. 2 zu Art. 396).

In dem Empfang der Entschädigungssumme für das verlorene Gut liegt übrigens kein Verzicht auf das Gut selbst, wenn es sich wiederfindet (Förtsch Anm. 7 a zu Art. 396; vergl. hierzu § 82 V.O.). Anm. 5.

Den Beweis des gemeinen Handelswerths oder sonstigen gemeinen Werths hat der Ersatzfordernde zu führen. Der Hinweis auf den für die Waare erzielten Kaufpreis genügt regelmäßig, da die Zubilligung außergewöhnlicher Preise nicht vermuthet wird (R.O.H. 8 S. 328). Doch ist der Verkäufer nicht etwa auf den von ihm erzielten Kaufpreis beschränkt, wenn derselbe geringer ist, als der gemeine Handelswerth. Anm. 6.

b) Zeit und Ort der Ablieferung sind der Werthsberechnung zu Grunde zu legen, d. h. der Marktpreis zu dieser Zeit und an diesem Orte (R.O.H. 8 S. 317, 327). Beim Verluste sind Ort und Zeit der Ablieferung auch dann zu Grunde zu legen, wenn das Gut den Bestimmungsort gar nicht erreicht hat. Es ist dann die Zeit zu Grunde zu legen, zu welcher das Gut rechtzeitig angelangt sein würde. Daß Zeit und Ort der Ablieferung entscheiden, kommt daher, weil der Absender mit diesen Werthen gerechnet hat, als er die Waare dem Transport übergab. Zu den Unkosten, welche gespart werden und daher in Abzug kommen, kann auch die Fracht gehören, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, vorausgesetzt, daß sie im gegebenen Falle gespart wird. Nothwendig ist das nicht und keineswegs sollte hier ausgesprochen werden, daß im Falle des Verlustes der Frachtführer keine Fracht zu beanspruchen hat. Die Berechnung der ersparten Unkosten ist Sache der Einrede (R.G. vom 11. November 1882 bei Puchelt Anm. 8). Anm. 7.

3. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ist voller Schadensersatz zu leisten. Anm. 8.

a) Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Vorausgesetzt ist also, daß der Schaden entstanden ist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ꝛc. des Frachtführers oder derjenigen Leute, deren Versehen er zu vertreten hat (§ 431; R.G. 7 S. 129).

b) Voller Schadensersatz ist zu leisten. Das soll natürlich eine Verschärfung des Umfanges der Haftung sein. Wörtlich genommen könnte darin auch eine Verminderung liegen. Denn nach Abs. 1 ist ja der gemeine Werth auch dann zu ersetzen, wenn der Anm. 9.

Absender einen Schaden in dieser Höhe nicht erlitten hat (vergl. oben Anm. 4). Es sollte aber, wie gesagt, eine Verschärfung der Haftung vorliegen und es ist die Vorschrift dahin aufzufassen, daß, wenn der Schaden des Absenders höher ist, als der gemeine Werth des Gutes beträgt, er den höheren Schaden ersetzt verlangen kann.

Anm. 10. Die Abänderung bezieht sich aber natürlich nicht bloß auf die Höhe, sondern auch auf die Art des Schadensersatzes. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Frachtführers sollte eben der Absender an die einschränkenden Vorschriften des Abs. 1 nicht gebunden sein, vielmehr soll er berechtigt sein, sich auf Grund der allgemeinen Vorschriften des B.G.B vollen Schadensersatz zu holen (§§ 249 ffg. B.G.B.).

Vorausgesetzt ist natürlich, das eine Schadensersatzpflicht überhaupt besteht, was auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit nicht immer der Fall ist (Anm. 25 zu § 429).

Anm. 11. c) Der Beweis für das erhöhte Verschulden liegt natürlich dem Absender ob, der die höheren Folgen daraus herleitet.

Anm. 12. **Zusatz 1. Abänderungen der Schadensersatzpflicht durch Parteiabrede** sind giltig. Nur darf die Haftung für eigenen Vorsatz (wohl aber für Vorsatz der Erfüllungsgehilfen) nicht ausgeschlossen (§§ 276, 278 B.G.B.) und auch nicht gemildert werden. Denn wenn es im § 276 Abs. 2 B.G.B heißt: „Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden", so muß das dahin gedeutet werden: Die Haftung wegen Vorsatzes in der Gestalt, wie sie im Gesetze geordnet ist, kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden, weil es unsittlich und unbillig ist, über die Folgen seines dolus mit dem Vertragsgegner im Voraus zu paktiren, sich einen Freibrief oder auch nur Nachsicht für seinen dolus durch Vertragsabrede zu sichern.

In der Deklaration des Gutes liegt eine die Haftung abändernde Parteiabrede nur insofern, als sie das Maximum der Entschädigungspflicht angiebt (R.O.H. 11 S. 424).

Anm. 13. **Zusatz 2. Für das Eisenbahnfrachtrecht** ist § 457 maßgebend.

Anm. 14. **Zusatz 3. Auf Verspätungsschaden** beziehen sich die Haftungsgrundsätze des vorliegenden Paragraphen nicht (vergl. oben Anm. 2).

§ 431.

Der Frachtführer hat ein Verschulden seiner Leute und ein Verschulden anderer Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph bestimmt, daß der Frachtführer für seine Leute ebenso haftet, wie für sein eigenes Versehen.**

1. Der vorliegende Paragraph ist im Grunde genommen überflüssig, da § 278 B.G.B. bereits dasselbe sagt. Freilich will Cosack S. 439 ihm eine andere Bedeutung geben. Er will auf Grund des vorliegenden Paragraphen den Frachtführer nicht bloß haften lassen für Versehen, die von den Hilfspersonen des Frachtführers bei Ausführung der Beförderung begangen werden, sondern auch für Versehen, die nur mittelbar mit der dienstlichen Stellung des Gehilfen zusammenhängen. Er beruft sich dabei auf R.G. 7 S. 128, welche den früheren Art. 427 Abs. 2 in dieser Weise auslegte. Ob letzteres gerechtfertigt war, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht die Tendenz der neuen Haftungsvorschrift dahin, den Frachtführer nur in normaler Weise haften zu lassen. Er soll eben nur für diejenigen Versehen haften, für welche auch sonst gehaftet wird, für sein eigenes Versehen und für das Versehen derjenigen Personen, deren er sich bei der Ausführung der Beförderung bedient, d. h. natürlich für die bei der Ausführung der Beförderung von den Erfüllungsgehilfen begangenen Versehen. Es liegt kein Grund vor, den vorliegenden Paragraphen anders auszulegen, als den § 278 B.G.B., der den analogen Wortlaut hat. Auch dort haftet man für die Versehen der Ausführungsgehilfen nur dann, wenn diese Versehen bei der Ausführung vorgekommen sind.

Anm. 2. Zuzugeben ist, daß man hier nicht engherzig wird darauf sehen können, ob die betreffenden Hilfspersonen gerade bei dem konkreten Transport unmittelbar beschäftigt sind.

Bei vielen der dem einzelnen Bediensteten zugewiesenen Geschäftskreise ist, wie das R.G. 7 S. 127 zutreffend bemerkt, eine Beziehung auf einen bestimmten einzelnen Transport sogar begrifflich ausgeschlossen.

2. Dieser Paragraph bezieht sich auch auf Verspätungsschaden, überhaupt auf die Verletzung aller Verpflichtungen, welche auf Grund des Frachtvertrages bestehen, nicht bloß auf die Haftung aus § 429, aber natürlich nur aus den Verletzungen des Frachtvertrages gegenüber dem Gegenkontrahenten oder dem, der die Rechte aus dem Frachtvertrage geltend zu machen berechtigt ist. Wenn z. B. der Knecht des Frachtführers während des Transports den Wagen umwirft und hierbei das Gut beschädigt und den Absender, der das Gut begleitet, verletzt, so haftet der Frachtführer ohne Weiteres für beide Schäden. Denn auch der Letztere ist durch die Ausführung des Transports entstanden. Der Knecht hat den Transport derart ausgeführt, daß er den Absender hierbei beschädigt hat. Aber wenn er hierbei einen Dritten verletzt, so haftet der Frachtführer diesem Dritten nicht aus dem Frachtvertrage, sondern nur aus unerlaubter Handlung und nach den für diese aufgestellten Grundsätzen (vergl. Anm. 29 im Exkurse zu § 58). Anm. 3.

3. Jedoch handelt es sich nur um die Haftung bei Ausführung des Transports. In wie weit der Frachtführer für die Thätigkeit seiner Leute bei Abschluß von Verträgen (Verabredungen von Frachten ꝛc.) und für die hierbei begangenen Versehen haftet, dafür ist der vorliegende Paragraph nicht maßgebend. Dafür sind vielmehr maßgebend die allgemeinen Grundsätze über Vollmacht, Handlungsvollmacht, Haftung der Gehilfen für culpa in contrahendo (vergl. den Exkurs zu § 58). Weil sich der vorliegende Paragraph hierauf nicht bezieht, deshalb wurde der Gastwirth, der als Frachtführer anzusehen war, weil er durch einen Wagen das Gepäck der Gäste zum Bahnhof schaffen ließ, nicht für haftbar erachtet, als ein Gast seinem Portier ein Werthpacket übergab, um es zur Post zu befördern, und der Portier das Packet dem Omnibuskutscher übergab, durch dessen Schuld es verloren ging; denn diesen Frachtvertrag hatte der Portier nicht im Namen des Gastwirths geschlossen, und wenn er es that, dann ohne Legitimation dazu (R.O.H. 11 S. 343). Anm. 4.

Zur Ausführung des Transports gehört auch das Auf- und Abladen, Wiegen, Messen, Aufbewahren, Avisiren von der erfolgten Ankunft des Gutes, kurz alle von dem Frachtführer zum Zwecke der Ausführung vorzunehmenden Handlungen. Anm. 5.

4. Die Haftung des Frachtführers ist eine unmittelbare und ausschließliche. Der Beschädigte braucht den Gehilfen nicht erst in Anspruch zu nehmen. Der Letztere haftet dem Absender überhaupt nicht, falls ihm nicht eine gegen den Absender gerichtete unerlaubte Handlung zur Last fällt (vergl. Anm. 33 zum Exkurse zu § 58). Anm. 6.

5. **Vertragliche Abänderungen der Haftung für die Hilfspersonen** sind zulässig; selbst auf die Folgen des von den Hilfspersonen begangenen Vorsatzes kann im Voraus verzichtet werden (§ 278 B.G.B.). Nur die Grenzen der guten Sitten dürfen nicht überschritten werden (hierüber siehe Anm. 19 zu § 429). Anm. 7.

§ 432.

Uebergiebt der Frachtführer zur Ausführung der von ihm übernommenen Beförderung das Gut einem anderen Frachtführer, so haftet er für die Ausführung der Beförderung bis zur Ablieferung des Gutes an den Empfänger.

Der nachfolgende Frachtführer tritt dadurch, daß er das Gut mit dem ursprünglichen Frachtbrief annimmt, diesem gemäß in den Frachtvertrag ein und übernimmt die selbständige Verpflichtung, die Beförderung nach dem Inhalte des Frachtbriefs auszuführen.

Hat auf Grund dieser Vorschriften einer der betheiligten Frachtführer Schadensersatz geleistet, so steht ihm der Rückgriff gegen denjenigen zu, welcher

den Schaden verschuldet hat. Kann dieser nicht ermittelt werden, so haben die betheiligten Frachtführer den Schaden nach dem Verhältniß ihrer Antheile an der Fracht gemeinsam zu tragen, soweit nicht festgestellt wird, daß der Schaden nicht auf ihrer Beförderungsstrecke entstanden ist.

Einleitung

Der Paragraph normirt die Haftung des Hauptfrachtführers für die Unterfrachtführer (Abs. 1) **die Haftung des Unterfrachtführers** (Abs. 2) und den Regreßanspruch desjenigen Frachtführers, der Schadensersatz geleistet hat, gegen die übrigen Frachtführer.

Anm. 1. I. **Der Begriff des Unterfrachtführers.** Die Vorschriften beziehen sich nur auf den Fall der Annahme von Unterfrachtführern. Daher ist zum Verständnisse der Vorschriften unerläßlich, diesen Begriff zu erörtern. Hat der erste Frachtführer den Transport bis zum thatsächlichen Endziel übernommen (Transport mit durchgehendem Frachtbrief, vergl. R.G. 18 S. 169, 170), so sind diejenigen Frachtführer, deren er sich zur gänzlichen oder theilweisen Erledigung des Frachtvertrags bedient, Unterfrachtführer, der erste Frachtführer heißt der Hauptfrachtführer, der von ihm geschlossene Frachtvertrag Gesammtfrachtvertrag. Hat dagegen der erste Frachtführer den Transport nur bis zu einem gewissen Punkte vor dem Reiseziel übernommen, während von diesem Punkte ab bis zu einem weiteren Punkte oder bis zum Endziel der Reise ein anderer Frachtführer den Transport übernimmt, so ist der weitere Frachtführer Zwischenfrachtführer. Von diesem letzteren handelt der vorliegende Pharagraph nicht. Für diesen haftet der erste Frachtführer, wenn er ihn im Auftrage des Absenders bestellt hat, nur bei mangelnder Sorgfalt in Wahl, Aufsicht oder Instruktion; während dieser selbst, der Zwischenfrachtführer, in Gemäßheit des mit ihm geschlossenen Vertrages demjenigen haftet, zu dem er in ein Vertragsverhältniß tritt, also dem ersten Frachtführer, wenn dieser ihn im Auftrage des Absenders, aber im eigenen Namen bestellt hat (er ist dann insoweit Spediteur), oder dem Absender, wenn der erste Frachtführer ihn im Auftrage **und** im Namen des Absenders oder wenn gar der Absender selbst ihn bestellt hat. Vgl. Puchelt Anm. 3 zu Art. 401; Goldschmidt, System 4. Aufl. S. 222.

Anm. 2. Nicht in Betracht für den Begriff des Unterfrachtführers kommt die Gleichartigkeit des Betriebes der auf einander folgenden Frachtführer. Es kann auf die Eisenbahn oder auf das Dampfschiff ein Fuhrmann folgen (R.O.H. 7 S. 100), auf eine Packetbeförderungsgesellschaft oder auf die Post die Eisenbahn (R.O.H. 9 S. 89), auf einen ausländischen Frachtführer ein inländischer (R.O.H. 21 S. 57). Nur würde die Vorschrift des § 432, weil sie sich (auch jetzt nach dem Binnenschifffahrtsgesetze, vergl. § 26 desselben) auf die Binnenschifffahrt erstreckt, unanwendbar sein bei einer Verbindung des See- und Flußtransports (R.O.H. 16 S. 136).

Für das Vorliegen eines Gesammtfrachtvertrages spricht die Entgegennahme eines auf den Destinatär ausgestellten direkten Frachtbriefes, ebenso die Berechnung der Fracht für die ganze Strecke (Totalfracht), dagegen kann das Wissen davon, daß der Frachtführer nur eine gewisse Strecke befährt, sprechen, doch ist dies nicht ausschlaggebend.

Anm. 3. II. **Die Vorschriften des vorliegenden Paragraphen.**

A. (Abs. 1.) **Für den Unterfrachtführer haftet** der Hauptfrachtführer so, wie für seine eignen Leute (R.O.H. 9 S. 90; 23 S. 320). Es ist daher die Erläuterung des vorigen Paragraphen zu vergleichen: wegen der Tragweite der Haftung, über den Umfang derselben, die Frage, ob der Unterfrachtführer zuerst in Anspruch genommen werden muß oder kann u. s. w. Der Abs. 1 ist übrigens überflüssig, da der Unterfrachtführer zu den „anderen Personen" im Sinne des § 431 gehört (Förtsch Anm 1 zu Art. 401).

Anm. 4. B. Abs. 2.) **Der Unterfrachtführer**[1]) **haftet aber auch selbst dem Absender bezw. dem Empfänger.** Das würde ohne positive Bestimmung nicht der Fall sein. Denn da der Haupt-

[1]) Ueber die Haftung der Rollfuhrunternehmer, deren sich die Eisenbahnen bedienen zum Abrollen der Güter in die Behausung des Adressaten, gilt je nach ihrer Stellung zur Bahn Verschiedenes. Sind sie nur Bedienstete, so haften sie nicht, sondern nur die Eisenbahn, sind sie aber selbstständige Frachtführer, so haften sie nach dem vorliegenden Paragraphen direkt.

frachtführer den gesammten Transport übernommen hat und die Unterfrachtführer seine Substituten sind, so stehen dieselben an sich in keiner Beziehung zum Absender bezw. Empfänger. Das Gesetz legt ihnen aber für den Fall, daß sie den Transport auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes übernehmen, eine solidarische Haftung für alle Verbindlichkeiten aus dem mit dem ersten Absender geschlossenen Vertrage auf, wie sie sich aus dem Frachtbrief ergeben.

1. **Erste Voraussetzung ist, daß es sich um einen wirklichen** Unterfrachtführer handelt, nicht um einen Zwischenfrachtführer (vergl oben Anm. 1). Anm. 5.

2. **Fernere Voraussetzung ist, daß der Unterfrachtführer den Transport mittels eines sogenannten durchgehenden Frachtbriefes übernommen hat.** (Vergl. Anm. 1.) Es muß derselbe Frachtbrief sein, auf Grund dessen die Aufgabe an den ersten Frachtführer erfolgt ist. Selbstverständlich braucht es nicht dasselbe Stück Papier zu sein: es verschlägt nichts, daß nach Beschädigung des Originals eine Kopie gefertigt ist, die denselben Frachtbrief darstellen soll (Eger 2 S. 45; Keyßner Anm. 7 zu Art. 401). Andrerseits liegt ein anderer Frachtbrief vor, wenn in Wahrheit ein anderer Frachtbrief ausgestellt wurde, selbst wenn derselbe auf den Inhalt des alten Frachtbriefes Bezug nimmt (R.O.H. 7 S. 218; 11 S. 209). Einen Unterfrachtführer, der sich für seine Strecke einen besonderen Frachtbrief ausstellen läßt, nennt man Theilfrachtführer. Derselbe haftet nur nach Maßgabe seines Frachtbriefes, und nur seinem Vormann gegenüber, außerdem tritt nur derjenige Unterfrachtführer, der das Gut abliefert, zum Empfänger in direkte obligatorische Beziehung (R.O.H, 7 S. 218; Goldschmidt, System 4. Aufl. S. 222). Anm. 6.

3. **Die Wirkung ist die solidarische Haftung für die Erfüllung der aus dem ersten Frachtbriefe hervorgehenden Verpflichtungen zusammen mit dem ersten Frachtführer gegenüber dem Absender oder Empfänger.** Anm. 7.

   a) **Eine wirkliche solidarische Haftung** ist die Rechtsfolge. Der Einwand der Theilung oder der Vorausklage ist nicht statthaft, und der Berechtigte (Abnehmer oder Empfänger) kann wählen, welchen der Frachtführer er in Anspruch nehmen will, und zwar nicht bloß wegen der ungehörigen Ausführung des Transports auf seiner Theilstrecke, sondern wegen aller Verbindlichkeiten aus dem Frachtvertrage nach Maßgabe des durchgehenden Frachtbriefes, auch wenn es sich um Vorgänge auf den vorangehenden oder folgenden Theilstrecken handelt; es handelt sich, wie die Denkschrift S. 259 sagt, nicht um eine Bürgschaft des Einen für den Andern, sondern um eine selbstständige Verantwortlichkeit jedes Einzelnen für die Ausführung des ganzen Transports; andererseits hat der nachfolgende Frachtführer auch nicht höhere Verpflichtungen, als seine Vormänner (R.O.H. 7 S. 99; 11 S. 212; 24 S. 210; R.G. vom 28. Oktober 1881 in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. 2 S. 136; Goldschmidt, System 4. Aufl. S. 223). Insbesondere bedarf es also nicht des Nachweises, auf welcher Strecke sich der Schade ereignet hat (R.G. bei Puchelt Anm. 3 zu Art. 401), und der in der Mitte stehende Unterfrachtführer haftet für das Gewichtsmanko, selbst wenn er nachweislich es selbst schon festgestellt hat, als er das Gut übernahm (R.O.H. 11 S. 209). Wer so nicht haften will, muß sich eben einen Theilfrachtbrief ausstellen lassen.

   b) **Für den Inhalt und Umfang dieser solidarischen Haftung ist der ursprüngliche Frachtbrief maßgebend** (R.O.H. 11 S. 209; 21 S. 59; R.G. 1 S. 3). Durch Vorbehalt und Abmachungen gegenüber dem früheren Frachtführer ändert kein Unterfrachtführer hieran etwas zu seinem Vortheile im Verhältniß zum Absender oder Empfänger (R.O.H. 11 S. 209). Dazu müssen vielmehr Absender oder Empfänger zugezogen werden, aber dann liegt eine Aenderung des Frachtbriefes, also ein anderer Frachtbrief vor (Eger 2 S. 42). Die abliefernde Bahn als Unterfrachtführerin kann sich hiernach nicht auf ihre Reglements oder die der Zwischenbahnen berufen, sondern maßgebend ist nur das Reglement der ersten übernehmenden Bahn (Str.Arch. 75 S. 216), außer Anm. 8.

wenn das Gegentheil im Frachtbriefe vereinbart ist, wie dies bei den Formularen meist der Fall (R.O.H. 3 S. 62; 21 S. 57).

Anm. 9. 4. (Abs. 3). **Das Verhältniß der mehreren Frachtführer unter sich** ist dahin geregelt, daß derjenige, der Schadensersatz geleistet hat, sich zunächst an den halten kann, der den Schaden verschuldet hat und wenn dieser nicht ermittelt werden kann, so haben die betheiligten Frachtführer den Schaden nach dem Verhältniß ihrer Antheile an der Fracht gemeinsam zu tragen. Nur dann ist ein nichtschuldiger Frachtführer befreit, wenn er nachweist, daß sich der Schaden nicht auf seiner Strecke ereignet hat. Wird der Schuldige ermittelt, ist er aber zahlungsunfähig, so fällt der eventuelle Regreß gegen die übrigen Frachtführer fort (anders im Berner Uebereinkommen Art. 47). Zur Erhebung des eventuellen Regresses gehört also die Darlegung, daß der Schuldige nicht ermittelt wurde. Voraussetzung eines jeden der beiden Regresse ist nach dem Wortlaute des Gesetzes allerdings, daß der Regreßnehmer Schadensersatz geleistet hat. Aber natürlich kann auch eine Klage auf Befreiung oder auf Feststellung angestellt werden.

Anm. 10. **Zusatz. Durch Vertrag** kann sowohl die Haftpflicht des Hauptfrachtführers nach Abs. 1 geändert werden (bis zu welcher Grenze vergl. Anm. 18 zu § 429), als auch die Haftpflicht der Unterfrachtführer gegenüber dem Absender oder Empfänger nach Abs. 2, als auch endlich in Bezug auf das Rückgriffsrecht nach Abs. 3. (Ueber das Eisenbahnfrachtrecht siehe § 471 H.G.B. und § 74 B.O.).

§ 433.

Der Absender kann den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger auszuliefern. Die Mehrkosten, die durch eine solche Verfügung entstehen, sind dem Frachtführer zu erstatten.

Das Verfügungsrecht des Absenders erlischt, wenn nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung der Frachtbrief dem Empfänger übergeben oder von dem Empfänger Klage gemäß § 435 gegen den Frachtführer erhoben wird. Der Frachtführer hat in einem solchen Falle nur die Anweisungen des Empfängers zu beachten; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem Empfänger für das Gut verhaftet.

Einleitung. **Der Paragraph beschäftigt sich mit der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte der Frachtführer die Anweisungen des Absenders, bezw. von welchem Zeitpunkte ab er nur noch die Anweisungen des Empfängers zu befolgen hat.** Der Zeitpunkt ist die Uebergabe des Frachtbriefes an den Empfänger nach Ankunft des Guts am Orte der Ablieferung oder die Klage des Empfängers gegen den Frachtführer gemäß § 435. Doch ist hierbei zu beachten, daß hiermit die aufgeworfene Frage nicht erschöpfend beantwortet ist, und zwar aus mehreren Gründen. Denn einmal gilt die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen nur dann, wenn kein Ladeschein ausgestellt ist. Und dann geht selbstverständlicher Weise die Dispositionsbefugniß ferner über durch Uebergabe des Guts an den Empfänger auch ohne Uebergabe des Frachtbriefes. (Förtsch Anm. 1 zu Art. 402; R.O.H. 21 S. 182).

Nach dem vorliegenden Paragraphen steht die Dispositionsbefugniß über das Frachtgut gegenüber dem Frachtführer bis zur Uebergabe des Frachtbriefs nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte oder bis zur Klage des Empfängers gegen den Frachtführer gemäß § 435 dem Absender zu, von da ab dem Empfänger.

Anm. 1. 1. Die Dispositionsbefugniß umfaßt nach der vorliegenden Vorschrift die Rückgabe des Guts und die Auslieferung desselben an einen andern als den bezeichneten Empfänger. Daß dem Frachtführer dadurch Mehrkosten entstehen, kann er nicht vorschützen. Diese Mehrkosten kann er allerdings erstattet verlangen, wenn er zur Vorleistung

nicht verpflichtet ist, auch im Voraus. Der Absender kann daher vom Frachtführer jederzeit verlangen, daß er ihm das Gut zurückgiebt (allerdings nicht, daß er es an den Absendungsort zurücktransportirt, weil dies eine Mehrbelastung des Frachtführers darstellen würde, sondern nur, daß es ihm an dem Orte, an welchem es sich gerade befindet, zurückgegeben wird — R.O.H. 16 S. 199 —); daß der Abs. 1 jetzt dem Frachtführer das Recht auf Erstattung der Mehrkosten giebt, ändert an dieser Entscheidung nichts, der Rücktransport hat auch Mehrleistungen im Gefolge, und diese braucht der Frachtführer nicht zu übernehmen; das wäre ja eine einseitige Aenderung des Leistungsinhalts; der Absender kann ferner vom Frachtführer verlangen, daß dieser das Gut an einen andern als den im Frachtvertrage bezeichneten Empfänger ausliefere, selbstverständlich, soweit auch dies nicht zu einer Mehrbelastung des Frachtführers führt (es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er eine andere Route wähle oder den Transport über den Bestimmungsort hinaus bewirke — R.O.H. 11 S. 293 —). Uebrigens ist die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen auch auf jede andere Anweisung analog auszudehnen (z. B. Unterbrechung des Transports, Umladen des Guts), soweit sie nur nicht eine inhaltliche Mehrbelastung des Frachtführers involvirt (z. B. nicht Transport anderer Güter, R.O.H. 24 S. 418). — Vergl. R.G. 15 S. 157; Hahn § 1 zu Art. 402; näher ausgeführt gegen Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht S. 131 und Gerstner, Internationales Eisenbahnfrachtrecht S. 254 von Staub in Egers Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. 12 S. 177. —

Ueber die **Form der Anweisung** ist nichts gesagt. Sie kann mündlich, schriftlich, Anm. 2.
auch telegraphisch erfolgen (R.O.H. 25 S. 330). Die Legitimation des Anweisenden zu prüfen, ist Sache des Frachtführers (R.O.H. 25 S. 330). Die Verk.-Ordn. § 64 stellt strengere Erfordernisse solcher Anweisungen auf (Ausfüllung und Unterzeichnung eines Formulars; Vorzeigung des etwa ausgestellten Frachtbriefduplikats, Uebermittelung der Anweisung durch die Versandstation u. s. w.).

2. **Dem Absender** steht diese Dispositionsbefugniß zunächst zu, d. h. demjenigen, der den Anm. 3.
Frachtvertrag abgeschlossen hat, nicht demjenigen, für dessen Rechnung er abgeschlossen wurde, d. i. dem Versender vergl. R.O.H. 15 S. 145. Nach Aushändigung des Frachtbriefes an den bezeichneten Empfänger steht die Dispositionsbefugniß diesem zu. Unter **dem bezeichneten Empfänger** ist dabei nicht bloß der im Frachtbrief bezeichnete Empfänger, sondern diejenige Person zu verstehen, welche dem Frachtführer vor Uebergabe des Frachtbriefes vom Adressaten als Empfänger bezeichnet worden ist, sowie der Cessionar des Frachtbriefadressaten (R.O.H. 20 S. 192; Eger 2 S. 130). Desgleichen steht die Dispositionsbefugniß dem Empfänger allein zu, nachdem er gegen den Frachtführer Klage aus § 435 erhoben hat.

3. **Gegenüber dem Frachtführer** steht diese Dispositionsbefugniß dem Absender, bezw. nach Anm. 4.
Uebergabe des Frachtbriefes dem bezeichneten Empfänger zu. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Absender und dem Adressaten spielt dabei keine Rolle, weshalb auch das Verfolgungsrecht des § 44 K.O. hiermit nicht zusammenhängt und von uns selbstständig an gehöriger Stelle erörtert worden ist (Anm. 76 flg. im Exkurse zu § 382). Den ihm vom Absender vor Uebergabe des Frachtbriefes zugehenden Anweisungen hat der Frachtführer daher Folge zu leisten, ohne berechtigt zu sein, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob nach dem Rechtsverhältniß zwischen Absender und Empfänger diese Anweisung dem letzteren gegenüber berechtigt ist oder nicht, ob etwa dadurch, daß nach dem bürgerlichen Recht das Eigenthum der Waare schon mit der Aushändigung derselben an den Frachtführer auf den Adressaten übergangen ist, ein Zurückhalten des Gutes während des Transportes dem Adressaten gegenüber sich als rechtswidrig darstellt (R.O.H. 11 S. 329), oder ob etwa trotz Eigenthumsüberganges dem Absender ein Verfolgungsrecht zusteht oder nicht. Fragen dieser Art haben Absender und Adressat mit einander auszumachen, der vorliegende Paragraph hat es mit ihnen nicht zu thun und legt dem Frachtführer die Gehorsamspflicht ohne Rücksicht auf sie auf.

Anm. 5. 4. **Bis zur Aushändigung des Frachtbriefes nach Ankunft des Guts am Ablieferungsorte** oder bis zur Klage des Empfängers nach § 435 steht die Dispositionsbefugniß dem Absender zu, von da ab dem Empfänger. Durch die bloße Anzeige von der Ankunft und Lagerung der Waare wird die Ausantwortung des Frachtbriefes nicht ersetzt (R.O.H. 3 S. 436). Der Ablieferungsort ist derjenige Ort, nach welchem nach Inhalt des Frachtvertrages das Gut zu transportiren ist (R.O.H. 14 S. 1). Die Dispositionsbefugniß des Absenders wird durch eine Aushändigung des Frachtbriefes vor Ankunft des Gutes an diesem Orte nicht alterirt (Str.Arch. 63 S. 310). Auf den Ort, an welchem der Frachtbrief übergeben wird, kommt nichts an. Die Ansicht, daß diese Uebergabe am Ablieferungsorte selbst stattfinden müsse (Str.Arch. 63 S. 310), findet im Gesetze keine Stütze (Eger 2 S. 119). Uebergabe des Frachtbriefes an den Rollfuhrunternehmer wirkt nur dann als Uebergabe an den Empfänger, wenn derselbe als Bevollmächtigter des Letzteren gilt. — Im Eisenbahnverkehr hat der Absender diese Dispositionsbefugniß nur, wenn er das ausgestellte Frachtduplikat vorweist (§ 64 Abs. 2 V.O.), obligatorisch ist die Ausstellung eines solchen jedoch nur im internationalen Eisenbahnverkehr nach dem Berner Uebereinkommen (Art. 8 Abs. 5, Art 15 Abs. 2 daselbst).

Anm. 6. 5. **Die Rechtsnatur des Uebergangs der Dispositionsbefugniß auf den Empfänger** wird vom R.O.H. (6 S. 273) unseres Erachtens mit Recht als ein Suspendiren, nicht als ein Erlöschen der Dispositionsbefugniß des Absenders charakterisirt. Macht der Empfänger von seiner Dispositionsbefugniß nicht Gebrauch, so tritt die des Absenders wieder voll in Kraft. Es kann daher der Frachtführer dem Absender das Gut nicht vorenthalten wegen eines Retentionsrechtes, welches ihm aus Forderungen gegen den Destinatär zusteht (anderer Meinung ist Eger 2 S. 122). Nach anderer Richtung wird die Rechtsnatur dieses Ueberganges der Dispositionsbefugniß vom R.G. (27 S. 84) dahin charakterisirt, daß er nur obligatorische Wirkungen erzeugt, nicht aber Besitz oder Gewahrsam der Sache auf den Empfänger überträgt (sodaß er das Verfolgungsrecht des § 44 K.O. nicht aufhebt). Vergl. Anm. 87 im Exkurse zu § 382.

Anm. 7. 6. **Die Rechtsfolge der Verletzung der dem Frachtführer hier auferlegten Gehorsamspflicht ist**

a) **gegenüber dem Absender:** Haftung nach Maßgabe des Frachtvertrages, unter Anwendung der §§ 429, 430, 431, ev. nach sonstigen Grundsätzen (Schott S. 394);

Anm. 8. b) **gegenüber dem Empfänger:** „Haftung für das Gut", also zwar nicht für allen Schaden, doch aber für jeden Schaden, der das Gut durch Verlust. Beschädigung oder auch Verspätung trifft (Keyßner Anm. 8 zu Art. 402) und zwar denjenigen Schaden, den er selbst erleidet; denn seine Rechte sind verletzt, durch das Vorliegen der Requisite des vorliegenden Paragraphen tritt der Frachtführer in direkte Rechtsbeziehungen zum Empfänger.

Anm. 9. **Zusatz 1. Fraglich kann sein, ob durch Uebergabe und Annahme des Frachtbriefes lediglich der Frachtführer verpflichtet ist, oder auch der Empfänger eine Verpflichtung eingeht,** nämlich die zur Zahlung der Fracht gegen Auslieferung des Gutes. Das kann der Fall sein, die einzelnen Thatumstände können dies ergeben. Die einfache Annahme des Frachtbriefes kann aber nicht als genügender Ausdruck dieses Willens anerkannt werden (Hahn § 6 zu Art. 402).

Anm. 10. **Zusatz 2. Rechtsstellung des Frachtführers zum Destinatär, welchem das Gut gegen die Anweisung des Absenders ausgehändigt ist.** Er hat unter Umständen gegen diesen die condictio indebiti auf Rückgabe des Guts oder Wertherstzung (R.G. vom 6. März 1880 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 1 S. 332).

Anm. 11. **Zusatz 3. Durch Vertrag** kann die Haftung beseitigt werden, bis auf die Haftung für Arglist des Frachtführers. (Vergl. Anm. 18 u. 19 zu § 429).

§ 434.

Der Empfänger ist vor der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung dem Frachtführer gegenüber berechtigt, alle zur Sicherstellung des Gutes erforderlichen Maßregeln zu ergreifen und dem Frachtführer die zu diesem Zwecke nothwendigen Anweisungen zu ertheilen. Die Auslieferung des Gutes kann er vor dessen Ankunft am Orte der Ablieferung nur fordern, wenn der Absender den Frachtführer dazu ermächtigt hat.

Der Paragraph giebt dem Empfänger noch ein eigenes, doch beschränktes Dispositionsrecht über das Frachtgut gegenüber dem Frachtführer schon während der Reise.

1. **Es ist ein eigenes Recht.** Dasselbe steht dem Empfänger kraft Gesetzes aus eigenem Recht zu, er ist dabei nicht als Mandatar des Absenders zu betrachten. Der Frachtvertrag wird in Folge dieses Rechts und des im § 435 statuirten Rechts zum Vertrag zu Gunsten eines Dritten (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 480 flg.). Andererseits darf es aber auch nicht das Dispositionsrecht des Absenders durchkreuzen. Dieser bleibt dominus negotii, und im Kollisionsfalle ist seinen Anweisungen Folge zu leisten (Puchelt Anm. 1 zu Art. 404). Die abweichende Anweisung des Absenders kann auch generell bei der Aufgabe ertheilt sein. Anm. 1.
2. **Es ist ein beschränktes Dispositionsrecht:** es bezieht sich nur auf Maßregeln zum Zwecke der Sicherstellung des Guts. Doch sind das nicht bloß solche Maßregeln, welche die Erhaltung und Verwahrung des Guts bezwecken, sondern auch solche, welche die Ermöglichung des Weitertransports und der rechtzeitigen Vollendung desselben im Auge haben (Eger 2 S. 278). Dagegen kann der Empfänger den Ablieferungsort nicht eigenmächtig verändern (Keyßner zu Art. 404). Anm. 2.
3. **Es handelt sich nur um das Recht gegenüber dem Frachtführer.** Ob dem Empfänger auch im Verhältniß zum Absender das Recht zusteht, entscheidet das zwischen diesen beiden bestehende Rechtsverhältniß, desgleichen wer die Kosten der getroffenen Maßregeln zu tragen hat (Hahn § 3 zu Art. 404). Anm. 3.
4. **Die Form der Erzwingung des Rechts** ist hier nicht bestimmt. Klage, eventuell einstweilige Verfügung sind der richtige Weg. Anm. 4.
5. **Die Rechtsfolge der Befolgung der Anweisung** ist, daß der Frachtführer gegenüber dem Absender und Empfänger gedeckt ist. Die Folge der Nichtbefolgung ist die Verantwortlichkeit gegenüber beiden (Puchelt Anm. 3 zu Art. 404). Anm. 5.

Zusatz. Eine Pflicht des Empfängers zur Anordnung von Sicherheitsmaßregeln ist hier nicht statuirt. Dem Frachtführer gegenüber besteht sie daher nicht; ob sie im Einzelfall gegenüber dem Absender besteht, entscheidet wiederum das Rechtsverhältniß zwischen beiden. Das eigene Interesse wird den Empfänger dazu veranlassen, wenn er die Gefahr des Transportes trägt. Anm. 6.

§ 435.

Nach der Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung ist der Empfänger berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen gegen den Frachtführer geltend zu machen, ohne Unterschied, ob er hierbei in eigenem oder in fremdem Interesse handelt. Er ist insbesondere berechtigt, von dem Frachtführer die Uebergabe des Frachtbriefs und die Auslieferung des Gutes zu verlangen. Dieses Recht erlischt, wenn der Absender dem Frachtführer eine nach § 433 noch zulässige entgegenstehende Anweisung ertheilt.

Einleitung. **Das Recht des Empfängers gegen den Frachtführer nach Beendigung des Transports.** Der Paragraph gewährt dem Adressaten ein selbstständiges Recht gegen den Frachtführer, obwohl er mit diesem nicht kontrahirt hat. Der Frachtvertrag ist insoweit ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten (vergl. Anm. 1 zu § 434).

Anm. 1. 1. **Die Voraussetzung des Rechts** ist die Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung. Das Gut muß also wirklich angekommen sein. Vorher hat der Adressat die Rechte aus dem Frachtvertrage, insbesondere das Recht auf Aushändigung des Frachtgutes nicht, vorher kann der Adressat ein solches Recht nicht geltend machen und deshalb darf vorher der Frachtführer das Gut ihm nicht aushändigen (Bolze 17 Nr. 434). Es genügt nicht, daß der Zeitpunkt herangekommen ist, zu welchem das Frachtgut am Ablieferungsorte hätte ankommen sollen. Die Gesetzesworte sind so klar, daß ein Zweifel hieran nicht möglich ist. Bei Totalverlust ist demgemäß der § 435 nicht anwendbar (vergl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 481). Andererseits entsteht das Recht mit der Ankunft des Gutes auch dann, wenn es vor der vereinbarten Ablieferungszeit am Ablieferungsorte aukommt. Auch hierüber lassen die Gesetzesworte keinen Zweifel. Auch ist nicht ersichtlich, daß etwas Anderes vom Gesetzgeber beabsichtigt war.

Anm. 2. 2. **Der Berechtigte** ist der Adressat. Dieser kann auch Jemanden bevollmächtigen. Der Bevollmächtigte hat sich gehörig zu legitimiren. Daß er die Waare vom Adressaten zu beanspruchen hat, genügt nicht (R.O.H. 25 S. 330).

Anm. 3. 3. **Der Verpflichtete** ist der Frachtführer. Gegen den Spediteur ist ein gleiches Recht nicht gegeben (R.O.H. 13 S. 327).

Anm. 4. 4. **Der Inhalt des Rechts** ist: Der Adressat kann die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der daraus hervorgehenden Verpflichtungen in eigenem Namen geltend machen.

a) Die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte. Dabei entscheidet, wie Hahn § 8 zu Art. 405 treffend sagt, die aktuelle Gestalt des Frachtvertrages d. h. diejenige Gestalt desselben, welche er durch Vereinbarungen oder Anweisungen des Absenders bis zu dem Zeitpunkte, wo der Adressat sein Recht geltend macht, erhalten hat. Daß überall nur Vereinbarungen des Absenders maßgebend sind, hat das R.G. (13 S. 75) besonders hervorgehoben. Der Frachtbrief ist hierbei nicht absolut maßgebend, da gegen denselben der Gegenbeweis ursprünglich anderer oder später abgeänderter Vereinbarungen zulässig ist (R.O.H. 7 S. 216; 8 S. 192; Eger 2 S. 302; Hahn § 8 Nr. 3 zu Art. 405).

Anm. 5. Die Frage, welche Rechte aus dem Frachtvertrage der Adressat geltend machen kann, ist müßig, da unser Paragraph ganz allgemein spricht und kein Recht ausnimmt. Selbstverständlich steht daher dem Adressaten auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung zu (R.O.H. 4 S. 332). Hervorgehoben aber sind die Ansprüche auf Aushändigung des Frachtbriefes und auf Auslieferung des Gutes. Dieser Begriff bedeutet offensichtlich das Gleiche, wie das sonst gebrauchte Wort „Ablieferung". Ueber diesen Begriff siehe Anm. 16 zu § 377. Es ist das Aufgeben der durch den Transport übernommenen Gewahrsam mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Adressaten. In diesem Sinne stellt auch die Uebergabe der Waare an die Zollbehörde nach Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte oder nach Benachrichtigung des Empfängers, sowie unter Aushändigung der Begleitpapiere, eine Aushändigung dar (R.O.H. 2 S. 252). Regelmäßig ist die Waare dem Adressaten in seine Behausung zu bringen (R.O.H. 2 S. 417; anderer Meinung Thöl III S. 30), dort ist sie aber nur abzuladen, nicht etwa noch auf den Lagerplatz einzukarren, in den Keller zu tragen ꝛc. Eine Ausnahme von dieser Ueberbringungspflicht besteht bei denjenigen Eisenbahnen, die nach ihrem Reglement das Gut bloß in den Bahnhof zu schaffen und die Ankunft zu avisiren haben (R.O.H. 8 S. 24). Keine Ausnahme dagegen gewährt der Verzug, dieser verändert nach neuem Recht die Ueberbringungspflicht nicht in eine Abholungspflicht. Der Frachtführer braucht zwar, wenn der Empfänger erklärt hat, er wolle das Gut nicht abnehmen oder die Fracht nicht be-

zahlen, zunächst das Gut nicht abzuliefern (§ 295 B.G.B.), aber wenn der Adressat es nachträglich verlangt unter Anbietung der Mehraufwendungen für das erste vergebliche Angebot, so ist der Frachtführer verpflichtet, die Abrollung nunmehr eventl. noch einmal zu bewirken (§ 304 B.G.B.). Will der Frachtführer sich davor schützen, in die Lage zu kommen, wiederholt abzurollen, so mag er gemäß § 372 B.G.B. hinterlegen oder gemäß § 383 B.G.B. das Gut versteigern lassen und den Erlös hinterlegen. (Vergl. über Gesichtspunkte ähnlicher Art Anm. 19 im Exkurse zu § 372).

Ueberall, wo die Waare nicht zu überbringen ist, muß die Ankunft wenigstens avisirt werden (R.O.H. 8 S. 29; 14 S. 279). Ist die Wohnung oder das Geschäftslokal des Empfängers weder in dem Frachtbriefe angegeben, noch sonst bekannt, so kann der Frachtführer die Abholung gewärtigen, event. nach § 437 verfahren (Eger 2 S. 171). Anm. 6.

b) Gegen Erfüllung der sich aus dem Frachtvertrage ergebenden Verpflichtungen. Also nur Zug um Zug kann der Adressat seine Rechte aus dem Frachtvertrage geltend machen. Er kann nicht Vorleistung verlangen. Es kann andererseits die Herausgabe des ganzen Frachtgutes verweigert werden, bis der Adressat seinerseits die Rechte aus dem Vertrage erfüllt (R.O.H. 14 S. 272), vorbehaltlich der allgemeinen Bestimmung des § 320 Abs. 3 B.G.B., wonach bei theilweiser Leistung die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden kann, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Theils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Ist das Gut durch Nachnahme beschwert, so ist der Frachtführer dem Absender gegenüber verpflichtet, das Gut nur gegen Zahlung der Nachnahme auszuhändigen. Er haftet ihm sonst für den Schaden, und dieser Bestimmung des Frachtvertrages ist auch der Adressat unterworfen und muß sich ihr fügen. Anm. 7.

Gehört zu den Verpflichtungen des Adressaten auch die Aushändigung eines Empfangsscheins? Das H.G.B. verlangt das nicht. Aber das B.G.B. legt in seinem § 368 dem Gläubiger die Verpflichtung auf, gegen Empfang der Leistung dem Schuldner eine Quittung zu geben. Man kann auch nicht sagen, daß die Ertheilung der Quittung im Verkehr nicht üblich sei. Anm. 8.

Im eigenen Namen kann der Empfänger diese Rechte geltend machen. Er gilt also dabei nicht als Mandatar des Absenders; wenn es sich um Schadensersatz handelt, kommt nur sein Schaden bezw. der seines Kommittenten, nicht ohne Weiteres der des Absenders in Betracht (R.O.H. 4 S. 359; R.G. 13 S. 68). Mit Unrecht will Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 482 dem Empfänger auch das Recht geben, das Interesse des Absenders geltend zu machen. Anm. 9.

5. **Das Recht erlischt, wenn der Absender ihm gemäß § 433 mit einer veränderten Anweisung zuvorgekommen ist.** Nach § 433 kann der Absender auch dann noch, wenn das Gut am Ablieferungsorte angekommen ist, dem Frachtführer veränderte Anweisungen ertheilen, insbesondere ihn anweisen, das Gut zurückzugeben oder einem Anderen abzuliefern, so lange der Adressat nicht den Frachtbrief ausgehändigt erhalten oder gemäß § 435 Klage gegen den Frachtführer erhoben hat. Daß der Adressat in anderer Weise, etwa durch eingeschriebenen Brief seine Rechte geltend gemacht hat, genügt nicht, auch das genügt nicht, daß ohne Aushändigung des Frachtbriefes der Adressat sich dem Frachtführer gegenüber zur Abnahme des Gutes verpflichtet hat, oder daß der Frachtführer sich ihm gegenüber direkt zur Auslieferung des Gutes verpflichtet hat. Alles das kann die Dispositionsbefugniß des Absenders vor dem Eintritt der im § 435 erwähnten Thatsachen nicht aufheben. Hat aber der Adressat den Frachtbrief ausgehändigt erhalten, oder Klage gegen den Frachtführer erhoben, so ist damit umgekehrt die Dispositionsbefugniß des Absenders erloschen. Spätere Gegenanweisungen des Absenders darf der Frachtführer nicht mehr beachten und dem Adressaten entgegenhalten. Jedoch wird das Verfolgungsrecht des Absenders aus § 44 KO. durch die Klageanstellung aus § 435 nicht beseitigt, weil hierin Anm. 10.

keine Besitzübertragung an den Adressaten liegt (Förtsch Anm. 11 zu Art. 405; bei uns Anm. 87 im Exkurse zu § 382).

Anm. 11. 6. **Die Vorschrift gewährt dem Empfänger ein Recht, ohne ihm eine Pflicht aufzuerlegen.** Es hat also nicht umgekehrt der Frachtführer ein gesetzliches Recht, gegen den Adressaten auf Abnahme des Gutes gegen Zahlung der Fracht zu klagen, dies auch nicht nach Annahme des Frachtbriefes. Vielmehr giebt § 436 erst nach Annahme des Gutes und des Frachtbriefes dem Frachtführer ein gesetzliches Recht auf Zahlung. Die Verpflichtungen treffen also den Absender, und zwar im ganzen Umfange, auch insoweit, als sie erst entstehen, nachdem das Recht des Empfängers ein unwiderrufliches geworden ist, so z. B. wenn wegen Verzögerung der Annahme Lagerkosten entstehen (R.O.H. 6 S. 276; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 482). Es kann aber gegebenen Falles schon mit Annahme des Frachtbriefes ein Vertragsrecht des Frachtführers auf Abnahme begründet sein (vergl. Anm. 1 zu § 436). Einen solchen Fall behandelt R.O.H. 20 S. 410: der Adressat hatte den Frachtbrief angenommen und den Frachtführer zur Auslieferung der Ladung angewiesen, hierdurch sich also dem Frachtführer gegenüber bereit erklärt, das Gut anzunehmen.

§ 436.

Durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefs wird der Empfänger verpflichtet, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefs Zahlung zu leisten.

Einleitung. **Der Paragraph giebt dem Frachtführer unter einer bestimmten Bedingung das gesetzliche Recht gegen den Adressaten auf Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefes.**

Anm. 1. 1. **Rechtliche Bedeutung der Vorschrift.** Der Paragraph statuirt eine direkte gesetzliche Zahlungsverpflichtung des Adressaten gegenüber dem Frachtführer ohne Rücksicht darauf, ob eine solche Zahlungsverpflichtung schon durch das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältniß begründet ist, also auch für den Fall, daß eine direkte Vertragsbeziehung nicht besteht. Keineswegs will der Paragraph besagen, daß nur unter der hier vorgesehenen Bedingung der Adressat dem Frachtführer gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist. Vielmehr kann diese Zahlungsverpflichtung auch sonst begründet sein, sei es, daß von vornherein ein Vertragsverhältniß zwischen beiden besteht (so z. B. wenn der Adressat zugleich der Absender ist) oder wenn nachträglich, insbesondere nach Ankunft des Gutes, eine Vertragsbeziehung begründet wird, wie dies z. B. dadurch geschieht, daß der Empfänger den Frachtbrief annimmt und dem Frachtführer Anweisung zur Ausladung giebt und dieser die Anweisung annimmt (vergl. Anm. 11 zu § 435). Regelmäßig liegt in der Annahme des Gutes nach Präsentation des Frachtbriefes die Herstellung einer solchen Vertragsbeziehung, die den Frachtführer berechtigt, seine Forderungen einzuklagen und dabei den Frachtbrief so lange zurückzuhalten, bis er befriedigt ist (Makower 11. Aufl. Anm. 28a zu Art. 406 und die dort citirte Entstehungsgeschichte des Artikels 406).

Anm. 2. Der Paragraph will nur in einem bestimmten Falle das gesetzliche Recht auf Zahlung geben. Der gesetzgeberische Grund der Vorschrift ist allerdings auch hier, daß in der Annahme des Guts und des Frachtbriefes eine Erklärung des Adressaten gegenüber dem Frachtführer liegt, welche geeignet ist, eine direkte Vertragsbeziehung zwischen beiden herzustellen.

Anm. 3. 2. **Die gesetzliche Bedingung der Zahlungsverpflichtung ist die Annahme des Gutes und des Frachtbriefes.** Annahme des Gutes allein erfüllt diese Bedingung nicht, kann aber aus sonstigen Gründen eine direkte Vertragsbeziehung zwischen den fraglichen Interessenten mit gleicher Wirkung herstellen (das gilt insbesondere, wenn ein Frachtbrief nicht ausgestellt ist). Das Gleiche gilt von der Annahme des Frachtbriefs allein. Zur Annahme gehört eine Uebernahme der Gegenstände durch den Destinatär mit seinem Willen. Körperliche Uebergabe ist nicht absolut erforderlich. Eine Vereinbarung, daß das Gut als ab-

geliefert gelten solle, jedoch vom Frachtführer aufzubewahren sei, genügt (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 542; Burchard S. 206); nicht aber die Vereinbarung, daß das Gut an einen anderen Ort weiter zu transportiren und dort abzunehmen ist (O.L.G. Hamburg ebenda). Werden Gut und Frachtbrief dem Adressaten in seiner Abwesenheit überbracht, so liegt das Erforderniß nicht vor; wohl aber, wenn er nachträglich seinen Willen zu erkennen giebt, das Gut zu behalten, also besonders, wenn er die Rückgabe verweigert (R.O.H. 20 S. 410). Erfolgt die Annahme unter der gleichzeitigen Erklärung, daß hiermit die Verpflichtung zur Zahlung der Fracht nicht anerkannt, vielmehr die Entscheidung über Behalten oder Rückgabe des Guts vorbehalten werde, so entbehrt die Annahme der verpflichtenden Kraft (Thöl III S. 63). Selbstverständlich ist der Frachtführer gegenüber einer solchen Erklärung nicht zur Aushändigung von Gut und Frachtbrief verpflichtet, sondern kann nach § 437 verfahren. Die Protestation verliert ihre Wirkung, wenn der Empfänger Handlungen vornimmt, die mit ihr im Widerspruch stehen, z. B. wenn er das Gut verbraucht oder verkauft (Förtsch Anm. 2 zu Art. 406).

Gleichgiltig ist, ob Gut und Frachtbrief gleichzeitig angenommen werden oder nach einander (Thöl III S. 63). Anm. 4.

3. **Der Inhalt der Verpflichtung ist Zahlung nach Maßgabe des Frachtbriefes.** Dabei ist nicht lediglich der Wortlaut des Frachtbriefes entscheidend. Es genügt vielmehr, wenn der Frachtbrief Bezug nimmt auf andere Schriftstücke (Begleitpapiere, Fakturen, Lieferungsscheine, Zollpapiere) oder auf ordnungsmäßig veröffentlichte Reglements und Tarife, auf Lokalstatuten, Ortsgebräuche (Eger 2 S. 368: Hahn § 4 zu Art. 406; R.O.H. 20 S. 410; 21 S. 181; R.G. 4 S. 74). Mindestens eine solche Bezugnahme ist aber erforderlich. Vereinbarungen, die mit dem Frachtbrief außer allem Zusammenhang stehen und die das Maß der Leistung, wie es sich aus dem Frachtbrief ergiebt, erhöhen oder verringern, sind auf die Zahlungsverpflichtung des Empfängers einflußlos. Wohl aber ist gegen den Inhalt des Frachtbriefes selbst der Einwand des Irrthums zulässig und führt zu Nach- und Rückforderungen (R.O.H. 9 S. 71; 21 S. 182), so z. B. wenn der Eisenbahnverwaltung ein Druckfehler in ihrem Frachtbriefformular nachgewiesen wird (R.G. 6 S. 101). Auch kann der Frachtbrief aus den nach Treu und Glauben anzunehmenden Intentionen des Absenders und Frachtführers interpretirt (R.G. 4 S. 74), nicht aber aus ihren mündlichen Abreden ergänzt werden (vergl. R.G. 1 S. 16). Anm. 5.

Der Gegenstand der Zahlung kann Frachtlohn sein, aber auch Spesen, Auslagen, Nachnahmen und Konventionalstrafen (R.O.H. 21 S. 185; R.G. v. 10. Nov. 1880 in Egers Eisenbahnrechtl. Entscheidungen 1 S. 304; v. 6. Juli 1883 ebenda 3 S. 87). Auch Liegegelder[1]) gehören dazu, wenn sie im Frachtbriefe vorbehalten oder durch Bezugnahme auf Ortsgebräuche begründet sind (R.G. 15 S. 76; R.G. vom 7. Mai 1881 in Seufferts Archiv 36 Nr. 289). Das R.O.H. 20 S. 409 hat die Liegegelder zugesprochen, weil es einen Annahmeverzug des Adressaten feststellte. Speziell über Konventionalstrafe vergl. R.O.H. 21 S. 185; R.G. bei Puchelt Anm. 8 (sie fällt dem Adressaten auch dann zur Last, wenn derselbe die unrichtige Deklaration nicht gekannt hat); speziell über Nachnahmen s. Obertribunal 76 S. 65 (sie sind vom Adressaten auch dann zu bezahlen, wenn der Frachtführer sie noch nicht bezahlt hat; es kann ja gerade ein Einkassirungsmandat vorliegen). Anm. 6.

Bei theilbaren Sendungen liegt in der Annahme eines selbstständigen Gutes eine Annahme im Sinne des § 436, die zur entsprechenden Leistung dem Frachtführer gegenüber verpflichtet (R.O.H. 15 S. 142). Anm. 7.

4. **Der Eintritt in diese Haftung befreit den Absender nicht.** Er begründet nur eine accessorische Verpflichtung des Empfängers, auf Grund deren der Frachtführer in der Lage ist, die Zahlung vom Empfänger zu fordern. Eine andere Frage ist, ob der Absender aus Anm. 8.

---

[1]) Ueber Liegegelder s. Mittelstein in G.Z. 40 S. 33 ffg., jetzt Binnenschifffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 §§ 30 ffg.

einer Schuld des Frachtführers bei der ihm etwa obliegenden Einkassirung eine Einwendung erheben kann (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 483).

Anm. 9. **Zusatz. Für das Eisenbahnfrachtrecht** trifft § 67 V.O. eine analoge Bestimmung.

§ 437.

Ist der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergiebt sich ein sonstiges Ablieferungshinderniß, so hat der Frachtführer den Absender unverzüglich hiervon in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisung einzuholen.

Ist dies dem Umständen nach nicht thunlich oder der Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Er kann, falls das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, das Gut auch gemäß § 373 Abs. 2 bis 4 verkaufen lassen.

Von der Hinterlegung und dem Verkaufe des Gutes hat der Frachtführer den Absender und den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen, es sei denn, daß dies unthunlich ist; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt dem Frachtführer besondere Pflichten und Rechte im Falle von Ablieferungshindernissen.**

Anm. 1. 1. **Vorausgesetzt ist ein Ablieferungshinderniß.** Hervorgehoben sind die Fälle, daß der Adressat nicht zu ermitteln ist oder daß er die Annahme verweigert. Letzterer Fall liegt auch dann vor, wenn der Empfänger sich weigert, die Fracht zu bezahlen (R.O.H. 2 S. 416; vergl. § 298 B.G.B.). Ein sonstiges Ablieferungshinderniß liegt vor, wenn die Zollbehörde das vom Auslande kommende Frachtgut nicht über die Grenze lassen will.

Anm. 2. 2. **Die Rechtsfolgen** sind:

a) Der Frachtführer hat die Benachrichtigungspflicht. Er hat den Absender von dem Ablieferungshindernisse unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisungen einzuholen, also ihn um seine Anweisungen zu ersuchen. Unterläßt er dies, so ist er dem Absender schadensersatzpflichtig, so z. B. wenn dadurch Modewaaren länger liegen und unmodern werden (R.O.H. 20 S. 347; vergl. bei uns Anm. 11 zu § 347).

Anm. 3. b) Ist die Benachrichtigung nicht thunlich oder war sie vergeblich, so ist dem Frachtführer ein besonderes Recht gewährt. Vergeblich ist die Benachrichtigung dann, wenn der von dem Hindernisse benachrichtigte Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die ertheilte Anweisung nicht ausführbar ist. Letzteres bedeutet nicht bloß eine Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern schon eine Unmöglichkeit im Rahmen des geschlossenen Frachtvertrages. Anweisungen, welche die im Frachtvertrage übernommenen Verpflichtungen überschreiten, braucht der Frachtführer auch im Falle eines Ablieferungshindernisses nicht auszuführen. Sind die ertheilten Anweisungen in diesem Rahmen nicht ausführbar, so liegt unser Fall vor (vergl. Anm. 1 zu § 433).

Anm. 4. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Frachtführer befugt, das Gut in einem öffentlichen Lagerhause oder sonst in sicherer Weise zu hinterlegen. Wenn das Gut dem Verderben ausgesetzt oder Gefahr im Verzuge ist, so kann er das Gut auch gemäß § 373 Abs. 2—4 verkaufen lassen (vergl. über alles dies Anm. 24 zu § 373). Einer gerichtlichen Mitwirkung bedarf es zur Ausübung aller dieser Rechte nach unserem

Paragraphen nicht, abweichend vom früheren Art. 417. Dagegen hat der Frachtführer von seinen Schritten dem Absender und dem Adressaten unverzüglich zur Vermeidung des Schadensersatzes Nachricht zu geben, wie dies Abs. 3 vorschreibt.

Zusatz 1. Außerdem ist an dieser Stelle darauf aufmerksam zu machen, daß der Frachtführer ein Verkaufsrecht auch beim Nichtvorhandensein einer Gefahr hat, nämlich auf Grund seines Pfandrechts nach § 440. Anm. 5.

Zusatz 2. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß der Frachtführer auch noch das Recht hat, bei Verweigerung der Annahme, insbesondere wegen etwa vorhandener Mängel des Gutes, die Feststellung des Zustandes im Wege der Sicherung des Beweises gemäß § 488 C.P.O. vorzunehmen. (Den Text dieses Paragraphen und seine Erläuterung siehe im Exkurse zu § 379). Anm. 6.

§ 438.

Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so sind alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrag erloschen.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, soweit die Beschädigung oder Minderung des Gutes vor dessen Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar ist, kann der Frachtführer auch nach der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel in der Zeit zwischen der Uebernahme des Gutes durch den Frachtführer und der Ablieferung entstanden ist und die Feststellung des Mangels durch amtlich bestellte Sachverständige unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme beantragt wird. Ist dem Frachtführer der Mangel unverzüglich nach der Entdeckung und binnen der bezeichneten Frist angezeigt, so genügt es, wenn die Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkte beantragt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf.

Die Kosten einer von dem Empfangsberechtigten beantragten Feststellung sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt wird, für welche der Frachtführer Ersatz leisten muß.

Der Frachtführer kann sich auf diese Vorschriften nicht berufen, wenn er den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

Der vorliegende Paragraph enthält die bedeutsame Vorschrift, daß regelmäßig die Bezahlung der auf dem Gute haftenden Forderung und die Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage zur Erlöschung bringt. Einleitung.

I. Vorweg ist zu bemerken, daß hier ein aus Nützlichkeitsrücksichten aufgestellter, zu singulären Konsequenzen führender und daher strikt zu interpretirender Rechtssatz vorliegt (R.O.H. 25 S. 32). Anm. 1.

II. **Die Regelvorschrift** ist, daß die Bezahlung der auf dem Frachtgute ruhenden Forderung und die Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage zur Erlöschung bringt. Anm. 2.

1. Die Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht mit Nebenkosten erzeugen diese Rechtswirkung.

a) Der Grund dieser Rechtswirkung liegt darin, daß in der Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht mit Nebenkosten eine Genehmigung der Leistung des Frachtführers liegt, durch welche er die Sache als für ihn endgültig erledigt betrachten darf. Singulär aber ist, daß eine Genehmigungshandlung des einen Interessenten auch gegen einen anderen Interessenten wirkt, denn durch die Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht seitens des Empfängers erlöschen auch die Ansprüche des Absenders (vergl. unten Anm. 11).

Anm. 3. b) Auf den ersten Anschein scheint ein Widerspruch mit anderen Vorschriften vorzuliegen. Denn nach der richtigen Auffassung des § 430 muß der Empfänger auch das beschädigte und unvollständige Gut annehmen (Anm. 4 zu § 430), aus dieser Annahme aber in Verbindung mit der Annahme des Frachtbriefes folgt nach § 436 die Verpflichtung zur Bezahlung der Fracht. Damit scheint es in Widerspruch zu stehen, wenn unser Paragraph an die Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht den Verlust jedes Anspruchs an den Frachtführer knüpft. Dieses Dilemma löst sich dadurch auf, daß Frachtführer und Empfänger einander nur Zug um Zug zu leisten brauchen, so daß der Empfänger in der Lage ist, seinen etwaigen Schaden sofort abzuziehen, welcher, wenn er nicht sofort festgestellt werden kann, zu ermitteln ist durch Anträge auf Sicherung des Beweises in Gemäßheit des § 488 C.P.O. (Burchard S. 209). Auch Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung (etwa dahin, daß die Waare bezw. der Schade abgeschätzt und der Erlös hinterlegt wird) sind zulässig (Burchard S. 210). Zieht der Empfänger seinen Schaden nicht sofort ab, sondern zahlt er freiwillig die volle Fracht, so greift der vorliegende Paragraph Platz. Nach diesem genügt es ja übrigens auch (vergl. Abs. 2), daß die Beschädigung oder Minderung des Guts vor der Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt wird, um die weitgehende Rechtswirkung des Abs. 1 zu beseitigen (vergl. unten Anm. 12).

Anm. 4. c) Annahme des Gutes und Bezahlung der Fracht und Nebenkosten haben die Rechtswirkung nur, wenn sie dem Empfänger zuzurechnende, freie und bewußte Rechtsakte sind. Dazu gehört zunächst, daß das Gut von ihm selbst oder von einem Bevollmächtigten desselben angenommen und die Fracht ebenso bezahlt ist. Es genügt nicht, daß irgend einer seiner „Leute" dies bewirkt. Dazu gehört ferner, daß kein Irrthum auf seiner Seite vorliegt (R.O.H. 8 S. 195), kein Betrug und endlich kein Zwang (Schott bei Endemann III S. 368). Als solcher ist es schon anzusehen, wenn der Frachtführer widerrechtlich auf Zahlung der Fracht besteht, ohne die äußere Besichtigung des Gutes und seine Verwiegung zu gestatten, so daß dem Empfänger, um in den Besitz des Gutes zu gelangen, nichts übrig bleibt, als nothgedrungen die volle Fracht zu zahlen (vergl. § 90 Nr. 3 der Verk.Ordn., wo ein derartiger Zwang verboten ist). — Einseitige Vorbehalte oder Proteste beseitigen aber das Präjudiz des vorliegenden Paragraphen nicht (R.O.H. 1 S. 182, Burchard S. 205). Vergl. unten Anm. 7. Wohl aber genügt die Feststellung des Zustandes durch amtlich bestellte Sachverständige (siehe unten Anm. 12).

Anm. 5. d) Die Begriffe: Annahme des Guts und Bezahlung der Fracht. Unter Annahme des Guts ist die Uebernahme nach beendetem Transport zu verstehen. (Vergl. hierüber Anm. 3 zu § 436; auch Bolze 14 Nr. 403.) Bei Zurückweisung des beschädigten Theils der Sendung liegt niemals Annahme der ganzen Sendung vor (vergl. O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 240). Die Vorschrift des Abs. 1 findet ferner nicht Anwendung, wenn in Folge Aufhebung des Frachtvertrages das Frachtgut vom Absender zurückgenommen wird (R.G. 22 S. 145). Unter der Fracht ist nur dasjenige Frachtgeld zu verstehen, welches sich der Frachtführer vom Absender ausbedungen hat (R.G. vom 25. April 1882 bei Puchelt Anm. 6), so daß das Erforderniß nicht vorliegt, wenn der Frachtführer dem Empfänger einen Frachtbrief mit anderem Inhalt übergeben hat, als er vom Absender erhalten hat (R.G. 1 S. 3). Auch muß, damit das Requisit dieses Paragraphen vorhanden ist, das volle Frachtgeld gezahlt sein,

nicht bloß ein Theil (sog. Aconto-Zahlung, R.G. 25 S. 32; vergl. Bolze 11 Nr. 364), und es muß gerade die vorliegende Frachtforderung getilgt sein; eine solche Zahlung liegt nicht vor, wenn der Empfänger mit dem Frachtführer in einem laufenden Rechnungsverhältnisse steht, in welchem jede einzelne Zahlung auf eine Reihe von Ansprüchen vorbehaltlich definitiver Abrechnung erfolgt. (R.G. vom 15. Januar 1890 bei Burchard S. 205). Zur Fracht in diesem Sinne gehören nach richtiger Ansicht alle aus dem Frachtverhältniß überhaupt sich ergebenden Forderungen des Frachtführers, also auch Spesen und Auslagen (Eger 2 S. 555). Zum Ueberfluß spricht der Abs. 1 jetzt nicht bloß von der Fracht, sondern auch von den sonstigen auf dem Gute haftenden Forderungen. Der Zahlung gleich gilt nicht ein Zahlungsversprechen oder Kreditirung der Fracht (R.G. 25 S. 32), wohl aber genügt Novation und Kompensationsvertrag (R.G. ebenda); auch Hergabe eines Wechsels, wenn auch nur zahlungshalber, genügt unserer Ansicht nach, denn hierin liegt nach der Anschauung des Verkehrs und dem Sprachgebrauche der Gesetze eine Bezahlung; nicht aber genügt bloße Ausstellung eines Schuldscheins. Wenn das R.G. a. a. O. weiter hervorhebt, daß beim Hinzutreten anderer Umstände auch im Zahlungsversprechen eine Billigung des Transports erblickt werden kann, so trifft dies allerdings zu; es liegt dann jedoch nicht ein Fall des vorliegenden Paragraphen vor, so daß z. B. die Genehmigungshandlung nur dem Genehmigenden selbst präjudizirt, nicht auch dem Absender.

c) Nur beide Akte zusammen erzeugen die Rechtswirkung, nicht Annahme des Guts allein, weshalb bei Frankosendungen der Paragraph nicht Platz greift (R.O.H. 13 S. 415; R.G. 25 S. 32, abweichend Cosack S. 445), auch dann nicht, wenn der Empfänger noch einzelne Spesen außer der vom Absender bezahlten Fracht an den Frachtführer bezahlt hat (R.O.H. bei Puchelt Anm. 6). Andererseits genügt auch Zahlung der Fracht allein nicht (R.O.H. 14 S. 295; 15 S. 143; Bolze 14 Nr. 403). Doch brauchen nicht beide Akte gleichzeitig gethätigt zu werden, und es ist auch gleichgiltig, in welcher Reihenfolge sie vorgenommen werden (O.L.G. Marienwerder in Seufferts Archiv 48 S. 437). Anm. 6.

2. **Es erlischt der Anspruch.** Es wird nicht etwa bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet, daß der Transport genehmigt sei, sondern er gilt von Gesetzeswegen als genehmigt (R.G. 25 S. 32). Das Erlöschen wird daher nicht aufgehalten durch einen einseitigen Vorbehalt des Empfängers (R.O.H. 1 S. 181), wohl aber durch einen vertragsmäßigen Vorbehalt (R.O.H. 15 S. 34; O.L.G. Hamburg in G.Z. 38 S. 239), als welcher auch der einseitig gemachte und andererseits genehmigte, z. B. in der Quittung bescheinigte Vorbehalt zu betrachten ist. Indessen liegt nicht schon in der bloßen Nichtzurückweisung eines vom Empfänger gemachten Vorbehaltes eine Genehmigung (Eger 2 S. 544). Anm. 7.

Das Erlöschen beseitigt den Anspruch überhaupt, auch einredeweises Vorbringen ist alsdann unstatthaft, aber diese Wirkung ist verzichtbar und daher nicht von Amtswegen zu berücksichtigen (Eger 2 S. 563; Schott bei Endemann III S. 370; R.G. 1 S. 3). Anm. 8.

3. **Jeder Anspruch aus den Frachtvertrage gegen den Frachtführer** erlischt. Anm. 9.

a) Gegen den **Frachtführer,** nicht auch gegen den Spediteur (R.O.H. 8 S. 195; 24 S. 289).

b) **Gegen** den Frachtführer, also nicht des Frachtführers. Dieser kann also darthun, daß er weniger Lohn empfangen habe, als der Frachtbrief angiebt, und kann demgemäß nachfordern. Anm. 10.

c) **Jeder Anspruch** aus dem Frachtvertrage. Es sind also hier diejenigen Ansprüche getroffen, welche sich aus der mangelhaften Erfüllung der durch Eingehung des Frachtvertrages übernommenen Verpflichtungen ergeben, also z. B. nicht Ansprüche aus Delikten oder wegen Rückforderung irrthümlich zu viel Anm. 11.

gezahlter Fracht (R.O.H. 15 S. 33; R.G. 6 S. 104), nicht Ansprüche aus einem dem Frachtvertrage vorangehenden oder nachfolgenden Verwahrungsvertrage (R.O.H. 24 S. 305; Eger 2 S. 560). Innerhalb jenes Kreises aber ist jeder Anspruch getroffen, es mag sich um positiven Schaden handeln oder um Konventionalstrafen, um Strafen wegen körperlicher Beschädigung oder wegen verspäteter Ablieferung des Gutes oder wegen ungeschickter Dirigirung desselben (R.O.H. 15 S. 28); es mag sich ferner um einen Anspruch des Empfängers oder um einen des Absenders handeln (der Empfänger liberirt also durch sein Verhalten den Frachtführer auch gegenüber dem Absender. Wie der Empfänger diesem verantwortlich ist, darüber vergl. unten Anm. 17). Bei Vorsatz oder grobem Versehen aber kann sich der Frachtführer auf die Vergünstigung des Paragraphen nicht berufen.

III. **Von dieser Regel giebt es zwei weitreichende Ausnahmen.**

Anm. 12. 1. (Abs. 2.) Die Ansprüche erlöschen trotz Bezahlung der Fracht und Annahme des Gutes nicht, wenn die Beschädigung oder Minderung vor der Annahme durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist. Diese Ausnahme geht sehr weit. Von ihr wird wohl in den meisten Fällen Gebrauch gemacht werden, sodaß in der Praxis die Regel des Abs. 1 wohl kaum zur Anwendung gelangen wird. Ihrem Wortlaut nach bezieht sich die Vorschrift nur auf die Fälle von Quantitäts- oder Qualitätsfehlern, (über diese Begriffe, insbesondere über die Minderung im Gegensatz zum Totalverlust siehe unten Anm. 13), nicht auch auf den Fall verspäteter Ablieferung. Und es ist auch keine Möglichkeit vorhanden, die Beschädigung und Minderung des Gutes auf den Fall des Verspätungsschadens auszudehnen. Analogie aber ist ausgeschlossen, weil eine Ausnahmevorschrift vorliegt (so auch Cosack S. 445). Die amtlich bestellten Sachverständigen brauchen nicht ad hoc bestellt zu sein, es können auch ein für alle Mal bestellte Sachverständige sein (Denkschrift S. 262). Natürlich genügt trotz des gebrauchten Plurals die Zuziehung eines Sachverständigen. Ist der zugezogene Sachverständige nicht amtlich bestellt, so greift die Ausnahmevorschrift nicht Platz.

Anm. 13. 2. (Abs. 3.) Die Ansprüche gegen den Frachtführer erlöschen trotz Bezahlung der Fracht und Nebenkosten und trotz Annahme des Gutes dann nicht, wenn sich nach Annahme des Gutes äußerlich nicht erkennbare Quantitäts- oder Qualitätsmängel herausgestellt haben und der Adressat gewisse Feststellungen trifft.

a) Auch diese Ausnahmevorschrift bezieht sich nur auf den Fall der Minderung oder der Beschädigung. Also z. B. nicht auf den Fall verspäteter Ablieferung, obwohl auch hier ein späteres Bemerken denkbar ist, natürlich auch nicht auf den Totalverlust; denn beim Totalverlust ist die Voraussetzung der Annahme des Guts begrifflich nicht möglich (R.O.H. 15 S. 143). Als Totalverlust ist es zu betrachten, wenn von mehreren Kolli, welche selbstständige Güter darstellen, eines fehlt, da hier der Empfänger nur zur theilweisen Bezahlung der Fracht verpflichtet ist (vergl. Anm. 7 zu § 436), weshalb der Empfänger durch freiwillige Zahlung der vollen Fracht sich unter das Präjudiz des Abs. 1 begiebt (R.O.H. 15 S. 141), während durch irrthümliche Bezahlung eines selbstständigen Guts das Präjudiz nicht verwirkt wird (R.O.H. ebenda; vergl. oben Anm. 4). „Aeußerlich nicht erkennbar" sind diejenigen Mängel, welche im ordnungsmäßigen Geschäftsgange bei äußerlicher Prüfung (durch Auge, Gefühl, Geruch u. s. w.) nicht wahrgenommen werden können (Schott S. 330), vornehmlich also alle inneren Schäden und Mängel des Inhalts, bloße Gewichtsdefekte, innerer Verderb, Bruch u. s. w.

Anm. 14. b) Erste Voraussetzung dieser Ausnahme ist, daß nach der Entdeckung des Schadens die Feststellung desselben durch amtlich bestellte Sachverständige beantragt wird. Der Antrag muß unverzüglich nach der Entdeckung und dann binnen gewisser im Abs. 3 angegebener Fristen erfolgen. Er erfolgt privatim bei dem Sachverständigen, aber natürlich kann auch der Weg des § 488 C.P.O. beschritten werden (über diesen siehe den Exkurs zu § 379). Die Zuziehung eines Sachverständigen genügt. Ueber den Begriff „amtlich bestellter Sachverständiger" siehe oben Anm. 12.

c) Zweite Voraussetzung der Ausnahme ist der Beweis, daß der Schaden zwischen der Uebergabe an den Frachtführer und der Auslieferung durch ihn entstanden ist.

d) Beim Eisenbahntransport tritt noch eine dritte Voraussetzung hinzu: schriftliche Anmeldung des Anspruchs (§ 464 H.G.B.; § 90 V.O.).

IV. (Abs. 5.) **Die Vergünstigung des vorliegenden Paragraphen fällt fort, wenn der Frachtführer den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.** Der Beweis ist von dem anderen Theil zu führen. Es braucht natürlich kein eigener Vorsatz und keine eigene grobe Fahrlässigkeit des Frachtführers vorzuliegen, sondern es genügt derjenige Vorsatz und diejenige grobe Fahrlässigkeit, die der Frachtführer überhaupt zu vertreten hat (vergl. Anm. 1 zu § 431). Anm. 15.

V. **Die Kosten der amtlichen Feststellung** sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn er überhaupt schadensersatzpflichtig ist (Abs. 4). Anm. 16.

Zusatz. Nur das Verhältniß der Betheiligten zum Frachtführer ist hier geregelt. Die Frage, inwieweit dem Empfänger im Verhältniß zum Absender die Pflicht obliegt, für die Feststellung und Anzeige etwaiger Mängel der Waare zu sorgen, und welche Folgen die Verletzung solcher Pflicht und die anstandslose Annahme des Gutes und die Bezahlung der Fracht hat, beantwortet sich nach dem Rechtsverhältniß zwischen dem Absender und dem Empfänger. Insbesondere kann der Empfänger dann, wenn er durch solches pflichtwidriges Verhalten dem Absender das Regreßrecht gegen den Frachtführer entzieht, nicht selbst den Absender haftbar machen (R.O.H. 6 S. 108). Anm. 17.

§ 439.

Auf die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes finden die Vorschriften des § 414 entsprechende Anwendung. Dies gilt nicht für die im § 432 Abs. 3 bezeichneten Ansprüche.

Die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer.

1. Auf diese Verjährung findet der § 414 Anwendung, also die gleichen Regeln, wie für die Verjährung der Ansprüche gegen den Spediteur. Anm. 1.
2. Auch hier ist zu betonen, daß es sich nur um die Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer handelt. Die Verjährung der Ansprüche der Frachtführer richtet sich nach § 196 Nr. 3 B.G.B. (Verjährung der Ansprüche der Frachtfuhrleute in zwei Jahren, auch dann, wenn der Absender Gewerbetreibender ist, letzteres deshalb, weil Abs. 2 des § 196 B.G.B. sich auf die Nr. 3 des Abs. 1 daselbst nicht bezieht). Anm. 2.
3. Der Vorsorge wegen nimmt das Gesetz von der Verjährung des vorliegenden Paragraphen Ansprüche aus § 432 Abs. 3 aus, d. h. die Regreßansprüche der mehreren Frachtführer unter sich bei der Gesammthaftung auf Grund eines durchgehenden Frachtbriefes. Anm. 3.
4. Dagegen fallen natürlich unter die Verjährung des vorliegenden Paragraphen die Ansprüche des Empfängers gegen den Frachtführer. Z. B. aus § 437 Abs. 3 und § 435. Anm. 4.

§ 440.

Der Frachtführer hat wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse ein Pfandrecht an dem Gute.

Das Pfandrecht besteht, solange der Frachtführer das Gut noch im Besitze hat, insbesondere mittelst Konnossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann.

Auch nach der Ablieferung dauert das Pfandrecht fort, sofern der Frachtführer es binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist.

Die im § 1234 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichnete Androhung des Pfandverkaufs sowie die in den §§ 1237, 1241 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Benachrichtigungen sind an den Empfänger zu richten. Ist dieser nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme des Gutes, so hat die Androhung und Benachrichtigung gegenüber dem Absender zu erfolgen.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt dem Frachtführer ein gesetzliches Pfandrecht** und regelt dasselbe in folgender Weise: Abs. 1, 2 und 3 behandeln die Voraussetzungen, den Gegenstand und die Dauer des Pfandrechts, Abs. 4 giebt einige spezielle Vorschriften über die Realisirung des Pfandrechts.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Voraussetzungen des Pfandrechts:**

a) Das Bestehen von Ansprüchen der im Abs. 1 gedachten Art. Vor Allem gehören dazu alle durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen. Darunter sind bloß die durch den konkreten Frachtvertrag begründeten Forderungen gemeint, andererseits nicht bloß diejenigen, welche aus dem Frachtbriefe hervorgehen, sondern auch diejenigen, welche dem Frachtführer darüber hinaus an den Absender und Empfänger zustehen, z. B. in Folge eines Verschuldens des Absenders oder in Folge eines Verschuldens des Empfängers nach Eintritt in den Frachtvertrag. Insbesondere werden Fracht- und Liegegelder aufgezählt, die Zollgelder und andere auf das Gut gemachte Auslagen und Vorschüsse. Zu den letzteren gehören insbesondere im Gegensatz zu den Auslagen die sogenanten Werthvorschüsse. Die Nachnahme gehört dann stets zu den durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen, wenn der Frachtführer sie an den Vormann verauslagt hat; er braucht dann ihre Richtigkeit nicht zu prüfen und zu beweisen (R.O.H. 20 S. 190; 24 S. 288); aber auch dann gehören sie zu den durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen, wenn er sie nicht verauslagt hat, wohl aber das Einstehen für ihre Bezahlung übernommen, d. h. sich verpflichtet hat, das Gut ohne die Bezahlung der Nachnahme nicht auszuhändigen, nicht aber, wenn er sie weder verauslagt, noch eine eigene Verbindlichkeit übernommen, sondern nur sich verpflichtet hat, sie abzuführen, wenn sie eingehen (R.O.H. 15 S. 200).

Anm. 2. Die Kosten der Realisirung des Pfandes gehören zu den durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen (Johow 14 S. 8; vergl. jetzt §§ 1210 Abs. 2, 1257 B.G.B.).

Wie hieraus ersichtlich ist, haftet also das Gut nur für solche Forderungen, welche in Bezug auf das Gut selbst entstanden sind, es ist also absolute Konnexität vorausgesetzt. Wegen inkonnexer Forderungen kann vielleicht das Retentionsrecht geltend gemacht werden (siehe unten Anm. 13).

Anm. 3. b) Keine absolute Voraussetzung des Pfandrechts ist, daß das Frachtgut im Eigenthum des Absenders steht. Denn § 366 Abs. 3 findet hier Anwendung. Hiernach steht das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vertragsmäßig bestellten Pfandrechte gleich. Der Frachtführer erwirbt also ein gesetzliches Pfandrecht auch dann, wenn sein Gegenkontrahent kein Kaufmann ist (vergl. Anm. 60 zu § 366). Der gute Glaube besteht hier darin, daß der Frachtführer anzunehmen berechtigt war, der Absender sei zum Abschlusse des Frachtvertrages berechtigt (vergl. Anm. 8 zu § 410).

Anm. 4. 2. (Abs. 1.) **Gegenstand des Pfandrechts** ist das Frachtgut (welches nicht nothwendig im Eigenthum des Absenders zu stehen braucht; siehe Anm. 13), doch nur, soweit es einen selbstständigen Vermögenswerth darstellt, und daher Gegenstand eines Pfandrechts sein kann, was z. B. bei Zinskoupons, nicht aber bei Legitimationspapieren und Beweis-

urkunden, in welchen sich das Forderungsrecht nicht verkörpert, der Fall ist. In die letzte Kategorie gehören z. B. Talons, Hypothekendokumente, Lebensversicherungspolicen (vergl. Anm. 15 zu § 369).

3. (Abs. 2 und 3.) **Dauer des Pfandrechts.** Es beginnt mit der Uebernahme des Besitzes zum Zwecke des Transports, nicht erst mit dem Antritt der Reise. Es dauert, solange der Frachtführer das Gut in seinem Besitz hat. Das Pfandrecht dauert aber in schroffem Gegensatz zu sonstigen pfandrechtlichen Anschauungen auch nach der Ablieferung des Gutes fort, nämlich drei Tage lang, wenn das Gut sich bis dahin noch im Besitze des Empfängers befindet, und wenn ferner das Pfandrecht innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht wird. Ueber dieses dreitägige Folgerecht ist Folgendes zu bemerken: Anm. 5.

   a) Im Besitze des Empfängers muß sich die Sache befinden. Hört dieser Zustand innerhalb der drei Tage auf, so erlischt das Pfandrecht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der dritte Besitzerwerber das Pfandrecht kannte oder nicht, da es sich bloß um Vereitelung einer der Bedingungen des Bestehens des Frachtführerpfandes handelt (Schott bei Endemann III S. 385; Cosack S. 457). Zum Besitz des Empfängers genügt auch mittelbarer Besitz im Sinne des § 868 B.G.B. Es genügt also, wenn sich die Sache im Besitze eines Dritten befindet, der sie als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, vermöge dessen er dem Empfänger gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Es genügt natürlich auch, daß der Empfänger durch Konossement, Ladeschein oder Lagerschein über das Gut zu verfügen in der Lage ist. Die gerichtliche Pfändung entzieht dem Schuldner den Besitz nicht, auch nicht im Falle der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (anders Cosack S. 457). Anm. 6.

   b) Gerichtlich geltend gemacht muß das Pfandrecht werden. An sich braucht das Pfandrecht nach dem neuen Recht nicht gerichtlich geltend gemacht zu werden (vergl. unten Anm. 12). Aber im vorliegenden Falle muß eine gerichtliche Geltendmachung erfolgen, um das Pfandrecht zu erhalten. Es genügt, wenn innerhalb der drei Tage die Klage auf Herausgabe des Pfandobjekts (nicht bloß die Klage auf Zahlung der Fracht, da ein auf Realisirung des Pfandobjekts gerichteter Akt vorliegen muß) zugestellt wird, oder wenn innerhalb dieser Zeit ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Zwecke des Pfandverkaufs oder zum Zwecke der Hinterlegung des Erlöses im Falle der von anderer Seite betriebenen Versteigerung beim zuständigen Gericht gestellt, d. h. eingereicht wird. Anm. 7.

   c) Die drei Tage berechnen sich nach § 187 B.G.B.: der Tag der Ablieferung zählt nicht mit. Ist der letzte Tag der Frist ein Sonntag oder Feiertag, so erfolgt die Geltendmachung rechtzeitig am nächstfolgenden Werktage (§ 193 B.G.B.). Dauert die Ablieferung mehrere Tage, so entscheidet die Beendigung derselben für den Beginn der Frist (Johow 14 S. 8). Anm. 8.

4. (Abs. 4.) **Die Wirkung und Realisirung des Pfandrechts.** Hierüber giebt der vorliegende Paragraph im Abs. 4 nur einige spezielle Vorschriften. Es ist aber im Allgemeinen Folgendes zu sagen: Anm. 9.

   a) Die Wirkung des Pfandrechts und der Inhalt desselben gegenüber dem Schuldner. Die Wirkung ist die gleiche, wie beim vertragsmäßig bestellten Pfandrechte (§ 1257 B.G.B.). Vergl. daher Anm. 27 ffg. zu § 368.

   b) Die Wirkung des Pfandrechts gegenüber den Gläubigern und im Konkurse. Vergl. hierüber Anm. 57 und 58 zu § 369). Die dort erörterten Gesichtspunkte treffen auch hier zu. Anm. 10.

   c) Verhältniß des Pfandrechts zu dem Rechte des Gläubigers, die gesicherte Forderung durch Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners geltend zu machen. Hierüber siehe Anm. 60 zu § 369. Die dort erörterten Gesichtspunkte gelten auch hier. Anm. 11.

Anm. 12. d) Die Realisirung des Pfandrechts. Dieselbe folgt den Vorschriften über das gesetzliche Pfandrecht überhaupt (vergl. daher Anm. 78 zu § 368). Dazu giebt aber unser Abs. 4 einige Spezialvorschriften, welche darauf hinauslaufen, daß gewisse Benachrichtigungen und Androhungen an den Empfänger (obwohl dieser doch nicht der Pfandschuldner ist) und nur wenn dieser nicht zu ermitteln ist oder die Annahme verweigert, an den Absender zu richten sind. Es sind dies die Androhung des § 1234 Abs. 1 (von uns behandelt in Anm. 41 zu § 368), die Benachrichtigung des § 1237 B.G.B. (von uns behandelt in Anm. 48 zu § 368) und die Benachrichtigung des § 1241 B.G.B. (von uns behandelt in Anm. 53 zu § 368).

Dazu ist aber ferner als Spezialvorschrift zu erwähnen, daß die einmonatliche Wartefrist nach der Androhung des Verkaufs gemäß § 368 Abs. 2 H.G.B. hier nur eine Woche beträgt (vergl. Anm. 79 zu § 368).

Anm. 13. **Zusatz.** Außer dem Pfandrecht steht dem Frachtführer auch noch das civile Retentionsrecht und das kaufmännische Retentionsrecht nach § 369 zu, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

§ 441.

Der letzte Frachtführer hat, falls nicht im Frachtbrief ein Anderes bestimmt ist, bei der Ablieferung auch die Forderungen der Vormänner sowie die auf dem Gute haftenden Nachnahmen einzuziehen und die Rechte der Vormänner, insbesondere auch das Pfandrecht, auszuüben. Das Pfandrecht der Vormänner besteht so lange als das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

Wird der vorhergehende Frachtführer von dem nachfolgenden befriedigt, so gehen seine Forderung und sein Pfandrecht auf den letzteren über.

In gleicher Art gehen die Forderung und das Pfandrecht des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur und den nachfolgenden Frachtführer über.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph behandelt die Gestaltung der Rechte des Spediteurs und des Frachtführers für den Fall, daß das Gut durch die Hände mehrerer Spediteure und Frachtführer geht.** Ob der Frachtbrief ein durchgehender ist oder nicht, ist für diesen Paragraphen gleichgiltig (Schott bei Endemann III gegen Hahn § 3 zu Art. 410); ja auch das ist nach der neuen Fassung des Paragraphen gleichgiltig, ob ein Frachtbrief überhaupt ausgestellt ist. (Vergl. hierüber Pappenheim, Das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines H.G.B. 1896).

Anm. 1. 1. **Abs. 1 behandelt den Fall, daß das Gut durch die Hände mehrerer Frachtführer oder Spediteure geht und der spätere den früheren nicht befriedigt.** In diesem Falle hat der spätere Frachtführer das Recht und die Pflicht der Geltendmachung der Rechte der Vormänner, und das Pfandrecht der Vormänner bleibt so lange bestehen, wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers.

a) Das Recht und die Pflicht des letzten Frachtführers zur Geltendmachung der Rechte der Vormänner.

α) Er hat das Recht und die Pflicht, d. h. dem Empfänger gegenüber das Recht (die gesetzliche Vollmacht, das präsumtive Mandat) und den Vormännern gegenüber die Pflicht, deren Verletzung ihn zum Schadensersatz verpflichtet (vergl. Anm. 11 zu § 347). Doch besteht die Pflicht nicht, soweit sie dem eigenen Interesse widerstrebt. Er braucht daher die Rechte seiner Vormänner nur durch Nichtablieferung und Deposition zu wahren, oder durch Geltendmachung der Rechte der Vormänner neben den seinigen („auch") bei der Ablieferung, braucht aber nicht zu verkaufen, wenn dies seinem Interessen zuwiderläuft (Schott S. 448). Das Recht und die Pflicht fallen fort, wenn der Frachtbrief ein Anderes bestimmt, selbstverständlich auch dann, wenn in andrer Weise etwas Gegentheiliges vereinbart oder bestimmt ist.

β) Zur Geltendmachung der Rechte, und zwar aller Forderungen aus dem Frachtvertrage, sie mögen aus dem Frachtbriefe ersichtlich sein oder nicht, sofern sie ihm nur bekannt geworden sind, und aller Rechte, insbesondere des Pfandrechts, aber auch des Retentionsrechts, sofern dasselbe noch besteht. Die Art der Geltendmachung bestimmt sich nur nach der Person des Berechtigten. Der letzte Frachtführer macht das Recht des Vormannes geltend kraft gesetzlicher Vollmacht, und ebenso kann er die Forderung des Vormannes einklagen. Soll ein Rechtsvertreter bestellt werden, so ist er kraft seiner gesetzlichen Vollmacht berechtigt zu dieser Bestellung. Er ist geeigneten Falls auch verpflichtet, zu klagen. Doch ist an diese Verpflichtung kein eigentliches Präjudiz geknüpft, da er seines Regreßrechtes nur verlustig geht, wenn er das nicht thut, was § 442 vorsieht. Anm. 2.

γ) Dieses Recht und diese Pflicht hat der letzte Frachtführer nach dem gegen früher veränderten Wortlaut des Gesetzes nicht nur gegenüber den vorangehenden Frachtführern, sondern auch gegenüber den vorangehenden Spediteuren. (Denkschrift S. 264). Anm. 3.

b) Das Pfandrecht der Vormänner besteht solange, als das Pfandrecht des letzten Frachtführers. Es geht also weder dadurch unter, daß das Gut in den Besitz eines nachfolgenden Frachtführers oder Spediteurs gelangt (der Vormann behält eben mittelbaren Besitz), noch auch dadurch, daß es abgeliefert wird, sondern es dauert noch 3 Tage nach der Ablieferung fort, wie das Pfandrecht des letzten Frachtführers. Auf diese Weise bezieht sich, da unter den Vormännern auch der Spediteur zu verstehen ist (oben Anm. 3), das dreitägige Folgerecht des § 440 unter Umständen auch auf das Pfandrecht eines Spediteurs. Anm. 4.

2. **Abs. 2 und 3 statuiren für den Fall der Befriedigung des Vormannes einen Uebergang der Rechte des vorangehenden Frachtführers auf den nachfolgenden und ebenso der Rechte des Spediteurs auf den nachfolgenden Spediteur oder Frachtführer.** Nach dem Wortlaut des Gesetzes, der mit dem Willen der Gesetzesredaktoren übereinstimmt, liegt eine gesetzliche Cession vor, so daß der letzte Frachtführer oder Spediteur die Rechte der Vormänner geltend macht als seine eigenen, doch als solche, die nicht in seiner Person entstanden sind. Die rechtliche Kraft, die Priorität und Art der Geltendmachung der Befugnisse beurtheilt sich daher aus dem Rechte dessen, in dessen Person es entstanden ist, nicht aus der Person des letzten Frachtführers oder Spediteurs (diese sehr bestrittene Frage ist in dem hier dargelegten Sinne von Schott S. 449 gegen die herrschende Ansicht, vertreten von Laband [in G.Z. 9 S. 467]; Hahn §§ 3—6; Eger 2 S. 590 überzeugend ausgeführt). Zu beachten ist aber dabei — und das widerlegt die angeblich praktische Unbrauchbarkeit der Schott'schen Ansicht —, daß der letzte Frachtführer wegen seiner Auslagen, insbesondere der Nachnahme, meist auch ein eigenes Pfandrecht haben wird. Anm. 5.

Hervorgehoben mag noch werden, daß sich auch die Absätze 2 und 3 nicht auf die aus dem Frachtbrief hervorgehenden Forderungen beschränken, sich vielmehr auf alle aus dem Frachtvertrag hervorgehenden Forderungen und alle Rechte der Vormänner (auch der Spediteure) auf Grund des Frachtvertrages beziehen (Denkschrift S. 264). Anm. 6.

Zusatz. Von den Forderungen und dem Pfandrechte des Kommissionärs handelt der vorliegende Paragraph nicht. Der Kommissionär kann sich aber decken, indem er von dem Frachtführer oder Spediteur Nachnahme erhebt, und wegen dieser haben dann der Frachtführer und Spediteur ein unter § 441 fallendes Pfandrecht an dem Frachtgute. Anm. 7.

Der Absender und **der Versender** als solche haben das Pfandrecht nicht.

§ 442.

Der Frachtführer, welcher das Gut ohne Bezahlung abliefert und das Pfandrecht nicht binnen drei Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht, ist den Vormännern verantwortlich. Er wird, ebenso wie die vorher-

gehenden Frachtführer und Spediteure, des Rückgriffs gegen die Vormänner verlustig. Der Anspruch gegen den Empfänger bleibt in Kraft.

Verlust des Regreßrechts bei Auslieferung des Guts ohne Bezahlung und ohne Konservirung des Pfandrechts.

Anm. 1. I. **Der Inhalt der Vorschrift im Allgemeinen.** Es gilt als ein naturale des Frachtvertrages, daß der Frachtführer das Gut nicht aushändigt ohne Bezahlung oder ohne wenigstens das Pfandrecht zu wahren. Thut er es dennoch, so geht er seines Regreßrechts gegen seine Vormänner verlustig, denn er hat den Verlust dann verschuldet. Wird der Transport durch mehrere Personen successive ausgeführt, so trifft der gleiche Rechtsnachtheil die Vormänner des letzten Frachtführers gegenüber ihren Vormännern. Denn die ersteren haben ihre Forderung dem letzten Frachtführer zur Einziehung übertragen und haben daher die Folge zu tragen, wenn dieser ihr Vertrauen nicht gerechtfertigt hat. Hatten die Vormänner sich auf dem Wege der Nachnahme befriedigt, so ist das Resultat, daß der letzte Frachtführer gegen sie keinen Regreß hat. Haben sie keine Nachnahme erhalten, so haftet ihnen der letzte Frachtführer für den Betrag ihrer Forderung (das Letztere ist im Gesetze jetzt besonders hervorgehoben).

II. Die beiden Vorschriften dieses Paragraphen sind also: **Der an die Auslieferung geknüpfte Regreßverlust und die Verantwortlichkeit des letzten Frachtführers gegenüber den Vormännern.**

A. **Der Regreßverlust.**

Anm. 2. 1. **Wessen Recht** geht verloren? Das Recht des Frachtführers und seiner Vormänner.

2. **Welche Rechte gehen verloren?** Alle Rechte aus dem Frachtvertrage, nicht bloß die durch Pfandrecht gesicherten, auch die gewöhnlichen Ueberliegegelder (Schott S. 455: Obertribunal 63 S. 315). Dagegen schließt der Paragraph nicht aus, daß aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung ein Anspruch gegen die Vormänner besteht (Hahn § 3 zu Art. 412, Puchelt Anm. 3 zu Art. 412). Daß der Anspruch gegen den Empfänger, sc. soweit ein solcher überhaupt besteht (Puchelt Anm. 6 zu Art. 412), in Kraft bleibt, hebt der Schlußsatz des Paragraphen besonders hervor.

Anm. 3. 3. **Gegen wen geht das Rückgriffsrecht unter?** Gegen die Vormänner, worunter hier auch der Absender zu verstehen ist, allerdings nicht auch der Versender (Hahn § 3 zu Art. 412; Burchard S. 404). Dieser kann nur Schadensansprüche gegen den Schuldigen geltend machen. Gegen den Empfänger bleibt der Anspruch ꝛc. des letzten Frachtführers, soweit er einen solchen hat, bestehen, sei es nach § 436 (Str.Arch. 71 S. 46) oder aus sonstigem Rechtsgrunde (Zahlungsversprechen). Auch ein früherer Frachtführer kann Ansprüche gegen den Empfänger haben, z. B. der erste Frachtführer, wenn der Empfänger ihm den Beförderungsauftrag gegeben hat.

Anm. 4. 4. **Die Bedingung des Regreßverlustes ist, daß der letzte Frachtführer das Gut ohne Bezahlung ausliefert und das Pfandrecht nicht innerhalb 3 Tagen geltend gemacht hat,** sc. wirksam geltend gemacht hat, was nicht mehr geschehen kann, wenn das Gut in der Zwischenzeit in den Besitz eines Dritten gelangt ist (§ 440). Diese beschränkende Auslegung Schott's (S. 453) verdient den Vorzug vor der gewöhnlichen Ansicht (vergl. z. B. Puchelt Anm. 1 und 2 zu Art. 412; anders jedoch Förtsch daselbst; Eger 3 S. 707), daß das Regreßrecht auch im letzteren Falle gewahrt ist, wenn den Frachtführer nur kein Mangel an Sorgfalt bei der Auslieferung des Guts trifft. Die unbefangene Betrachtung der Gesetzesworte führt zu Schott's Auslegung; denn ein nicht existirendes Pfandrecht kann nicht geltend gemacht werden. Ueberdies zieht Schott mit Erfolg auch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen für seine Ansicht heran.

Anm. 5. 5. **Das Rückgriffsrecht des Frachtführers sollte durch die Vorschrift unseres Paragraphen nicht zu einem subsidiären gemacht werden,** d. h. abhängig davon, daß er seine Ansprüche zunächst gegen den Empfänger geltend macht und durchsetzt. Wenn er nur das Gut dem Vormann gewahrt hat, kann er, falls der Einziehungsversuch beim Empfänger nicht gelang, sofort Regreß gegen den Vordermann nehmen (Schott S. 456; anders jedoch Förtsch Anm. 1 c zu Art. 412).

Selbstverständlich aber kann der Frachtführer zunächst sein Pfandrecht gegen den Empfänger ausüben und alsdann erst wegen des Ausfalls Regreß nehmen. Auf diese Weise kann es kommen, daß während der Dauer eines langwierigen Prozesses der Vormann regreßpflichtig bleibt, eine Rechtsfolge, gegen welche er sich durch eine schützende Bestimmung im Frachtbriefe (daß nur gegen Zahlung der Fracht ausgehändigt werden soll) sichern mag. (Schott S. 456; Makower 11. Aufl. Anm. 34 b zu Art. 412). Anm. 6.

B. **Die Verantwortlichkeit des letzten Frachtführers.** Der letzte Frachtführer hat, wie unser Paragraph ergiebt, seinen Vormännern gegenüber die Verpflichtung, das Gut nicht ohne Bezahlung der Fracht abzuliefern oder wenn er dies gleichwohl thut, das Pfandrecht innerhalb drei Tagen derart geltend zu machen, daß seine Vormänner gegen den Regreßverlust und auch dagegen geschützt sind, daß ihnen in Folge der Nichtgeltendmachung des Pfandrechts bei der Verfolgung des Empfängers ein Ausfall entsteht. Verletzt er diese Pflicht, so ist er den Vordermännern dafür verantwortlich, d. h. er ist ihnen zum Ersatze des hierdurch erwachsenen Schadens verpflichtet. Anm. 7.

§ 443.

Bestehen an demselben Gute mehrere nach den §§ 397, 410, 421, 440 begründete Pfandrechte, so geht unter denjenigen Pfandrechten, welche durch die Versendung oder durch die Beförderung des Gutes enstanden sind, das später entstandene dem früher entstandenen vor.

Diese Pfandrechte haben sämmtlich den Vorrang vor dem nicht aus der Versendung entstandenen Pfandrechte des Kommissionärs und des Lagerhalters sowie vor dem Pfandrechte des Spediteurs und des Frachtführers für Vorschüsse.

Rangordnung bei der Kollision zwischen verschiedenen gleichzeitig bestehenden gesetzlichen Kommissionär-, Lagerhalter-, Spediteur- und Frachtführerpfandrechten. Eine solche Kollision bedarf gesetzlicher Regelung, weil sonst nicht entschieden werden kann, wie der Erlös zu vertheilen ist, wenn er zur Befriedigung aller auf dem Gute haftenden Pfandrechte nicht ausreicht. Vorkommen kann eine Kollision deshalb, weil die gesetzlichen Pfandrechte nicht voraussetzen, daß der Pfandgläubiger die Gewahrsam des Pfandobjekts habe, es vielmehr genügt, wenn ein Anderer für ihn detinirt, wie z. B. der Spediteur oder der Frachtführer für den Kommissionär, oder wenn der Kommissionär mittelst Dispositionspapiers (Konossement oder Ladeschein) verfügen kann; und ferner deshalb, weil das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers möglicher Weise noch nach der Ablieferung fortdauert, welche Ablieferung aber an einen Kommissionär oder Spediteur erfolgen kann; und endlich deshalb, weil nach § 441 die gesetzlichen Pfandrechte verschiedener Spediteure und verschiedener Frachtführer sämmtlich neben einander bestehen bleiben, wenn das Gut durch ihre Hände gegangen ist. **Die Rangordnung ist derart geregelt, daß in der ersten Klasse diejenigen Pfandrechte stehen, welche durch die Versendung und den Transport des Gutes entstanden sind, in der zweiten Klasse alle übrigen Pfandrechte, insbesondere diejenigen wegen der Vorschüsse.** Einleitung.

1. **Die erste Klasse: Pfandrechte, welche durch die Versendung oder den Transport des Gutes entstanden sind.** Diese sind bevorzugt, weil sie dazu dienen, das Gut zu konserviren oder den Werth des Gutes dadurch zu erhöhen, daß es seinem Bestimmungsorte entgegengebracht wird. Anm. 1.

   Im Einzelnen gehören hierher:

   a) Die Forderungen des Spediteurs für die Versendung des Guts. Darunter fallen dessen Forderungen wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen, dagegen nicht die Forderungen wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse. Ebensowenig fallen unter die erste Klasse die Forderungen des Spediteurs wegen der an die Vormänner gezahlten Nachnahme, insoweit die letzteren pfandberechtigte Vorschüsse auf das Gut enthalten

(Schott S. 458; anders Laband und Eger in Konsequenz ihre abweichenden Konstruktion des in § 441 Abs. 2 statuirten gesetzlichen Forderungsübergangs, anders auch Förtsch Anm. 2 zu Art. 411; vergl. bei uns Anm. 5 zu § 441).

Anm. 2. b) Die Forderungen des Frachtführers für den Transport des Guts. Werthvorschüsse des Frachtführers gehören dazu nicht. Dagegen gehören Forderungen wegen verauslagter Nachnahmen dann in diese erste Klasse, wenn sie Transport- und Versendungskosten der Vormänner umfassen, in die folgende Klasse, soweit sie pfandberechtigte Vorschüsse von Vormännern enthalten (Schott S. 459; wiederum anders Laband und Eger, vergl. oben Anm. 1).

Anm. 3. c) Die Forderungen des Kommissionärs, insoweit dieselben durch die Versendung oder den Transport des Guts entstanden sind, wie z. B. Verwendung für Verpackung, Umpackung, Verladung, Lagerung (Schott S. 459). Dem Grundgedanken der hier statuirten Rangordnungen widerspricht es und durch den Wortlaut des früheren Art. 411 keineswegs geboten war es, wenn Puchelt (Anm. 2) den Kommissionär ganz in die zweite Klasse versetzen wollte. Dies ist nach dem jetzigen Wortlaut des Paragraphen nicht mehr angängig. Der Wortlaut ist absichtlich gewählt, um die Kontroverse in unserem Sinne zu entscheiden (Denkschrift S. 165).

Anm. 4. d) Endlich gehört in die erste Stelle das Pfandrecht des Lagerhalters (§ 425) wegen derjenigen Forderungen, welche durch die Versendung entstanden sind (Verwendungen für Verpackung, Umpackung, Lagerung, Konservirung).

Anm. 5. e) Innerhalb dieser ersten Klasse geht nach dem Prioritätsprinzip der in rem versio das später entstandene Pfandrecht dem früher entstandenen vor, weil die Waare umsomehr an Werth gewinnt, je näher sie an den Bestimmungsort gelangt, und es deshalb der Natur der Verhältnisse entspricht, daß derjenige den Vorrang vor anderen hat, welcher die Werthserhöhung durch seine Leistung bewirkt.

Anm. 6. 2. **In der zweiten Klasse stehen alle nicht in die erste Klasse gehörigen gesetzlichen Pfandrechte,** nämlich:

a) Das Pfandrecht des Kommissionärs wegen aller seiner pfandberechtigten Forderungen, mit Ausnahme der durch die Versendung oder den Transport des Guts entstandenen, insbesondere also wegen seiner Auslagen für das Gut, wegen Provision, wegen Werthvorschüsse und Darlehen (Schott S. 459; oben Anm. 3).

Anm. 7. b) Das Pfandrecht des Spediteurs wegen seiner Vorschüsse, einerlei ob eigene oder Vorschüsse der Vormänner.

c) Das vom bezahlten Vormann durch den Frachtführer erworbene Pfandrecht für Vorschüsse (Schott S. 459).

Anm. 8. d) Innerhalb der Pfandrechte der zweiten Klasse geht nach der allgemeinen Prioritätsregel: Prior tempore potior jure das früher entstandene Pfandrecht dem später entstandenen vor. Das ist jetzt nicht mehr besonders gesagt, weil es sich aus §§ 1209 und 1257 B.G.B. von selbst ergiebt (Denkschrift S. 265). Doch hat selbstverständlich im einzelnen Fall diese Regel nur insoweit Geltung, als nicht das zwischen zwei konkurrirenden Pfandberechtigten bestehende Rechtsverhältniß diese Reihenfolge nach Maßgabe des bürgerlichen oder des Handelsrechts ausschließt, wobei insbesondere an § 366 zu denken ist (vergl. Schott S. 459; Hahn § 3 zu Art. 412).

Anm. 9. **Zusatz 1. Konkurriren diese gesetzlichen Pfandrechte mit anderen Pfandrechten,** so kommen die Grundsätze des bürgerlichen Rechts bezw. der K.O. zur Anwendung (Eger 2 S. 600; Schott S. 460).

Anm. 10. **Zusatz 2. Der Paragraph handelt nicht von der Konkurrenz mehrerer Retentionsrechte unter sich oder von der Konkurrenz zwischen Retentionsrecht und Pfandrecht.** Auch eine solche Kollision kann vorkommen, weil auch das kaufmännische Retentionsrecht des § 369 nicht unmittelbare Gewahrsam zur unbedingten Voraussetzung hat, sondern nur die Möglichkeit der Verfügung. Wer nun dem Retentionsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts völlig abspricht (R.O.H. 8 S. 83),

löst diese Kollision sehr einfach durch den Satz, daß das Retentionsrecht gegen andere dinglich Berechtigte überhaupt nicht geltend gemacht werden kann, auch gegen solche nicht, welche ihr Recht später erworben haben, als der Retentionsberechtigte das seinige (so Laband in G.Z. 9 S. 485). Wer aber mit uns dem Retentionsrecht dingliche Kraft vindicirt (vergl. Anm. 38 zu § 369), der muß zu der Konsequenz gelangen, daß, solange das Retentionsrecht besteht, ein Dritter sein später erworbenes Eigenthum, Retentionsrecht oder Pfandrecht zum Nachtheil des früher entstandenen Retentionsrechts nicht geltend machen kann. Daraus folgt, daß das frühere Retentionsrecht dem späteren Retentionsrechte und allen späteren Pfandrechten vorgeht — alles dies vorbehaltlich der aus den Eigenarten des Retentionsrechts und des Pfandrechts sich ergebenden Konsequenzen, wonach zu Gunsten des ersteren § 366 nicht gilt (R.G. 8 S. 83; Anm. 20 zu § 369); wohl aber zu Gunsten des letzteren, so daß von diesem Gesichtspunkte aus eine Veränderung der Priorität leicht entstehen kann. (Vergl. hierüber auch noch unsere Ausführungen in Anm. 31 flg. zu § 369).

Inkonsequent ist es, wenn Schott (S. 460) zwar anerkennt, daß das Retentionsrecht „ein defensives dingliches Recht an der Sache" ist, aber gleichwohl bei der Kollision zwischen mehreren Retentionsberechtigten nicht Priorität, sondern den Satz Beatus possidens entscheiden lassen will, und noch weniger begründet ist es, wenn er im Streit des Retentionsrechts mit einem gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs oder Frachtführers die in der ersten Klasse unseres Paragraphen rangirenden Pfandrechte auch den früheren Retentionsrechten vorgehen lassen will, während er im Kampf des Retentionsrechts mit den Pfandrechten der zweiten Klasse unseres Paragraphen die zeitliche Priorität entscheiden lassen will. Das ist deshalb unbegründet, weil sich unser Paragraph nur auf die Konkurrenz der verschiedenen gesetzlichen Pfandrechte unter sich bezieht. Anm. 11.

§ 444.

Ueber die Verpflichtung zur Auslieferung des Gutes kann von dem Frachtführer ein Ladeschein ausgestellt werden.

Der vorliegende Paragraph sagt anscheinend nichts weiter, als daß ein Ladeschein ausgestellt werden kann. Er statuirt keine gesetzliche Verpflichtung zur Ausstellung eines Ladescheins. Es besteht daher keine solche (anders, als beim Frachtbrief, beim Binnenschifffahrtsladeschein nach § 72 des Binnenschifffahrtsgesetzes und beim Seekonnossement), sondern nur dann, wenn eine dahingehende Uebereinkunft getroffen ist. Doch kann die Verpflichtung auch auf Handelsgebrauch beruhen. Besteht die Verpflichtung, so geht sie dahin, daß ein Ladeschein mit dem im § 445 normirten Inhalt ausgestellt werde (vergl. Anm. 1 zu § 445). Thatsächlich kommen im Landfrachtverkehr Ladescheine nicht vor. Einleitung.

Aber der vorliegende Paragraph hat noch eine weitere Bedeutung. In kurzen prägnanten Worten **bestimmt er das Wesen des Ladescheins.** Das Wesen besteht darin, daß der Frachtführer darin eine Verpflichtung zur Auslieferung des Guts übernimmt. Anm. 1.

a) Der Frachtführer stellt den Ladeschein aus zum Unterschiede vom Frachtbriefe, den der Absender ausstellt.

b) Eine Verpflichtung enthält der Ladeschein zum Unterschiede vom Frachtbrief, der im Allgemeinen nur eine Beweisurkunde ist. Der Ladeschein ist daher ein Verpflichtungsschein. Eine bloße Bescheinigung, das bezeichnete Gut zur Beförderung in Empfang genommen zu haben, ohne die Verpflichtung zur Aushändigung des Guts, ist kein Ladeschein (R.G. 13 S. 75). Indessen ist nicht etwa eine ausdrückliche Erklärung der Auslieferungsverpflichtung erforderlich (Bolze 5 Nr. 624). Anm. 2.

c) Zur Auslieferung des Guts verpflichtet sich der Frachtführer, d. h. in der Gestalt, in welcher er es empfangen hat. Er haftet nicht etwa für die Lieferung der bezeichneten Waare, sondern für Ablieferung der empfangenen, darüber hinaus nur noch für ein Verschulden seinerseits in der Bezeichnung (R.G. 5 S. 80; vergl. hierüber Anm. 2 zu § 446). Anm. 3.

Anm. 4. d) Wem gegenüber begründet der Ladeschein die Verpflichtung? Darüber disponirt § 447 dahin, daß der im Ladeschein bezeichnete Destinatär bezw. der Indossatar desselben der Berechtigte ist (vorausgesetzt, daß ihnen der Ladeschein ausgehändigt ist — vergl. zu § 447). Gerade darin besteht die Bedeutung des Ladescheins, daß durch ihn das Gut der Verfügungsgewalt des Absenders entrückt, daß direkte obligatorische Beziehungen zwischen dem Destinatär und dem Frachtführer hergestellt werden, daß das Recht an dem Gut übertragbar und so das Gut schon während des Transports cirkulationsfähig wird.

Anm. 5. e) Der Ladeschein ist auch Traditionspapier oder Dispositionspapier (vergl. § 450).

Anm. 6. **Zusatz.** Da Ladeschein und Seekonnossement auf demselben Grundgedanken beruhen und demselben Zwecke dienen sollen, **so greifen die Grundsätze über Seekonnossemente auf den Ladeschein analog Platz,** soweit nicht das Gesetz oder eine innere Verschiedenheit entgegensteht (Puchelt Anm. 4 zu Art. 413). Das ist jetzt umsomehr anzunehmen, als auch das Binnenschifffahrtsgesetz Vorschriften über den Ladeschein gegeben hat, welche den seerechtlichen Konnossementsvorschriften großen Theils nachgebildet sind.

§ 445.

Der Ladeschein soll enthalten:

1. den Ort und den Tag der Ausstellung;
2. den Namen und den Wohnort des Frachtführers;
3. den Namen des Absenders;
4. den Namen desjenigen, an welchen oder an dessen Order das Gut abgeliefert werden soll; als solcher gilt der Absender, wenn der Ladeschein nur an Order gestellt ist;
5. den Ort der Ablieferung;
6. die Bezeichnung des Gutes nach Beschaffenheit, Menge und Merkzeichen;
7. die Bestimmung über die Fracht und über die auf dem Gute haftenden Nachnahmen sowie im Falle der Vorausbezahlung der Fracht einen Vermerk über die Vorausbezahlung.

Der Ladeschein muß von dem Frachtführer unterzeichnet sein.

Der Absender hat dem Frachtführer auf Verlangen eine von ihm unterschriebene Abschrift des Ladescheins auszuhändigen.

Der vorliegende Paragraph zählt die Erfordernisse eines Ladescheins auf.

Anm. 1. I. **Die rechtliche Bedeutung der hier aufgezählten Erfordernisse** des Ladescheins ist nicht bei allen Erfordernissen die gleiche. Die in Abs. 2 vorgeschriebene Unterzeichnung durch den Frachtführer ist derart wesentlich, daß ohne sie die Urkunde kein Ladeschein im Sinne des Gesetzes ist. Die Erfordernisse im ersten Absatze, aufgezählt unter Nr. 1—7, enthalten dagegen nicht die stets wesentlichen, sondern die üblichen Bestandtheile des Ladescheins, mit welchen, eben weil es die üblichen sind, derjenige Frachtführer, der durch Vereinbarung oder Handelsgebrauch verpflichtet ist, einen Ladeschein auszustellen, seinen Ladeschein zu versehen hat (R.O.H. 17 S. 97; vergl. R.G. 20 S. 57). Ob sie in concreto wesentlich sind und ihr Mangel dem Ladeschein seine rechtliche Kraft nimmt, kann nur von Fall zu Fall beurtheilt werden, und zwar an der Hand der Frage, ob trotz des vorhandenen Mangels noch die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen erforderlichen Requisite einer verpflichtenden Urkunde nach § 444 vorliegen.

II. **Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken.** Anm. 2.

Zu Nr. 1. Ort und Tag der Ausstellung sind nicht wesentliche Bestandtheile, doch kann der Absender diese Angaben verlangen.

Zu Nr. 2. Der Name des Frachtführers ist sicherlich nicht wesentlich, da er auch aus der Unterschrift hervorgeht. Der Wohnort ist gleichfalls nicht wesentlich, wenn die Identität nur sonst feststeht (R.O.H. 17 S. 96). Doch kann der Absender verlangen, daß der Ladeschein diese Angaben enthalte, wofern er einen Ladeschein überhaupt verlangen kann.

Zu Nr. 3. Der Name des Absenders ist wesentlich bei den lediglich an Order gestellten Ladescheinen. Vergl. Nr. 4. Anm. 3.

Zu Nr. 4. Aus dieser Ziffer geht hervor, daß der Ladeschein ein Rektapapier sein kann, oder auch ein Orderpapier, nicht aber ein Inhaberpapier. Förtsch Anm. 5 zu Art. 414 nimmt zu Unrecht das Gegentheil an. Orderpapier ist er nur, wenn er an Order gestellt ist (§ 363 Abs. 2) und fällt dann unter die Regeln der §§ 363—365. Unter Berücksichtigung des Zwecks des Ladescheins (Anm. 4 zu § 444) wird man mit Keyßner Anm. 2 und Puchelt Anm. 5 zu Art. 414 annehmen müssen, daß der Frachtführer präsumtiv zur Stellung an Order verpflichtet ist, wenn er seiner etwa bestehenden Verpflichtung zur Ausstellung eines Ladescheins genügen will.

Der an Order gestellte Ladeschein kann übrigens auch durch Cession übertragen werden (vergl. Anm. 29 zu § 363; R.O.H. 25 S. 340).

Zu Nr. 5, 6 und 7 siehe Anm. 12 u. 13 zu § 426.

Zu Abs. 2. Die Unterschrift des Frachtführers ist wesentlich (vergl. oben Anm. 1). Doch kann sie auch ein Vertreter leisten (R.O.H. 17 S. 100; vergl. Anm. 38 zu § 350). Unterstempelung vertritt nicht die Stelle der Unterzeichnung, auch nicht, wie beim Frachtbrief, faksimilirte Unterschriftsleistung. Ohne die Unterschrift ist das Schriftstück kein Ladeschein, doch kann es immer noch als Beweisurkunde gelten. Anm. 4.

III. **Verpflichtung des Absenders zur Ausstellung einer Abschrift des Ladescheins.** Hat der Frachtführer mit oder ohne Verpflichtung einen Ladeschein ausgestellt und der Absender ihn angenommen, so muß dieser dem Frachtführer auf dessen Verlangen eine von ihm unterschriebene Abschrift des Ladescheins aushändigen. Diese Abschrift ist nicht zu verwechseln mit einem Duplikat. Letzteres wird vom Frachtführer ausgestellt, erstere vom Absender als Gegenschein gegen den vom Frachtführer ausgestellten Ladeschein. Sie sichert den Frachtführer gegen willkürliche Abänderungen des in den Händen des Absenders befindlichen Ladescheins. Anm. 5.

§ 446.

Der Ladeschein entscheidet für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger des Gutes; die nicht in den Ladeschein aufgenommenen Bestimmungen des Frachtvertrags sind dem Empfänger gegenüber unwirksam, sofern nicht der Ladeschein ausdrücklich auf sie Bezug nimmt.

Für das Rechtsverhältniß zwischen dem Frachtführer und dem Absender bleiben die Bestimmungen des Frachtvertrags maßgebend.

Der Paragraph behandelt die rechtliche Bedeutung des Ladescheins: er entscheidet für das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger ausschließlich (Abs. 1), läßt aber für das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Absender den Frachtvertrag unberührt (Abs. 2). Einleitung.

1. (Abs. 1.) **Der Ladeschein entscheidet für das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger.** Anm. 1.

a) Durch die Ausstellung des Ladescheins einerseits und den legitimen Erwerb desselben andererseits werden direkte obligatorische Beziehungen zwischen dem Frachtführer und dem Empfänger hergestellt,

und zwar derart, daß lediglich der Inhalt des Ladescheins für den Inhalt und Umfang dieser obligatorischen Beziehungen entscheidet (R.G. 14 S. 5).

Anm. 2. b) Zwischen Frachtführer und Empfänger ist daher der Ladeschein nicht bloß maßgeblich hinsichtlich der Fracht (R.O.H. 1 S. 200; 12 S. 369), sondern auch hinsichtlich der Person des Frachtführers, also des Ablieferungsverpflichteten und Pfandberechtigten (R.O.H. 17 S. 98). Dabei ist aber, was den Gegenstand des Ablieferungsguts betrifft, darauf hinzuweisen, daß sich die durch den Ladeschein übernommene Verpflichtung nur darauf bezieht, das empfangene Gut abzuliefern, nicht darauf, daß das abzuliefernde Gut den der Bezeichnung entsprechenden Inhalt hat; für das letztere haftet der Frachtführer nur soweit, als ihn bei der Bezeichnung ein eigenes Verschulden trifft (R.G. 5 S. 79; ebenso Schott bei Endemann III S. 431). Dieser Auffassung ist beizutreten. Denn die Verpflichtung des Frachtführers ist keine generische Lieferungsverpflichtung, die Bezeichnung des Guts hat in Ansehung seiner Verpflichtung lediglich den Zweck, die Identität des empfangenen Guts mit dem abzuliefernden festzustellen; daß der Inhalt der Bezeichnung entspricht, ist eine ihn regelmäßig nichts angehende Sache.

Anm. 3. c) Der Frachtbrief und die sonstigen Vereinbarungen des Frachtvertrages haben keine rechtliche Wirkung für das Rechtsverhältniß zwischen Frachtführer und Empfänger, wenn sie nicht, was zulässig ist, durch Bezugnahme des Ladescheins auf sie zum integrirenden Bestandtheil des letzteren gemacht sind (R.O.H. 17 S. 74; R.G. 14 S. 5; Hahn § 1 zu Art. 415).

Anm. 4. d) Einreden aus der Person des Absenders kann der Frachtführer daher nicht geltend machen (R.O.H. 2 S. 318), auch der Empfänger nicht, weder dahin, daß er selbst, der Empfänger, etwas vom Ladeschein Abweichendes mit dem Absender vereinbart habe (Eger 3 S. 73; Puchelt Anm. 5 zu Art. 415), noch auch dahin, daß der Frachtführer etwas dem Empfänger Günstigeres mit dem Absender verabredet habe. In letzterer Hinsicht entschied anders das Obertribunal (55 S. 154). Die Worte des zweiten Satzes „dem Empfänger gegenüber" bieten jedoch für diese abweichende Ansicht, daß jene Nebenverabredungen „gegenüber dem Frachtführer" gelten, kaum eine Stütze, der erste Satz aber widerlegt diese Ansicht vollständig. Richtig R.G. vom 7. Mai 1881 in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen 2 S. 28: Der Empfänger kann dem Frachtführer nicht einwenden, daß nach dem Frachtvertrage der Absender die Fracht zu zahlen hat. Endlich aber kann der Empfänger sich nicht auf Verabredungen, die er mit einem späteren Frachtführer getroffen hat, dem Aussteller des Ladescheins gegenüber berufen (R.O.H. 25 S. 342).

Anm. 5. f) Nur insofern ist der Grundsatz von der ausschließlichen Maßgeblichkeit des Ladescheins einzuschränken, als der Frachtführer den Ersatz solcher Auslagen, die sich als nothwendige Verwendungen auf das Gut darstellen und die jeder Detentor fremder Sachen retentionsweise geltend machen darf, verlangen kann, z. B. die Bearbeitungskosten des in schlechter Beschaffenheit verladenen Roggens (R.O.H. 8 S. 411), überhaupt alle Reparaturkosten am Frachtgut (Schott S. 433). Und ferner ist (mit Puchelt Anm. 2 u. 4 zu Art. 415) anzunehmen, daß die im § 429 dem Frachtführer gewährte Exkulpation von selbst einen integrirenden Bestandtheil des Ladescheins bildet, so daß an der Zulassung dieser Exkulpation nicht zu zweifeln ist und der Frachtführer dieselbe jedem legitimirten Inhaber des Ladescheins gegenüber vorbringen kann.

Anm. 6. 2. (Abs. 2.) **Zwischen dem Absender und dem Frachtführer bleibt der Frachtvertrag in Kraft.** (Bolze 17 Nr. 429.) Gänzlich unberührt bleibt er durch die Existenz des Ladescheins in den Händen eines Dritten nicht, da die Dispositionsbefugniß des Absenders dadurch alterirt ist (§ 447).

Anm. 7. **Zusatz. Der Ladeschein vermittelt auch dingliche Wirkungen.** Er ist Traditionspapier, seine Uebergabe bewirkt die Uebergabe des Guts (vergl. hierüber § 450).

§ 447.

Zum Empfange des Gutes legitimirt ist derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist.

Der zum Empfange Legitimirte hat schon vor der Ankunft des Gutes am Ablieferungsorte die Rechte, welche dem Absender in Ansehung der Verfügung über das Gut zustehen, wenn ein Ladeschein nicht ausgestellt ist.

Der Frachtführer darf einer Anweisung des Absenders, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen als den durch den Ladeschein legitimirten Empfänger auszuliefern, nur Folge leisten, wenn ihm der Ladeschein zurückgegeben wird; verletzt er diese Verpflichtung, so ist er dem rechtmäßigen Besitzer des Ladescheins für das Gut verhaftet.

Der vorliegende Paragraph enthält einige Vorschriften zu Gunsten des durch Ladescheine Legitimirten.

1. (Abs. 1.) **Wer ist im Falle der Ausstellung des Ladescheins zum Empfange legitimirt?** Anm. 1. Das Gesetz sagt: derjenige, an welchen das Gut nach dem Ladeschein abgeliefert werden soll, oder auf welchen der Ladeschein, wenn er an Order lautet, durch Indossament übertragen ist. Allein damit ist die Zahl der Legitimirten nicht erschöpft. Zunächst kann der Ladeschein auch cedirt werden, sowohl dann, wenn er nicht an Order lautet, als auch dann, wenn er an Order lautet (R.O.H. 25 S. 340). In beiden Fällen ist der Cessionar des Ladescheins durch den Ladeschein legitimirt. Sodann aber ist, wenn der Ladeschein ein Blankoindossament enthält, nicht bloß derjenige, auf welchen der Ladeschein durch Indossament übertragen ist, legitimirt, sondern auch derjenige, auf welchen der Ladeschein auf Grund des Blankoindossaments durch die sogenannte Blankoübertragung übergegangen ist (R.G. 4 S. 145). Ueber die Form des Indossaments, über die rechtliche Kraft desselben, über die Prüfung der Legitimation und sonstige Fragen siehe die §§ 363—366 und die Erläuterungen dazu.*
2. (Abs. 2.) **Die Rechte des durch den Ladeschein Legitimirten beginnen** nicht erst mit der Anm. 2. Ankunft am Ablieferungsorte. Der § 435 modifizirt sich im Falle der Ausstellung eines Ladescheins. Der Legitimirte hat vielmehr die Rechte des Absenders während des Transports schon vor der Ankunft des Gutes. Das Gesetz geht davon aus, daß die Uebertragung des Ladescheins, wie sie nach § 450 ja auch dingliche Wirkungen hat, die Verfügung über das Gut auf den Erwerber des Ladescheins überträgt. Von nun ab kann also der Inhaber des Ladescheins den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, ihm herauszugeben oder an einen Anderen als den im Frachtbrief bezeichneten Empfänger auszufolgen (§ 433).
3. (Abs. 3.) Damit hängt die Vorschrift des Abs. 3 auf das Innigste zusammen, **wonach** Anm. 3. **der Frachtführer späteren Anweisungen des Absenders zur Vermeidung eigener Haftung für das Gut nur gegen Rückgabe des Ladescheins Folge leisten kann.** Das bezieht sich auf jede Art der Verfügung über das Gut, wenn auch im Abs. 3 nur einzelne Dispositionsarten hervorgehoben sind.

   Nach Uebergabe des Ladescheins kann der Absender, wenn er ein Interesse hat, über Anm. 4. das Gut zu disponiren, sich nur noch durch Arreste helfen, falls diese nach der durch die Begebung des Ladescheins eingetretenen Rechtsverschiebung noch angängig sind. Das ist auch zu berücksichtigen bezüglich eines etwa bestehenden Verfolgungsrechts. Daß die Ausstellung des Ladescheins und die Aushändigung an den Absender auf ein solches Verfolgungsrecht keinen Einfluß hat, wird zwar von Hahn (§ 2 zu Art. 416) und im Anschluß an diesen von Gareis-Fuchsberger Note 136 zutreffend bemerkt, doch ist hinzuzufügen, daß die Begebung des Ladescheins das Verfolgungsrecht meist beseitigen wird (vergl. hierüber Anm. 90 im Exkurse zu § 382).

§ 448.

Der Frachtführer ist zur Ablieferung des Gutes nur gegen Rückgabe des Ladescheins, auf dem die Ablieferung des Gutes bescheinigt ist, verpflichtet.

Anm. 1. 1. Selbstverständlich hat der Empfänger auch alle sonstigen Leistungen Zug um Zug zu erfüllen (vergl. über die sonstigen Leistungen zu § 450).

Anm. 2. 2. Im Fall des Verlustes eines auf den Namen lautenden Ladescheins muß der Frachtführer gegen Quittung des Empfängers und Einwilligung des Absenders an den Destinatär abliefern, falls derselbe den Ladeschein nicht hat amortisiren lassen. Auch kann der Frachtführer das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß verlangen, daß seine Ablieferungsverpflichtung erloschen sei (§ 371 B.G.B.). Lautet dagegen der verlorene Ladeschein auf Order, so braucht der Frachtführer nur nach Durchführung des Amortisationsverfahrens abzuliefern und zwar an denjenigen, welcher das Armortisationsurtheil erwirkt hat; während des Aufgebotsverfahrens nur nach geleisteter Sicherheit (§ 365 Abs. 2).

§ 449.

Im Falle des § 432 Abs. 1 wird der nachfolgende Frachtführer, der das Gut auf Grund des Ladescheins übernimmt, nach Maßgabe des Scheines verpflichtet.

Jeder Unterfrachtführer haftet, das will der vorliegende Paragraph aussprechen, im Falle der Ausstellung eines Ladescheins oder vielmehr, wenn er die Beförderung auf Grund des Ladescheins übernimmt, nach Maßgabe des Scheins. Die Vorschrift ist neu, aber doch wohl selbstverständlich.

§ 450.

Die Uebergabe des Ladescheins an denjenigen, welcher durch den Schein zur Empfangnahme des Gutes legitimirt wird, hat, wenn das Gut von dem Frachtführer übernommen ist, für den Erwerb von Rechten an dem Gute dieselben Wirkungen wie die Uebergabe des Gutes.

Anm. 1. **Der vorliegende Parapraph regelt die dinglichen Wirkungen des Ladescheins.**

Hierzu ist zu bemerken, daß nur die Uebergabe des indossirten Ladescheins, also das Indossament und die Uebergabe des Papiers die dinglichen Wirkungen hat. Dem Erwerb durch Indossament steht die Uebergabe durch Blankoübergabe des Papiers auf Grund eines vorhandenen Blankoindossaments natürlich gleich.

Anm. 2. Das Nähere über diese Transportwirkung des indossirten Ladescheins, welcher einer der mehreren im H.G.B. vorkommenden Dispositions- oder Traditionspapiere ist, siehe Anm. 31 ffg. zu § 363 und Anm. 41 zu § 366. Weiteres über die persönlichen und die dinglichen Wirkungen der Dispositionspapiere und insbesondere des indossablen Ladescheins siehe zu § 365 (besonders Anm. 10 daselbst), über die Verpfändung der Dispositionspapiere und durch Dispositionspapiere zu § 368, über das Zurückbehaltungsrecht an Dispositionspapieren und an Gütern vermittelst der Dispositionspapiere siehe zu § 369.

Anm. 3. Früher Gesagtes hier zu wiederholen, erscheint überflüssig. Zu bemerken ist nur, daß der gutgläubige Erwerber eines indossablen und indossirten Ladescheins das Eigenthum des Gutes erwirbt und zwar lastenfrei, also auch ohne das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers und ohne das damit diesem zustehende Zurückbehaltungsrecht wegen rückständiger Frachtkosten (vergl. Anm. 10 zu § 365). Will der Frachtführer trotz Ausstellung eines indossablen Ladescheins dessen sicher sein, daß er nur gegen Zahlung seiner Frachtkosten an den legitimirten Erwerber des Ladescheins

die beförderte Waare herauszugeben braucht, so muß er die Kosten in den Ladeschein aufnehmen (vergl. § 445 Nr. 7). Thut er dies nicht, obwohl er vom Gesetzgeber direkt hierauf hingewiesen ist, so ist der Erwerber des Ladescheins gutgläubig, wenn er annimmt, daß auf dem erworbenen Gute keine Kosten ruhen.

§ 451.

Die Vorschriften der §§ 426 bis 450 kommen auch zur Anwendung, wenn ein Kaufmann, der nicht Frachtführer ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern auszuführen übernimmt.

1. Was „Beförderung von Gütern" bedeutet, darüber siehe Anm. 1 ffg zu § 425. Die dort erwähnte Streitfrage kehrt hier wieder (R.O.H. 13 S. 133). Auch ist der Transport von der Dienstmiethe wohl zu scheiden (R.O.H. ebenda), ebenso von der Vermiethung von Transportmitteln. Anm. 1.
2. Im Betriebe seines Handelsgewerbes muß die Beförderung erfolgen (hierüber zu § 343).
3. Eine Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern muß vorliegen. Bei der Beförderung von Gütern auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern greifen natürlich in erster Linie die bezüglichen Vorschriften des Binnenschifffahrtsgesetzes Platz (vergl. § 26 des Binnenschifffahrtsgesetzes). Anm. 2.
4. Wenn dagegen ein Nichtkaufmann den Transport solcher Güter übernimmt, greift § 451 nicht Platz, sondern die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Werkverdingung (siehe Anm. 1 zu § 425).

§ 452.

Auf die Beförderung von Gütern durch die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten finden die Vorschriften dieses Abschnitts keine Anwendung. Die bezeichneten Postverwaltungen gelten nicht als Kaufleute im Sinne dieses Gesetzbuchs.

Die vorliegende Sondervorschrift bestimmt zweierlei:

1. daß der Staat als Postfiskus nicht Kaufmann ist;
2. daß die betreffenden Geschäfte keine Frachtgeschäfte sind und die Bestimmungen des vorliegenden Abschnitts hierauf keine Anwendung finden. Auf ihre Rechtsverhältnisse findet Anwendung das Gesetz über das Postwesen vom 28. Oktober 1871 mit Zusatz vom 20. Dezember 1899. Ferner ist maßgebend die Postordnung vom 20. März 1900 nebst einigen anderen Verordnungen. Subsidiär greifen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen Platz, insbesondere die Vorschriften über den Werkvertrag. Auch das Handelsrecht kann Platz greifen, wenn und soweit der Gegenkontrahent Kaufmann ist. Aber auf den Beförderungsvertrag greift, wie gesagt, die Vorschrift über den Frachtvertrag nicht Platz.
3. Daß der Staat als Eisenbahnfiskus Kaufmann ist, darüber siehe Anm. 10 zu § 36.

Siebenter Abschnitt.

Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§ 453.

Eine dem öffentlichen Güterverkehre dienende Eisenbahn darf die Uebernahme von Gütern zur Beförderung nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station innerhalb des Deutschen Reichs nicht verweigern, sofern

1. der Absender sich den geltenden Beförderungsbedingungen und den sonstigen allgemeinen Anordnungen der Eisenbahn unterwirft;
2. die Beförderung nicht nach gesetzlicher Vorschrift oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung verboten ist;
3. die Güter nach der Eisenbahnverkehrsordnung oder den gemäß der Verkehrsordnung erlassenen Vorschriften und, soweit diese keinen Anhalt gewähren, nach der Anlage und dem Betriebe der betheiligten Bahnen sich zur Beförderung eignen;
4. die Beförderung mit den regelmäßigen Beförderungsmitteln möglich ist;
5. die Beförderung nicht durch Umstände, die als höhere Gewalt zu betrachten sind, verhindert wird.

Die Eisenbahn ist nur insoweit verpflichtet, Güter zur Beförderung anzunehmen, als die Beförderung sofort erfolgen kann. Inwieweit sie verpflichtet ist, Güter, deren Beförderung nicht sofort erfolgen kann, in einstweilige Verwahrung zu nehmen, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Die Beförderung der Güter findet in der Reihenfolge statt, in welcher sie zur Beförderung angenommen worden sind, sofern nicht zwingende Gründe des Eisenbahnbetriebs oder das öffentliche Interesse eine Ausnahme rechtfertigen.

Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschriften begründet den Anspruch auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens.

Vorbemerkung zum siebenten Abschnitt.[1])

Anm. 1. 1. **Die Systematik der neuen eisenbahnfrachtrechtlichen Bestimmungen und der neue rechtliche Charakter der Verkehrsordnung.** Der Abschnitt „Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere" hat schon in systematischer Hinsicht eine Aenderung insofern erfahren, als in dem entsprechenden Abschnitt des neuen H.B.G. auch die Personenbeförderung mit der Eisenbahn zum Gegenstand einer allgemeinen Vorschrift gemacht ist (§ 472), sodaß dieser Abschnitt nicht mehr eine Unterabtheilung der Bestimmungen über das Frachtgeschäft, sondern einen besonderen Abschnitt unter entsprechender Ueberschrift bilden mußte. Die Ueberschrift dieses selbstständigen Abschnitts lautet jetzt: „Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen". Daß die allgemeinen Vorschriften über das Frachtgeschäft subsidiär Anwendung finden, ist zur Vermeidung von Mißverständnissen ausdrücklich gesagt (§ 454). Eine fernere grundsätzliche systematische Anordnung liegt in Folgendem: Die Vorschriften über die Haftung der Eisenbahnen waren im alten H.G.B. in der Weise gegeben, daß dasselbe der Vertragsfreiheit bestimmte Grenzen setzte. Die Befugniß, innerhalb dieser Grenzen zu kontrahiren, ist stets in der Weise ausgeübt worden, daß die betreffenden Beschränkungen der Haftpflicht in die Beförderungsbedingungen der Eisenbahn aufgenommen und hierdurch zum Bestandtheile jedes einzelnen Frachtvertrags gemacht wurden. Aber diese Regelung steht mit der wirklichen Sachlage nicht mehr im Einklang, weil die Befugniß der Eisenbahnen, den Umfang ihrer Haftpflicht festzusetzen, weggefallen ist, seitdem die den Vertragsinhalt bildenden Bestimmungen im Verordnungswege in bindender Weise vorgeschrieben sind. Da nun die Vertragsfreiheit thatsächlich weggefallen ist, so erschien es einfacher, die Haftung der Eisenbahnen derart zu regeln, daß die betreffenden Vorschriften unmittelbar, d. h. ohne den Umweg einer Aufnahme in den Frachtvertrag, zur Anwendung kommen. Das neue H.G.B. hat daher die betreffenden Bestimmungen der Verkehrsordnung in sich aufgenommen (vergl. Denkschr. S. 268).

---

[1]) Literatur: Die Abänderungen des Eisenbahnfrachtrechts, Dr. Franz Wanninger, Passau 1898.

Dabei sind die Vorschriften in möglichsten Einklang gebracht worden mit den Vorschriften des Berner Vertrages.

Im Uebrigen bleibt die Ausgestaltung des Eisenbahnfrachtrechts der Verkehrsordnung vorbehalten. Aber diese erhält einen anderen Charakter. Ihre Bestimmungen kommen nicht mehr als Bestandtheile des einzelnen Frachtvertrages zur Geltung, sondern als Rechtssätze. Die Verkehrsordnung ist zur Rechtsverordnung erhoben. Damit soll erreicht werden, daß die Auslegung ihrer Vorschriften durch das Revisionsgericht nachgeprüft werden kann, was richtiger Ansicht nach früher nicht der Fall war (vergl. unsern Art. 422 § 7). Indessen ist diese Erhebung zur Rechtsverordnung nicht ausdrücklich erfolgt. Sie soll nach der Denkschrift S. 269 unzweifelhaft daraus hervorgehen, daß nach den §§ 454 und 471 ihren Bestimmungen innerhalb gewisser Grenzen der Vorrang vor den allgemeinen Vorschriften des H.G.B. eingeräumt und auch sonst mehrfach auf ihre Bestimmungen zur Ergänzung der gesetzlichen Vorschriften verwiesen und jede Vereinbarung, die mit der Verkehrsordnung in Widerspruch steht, für nichtig erklärt ist. Man wird natürlich nicht umhin können, dieser Absicht des Gesetzgebers gemäß der Verkehrsordnung den Charakter als Rechtsverordnung beizulegen, obwohl es einfacher gewesen wäre, ausdrücklich auszusprechen, daß die Verkehrsordnung zur Rechtsverordnung erhoben werde. Zur Zeit gilt die vom Bundesrath erlassene, vom Reichskanzler verkündete Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 (Reichsgesetzblatt Nr. 41) für ganz Deutschland außer Bayern. In Bayern ist durch Verordnung des Verwesers von Bayern vom 24. Dezember 1899 § 28 das Staatsministerium des Königlichen Hauses und des Aeußern ermächtigt worden, die Eisenbahnverkehrsordnung zu erlassen und von dieser Ermächtigung ist durch Verordnung vom 16. Dezember 1899 (Nr. 81 des Verordnungs- und Anzeigeblattes für die Königlich Bayerischen Verkehrsanstalten) dahin Gebrauch gemacht, daß die Eisenbahnverkehrsordnung für das Reich auch in Bayern mit geringen, hier nicht interessirenden Abweichungen eingeführt wurde. Anm. 2.

Bezieht sich jener rechtliche Charakter der Verkehrsordnung auch auf spätere Veränderungen der Verkehrsordnung? Die Frage muß bejaht werden. Da schon in den einleitenden Vorschriften der Verkehrsordnung die Möglichkeit erwähnt ist, unter besonderen Voraussetzungen abweichende Bestimmungen zu treffen, und das neue H.G.B. in bewußter Berücksichtigung dieser Möglichkeit eine negative Vorschrift nicht aufgestellt hat, vielmehr aus den §§ 471, 472 das Gegentheil zu entnehmen ist, so besteht kein Hinderniß für eine Ergänzung und Umarbeitung der Verkehrsordnung vorbehaltlich der aus dem H.G.B sich ergebenden Einschränkungen (so zutreffend Wanninger S. 7). So ist denn auch diejenige Verkehrsordnung, welche zur Zeit der Verkündung des neuen H.G.B. in Geltung war, später neu bearbeitet, verändert und ergänzt worden, und zur Ergänzung des neuen H.G.B. dient natürlich diese neue, vom 26. Oktober 1899 datirte. Anm. 3.

Zu erwähnen ist, daß die Vorschriften der Verkehrsordnung zwingendes Recht sind, und zwar in noch höherem Grade zwingendes Recht, als die zwingenden Vorschriften des H.G.B. Denn ihr Zwangscharakter gilt nicht bloß für die Pflichten, sondern auch für die Rechte der Eisenbahn, und wirkt nicht bloß zu Ungunsten, sondern auch zu Gunsten der Eisenbahn. Deshalb ist ebensowohl eine Abschwächung, wie eine Verschärfung ihrer Verpflichtungen, ebensowohl eine Erweiterung, wie eine Verringerung ihrer Rechte durch Parteiabrede unzulässig (§ 471 Abs. 2). Offenbar will das Gesetz verhindern, daß die Eisenbahn willkürlich einem Absender günstigere Bedingungen bewilligt, als dem anderen (Cosack S. 426). Für die Vorschrift der Eisenbahnverkehrsordnung über die Personenbeförderung gilt dies übrigens nicht (vergl. zu § 472). Anm. 4.

2. **Das Zustandekommen des Eisenbahnfrachtvertrages.** Nach der jetzt rechtsverbindlichen Verkehrsordnung § 54 Nr. 1 ist der Frachtvertrag erst dadurch abgeschlossen, daß das Gut mit dem Frachtbrief von der Versandstation zur Beförderung angenommen ist. Damit hat der interne Eisenbahnvertrag denselben rechtlichen Charakter erhalten, den nach Art. 8 des Berner Vertrages der internationale Frachtvertrag schon bisher hatte, d. h. es ist ein Anm. 5.

Realvertrag und zugleich Formalvertrag: Realkontrakt, indem er nur durch Hingabe und Annahme des Gutes zu Stande kommt; Formalkontrakt, indem seine Giltigkeit bedingt ist durch die bestimmte Form, Ausstellung und Uebergabe des Frachtbriefes; dieser ist ein Essentiale des Vertrages. Vor der Uebergabe des Gutes und dem Vollzuge der vorgeschriebenen Frachtbriefförmlichkeiten ist keinerlei obligatorische Verpflichtung unter den Parteien entstanden. (Vergl. Rosenthal, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, Jena 1894 S. 52; Gorden in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 14 S. 178).

Anm. 6. 3. **Die Vorschriften der folgenden Paragraphen beziehen sich auf Eisenbahnen, welche dem öffentlichen Güterverkehr dienen.**

a) Auf Eisenbahnen. Darunter ist hier selbstverständlich nicht das zu verstehen, was der Wortlaut ergiebt: die Schienenstrecke, sondern es ist der Eisenbahnunternehmer gemeint, mag derselbe eine Einzelperson oder eine Gesellschaft oder auch der Staat sein. Die Beschränkung auf Lokomotivbahnen (Keyßner Anm. 10 zu Art. 422) ist nicht gerechtfertigt, vielmehr werden auch Pferde-, elektrische, Luftdruck-, Drahtseilbahnen hierzu zu rechnen sein, (Eger 3 S. 180; Puchelt Anm. 2 zu Art. 422). So haben auch bei der Auslegung des Haftpflichtgesetzes die beiden Reichsgerichte auch die Pferdebahn unter die Eisenbahnen subsumirt (R.O.H. 21 S. 237; R.G. 2 S. 8). So auch die Definition der Eisenbahnen in R.G. 1 S. 252; ebenso R.G. 7 S. 43 (Dampfkraft nicht wesentlich)

Anm. 7. b) welche dem öffentlichen Güterverkehr dienen. Nicht dahin gehören Privateisenbahnen (z. B. für Fabriken und Bergwerke; R.G. 1 S. 247; 7 S. 40), auch nicht die noch nicht dem öffentlichen Verkehr übergebenen (Puchelt Anm. 3 zu Art. 422) oder die ihm (z. B. durch den Krieg) zeitweilig verschlossenen (R.O.H. 21 S. 57). Dagegen ist es nicht erheblich, ob der Betrieb schon konzessionirt ist (vergl. § 7). Aber es muß die Eisenbahn zum Gütertransport dienen. Wenn eine Eisenbahn, die regelmäßig nur Personen befördert, einen einzelnen Gütertransport annimmt, so fällt sie gemäß § 451 unter Abschnitt 6, nicht aber unter § 453 ff. (Puchelt Anm. 3 zu Art. 422).

Anm. 8. 4. **Der legislatorische Zweck der Sondervorschriften des Eisenbahnbeförderungsrechts.** Diese Vorschriften sollen der Gefahr vorbeugen, daß die Eisenbahnen ihr thatsächliches Monopol mißbrauchen, um das Publikum zu ungünstigen Bedingungen zu nöthigen. Dieser Gefahr wird vorgebeugt durch eine Reihe von Bestimmungen, welche in das sonst unantastbare Prinzip der Vertragsfreiheit eingreifen und gewisse Verabredungen für ungiltig erklären.

Anm. 9. II. **Die Erläuterung des vorliegenden Paragraphen.**

Der vorliegende Paragraph enthält die ersten Vorschriften zur Regelung des Verkehrs der Eisenbahn mit dem Publikum.

1. (Abs. 1.) **Die Eisenbahn kann den Frachtvertrag nicht ablehnen, wenn der Absender gewisse Bedingungen erfüllt.** Hierzu ist zu bemerken:

a) Nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station des Deutschen Reichs darf die Eisenbahn die Beförderung nicht ablehnen. Früher hieß es: „Für ihre Bahnstrecke". Was die Beförderung nach auswärtigen Plätzen betrifft, so besteht insoweit, als es sich um Gütersendungen handelt, auf welche der Berner Vertrag Anwendung findet, nach den Vorschriften des Letzteren die gleiche Transportpflicht, wie im Inlandverkehr (Art. 5 des Berner Vertrages), in anderen Fällen aber besteht eine unbedingte Verpflichtung zur Uebernahme von Transporten nach dem Auslande nicht. Insoweit kann sie also die Uebernahme der Beförderung von Gütern mit durchgehenden Frachtbriefen ablehnen oder von Bedingungen abhängig machen (vergl. R.G. 18 S. 170). Die hier angeordnete Verpflichtung kann im Rechtswege erzwungen werden (R.G. 18 S. 170). Auch verpflichtet Nichterfüllung zum Schadensersatz (vergl. Abs. 4 unseres Paragraphen).

Anm. 10. b) Die regelmäßigen Transportmittel (Nr. 4) sind nicht diejenigen, welche die Eisenbahn regelmäßig thatsächlich hat, sondern diejenigen, deren sie zum regelmäßigen Betriebe

bedarf. Sie ist schadensersatzpflichtig (vergl. Abs. 4), wenn sie weniger Transportmittel hat, als zum regelmäßigen Betriebe erforderlich sind und sie in Folge dessen Frachtverträge ablehnen muß. Der regelmäßige Betrieb ist nicht bloß derjenige, der sich täglich ereignet, sondern auch periodisch wiederkehrende verstärkte Bedürfnisse müssen befriedigt werden können. Es müssen z. B. Wagen vorhanden sein zur Bewältigung des Weihnachtsverkehrs, zur Bewältigung des Kohlenversendungsverkehrs, wie er sich nach Jahre langen Erfahrungen gestaltet hat u. s. w.

c) Beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kann sie den Transport nicht verweigern, auch nicht zeitweilig (Eger 3 S. 182). Hat sie ihn aber übernommen, obwohl sie nicht verpflichtet war, so ist sie dem Absender haftpflichtig (Eger, V.O. S. 43). Die Annahme des Transports giebt aber dem Absender noch kein absolutes Recht auf den Rücktransport (R.O.H. 16 S. 195). Anm. 11.

d) Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vor, so kann die Bahn den Transport verweigern. Anm. 12.

Sie kann von dem Zurückweisungsrechte auch dahin Gebrauch machen, daß sie Bedingungen festsetzt, denn darin liegt ein minus gegenüber der völligen Zurückweisung. Doch müssen auch diese Bedingungen sich innerhalb der durch das Gesetz gegebenen Beschränkungen halten (Hahn § 9 zu Art. 422 begründet diese an sich bestrittene Ansicht überzeugend). (Vergl. § 50 V.O.)

2. (Abs. 2.) **Zur Vermeidung von Mißverständnissen wird hier die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen in einem bestimmten Punkte gewahrt.** Doch hat die Verk.Ordn. den Eisenbahnen die im Abs. 2 erwähnte Selbstbeschränkung auferlegt, indem nach § 55 Abs. 2 daselbst die Eisenbahnverwaltungen gehalten sind, die zur Zeit nicht beförderbaren Güter, soweit die Räumlichkeiten zureichen, mit dem Vorbehalt deponiren zu lassen, daß die Annahme zum Transport erst dann erfolgt, wenn die Verladung des Gutes möglich ist. Doch haftet hierfür die Eisenbahn nur als Verwahrer. Dies bestimmt § 55 Verk.Ordn. ausdrücklich, folgt aber auch aus der Natur der Sache von selbst (Schott S. 481). Anm. 13.

3. (Abs. 3.) **Begünstigungen der einzelnen Absender in der Beförderungszeit sind ausgeschlossen.** Aber auch nur Begünstigungen in der Zeit, unbenommen blieb es nach dieser Vorschrift den Eisenbahnverwaltungen, mit den einzelnen Absendern verschiedene Frachtsätze zu vereinbaren (Puchelt Anm. 11 zu Art. 422). Indessen haben die Eisenbahnen im Anschluß an Art. 11 des Berner Uebereinkommens sich der Beschränkung unterworfen, daß Preisermäßigungen oder sonstige Begünstigungen gegenüber den öffentlichen Tarifen verboten und nichtig sein sollen, abgesehen von Begünstigungen zu milden, öffentlichen oder eisenbahndienstlichen Zwecken, und § 7 V.O. bestimmt das Gleiche. Die Begünstigung in der Zeit bezieht sich nach dem Wortlaut nur auf abgeschlossene Frachtverträge (und Alles, was mit der Ausführung zusammenhängt: Verwahrung, Transport, Ablieferung), ist aber analog auszudehnen auf die Annahme der Anmeldungen von Gütertransportverträgen: die Priorität der Anmeldung entscheidet vorbehaltlich der Beschränkungen durch Einrichtungen der Bahnen, Transportverhältnisse, öffentliche Interessen (Hahn § 23 zu Art. 422). Der Unterschied zwischen Eilfracht und gewöhnlicher Fracht ist durch den vorliegenden Absatz nicht ausgeschlossen (Puchelt Anm. 10 zu 422). Anm. 14.

4. (Abs. 4.) **Die Rechtsfolge der Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften in Abs. 1 und 3** ist Schadensersatz. Dieser Schadensersatzanspruch ist allerdings eine obligatio ex lege, doch ist die Meinung des Gesetzes nicht die, daß die regelmäßige Voraussetzung der Schadensersatzklage, der Schuldbeweis, hier beseitigt sein soll (Puchelt Anm. 12, unzutreffend Eger 3 S. 196). Indessen genügt nach § 431 ein Verschulden der Leute. Der Schade kann verursacht sein nicht bloß durch zu späte Beförderung, sondern auch durch die bloße Bevorzugung eines Andern, z. B. eines Konkurrenten. Als eine die obligatio ex lege begründende unzulässige Begünstigung hat das R.O.H. 20 S. 373 den Fall konstruirt, in welchem die Eisenbahn einem Spediteur als Zeitpunkt des Eintritts von Frachterhöhungen ein zu frühes Datum angegeben hatte, wodurch dem Spediteur Aufträge entgangen sind. Anm. 15.

Anm. 16. **Zusatz 1. Die hier angeordneten Verpflichtungen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Vereinbarung ausgeschlossen werden** (§ 471).

Anm. 17. **Zusatz 2. Auch im internationalen Eisenbahnfrachtverkehr besteht der Vertragszwang.** Zwischen allen Eisenbahnen, welche von einem dem Berner Uebereinkommen beigetretenen Staate bei dem Centralamt in Bern angemeldet sind, besteht eine Zwangsgemeinschaft, nach welcher jede dieser Bahnen Frachtaufträge anzunehmen verpflichtet ist, welche nicht bloß über die eigene Strecke der Bahn, sondern sogar über die Grenzen ihres Heimathstaates hinausgehen. Man kann somit verlangen, daß die Güterexpedition in Bordeaux ein Frachtgut zur Beförderung nach Odessa annimmt, und zwar auf Grund eines einzigen durchgehenden Frachtbriefes (Berner Uebereinkommen Art. 1—5). Das ist, wie Cosack S. 429 mit Recht hervorhebt, um so bedeutsamer, als damit die Eisenbahn, welche das Frachtgut annimmt, die Verantwortung für alle ihr folgenden Bahnen übernimmt (Berner Uebereinkommen Art. 27).

§ 454.

Auf das Frachtgeschäft der dem öffentlichen Güterverkehre dienenden Eisenbahnen finden die Vorschriften des vorigen Abschnitts insoweit Anwendung, als nicht in diesem Abschnitt oder in der Eisenbahnverkehrsordnung ein Anderes bestimmt ist.

Der vorliegende Paragraph bestimmt, welche Rechtsregeln auf das Frachtgeschäft der öffentlichen Bahnen Anwendung finden.

1. In erster Linie sind anzuwenden die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts.
2. Soweit dieser Lücken läßt, entscheidet die vom Bundesrath erlassene Eisenbahnverkehrsordnung. Näheres über dieselbe siehe Anm. 1—4 zu § 453.
3. Subsidiär, d. h. soweit die Vorschriften des vorliegenden Abschnitts und die Verkehrsordnung die Entscheidung der Frage nicht enthalten, entscheiden die Vorschriften des vorigen Abschnitts, also die allgemeinen Vorschriften über das Frachtgeschäft.
4. Hinzuzufügen ist, daß natürlich auch das sonstige Handelsrecht und das B.G.B. subsidiäre Anwendung finden, und endlich, daß die Vereinbarungen der Parteien, soweit solche nach dem Gesetze oder nach der Verkehrsordnung überhaupt zulässig sind, in erster Linie maßgebend sind.

§ 455.

Die Eisenbahn ist verpflichtet, auf Verlangen des Absenders den Empfang des Gutes unter Angabe des Tages, an welchem es zur Beförderung angenommen ist, auf einem Duplikate des Frachtbriefs zu bescheinigen; das Duplikat ist von dem Absender mit dem Frachtbriefe vorzulegen.

Im Falle der Ausstellung eines Frachtbriefsduplikats steht dem Absender das im § 433 bezeichnete Verfügungsrecht nur zu, wenn er das Duplikat vorlegt. Befolgt die Eisenbahn die Anweisungen des Absenders, ohne die Vorlegung des Duplikats zu verlangen, so ist sie für den daraus entstehenden Schaden dem Empfänger, welchem der Absender die Urkunde übergeben hat, haftbar.

Der vorliegende Paragraph legt der Eisenbahn die Verpflichtung auf, den Empfang des Gutes auf einem Frachtbriefduplikat zu bescheinigen.

Anm. 1. 1. Auf Verlangen des Absenders hat die Eisenbahn diese Verpflichtung zu erfüllen. Hier ist also die Ausstellung des Frachtbriefduplikats fakultativ, d. h. von dem Verlangen des Absenders abhängig. Nach dem Berner Uebereinkommen (Art. 8 Abs. 5, Art. 15 Abs. 2) ist sie für den internationalen Verkehr obligatorisch. Aber wenn der Absender

die Bescheinigung verlangt, so muß die Eisenbahn sie ertheilen. Sie ist sonst schadensersatzpflichtig (Anm. 11 zu § 347).

2. Die Ausstellung des Frachtbriefduplikats hat die rechtliche Wirkung, daß der Absender in der Ausübung seines Dispositionsrechtes beschränkt ist. Er besitzt zwar nach wie vor das volle Dispositionsrecht, von seinen Dispositionsbefugnissen nach § 433 kann der Absender aber im Falle der Ausstellung des Frachtbriefduplikats nur noch unter Vorlegung des Duplikats Gebrauch machen (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 493). Auf den Dritten, dem der Versender das Frachtbriefduplikat ausgehändigt hat, und sei dies auch der Empfänger, überträgt er aber seine Dispositionsbefugniß nicht, nur er selbst ist in der Ausübung beschränkt. Hat daher der Adressat das Frachtbriefduplikat vom Absender ausgehändigt erhalten, so kann keiner von beiden verfügen. Das Gut ist gewissermaßen neutral (Cosack S. 454). Da die Dispositionsbefugniß auf den Empfänger nicht übergeht, auch wenn ihm das Frachtbriefduplikat vom Absender übergeben wird, so hat das Frachtbriefduplikat nicht den Rechtscharakter des Ladescheins, was früher im § 57 Abs. 4 der Verkehrsordnung ausdrücklich ausgesprochen war und jetzt nur als überflüssig weggelassen ist. Anm. 2.

Die Einschränkung der Dispositionsbefugnisse des Absenders in ihrer Ausübung besteht nicht bloß der Eisenbahn, sondern auch dem Empfänger gegenüber. Der Empfänger ist, wenn er das Frachtbriefduplikat in seiner Hand hat, nicht bloß dadurch geschützt, daß die Eisenbahn die Verfügung des Absenders nicht zu respektiren braucht, sondern auch dadurch, daß sie seine Verfügungen nicht respektiren darf, eine Verpflichtung, die sie dem Empfänger gegenüber beobachten muß, widrigenfalls sie diesem zum Schadensersatz verpflichtet ist. Dies ist im Abs. 2 unseres Paragraphen zum Ausdruck gebracht. Der Adressat erwirbt also durch die Uebergabe des Duplikats eine durch die einseitige Anordnung des Absenders nicht mehr entziehbare Anwartschaft auf den demnächstigen Erwerb der Rechte aus dem Frachtvertrage, und zwar nicht bloß auf Aushändigung des Frachtbriefes und des Gutes, wenn dieses ankommt, sondern auch dann, wenn es an dem Ablieferungsorte hätte ankommen müssen, falls die Kontreorders des Absenders nicht befolgt worden wären. Dies ergiebt sich aus § 455 Abs. 2 und stellt sich als eine singuläre Erweiterung der Rechte des Adressaten dar. Trifft dagegen das Frachtgut nicht am Bestimmungsorte ein, ohne daß eine Kontreorder des Absenders ertheilt wurde, so bleibt es bei der Regel des § 435. (So überall zutreffend Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte S. 496.) Anm. 3.

3. Die Vorschriften dieses Paragraphen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Verkehrsordnung enthält zur Ausführung dieser Vorschrift einige Bestimmungen (§§ 64 Abs. 2, 65 Abs. 4, 73 Abs. 2 V.O.). Diese Bestimmungen der Verkehrsordnung können durch Vertrag überhaupt nicht geändert werden, auch nicht so, daß die Abänderungen dem Publikum günstiger sind (§ 471). Anm. 4.

4. Wie nun, wenn das Duplikat verloren ist? Eine Kraftloserklärung ist nicht vorgesehen und auch nicht möglich. Wie ist dem Absender in solchem Falle zu helfen? Geht man davon aus, daß die Vorschrift im Interesse des Empfängers gegeben ist, so muß man annehmen, daß der Absender trotz des Verlustes des Duplikats wirksam verfügen kann, nachdem der Empfänger die Annahme verweigert hat oder wenn er mit der Disposition sich einverstanden erklärt, welche Konsenserklärung eventl. im Prozeßwege zu erzielen ist. Auch dürfte es nach dem Prinzip von Treu und Glauben genügen, wenn der Absender den Verlust des Duplikats nachweist und dem Frachtführer wegen der ihm drohenden Nachtheile Sicherheit leistet (Hellwig, Verträge auf Leistungen an Dritte S. 495). Anm. 5.

§ 456.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung des Gutes in der Zeit von der Annahme zur Beförderung bis zur Ablieferung

entsteht, es sei denn, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten, durch höhere Gewalt, durch äußerlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung oder durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage, verursacht ist.

Die Vorschrift des § 429 Abs. 2 findet Anwendung.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph regelt die Haftpflicht der Eisenbahn für Verlust oder Beschädigung des Gutes.** Die Vorschrift schließt sich an die frühere Vorschrift des Art. 395 an, welche für den Frachtvertrag überhaupt galt.

I. Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift.

Anm. 1. Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift besteht eigentlich in ihrer durch § 471 angeordneten Unabänderlichkeit. Diese Unabänderlichkeit ist wie folgt angeordnet. Die im vorliegenden Paragraphen angeordnete Haftung darf weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung, noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit.

Nun ist aber die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen auch in die Verkehrsordnung aufgenommen worden (§ 75 V.O.). Das ist an sich zulässig, denn nur solche Vorschriften dürfen in die Verkehrsordnung nicht aufgenommen werden, durch welche die gesetzliche Haftpflicht ausgeschlossen oder beschränkt wird, dagegen ist eine Wiederholung der gesetzlichen Haftpflicht in der Verkehrsordnung gestattet. Diese Wiederholung ist aber keineswegs rechtlich bedeutungslos. Sie hat vielmehr die sehr erhebliche Rechtsfolge, daß nunmehr gegen den Inhalt dieser Bestimmung Abreden überhaupt nicht zulässig sind, weder solche, durch welche die Haftpflicht der Eisenbahn gemildert wird, noch solche, die sie erweitern, sodaß eine Bestimmung ungiltig wäre, wonach die Eisenbahn für jeden Schaden und ohne die Entschuldigungsgründe unseres Abs. 1 haftet. Denn der § 471 Abs. 2 erklärt für nichtig jede Vereinbarung, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche steht (vergl. Anm. 4 zu § 453). Die Verkehrsordnung ist natürlich der Abänderung durch eine neue Verordnung des Bundesrathes fähig (vergl. Anm. 3 zu § 453).

Auch wird schon hier darauf hingewiesen, daß nach § 461 die Eisenbahnen die Beschränkung der Haftung auf einen Höchstbetrag unter gewissen Modalitäten vorsehen können, was jedoch mehr den folgenden Paragraphen berührt, als den vorliegenden.

II. Der Umfang der Haftung.

Anm. 2. 1. (Abs. 1.) **Regel** ist, daß die Eisenbahn ohne Weiteres haftet für den durch Verlust oder Beschädigung entstandenen Schaden, d. h. nicht etwa bloß, wenn sie ein Verschulden trifft, sondern auch ohne ein solches; nur Verschulden des Verfügungsberechtigten, höhere Gewalt, mangelhafte Verpackung und natürliche Beschaffenheit des Gutes entschuldigen die Eisenbahn.

a) **Der Absender hat zu beweisen:**

Anm. 3. α) **daß das Frachtgut verloren oder beschädigt ist.** Ueber die Begriffe Verlust und Beschädigung siehe Anm. 5 u. 6 zu § 429.

Anm. 4. β) **Daß der Schaden in der Zwischenzeit zwischen Empfangnahme und Ablieferung entstanden ist.** Ueber diese Begriffe siehe Anm. 7—9 zu § 429.

Damit ist aber natürlich nicht gesagt, daß die Eisenbahn für Schaden, der außerhalb dieser Zeit entsteht, überhaupt nicht haftet. Es soll nur gesagt sein, daß sie für solchen anderweiten Schaden nicht haftet auf Grund des Frachtvertrages; allenfalls haftet sie dafür als Verwahrerin.

Anm. 5. γ) **Der Absender hat nicht ein Verschulden der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute zu beweisen,** ja selbst die Eisenbahn befreit sich nicht durch den Nachweis, daß sie oder einen ihrer Leute ein Verschulden nicht trifft (vergl. vielmehr das Folgende).

Anm. 6. b) **Gegenüber den gedachten, den Ersatzanspruch an sich begründenden Thatsachen befreit sich die Eisenbahn nicht, wie ein sonstiger Frachtführer nach § 429, durch den Nach-**

weis, daß weder sie noch ihre Leute ein Verschulden trifft; vielmehr hat sie zu beweisen, daß höhere Gewalt oder einer der drei anderen hier aufgezählten Umstände den Schaden verursacht hat. Doch braucht die Eisenbahn, wenn sie ein Ereigniß darlegt, welches den Schaden herbeigeführt hat und als höhere Gewalt zu betrachten ist, z. B. einen Orkan, nicht noch außerdem darzulegen, welche Maßregeln zur Rettung sie im Einzelnen getroffen hat. Vielmehr hat dann der Geschädigte zu beweisen, welche Maßregeln zur Rettung schuldvoll unterblieben sind (R.O.H. 19 S. 216; Bolze 6 Nr. 530).

c) **Höhere Gewalt.** Der Begriff ist gesetzlich nicht bestimmt. Jedoch sind die Ausleger Anm. 7.
und die Rechtsprechung darüber einig, daß darunter zu verstehen sind alle von außen kommenden Ereignisse, die nach menschlicher Einsicht nicht vorauszusehen und deren Eintritt und Wirkungen durch Vorkehrungen, welche zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolge nach der Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältnisse stehen, nicht abgewendet werden können (Cosack S. 441; Eger 1 S. 256; Hahn §§ 10 ffg. zu Art. 395; Leyßner Anm. 1; Puchelt Anm. 15 zu Art. 395; Schott bei Endemann III S. 329; R.O.H. 2 S. 248; 8 S. 26 und 159; R.G. 21 S. 16; O.L.G. Kiel und L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 537).

α) Zunächst sind es also Ereignisse, welche von außen kommen. Das Anm. 8.
liegt im Worte vis. Darunter ist eine äußere Gewalt zu verstehen, welche in die Ausführung des Transports hindernd eingreift; gleichgiltig ist, ob diese Gewalt ein Naturereigniß ist (Brand, Ueberschwemmung, Blitz, Sturm [Bolze 6 Nr. 530], Bergsturz Erdbeben) oder auf menschliche Einwirkung zurückzuführen ist (Diebstahl, Gewalt, Raub, Krieg, Aufruhr, Plünderung, unverständiges Gebahren von Kindern), gleichgiltig auch, ob das Ereigniß unmittelbar oder mittelbar eingreift. Unfälle dagegen, die durch den Frachtbetrieb des Frachtführers entstanden sind, fallen nicht unter den Begriff der höheren Gewalt. Beispiele: Es haftet die Eisenbahn für die Folgen einer Entgleisung, welche durch den Bruch einer Achse verursacht ist, wenn ihre Beschaffenheit daran schuld war; nicht jedoch, wenn eine von ruchloser Hand hineingeworfene Bombe den Bruch verursacht hat; die Eisenbahn haftet, wenn eine plötzlich eingetretene Geistesstörung des Lokomotivführers die Entgleisung verursacht hat, es sei denn, daß die Geistesstörung durch ein plötzliches äußeres Ereigniß, etwa einen Blitzschlag, verursacht wäre.

β) Sodann müssen es Ereignisse sein, deren Eintritt nicht voraus- Anm. 9.
zusehen und durch Anwendung geeigneter Vorkehrungen nicht zu vermeiden war. Das liegt im Worte major. Es muß aber das Ereigniß nicht gerade absolut unvermeidlich gewesen sein, vielmehr kann sogenannte relative Unvermeidlichkeit vorgelegen haben. Man kann dem Frachtführer nicht zumuthen, bombensichere Schuppen zu haben, um die durch eine Explosion von Sprengstoffen drohende Gefahr absolut auszuschließen, oder stets Feuerwehrmannschaften bei sich zu führen, um jeden Feuerschaden zu verhüten u. s. w. Das würde eine allzu große Belästigung für den Frachtführer oder aber, da dieser die Kosten auf den Absender abwälzen würde, für diesen sein. Deshalb begnügt man sich allgemein mit der relativen Unvermeidlichkeit, wie sie oben Anm. 7 bei der Definition der höheren Gewalt erwähnt ist (vergl. die Citate daselbst). Liegt aber auch relative Unvermeidlichkeit nicht vor, hat vielmehr umgekehrt der Frachtführer durch sein schuldhaftes Verhalten das Gut in die Lage gebracht, in welcher es von der höheren Gewalt betroffen wurde, dann haftet er (R.O.H. 2 S. 357). Zufälle, welche im Verlaufe des Gewerbeunternehmens, als diesem eigenthümlich, mehr oder minder häufig vorzukommen pflegen, und auf die der Unternehmer daher gerüstet und gefaßt sein muß, gehören nicht zur höheren Gewalt (O.L.G. Hamburg in G.Z. 40 S. 536). Desgleichen haftet der Frachtführer, wenn er nach Eintritt des als höhere Gewalt zu erachtenden schädigenden Ereignisses nicht Alles gethan hat, um die schädlichen Folgen des Ereignisses abzuwenden, wenn er z. B. nach Leckwerden des Kahns

nicht Alles thut, um das Gut zu retten, sondern den Kahn verläßt, um den Eigenthümer der Waare zu benachrichtigen (Volze 14 Nr. 406 d). Ueber die Beweislast in solchem Falle siehe oben Anm. 6.

Anm. 10. d) **Die anderen den Frachtführer entschuldigenden Thatsachen sind:**

α) Die natürliche Beschaffenheit des Guts, namentlich innerer Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage (unter letzterem Ausdruck versteht man das Dringen der Flüssigkeit durch die Fugen des Gefäßes ohne äußere Beschädigung). Auch Selbstentzündung gehört dazu (R.G. 15 S. 147). Um zu beweisen, daß der Schaden durch die natürliche Beschaffenheit des Guts entstanden ist, muß die Eisenbahn nicht bloß diese Beschaffenheit, sondern auch weiter darlegen, daß sie ihrer eigenen Verpflichtung für die Erhaltung des Guts genügt habe. Nur dann ist der Schaden „durch die natürliche Beschaffenheit des Guts" entstanden, andernfalls ist dies durch ihre Nachlässigkeit geschehen. Sie muß also darthun, daß sie die Glaswaaren, Lebensmittel, Explosivstoffe durch Isolirung, Bedeckung u. s. w. behandelt hat, wie sie ordnungsmäßig zu behandeln sind.

Anm. 11. β) Nicht äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung. Die Verpackung ist mangelhaft, wenn sie nicht geeignet ist, das Gut vor den gewöhnlichen Fährlichkeiten des Transports zu schützen. Ist dies erkennbar (sei es durch das Auge oder durch sonstige Sinne, z. B. durch Geruch, Gehör, Gefühl), so kann die Eisenbahn die Ausführung des Transports ablehnen. Macht sie aber von diesem Rechte keinen Gebrauch, so übernimmt sie die Gefahr. Dabei genügt der Absender seiner Verpflichtung zur Erkennbarmachung dadurch, daß er durch einen Vermerk auf dem Gute erkennbar macht, daß es besonders vorsichtige Behandlung erfordert. Damit deutet er an, daß die Verpackung allein ohne Anwendung besonderer Vorsicht das Gut vor den gewöhnlichen Fährlichkeiten des Transports nicht zu schützen vermag. Das gilt z. B. von Aufschriften, wie „Glaswaaren", „Vorsicht!", „Vor Nässe zu bewahren!" (Hahn § 20 zu Art. 395; Eger 1 S. 289).

Anm. 12. Die nicht erkennbare Mangelhaftigkeit eines Frachtgutes schließt die Haftung der Eisenbahn auch dann aus, wenn der entstandene Schaden nicht unmittelbar durch die mangelhafte Verpackung, sondern durch einen hinzutretenden Zufall entstanden ist, der bei gehöriger Verpackung keinen oder doch einen geringeren Schaden verursacht haben würde (R.O.H. vom 16. Mai 1876 in der Deutschen Eisenbahnzeitung S. 986).

Anm. 13. Hat die Eisenbahn auf die mangelhafte Verpackung aufmerksam gemacht und der Absender dennoch die Beförderung verlangt, so haftet der Frachtführer nicht (Hahn § 20; Puchelt Anm. 19 zu Art 395).

Anm. 14. γ) Wenn die Eisenbahn nachweist, daß der Schaden durch ein Verschulden oder eine nicht von der Eisenbahn verschuldete Anweisung des Verfügungsberechtigten verursacht ist. Dem Verschulden des Verfügungsberechtigten steht natürlich das Verschulden derjenigen Personen gleich, deren Verschulden er zu vertreten hat. Eine solche Schuld liegt z. B. dann vor, wenn der Absender die besondere Gefährlichkeit des Transports verheimlicht oder Vertragsabreden verletzt hat (R.G. 15 S. 151; 20 S. 78), oder wenn er nach eingetretenem Nothfall den Frachtführer an der Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln hindert (R.O.H. 12 S. 107), oder wenn der Schaden entstanden ist durch Befolgung bestimmter Anordnungen des Absenders (H.A.G. Nürnberg in G.Z. 19 S. 569), oder wenn das Gut verloren gegangen ist durch befugte Veräußerung infolge Abnahmeverzuges des Empfängers (R.O.H. 11 S. 293). Ueberall ist hier aber vorausgesetzt, daß die Schuld allein auf Seiten des Absenders liegt; bei konkurrirendem Verschulden haftet die Eisenbahn. Denn dann hat sie den Nachweis nicht geführt, daß „der Schaden durch ein Verschulden des Verfügungsberechtigten verursacht ist" (vergl. Förtsch Anm. 13 zu Art. 395). Es geht das auch daraus hervor, daß, wenn

der Schade entstanden ist durch äußerlich erkennbare Mängel der Verpackung, die Eisenbahn allein haftet, obwohl doch der Mangel der Verpackung ein Mitverschulden des Absenders in sich schließt.

e) **Vermag die Eisenbahn keinen der angeführten Entschuldigungsgründe zu beweisen, so trägt sie den Schaden.** Der Nachweis sorgsamen Verhaltens bei Ausführung des Transports entlastet sie nicht. Unverkennbar legt daher der Paragraph der Eisenbahn in nicht geringem Umfange die Haftung für den Zufall zur Last (R.O.H. 15 S. 84; R.G. 1 S. 278; 14 S. 83; 21 S. 18). So haftet sie dann, wenn es unaufgeklärt bleibt, wie der Schade entstanden ist, wenn z. B. ein Ballon mit einer medizinischen Flüssigkeit erweislich wohlverpackt und unversehrt der Eisenbahn übergeben ist, auf der Reise platzt, und die Eisenbahn ihrerseits darthut, daß von ihrer Seite und seitens ihrer Leute mit der größten Vorsicht verfahren ist (vergl. auch Bolze 2 Nr. 964). Man kann das auch so ausdrücken, daß sie die Gefahr des Beweises hat. Die Eisenbahn haftet ferner für diejenigen Zufälle, welche nicht als höhere Gewalt zu betrachten sind (R.G. 1 S. 278; 14 S. 83; 21 S. 18), indem sie nicht auf einem Eingriffe von außen beruhen, sondern die Handlung der Eisenbahnverwaltung selbst oder ihrer Leute (R.G. 1 S. 253) oder ihre Transportmittel betreffen, z. B. wenn die Achse bricht, die Lokomotive platzt, das Kollo zur Erde fällt und durch eine dieser Thatsachen ein Schaden am Gute eintritt. Es genügt dann nicht, daß die Eisenbahn beweist, die Achse, die Lokomotive seien solid angefertigt und die Leute seien stark und vorsichtig gewesen. Vielmehr trägt die Eisenbahn eben den Zufall (Hahn § 15 zu Art. 395). Anm. 15

g) Gelingt aber der Eisenbahn der Nachweis eines Entschuldigungsgrundes, so wird sie von der Haftpflicht frei. Unter Umständen hat sogar der Absender die Eisenbahn zu entschädigen (vergl. Anm. 4 u. 8 zu § 427) Anm. 16.

f) Wann der Beweis als gelungen oder wann er als nicht gelungen zu betrachten ist, bestimmt der Richter nach freiem Ermessen. Der Beweis kann auch dann als geführt gelten, wenn die Eisenbahn Umstände darlegt, unter denen eine andere Entstehungsursache sich als ausgeschlossen darstellt (R.G. 15 S. 147). Anm. 17.

2. (Abs. 2.) **Die Ausnahmevorschrift.** Für Kostbarkeiten, Kunstgegenstände, Geld und Werthpapiere haftet die Eisenbahn nur dann, wenn ihre Beschaffenheit oder Werth des Gutes angegeben ist. Diese Vorschrift stimmt mit dem überein, was für den Frachtverkehr überhaupt gilt (vergl. daher ausführlich Anm. 20 ffg. zu § 429). Natürlich haftet sie, wenn ihr die Angabe gemacht wird, nach den Vorschriften des Abs. 1. Anm. 18.

§ 457.

Muß auf Grund des Frachtvertrags von der Eisenbahn für gänzlichen oder theilweisen Verlust des Gutes Ersatz geleistet werden, so ist der gemeine Handelswerth und in dessen Ermangelung der gemeine Werth zu ersetzen, welchen Gut derselben Art und Beschaffenheit am Orte der Absendung in dem Zeitpunkte der Annahme zur Beförderung hatte, unter Hinzurechnung dessen, was an Zöllen und sonstigen Kosten sowie an Fracht bereits bezahlt ist.

Im Falle der Beschädigung ist für die Minderung des im Abs. 1 bezeichneten Werthes Ersatz zu leisten.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann Ersatz des vollen Schadens gefordert werden.

Der vorliegende Paragraph enthält die maßgebende Vorschrift über die Höhe des durch die Eisenbahn zu leistenden Schadensersatzes für Verlust oder Beschädigung des Gutes.

I. **Die rechtliche Bedeutung der Vorschrift besteht auch hier wieder hauptsächlich in der durch § 471 angeordneten Unveränderlichkeit** (vergl. hierüber Anm. 1 zu § 456). Dabei ist aber Anm. 1.

hier sofort auf § 461 zu verweisen, nach welchem die Eisenbahn unter gewissen Modalitäten Höchstbeträge ihrer Haftung bestimmen kann.

Anm. 2. II. **Die Vorschrift unseres Paragraphen stimmt inhaltlich mit der für Frachtverträge überhaupt geltenden Vorschrift des § 430 überein.** Die dort gegebene Erläuterung ist daher in Bezug zu nehmen. Zwei Punkte aber sind verschieden:

Anm. 3. 1. Hier entscheidet der Werth am Orte der Absendung und zur Zeit der Annahme zur Beförderung, nicht wie im § 430 der Werth am Orte und zur Zeit der Ablieferung.

Anm. 4. 2. Die Art, wie die Zölle und sonstigen Kosten bei der Berechnung zur Geltung kommen, ist hier anders. Hier wird hinzugerechnet, was an Kosten bezahlt ist, dort wird abgerechnet, was an Kosten gespart ist.

§ 458.

Die Eisenbahn haftet für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei der Ausführung der Beförderung bedient.

Die Vorschrift stellt die Haftung der Eisenbahn für ihre Hilfspersonen auf.

Anm. 1. 1. Die Vorschrift hat hier eine andere Bedeutung, als im § 431. Dort, beim Frachtgeschäft überhaupt, wo der Frachtführer ja nur für Verschulden haftet, bedeutet diese Vorschrift, daß der Frachtführer auch für die Versehen seiner Hilfspersonen haftet, wie für seine eigenen Versehen. Hier, wo die Eisenbahn nicht bloß für Versehen haftet, sondern auch für Zufall, bedeutet es, daß auch dann, wenn das unglückliche Ereigniß sich in der Person der Ausführungsgehilfen ereignet, die Eisenbahn dafür haftet. So haftet z. B. die Eisenbahn auch für jeden Schaden, den ein plötzlich in Geistesstörung verfallener Lokomotivführer verursacht hat. Ebenso, wenn ein plötzlich und ohne sein Wissen farbenblind gewordener Weichensteller die Zeichen verwechselt und dadurch eine Entgleisung verursacht. Hier liegt überall nicht höhere Gewalt vor. Anders natürlich, wenn die Krankheit plötzlich in Folge eines äußeren Naturereignisses eingetreten ist, so z. B., wenn der Lokomotivführer durch einen Blitzschlag geistesgestört wird, und in diesem Zustande sofort eine Entgleisung bewirkt. Daß die Eisenbahn für Verschulden ihrer Leute haftet, ist ja selbstverständlich. Denn wenn ein Verschulden ihrer Leute vorliegt, so kann sie keinen der im § 457 ihr offengelassenen Entschuldigungsbeweise vorbringen,

Anm. 2. und daraus folgt ihre Haftung.

In denjenigen Fällen, in denen die Eisenbahn nur für Verschulden, oder für Verschulden in höherem Grade als sonst haftet, bedeutet der vorliegende Paragraph, daß sie auch für Verschulden ihrer Leute haftet (vergl. § 459 Abs. 3, § 457 Abs. 3).

Anm. 3. 2. Natürlich handelt es sich auch hier um Thätigkeiten der Hilfspersonen bei der Ausführung der Beförderung (vergl. Anm. 4 zu § 431). Wenn einer der Leute der Eisenbahn außerhalb des Dienstes, z. B. während eines Ferienurlaubs einen Diebstahl begeht und das Frachtgut stiehlt, so ist dies höhere Gewalt, für welche sie nicht haftet.

Anm. 4. 3. Die hier angeordnete Haftung ist der Ausschließung oder Minderung durch Parteiabrede in gleicher Weise entzogen, wie die Haftung aus § 456 (vergl. daher Anm. 1 zu § 456).

§ 459.

Die Eisenbahn haftet nicht:

1. in Ansehung der Güter, die nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender in offen gebauten Wagen befördert werden,

   für den Schaden, welcher aus der mit dieser Beförderungsart verbundenen Gefahr entsteht;

2. in Ansehung der Güter, die, obgleich ihre Natur eine Verpackung zum Schutze gegen Verlust oder Beschädigung während der Beförderung erfordert, nach Erklärung des Absenders auf dem Frachtbrief unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung zur Beförderung aufgegeben worden sind,

   für den Schaden, welcher aus der mit dem Mangel oder mit der mangelhaften Beschaffenheit der Verpackung verbundenen Gefahr entsteht;

3. in Ansehung der Güter, deren Aufladen und Abladen nach der Bestimmung des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender von diesem oder von dem Empfänger besorgt wird,

   für den Schaden, welcher aus der mit dem Aufladen und Abladen oder mit einer mangelhaften Verladung verbundenen Gefahr entsteht;

4. in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigenthümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage, Austrocknung und Verstreuung, zu erleiden,

   für den Schaden, welcher aus dieser Gefahr entsteht;

5. in Ansehung lebender Thiere

   für den Schaden, welcher aus der für sie mit der Beförderung verbundenen besonderen Gefahr entsteht;

6. in Ansehung derjenigen Güter, einschließlich der Thiere, welchen nach der Eisenbahnverkehrsordnung, dem Tarif oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender ein Begleiter beizugeben ist,

   für den Schaden, welcher aus der Gefahr entsteht, deren Abwendung durch die Begleitung bezweckt wird.

Konnte ein eingetretener Schaden den Umständen nach aus einer der im Abs. 1 bezeichneten Gefahren entstehen, so wird vermuthet, daß er aus dieser Gefahr entstanden sei.

Eine Befreiung von der Haftpflicht kann auf Grund dieser Vorschriften nicht geltend gemacht werden, wenn der Schaden durch Verschulden der Eisenbahn entstanden ist.

I. **Vorbemerkung über den rechtlichen Charakter dieser und der folgenden Vorschriften.** Das frühere H.G.B. gab im Art. 423 eine Vorschrift, durch welche die Eisenbahnen in ihrer Vertragsfreiheit eingeengt wurden und alsdann in den Art. 424 ffg. eine Befreiung von diesen einengenden Vorschriften. Diese Befreiungen sind jetzt in anderer Weise geregelt. Was früher als vereinbarungsfähig bezeichnet war, soll jetzt von Gesetzeswegen als Rechtens gelten. Es ist also nicht mehr gesagt: Das kann vereinbart werden, sondern: Das gilt. Dagegen ist im § 471 bestimmt, daß weder die Verkehrsordnung, noch Parteivereinbarungen diese Bestimmungen zu Gunsten der Eisenbahn ändern können, und ferner, daß die Vorschriften der Anm. 1.

Verkehrsordnung durch Parteivereinbarung überhaupt nicht geändert werden können, also auch nicht zu Gunsten der Eisenbahn (vergl. hierüber unten Anm. 19).

Anm. 2. II. **Der vorliegende Paragraph giebt nun einige Einschränkungen der Haftung der Eisenbahnen für Verlust oder Beschädigung des Gutes in besonderen Fällen** und zwar in der Weise, daß

Absatz 1 die Haftungseinschränkungen aufzählt,

Absatz 2 eine Beweisvorschrift giebt,

Absatz 3 die unbedingte Haftung für Verschulden anordnet.

Dabei ist vorauszuschicken, daß sich der vorliegende Paragraph nur als Einschränkung der Haftung für Beschädigung oder Verlust des Gutes, welche im § 456 angeordnet ist, darstellt. Auf Haftungen anderer Art, Verspätungsschäden, Haftung für Beschädigung oder Verlust des Gutes außerhalb des Transports bezieht sich die Einschränkung nicht, wie sich ja auch die weite Haftung des § 456 darauf nicht bezieht.

Anm. 3. 1. (Abs. 1.) **Die Haftungseinschränkungen.**

Nr. 1. a) Vorausgesetzt ist hier, daß abredegemäß in offen gebauten Wagen tranportirt werden soll. Die Abrede muß auf einer Tarifbestimmung beruhen oder in den Frachtbrief aufgenommen sein. Sonstige Vereinbarungen sind hier unbeachtlich. Wenn die Bahn trotz der Abrede thatsächlich bedeckte Wagen liefert, so liegt der Fall der Nr. 1 dennoch vor: für die Mängel der Decke braucht die Eisenbahn in solchem Falle nicht aufzukommen (R.G. 1 S. 15; 10 S. 106). Ein offen gebauter Wagen liegt auch dann vor, wenn die Waare mit nicht festen Decken oder Plänen bedeckt werden soll (R.O.H. 12 S. 120; 14 S. 218; R.G. 10 S. 106).

Anm. 4. b) Der Inhalt und die rechtliche Tragweite der Vereinbarung ist, daß für Schaden nicht gehaftet wird, welcher aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstanden ist. Dadurch wird aber die Eisenbahnverwaltung nicht frei von der Fürsorge für das Gut, nicht einmal von derjenigen Fürsorge, welche gerade durch diese eigenthümliche Transportart bedingt ist (nur daß sie eben den Wagen nicht zu bedecken braucht, aber sie muß sonst für das Gut sorgen), und sie wird haftbar, wenn durch ihr oder ihrer Leute Verschulden diese Fürsorge vernachlässigt ist. Dies folgerten die Reichsgerichte mit Recht aus dem Zweck des früheren Art. 424 und insbesondere aus Abs. 3 (R.O.H. 12 S. 23; 15 S. 83; 25 S. 170; R.G. 20 S. 121; 34 S. 46). Das Gleiche muß nach der neuen Fassung angenommen werden. Die Eisenbahnverwaltung wird daher haftbar, wenn das unverpackt transportirte Gut durch ihr sonstiges — ihr nachzuweisendes, R.G. 34 S. 46 — Verschulden durchnäßt wird, indem sie etwa während einer Transportverzögerung den unbedeckten Wagen nicht in einen bedeckten Raum schaffen ließ (Schott S. 489 Anm. 14; vergl. R.O.H. 17 S. 296), oder wenn das Gut in Brand geräth, sei es dadurch, daß aus der Lokomotive in Folge der absolut schlechten Beschaffenheit der Kohle zu viel Funken stoben (R.O.H. 15 S. 83; R.G. 34 S. 46) oder dadurch, daß der unbedeckte Wagen in allzu großer Nähe zur Lokomotive eingereiht wurde (R.G. 20 S. 121; 34 S. 46), oder dadurch, daß die in einem andern Wagen befindliche Waare sich entzündete und die fragliche Waare ergriff (Bolze 4 Nr. 694). Demgemäß wird durch die vorliegende Vorschrift die Verwaltung nur frei von der Verantwortlichkeit für den unverschuldet entstandenen Schaden, auch wenn dieser nicht gerade auf höherer Gewalt beruht. Das ist die Bedeutung der Nr. 1 und dem fügt Abs. 2 den weiteren Vortheil für die Eisenbahn hinzu, daß zu ihren Gunsten eine Vermuthung gilt, welche die Beweislast der Eisenbahn wesentlich erleichtert. — Als Gut ist auch ein Möbeltransportwagen zu betrachten (R.G. 34 S. 44).

Anm. 5. **Nr. 2.** a) Voraussetzung ist hier, daß der Absender auf dem Frachtbrief erklärt, das Gut werde unverpackt oder mit mangelhafter Verpackung aufgegeben. Dies Erforderniß ist unerläßlich; es wird nicht dadurch ersetzt, daß überhaupt ein Gut mit mangelhafter Verpackung aufgegeben wurde, auch nicht dadurch, daß dieser Gegenstand mündlich zur Sprache gekommen ist.

b) Der Inhalt und die rechtliche Tragweite der Vorschrift ist, daß für den Schaden nicht gehaftet wird, der durch die aus der mangelnden oder mangelhaften Verpackung entstandene Gefahr erwachsen ist. Für schuldhaftes Verhalten aber haftet die Eisenbahn auch dann (vergl. Abs. 3); nur für unverschuldeten Schaden, der aus der mangelnden oder mangelhaften Verpackung entstanden ist, haftet sie nicht. Aber für diesen haftet sie schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 456 nicht, wenn sie den Absender auf die mangelnde oder mangelhafte Verpackung aufmerksam gemacht hat und dieser gleichwohl auf dem Transport besteht (vergl. Anm. 13 zu § 456). Die Vorschrift in Nr. 3 ist daher an sich ohne praktische Bedeutung. Das Hauptgewicht liegt hier auf Abs. 2, d. h. auf der dort aufgestellten Vermuthung. Anm. 6.

Nr. 3. a) Voraussetzung ist hier, daß das Auf- und Abladen nach Vereinbarung mit dem Absender von diesem oder von dem Empfänger besorgt wird. Der Ton liegt hier bloß darauf, daß der Frachtführer das Auf- und Abladen nicht besorgt. Die Vereinbarung muß auf dem Tarif beruhen oder in den Frachtbrief aufgenommen sein; sonst hat sie diese Wirkung nicht. Anm. 7

b) Der Inhalt und die rechtliche Tragweite der Vereinbarung ist, daß alsdann der Frachtführer nicht für die Folgen des Auf- und Abladens haftet, auch soweit es unter § 456 d. h. in die eigentliche Beförderungsthätigkeit fallen sollte. Alsdann gilt auch die Vermuthung des Abs. 2. Anm. 8.

Nr. 4. Auch hier ist es selbstverständlich, daß diejenige Gefahr, die aus der besonderen Beschaffenheit des Gegenstandes, nach welcher er leicht dem Verlust oder der Beschädigung ausgesetzt ist, herrührt, von dem Absender getragen wird. Es braucht dies nicht besonders vorgeschrieben zu werden. Aber eigenthümlich ist, daß die Annahme eines solchen Guts zur Beförderung eine Rechtsvermuthung in sich schließt, wie sie Abs. 2 aufstellt. Auf diesem liegt auch hier wieder der Hauptton. Damit diese Rechtsvermuthung Platz greift, muß es sich um leicht verletzbare Gegenstände handeln, nicht bloß um Gegenstände, bei denen die Möglichkeit der Verletzung überhaupt besteht (R.G. 15 S. 149). Anm. 9.

Ueber schuldhaftes Verhalten der Eisenbahn vergl. unten Anm. 17. Anm. 10.

Nr. 5. Voraussetzung ist hier, daß lebende Theile zur Beförderung übergeben werden. Ueber Verschulden der Eisenbahnen siehe unten Anm. 17.

Nr. 6. Begleitgüter sind solche, welche nach Vereinbarung mit dem Frachtführer oder nach der Verkehrsordnung von dem Absender (oder einem Beauftragten desselben) begleitet werden, um sie persönlich vor Schaden zu behüten. Die Thatsache der Begleitung allein, ohne daß sie in der in Nr. 6 bezeichneten Art vereinbart ist, ist keine genügende Voraussetzung des Falles. Ebenso genügen andere Arten der Vereinbarung nicht. Ueblich ist die Begleitung beim Transport von Vieh, Equipagen u. s. w. Auch beim Transport von Leichen wird Begleitung gefordert. Anm. 11.

Daß die Bahn dadurch von der Fürsorge um das Gut nicht völlig befreit wird, darüber vergl. unten Anm. 17.

A. (Abs. 2.) **Die Beweisvorschrift.** Der Hauptton des Paragraphen liegt auf dieser. Meist ist die in Abs. 1 vorgesehene Haftungsbeschränkung an sich keine Vergünstigung, die der Eisenbahn nicht schon aus allgemeiner Vorschrift zustände (vergl. oben Anm. 6). Auf der Vermuthung des Abs. 2 liegt das Schwergewicht der Vorschrift (R.O.H. 12 S. 24). Anm. 12.

1. **Zwei Voraussetzungen hat diese Vermuthung.**

a) Sie greift nur Platz, wenn ein eingetretener Schade aus der nach der gesetzlichen Vorschrift des Abs. 1 nicht übernommenen Gefahr entstehen konnte. Es muß also zunächst der Fall so liegen, daß der eingetretene Schade aus der nicht übernommenen Gefahr überhaupt, in abstracto, entstehen kann. Daß dies der Fall ist, hat die Eisenbahn zu beweisen. Doch werden die Umstände nach dieser Richtung meist so klar liegen, daß es einer Beweisführung nicht bedürfen wird. So z. B. wird die Eisenbahn nicht erst zu beweisen brauchen, daß ein Gut in unbedecktem Anm. 13.

Wagen gestohlen oder naß werden kann. Daß die Möglichkeit im konkreten Falle vorlag, braucht die Eisenbahn nicht zu beweisen. In dieser Hinsicht steht der Eisenbahn eben die Vermuthung zur Seite.

Anm. 14. b) Die Vermuthung greift nur Platz, wenn ferner einer der im Abs. 1 Nr. 1—6 vorgesehenen Fälle vorliegt. Wann diese Voraussetzung zutrifft, darüber ist zu Abs. 1 gehandelt. Ob der Vorschrift gemäß verfahren ist, darauf kommt es nicht an, nur ob die Vereinbarung getroffen ist. Die Vermuthung wird z. B. dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Bahnverwaltung von dem Rechte zur Benutzung unbedeckter Wagen keinen Gebrauch gemacht hat. (Vergl. oben Anm. 3). Nach R.O.H. (25 S. 172) kann jedoch ein solches faktisches Verhalten bei der thatsächlichen Beweiswürdigung in Frage kommen.

Anm. 15. 2. **Die Folge der Vermuthung**[1]) ist, daß die Eisenbahn nicht erst zu beweisen braucht, daß der Schade aus der nicht übernommenen Gefahr in concreto entstanden ist: daß z. B. wirklich Diebstahl vorliegt; daß die Waare wirklich dadurch verbrannt ist, daß sie vereinbartermaßen unbedeckt transportirt wurde (Bolze 16 Nr. 399).

Anm. 16. 3. **Doch ist der Gegenbeweis zulässig,** wie bei jeder Vermuthung im Rechtssysteme (§ 292 C.P.O.). Der Gegenbeweis kann dahin geführt werden, daß im gegebenen Falle eine andere Ursache den Schaden bewirkt hat, oder aber, daß die nicht übernommene Gefahr die Ursache des Schadens unmöglich sein konnte (R.O.H. 17 S. 304; R.G. 10 S. 105). Wird z. B. das im offenen Wagen transportirte Gut durchnäßt abgeliefert, so kann der Absender beweisen, daß es während des Transports nicht geregnet hat. Ist der Gegenbeweis geführt, so tritt die gewöhnliche Haftung der Eisenbahn aus § 456 ein (R.O.H. 17 S. 304), natürlich auch mit den hiernach zugelassenen Exkulpationsmöglichkeiten.

Anm. 17. B. (Abs. 3.) **Die Haftungsbeschränkungen des Abs. 1 fallen weg bei Verschulden der Eisenbahn,** natürlich auch ihrer Leute (§ 458 u. Anm. 2 dazu). Hiernach ist es dem Beschädigten in allen Fällen des Abs. 1 (auch trotz eines im Frachtbrief erklärten Verzichtes; vergl. unten Anm. 19; R.O.H. 15 S. 83) unbenommen, den Schuldbeweis zu führen und dadurch die Eisenbahn haftbar zu machen. Das Gesetz bestimmt hier aber, daß bei denjenigen Transportarten, welche wegen ihrer Gefährlichkeit zu den besonderen Vorschriften des Abs. 1 geführt haben, die Eisenbahn jedenfalls für Verschulden haftet. Auch bei diesen gefährlichen Transportarten ist die Eisenbahn keineswegs von jeder Fürsorge um das Gut befreit, muß vielmehr überall im Uebrigen außer den Pflichten, von denen sie sich eben vertragsmäßig befreit hat, in der Behandlung des Guts die eines ordentlichen Frachtführers erfüllen (vergl. oben Anm. 4).

Anm. 18. Der Beweis liegt, wie gesagt, dem Beschädigten ob. Die in § 456 enthaltene Vorschrift über die Beweislast findet nicht Anwendung, wenn eine der nach § 459 zulässigen Befreiungen vorliegt (R.O.H. 15 S. 86; R.G. 20 S. 121), und das ist eine weitere rechtliche Bedeutung der im Abs. 1 gegebenen Vorschriften. Sowohl das Verschulden, als der ursächliche Zusammenhang zwischen Verschulden und Schaden müssen vom Beschädigten bewiesen werden (R.G. v. 18. April 1891 in J.W. S. 297).

Anm. 19. Als Verschulden gilt, da das Gesetz allgemein spricht, jedes zurechenbare Versehen, ohne Rücksicht auf den Grad. Beispiele von Verschulden siehe oben Anm. 4.

C. **Die durch den vorliegenden Paragraphen der Eisenbahn auferlegten Verpflichtungen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden ausgeschlossen oder beschränkt werden** (§ 471). Die Verkehrsordnung hat die Vorschrift wiedergegeben (§ 77) und hat bei Nr. 1 hinzugefügt, daß unter dem Schaden der mit jener Beförderungsart verbundene auffallende Gewichtsabgang oder der Verlust ganzer Stücke nicht zu verstehen ist. Dieser Zusatz ist giltig, weil er ja die Haftungseinschränkung der Eisenbahn einschränkt, also die Haftung

---

[1]) Es bedarf eigentlich nicht erst der Erwähnung, daß die Vermuthung sich nur bezieht auf die Ersatzforderung gegen den Frachtführer, nicht auf Schadensersatzansprüche des Frachtführers gegen den Absender (R.G. 15 S. 155).

erhöht, mithin keine Beschränkung der der Eisenbahn auferlegten Verpflichtung enthält. Die Wiederholung des § 459 in der Verkehrsordnung hat die weitere Folge, daß nunmehr auch Abreden zu Ungunsten der Eisenbahn nichtig sind (§ 471 Abs. 2; vergl. Anm. 1 zu § 456), wenigstens so lange sich die Wiederholung in der Verkehrsordnung findet.

§ 460.

Bei Gütern, die nach ihrer natürlichen Beschaffenheit bei der Beförderung regelmäßig einen Gewichtsverlust erleiden, ist die Haftpflicht der Eisenbahn für Gewichtsverluste bis zu den aus der Eisenbahnverkehrsordnung sich ergebenden Normalsätzen ausgeschlossen.

Der Normalsatz wird, falls mehrere Stücke auf denselben Frachtbrief befördert werden, für jedes Stück besonders berechnet, wenn das Gewicht der einzelnen Stücke im Frachtbriefe verzeichnet ist oder sonst festgestellt werden kann.

Die Beschränkung der Haftpflicht tritt nicht ein, soweit der Verlust den Umständen nach nicht in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes entstanden ist oder soweit der angenommene Satz dieser Beschaffenheit oder den sonstigen Umständen des Falles nicht entspricht.

Bei gänzlichem Verluste des Gutes findet ein Abzug für Gewichtsverlust nicht statt.

1. **Der vorliegende Paragraph handelt von anderen Gütern als § 459 Nr. 4.** Würden dieselben Güter abgehandelt, so würde die Vorschrift unseres Paragraphen überflüssig sein, da sie als ein minus erscheint gegenüber der dort gegebenen Vorschrift. § 459 Nr. 4 handelt aber von außerordentlichen Gefahren, welchen gewisse Güter vermöge ihrer besonderen Beschaffenheit ausgesetzt sind. Das geht insbesondere aus den beigefügten Beispielen hervor: Bruch, außergewöhnliche Leckage. Unsere Bestimmung handelt dagegen von dem beim Transport gewisser Güter regelmäßig vorkommenden Verlust (Gewichtsdefekt — Hahn § 1 zu Art. 426). Anm. 1.

2. **Inhalt der hier angeordneten Haftungseinschränkungen der Eisenbahnen.** Für solche Gewichtsverluste, welche die Güter nach ihrer natürlichen Beschaffenheit beim Transport regelmäßig erleiden, haftet die Eisenbahn nicht (§ 456). Sie hat aber die Ursachen des Verlustes zu beweisen. Weil dieser Beweis sehr lästig und oft unmöglich ist, wird in der vorliegenden Vorschrift der Verkehrsordnung überlassen, zu bestimmen, daß ein gewisser Prozentsatz als muthmaßlicher Betrag derartigen Verlustes angenommen werde. Hat der Verlust diesen Normalsatz nicht überstiegen, so hat die Eisenbahn einen Beweis, daß der Schaden aus natürlicher Beschaffenheit entstanden ist, nicht zu führen. Sie haftet für den Verlust im Betrage dieses Normalsatzes einfach nicht. Doch bleibt dem Absender der Gegenbeweis offen, daß die natürliche Beschaffenheit nicht oder nicht in dem behaupteten Maße die Ursache des Schadens ist. Andererseits ist auch der Eisenbahn der Beweis nicht abgeschnitten, daß der aus der natürlichen Beschaffenheit der Güter hervorgegangene Verlust den verabredeten Prozentsatz überstiegen habe. Anm. 2.

3. **Die Rechtsfolge der Vorschrift.** Sie enthält nach dem Gesagten lediglich eine Vermuthung, welche die Eisenbahn von der ihr nach § 456 obliegenden Beweispflicht befreit. Es wird aber dadurch keineswegs der Inhalt oder Umfang ihrer Haftungspflicht materiell geändert, nur wird selbstverständlich auf die Verwirklichung der Rechte dadurch derjenige Einfluß ausgeübt, den jede Vermuthung ausübt. Gegen die Vermuthung steht beiden Theilen der Gegenbeweis offen (§ 292 C.P.O.; vergl. oben Anm. 2). Der dem Absender zustehende Gegenbeweis kann sich insbesondere auch darauf richten, daß der Verlust in Folge der natürlichen Beschaffenheit des Gutes nicht entstanden sein kann — z. B., daß das feuchte Anm. 3.

Wetter die Möglichkeit des Eintrocknens, die Art der Verpackung, die Einwirkung der Hitze ausgeschlossen habe (Hahn § 4 zu Art. 426) —, oder daß der Verlust aus einer bestimmten anderen, von der Bahn zu vertretenden Ursache, z. B. durch Verschulden der Eisenbahn oder eines ihrer Leute entstanden sei (Puchelt Anm. 3 zu Art. 426).

Daß die Güter im gegebenen Falle unter § 460 fallen, ist im Streitfall von der Eisenbahn zu beweisen. Beweist sie dies, so greift die Vermuthung Platz.

Anm. 4. 4. **Der Normalsatz muß von jedem einzelnen Stück berechnet werden,** und zwar deshalb, weil sonst gegen die Absicht des Gesetzes ein Verlust über den Normalsatz bei einem Stück nicht ersetzt würde, weil bei einem anderen Stücke der Verlust unter dem Normalsatze geblieben ist. Diese Vorschrift ist aber bloß anwendbar, wenn das Gewicht der einzelnen Stücke irgendwie erweislich ist.

Bei gänzlichem Verlust des Gutes findet ein Abzug für Gewichtsverluste nicht statt, wie dies Abs. 4 unseres Paragraphen jetzt besonders hervorhebt.

Anm. 5. 5. **Bestimmungen, durch welche die Eisenbahn günstiger gestellt werden könnte, als nach dem vorliegenden Paragraphen,** z. B. eine Bestimmung, daß im Gegensatz zu Abs. 4 auch bei gänzlichem Verlust der Normalsatz bei der Schadensberechnung in Abzug kommt, sind weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden zulässig. Die gegenwärtige Verkehrsordnung macht von der im vorliegenden Paragraphen gegebenen Befugniß im § 72 Gebrauch, indem sie gewisse Normalsätze aufstellt. Vereinbarungen hiergegen sind schlechtweg unzulässig, auch dann, wenn sie das Publikum günstiger stellen, z. B. den Normalsatz erniedrigen oder der Eisenbahn den Gegenbeweis des Abs. 3 verschränken (§ 471 und Erläuterung dazu).

§ 461.

Die Eisenbahnen können in besonderen Bedingungen (Ausnahmetarifen) einen im Falle des Verlustes oder der Beschädigung zu erstattenden Höchstbetrag festsetzen, sofern diese Ausnahmetarife veröffentlicht werden, eine Preisermäßigung für die ganze Beförderung gegenüber den gewöhnlichen Tarifen der Eisenbahn enthalten und der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung findet.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Der vorliegende Paragraph enthält eine Konzession an die Eisenbahnen gegenüber der strengen Vorschrift des § 456: die Zulassung von Maximalhaftungen.

Anm. 1. 1. (Abs. 1.) **Es ist den Eisenbahnen unter besonderen Bedingungen gestattet, einen Höchstbetrag der Haftung für Verlust oder Beschädigung festzusetzen.**

a) Es ist gestattet. Macht die Eisenbahn davon keinen Gebrauch, so besteht die volle Haftung nach § 456.

Anm. 2. b) Unter besonderen Bedingungen ist es gestattet. Diese besonderen Bedingungen oder Ausnahmetarife müssen publizirt werden. In welcher Weiser dies geschehen muß, ist nicht gesagt. Auch in der Verkehrsordnung § 81 ist es nicht gesagt; ja die Verkehrsordnung ordnet das Erforderniß der Publikation überhaupt nicht an; doch liegt diese Anordnung wohl implicite darin, daß sowohl das Gesetz wie die Verkehrsordnung die besonderen Bedingungen als Ausnahmetarife bezeichnet und § 7 der Verkehrsordnung die gehörige Publikation der Tarife überhaupt anordnet. Wie aber die Tarife publizirt werden müssen, darüber ist nichts gesagt. Die Veröffentlichung muß so erfolgen, daß eine Unkenntniß auf Seiten der Betheiligten ohne deren eigene Verschuldung nicht

anzunehmen ist. Dazu genügt regelmäßig nicht der Aushang in den Expeditionslokalen, an den Billetschaltern ꝛc., oder die Ankündigung in einem Lokalblatt, sondern es ist die Ankündigung in hierzu geeigneten, in den betreffenden Verkehrsgebieten verbreiteten Zeitungen, welche gewöhnlich von der betreffenden Verwaltung benutzt werden, erforderlich. Die Bedingungen müssen ferner eine Preisermäßigung gegenüber dem gewöhnlichen Tarif enthalten, und es muß endlich der gleiche Höchstbetrag auf die ganze Beförderungsstrecke Anwendung finden. Schließt sich eine der betheiligten Eisenbahnen aus, so ist die Einführung eines solchen Maximalsatzes nicht statthaft. Es genügt z. B. nicht eine Gesammtpreisermäßigung, zu welcher einzelne der betheiligten Bahnen billigere Tarife herstellen.

c) Ein Höchstbetrag kann auf diese Weise festgesetzt werden. Natürlich kann nicht mehr als der wahre Werth gefordert werden, wenn dieser den Höchstbetrag nicht erreicht. Deshalb hat der Kläger den gemeinen Werth darzulegen (R.O.H. 20 S. 404). Anm. 3.

d) Für den Schaden durch Verlust oder Beschädigung kann ein solcher Höchstbetrag festgesetzt werden. Auf Verspätungsschaden bezieht sich das nicht. Hierüber § 466. Anm. 4.

2. (Abs. 2.) **Der Maximalbetrag kann nicht geltend gemacht werden bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Handlungsweise der Eisenbahn,** wobei natürlich die Eisenbahn für alle Hilfspersonen haftet (§ 458 und Erläuterung dazu). Anm. 5.

3. **Die hier übernommenen Verpflichtungen können weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden ausgeschlossen oder gemildert werden.** (§ 471). Von einer Verpflichtung spricht nur der zweite Absatz. Also kann weder in der Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden bestimmt werden, daß derartige Normalsätze auch bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gelten. Wohl aber könnte an sich durch die Verkehrsordnung der Ausschluß des Maximalsatzes bei jeder Art von Fahrlässigkeit festgesetzt werden. Auch durch Parteiabrede? Darüber siehe das Folgende. Anm. 6.

Die Verkehrsordnung hat übrigens die vorliegenden Bestimmungen in den §§ 81—88 wiederholt (vergl. oben Anm. 2). Das hat zur Folge, daß nunmehr durch Parteiabrede diese Vorschriften überhaupt nicht geändert werden können, auch nicht zu Ungunsten der Eisenbahn. So wäre es z. B. ungiltig, wenn eine Partei mit der Eisenbahn vereinbarte, der Maximalsatz gelte auch nicht bei geringer Fahrlässigkeit der Eisenbahn. Anm. 7.

§ 462.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnsverkehrsordnung. Die Vorschrift des § 461 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Von der vorliegenden Konzession hat der § 81 Abs. 2 der Verkehrsordnung Gebrauch gemacht. Welche rechtliche Bedeutung das hat, darüber siehe Anm. 7 zu § 461.

§ 463.

Ist das Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein angegeben, so kann im Falle des Verlustes oder der Beschädigung des Gutes außer der im § 457 Abs. 1, 2 bezeichneten Entschädigung der Ersatz des weiter entstandenen Schadens bis zu dem angegebenen Betrage beansprucht werden.

Ist die Ersatzpflicht nach den Vorschriften des § 461 oder des § 462 auf einen Höchstbetrag beschränkt, so findet eine Angabe des Interesses an der Lieferung über diesen Betrag hinaus nicht statt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph gestattet dem Publikum die Deklaration des Lieferungsinteresses und bestimmt die Folgen der geschehenen Deklaration.** Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Verlust und die Beschädigung, auf Verspätungsschäden bezieht sich § 466.

Anm. 1. 1. **Der Absender kann deklariren,** die Eisenbahn kann ihm die Deklaration nicht verweigern. Das ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß der Abs. 1 unseres Paragraphen mit einem Bedingungssatz beginnt: „Ist das Interesse angegeben." Damit ist das Recht zu dieser Angabe als selbstverständlich vorausgesetzt. Die Eisenbahn muß sich also darauf einlassen. Nur kann die Verkehrsordnung die näheren Modalitäten einer solchen Deklaration bestimmen: („nach Maßgabe der Vorschriften der Verkehrsordnung"); wogegen die Verkehrsordnung die Zulässigkeit der Deklaration nicht beseitigen kann (§ 471). Die neue Verkehrsordnung hat denn in der That im § 84 das Recht der Deklaration wiederholt und die Bedingungen derselben bestimmt, insbesondere hat sie festgesetzt, daß im Falle der Deklaration ein Frachtzuschlag zu entrichten ist, der im Tarif festgesetzt ist. Dieser Frachtzuschlag ist natürlich nur dann zu entrichten, wenn er im Tarif festgesetzt ist. Hat die Eisenbahn es unterlassen, einen solchen Frachtzuschlag festzusetzen, so muß die Deklaration ohne Frachtzuschlag zugelassen werden. Die Eisenbahn ist nicht in der Lage, dem einzelnen Absender den Frachtzuschlag zu erlassen oder mehr oder weniger mit ihm zu vereinbaren (§ 471 Abs. 2). Auch über die Form der Deklaration hat die Verkehrsordnung zulässiger Weise Bestimmung getroffen: sie muß im Frachtbrief an der dafür vorgesehenen Stelle mit Buchstaben geschrieben werden. Ist diese Form nicht erfüllt, so ist die Deklaration nicht giltig. Die Beförderung darf natürlich deshalb nicht abgelehnt werden, aber das Gut ist undeklarirt.

Anm. 2. 2. **Die Deklaration muß auch dann zugelassen werden, wenn Maximalhaftungssätze gemäß §§ 461, 462 bestehen,** nur daß in diesem Falle mehr als dieser Maximalbetrag nicht gefordert werden kann. Es kann aber jedenfalls mehr als der gemeine Werth verlangt werden, wenn dieser sich unter diesem Maximalbetrag hält (Abs. 2 unseres Paragraphen).

Anm. 3. 3. **Die Deklaration tritt außer Kraft bei Vorsatz oder grobem Versehen der Eisenbahn.** Denn die Deklaration bezieht sich, wie unser Abs. 1 auch ergiebt, nur auf die Fälle des § 457 Abs. 1 und 2, nicht auch auf den Fall des § 457 Abs. 3. In diesem Falle kann vielmehr schon nach dem Gesetze voller Ersatz des Schadens verlangt werden; es bedarf also keiner Erstreckung der Haftpflicht. Bemerkt mag bei dieser Gelegenheit der Vollständigkeit wegen werden, daß auch die Maximalhaftungsgrenze des § 461 in diesem Falle wegfällt (§ 461 Abs. 2).

Anm. 4. 4. **Die Rechtsfolge der Deklaration** ist, daß über den gemeinen Werth hinaus der volle Schaden verlangt werden kann, natürlich bis zu der Grenze der Maximalhaftung, wenn eine solche gemäß § 461 festgesetzt ist. Das deklarirte Interesse bildet den Höchstbetrag des Schadensersatzes ganz gleichmäßig, mag das Gut ganz oder theilweise verloren oder gar beschädigt sein. Hat z. B. ein Gut, welches 100000 Mk. werth ist, einen Schaden von 6000 Mk. erlitten, während das Lieferungsinteresse auf 5000 Mk. deklarirt ist, so sind die deklarirten 5000 Mk. auch voll zu erstatten (Cosack S. 453). Die Höhe des weiteren Schadens hat der Berechtigte darzuthun und zu beweisen. Nicht einmal eine Vermuthung spricht für die Deklaration.

Anm. 5. 5. **Ueber die Verkehrsordnung und entgegenstehende Parteiabreden** siehe Anm. 1.

§ 464.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung, die bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbar ist, können Ansprüche gegen die Eisenbahn nach § 438 Abs. 3 nur geltend gemacht werden, wenn

binnen einer Woche nach der Annahme zur Feststellung des Mangels entweder bei Gericht die Besichtigung des Gutes durch Sachverständige oder schriftlich bei der Eisenbahn eine von dieser nach den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung vorzunehmende Untersuchung beantragt wird.

Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann sie sich auf diese Vorschrift nicht berufen.

Anm. 1. **Der vorliegende Paragraph hat lediglich den Zweck, die nachträgliche Reklamation wegen Schäden, die bei der Annahme des Gutes durch den Empfänger äußerlich nicht erkennbar waren,** straffer zu gestalten, als dies in der für den Frachtvertrag überhaupt geltenden Vorschrift des § 438 Abs. 3 geschehen ist.

1. Die Vorschrift darf durch die Verkehrsordnung zu Gunsten der Eisenbahn nicht geändert werden (§ 471).
2. Die Verkehrsordnung hat im § 90 Nr. 4 die Vorschrift wiederholt und dabei die näheren Vorschriften über die Art der Untersuchung gegeben. Aenderungen dieser Vorschriften sind auch zu Gunsten des Publikums nicht gestattet (§ 471 Abs. 2).
3. Im Uebrigen muß auf § 438 verwiesen werden.

Anm. 2. **Zusatz:** Bei dieser Gelegenheit sei auch bemerkt, daß auch die weitere Vorschrift des § 438, wonach nach Bezahlung der auf dem Frachtgut haftenden Forderungen und nach Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage erloschen sind, außer wenn der Schaden durch amtlich bestellte Sachverständige vor der Annahme des Gutes festgestellt ist, hier gilt und gemäß § 471 durch die Verkehrsordnung zu Gunsten der Eisenbahnen nicht geändert werden kann. Die Verkehrsordnung wiederholt die Vorschrift und macht außer der im § 438 Abs. 2 vorgesehenen Ausnahme von dem weitgehenden Regreßverluste noch einige andere Ausnahmen. Diese Ausnahmen gelten natürlich; denn dadurch werden ja die Fälle des Regreßverlustes verringert, die Eisenbahn also ungünstiger gestellt. Nachdem nunmehr aber diese Ausnahmen der Verkehrsordnung einverleibt sind, können Vereinbarungen hiergegen giltig nicht getroffen werden, auch wenn sie für die Eisenbahn ungünstig sind (§ 471 Abs. 2).

§ 465.

Für den Verlust von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, haftet die Eisenbahn nur, wenn das Gepäck binnen acht Tagen nach der Ankunft des Zuges, zu welchem es aufgegeben ist, auf der Bestimmungsstation abgefordert wird.

Inwieweit für den Fall des Verlustes oder der Beschädigung von Reisegepäck, das zur Beförderung aufgegeben ist, die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung. Ist der Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt, so kann die Beschränkung auf den Höchstbetrag nicht geltend gemacht werden.

Für den Verlust oder die Beschädigung von Reisegepäck, das nicht zur Beförderung aufgegeben ist, sowie von Gegenständen, die in beförderten Fahrzeugen belassen sind, haftet die Eisenbahn nur, wenn ihr ein Verschulden zur Last fällt.

Einleitung. **Der vorliegende Paragraph giebt einige Sonderbestimmungen für die Haftung für Reisegepäck.** Im Abs. 1 und 2 wird das zur Beförderung aufgegebene Reisegepäck, sogenanntes

Passagiergut, im Abs. 3 das zur Beförderung nicht aufgegebene Reisegepäck, sogenanntes Handgepäck behandelt.

Anm. 1. 1. (Abs. 1 und 2.) **Das zur Beförderung aufgegebene Reisegepäck.** Hier haftet die Eisenbahn nach der allgemeinen Vorschrift des § 456, also auch für Zufall, sofern sie sich nicht in der dort vorgesehenen Weise exkulpirt. Aber bei Verlust von Reisegepäck ist als Haftungsbedingung eine achttägige Reklamationsfrist gesetzt (8 Tage nach der Ankunft des Zuges, zu welchem das Gepäck aufgegeben ist, muß es auf der Bestimmungsstation abgefordert sein). Ist dies geschehen, so haftet die Eisenbahn während der ganzen Verjährungsfrist, die aber nicht etwa von der erfolgten Reklamation an läuft, sondern in dem im § 414 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkte beginnt (§§ 439, 471). Diese Vorschrift darf weder in der Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden zu Gunsten der Eisenbahn geändert werden. Es hätte also in der Verkehrsordnung z. B. nicht bestimmt werden dürfen, daß die Reklamation schon binnen drei Tragen angebracht werden müsse, sie hätte jedoch bestimmen können, daß die Reklamation erst nach 14 Tagen zu erfolgen brauche (§ 471 Abs. 1). Die Verkehrsordnung hat im § 34 Nr. 2 die Vorschrift des § 465 lediglich wiederholt. Dadurch ist bewirkt, daß nunmehr auch zu Ungunsten der Eisenbahn die Vorschrift nicht geändert werden kann (§ 471 Abs. 2). Es kann also z. B. nicht vereinbart werden, daß die Reklamation erst nach 14 Tagen zu erfolgen brauche.

Anm. 2. Nach Abs. 2 kann die Verkehrsordnung darüber Bestimmung treffen, in wie weit die zu leistende Entschädigung auf einen Höchstbetrag beschränkt werden kann. Nur darf dieser Höchstbetrag sich nicht auf die Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit erstrecken. Die Verkehrsordnung hat in dieser Beziehung im § 34 Nr. 4 bestimmt, daß mit Rücksicht auf besondere Betriebsverhältnisse mit Genehmigung der Landesaufsichtsbehörde unter Zustimmung des Reichseisenbahnamtes die Eisenbahnverwaltungen berechtigt sind, den Ersatz im Tarif (sc. in gehörig veröffentlichten Tarifen) auf einen Höchstbetrag zu beschränken.

Anm. 3. Der Beweis, daß die Reklamation erfolgt ist, ist von dem Regreßnehmer zu führen. Das folgt aus dem Wortlaute des Abs. 1. Gelingt ihm der Beweis nicht, oder beweist die Eisenbahn, daß die rechtzeitige Reklamation unterblieben ist, so haftet sie überhaupt nicht. Es ist nicht etwa dem Reisenden der Gegenbeweis offen gelassen, daß ein die Haftung der Eisenbahn nach § 456 befreiender Umstand nicht vorliegt (vergl. Hahn § 7 zu Art. 425). Auf derartige Erörterungen braucht sich die Eisenbahn nicht einzulassen.

Anm. 4. Selbstverständlich aber bleibt der Anspruch auf Herausgabe bestehen, wenn das Gut sich später wieder vorfindet.

Anm. 5. Nur auf Verlust bezieht sich die Vorschrift der Abs. 1 und 2. Für Beschädigungen von Passagiergut haftet die Eisenbahn nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 456 flg.).

Anm. 6. 2. (Abs. 3.) **Haftung der Eisenbahn für nicht aufgegebenes Reisegepäck.** Als solches ist in erster Reihe das sogenannte Handgepäck zu verstehen, welches die Reisenden in den Wagen mitnehmen. Ferner aber ist auch dasjenige Reisegepäck darunter zu verstehen, welches zwar dem zuständigen Eisenbahnbeamten zur Beförderung übergeben, aber nicht ordnungsmäßig abgefertigt ist (vergl. § 32 Nr. 5 V.O.; Hahn § 4 zu Art. 425; Goldschmidt System 4. Aufl. S. 231).

Anm. 7. Soweit sich die Bestimmung auf das Handgepäck bezieht, ist sie an sich überflüssig. Denn über das Handgepäck wird kein Transportvertrag geschlossen; vielmehr erwirbt der Reisende das Recht, es im Wagen unterzubringen, die Aufsicht übernimmt er selbst, und eine Spezialvorschrift darüber, daß die Eisenbahn nur für Verschulden haftet, ist eigentlich gar nicht nöthig. Sie haftet auch ohne dies nur für Verschulden, also z. B. nicht ohne Weiteres für Diebstahl durch Mitreisende (vergl. Hahn § 2 zu Art. 425; Schott bei Endemann III. S. 496). Rechtliche Bedeutung gewinnt die Vorschrift aber durch § 471. Darnach kann zu Gunsten der Eisenbahn nichts gegen den vorliegenden Paragraphen Verstoßendes vereinbart werden. Der vorliegende Abs. 3 aber enthält

zwar ausdrücklich nur die Bestimmung, daß die Eisenbahn für Handgepäck nur bei Verschulden haftet, aber darin liegt zugleich die Bestimmung, daß die Eisenbahn für Verschulden haftet, und es kann daher gemäß § 471 die Haftung für Verschulden nicht ausgeschlossen werden. Dagegen hätte die Verkehrsordnung bestimmen können, daß die Eisenbahn auch ohne Verschulden haftet. Die Verkehrsordnung aber hat lediglich die Bestimmung unseres Absatzes wiederholt (§ 34 Nr. 6). Dies hat zur Folge, daß auch zu Ungunsten der Eisenbahn nichts Gegentheiliges vereinbart werden kann. Es kann also z. B. nicht vereinbart werden, daß die Eisenbahn auch ohne Verschulden haftet.

Das Verschulden muß der Eisenbahn bewiesen werden. Es genügt Anm. 8.
aber natürlich auch ein Verschulden ihrer Leute (§ 458). Außerdem aber muß angenommen werden, daß die Vorschrift des § 254 B.G.B. Platz greift, wonach bei konkurrirendem Versehen des Reisenden der Schadensersatz wegfällt oder gemildert werden kann, je nach Bewandtniß der Umstände.

§ 466.

Die Eisenbahn haftet für den Schaden, welcher durch Versäumung der Lieferfrist entsteht, es sei denn, daß die Verspätung von einem Ereignisse herrührt, welches sie weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte.

Der Schaden wird nur insoweit ersetzt, als er den in dem Frachtbriefe, dem Gepäckschein oder dem Beförderungsschein als Interesse an der Lieferung nach Maßgabe der Eisenbahnverkehrsordnung angegebenen Betrag und in Ermangelung einer solchen Angabe den Betrag der Fracht nicht übersteigt. Für das Reisegepäck kann an Stelle der Fracht durch die Eisenbahnverkehrsordnung ein anderer Höchstbetrag bestimmt werden.

Inwieweit ohne den Nachweis eines Schadens eine Vergütung zu gewähren ist, bestimmt die Eisenbahnverkehrsordnung.

Der Ersatz des vollen Schadens kann gefordert werden, wenn die Versäumung der Lieferfrist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn herbeigeführt ist.

Der vorliegende Paragraph regelt die Haftpflicht der Eisenbahn für verspätete Ablieferung des Gutes.

1. (Abs. 1.) **Unter welcher Voraussetzung wird gehaftet?** Aus Abs. 1 geht Das jedenfalls Anm. 1
sicher hervor, daß der Regreßnehmer nichts weiter zu beweisen braucht, als daß ihm durch die Versäumung der Lieferfrist ein Schaden entstanden ist.

Zweifelhaft aber ist, wodurch sich die Eisenbahn entschuldigen kann. Anm. 2.
Pappenheim (das Transportgeschäft nach dem Entwurf eines neuen H.G.B., 1896) meint, daß nach dem Wortlaut unseres Paragraphen und der Entstehungsgeschichte des Art. 39 des Internationalen Uebereinkommens, mit welchem der vorliegende Paragraph nach der Absicht des Gesetzgebers übereinstimmen sollte, die Eisenbahn sich exkulpiren kann durch den Nachweis gehöriger Sorgfalt, sodaß also nichts weiter als eine Anwendung der für alle Frachtverträge geltenden Vorschrift des § 429 vorläge. Cosack S. 454 schließt sich ihm an. Wir vermögen das nicht. Nach der Denkschrift S. 273 war allerdings eine Uebereinstimmung mit dem Berner Uebereinkommen beabsichtigt. Aber weiter war nach der Denkschrift beabsichtigt, in den § 466 nicht eine Anwendung des § 429, sondern eine Abweichung der Haftung nach der Richtung einer Verschärfung hineinzulegen. Es kann nun aber dahingestellt bleiben, ob das Berner Uebereinkommen anders zu verstehen ist, als der Gesetzgeber des H.G.B. es verstanden hat. Denn jedenfalls war es seine

Absicht, dem § 466 Abs. 1 denjenigen Sinn zu geben, den er, der Gesetzgeber des H.G.B., in den Art. 39 des Berner Abkommens hineinlegte, und so muß, wenn der Wortlaut des § 466 nicht zwingend entgegensteht, der § 466 in diesem Sinne ausgelegt werden. Der Gesetzgeber des H.G.B. hat aber, wie gesagt, eine Abweichung von § 429, eine strengere Haftung, als dort vorgesehen, aussprechen wollen. Deshalb und da der Wortlaut des § 466 dieser Auslegung nicht entgegensteht, der Wortlaut und namentlich die Abweichung von § 429 sie eher noch unterstützt, muß angenommen werden, daß der § 466 eine strengere Haftung als § 429 statuirt. Die Eisenbahn kann sich hiernach nicht einfach damit entschuldigen, daß sie das schadenbringende Ereigniß nicht verschuldet und daß sie es auch mit der Anwendung gehöriger Sorgfalt nicht hat abwenden können, sondern sie muß beweisen, daß sie es überhaupt nicht herbeigeführt hat und daß sie es überhaupt nicht hat abwenden können. Als selbstverständlich muß man dabei natürlich annehmen, daß sie durch höhere Gewalt entschuldigt wird. Dagegen ist es ebenso selbstverständlich, daß sie für die Handlungen ihrer Leute haftet (§ 458).

Anm. 3. Nach § 471 kann diese Vorschrift weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabrede zu Gunsten der Eisenbahn abgeändert werden. Die Verkehrsordnung hat die Bestimmung in § 86 lediglich wiederholt. Daraus folgt nun gemäß § 471 Abs. 2, daß die Bestimmung auch zu Ungunsten der Eisenbahn durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden kann, also daß z. B. nicht vereinbart werden kann, daß sie schlechtweg für den Schaden hafte, unter Ausschluß des ihr im Abs. 1 offengehaltenen Gegenbeweises.

Anm. 4. 2. (Abs. 2, 3 und 4.) **Hinsichtlich der Höhe des Ersatzes** ist die wichtige Bestimmung getroffen, daß er den deklarirten Betrag und in Ermanglung eines solchen den Betrag der Fracht nicht übersteigt. Für Reisegepäck kann an Stelle der Fracht ein anderer Höchstbetrag durch die Eisenbahnverkehrsordnung bestimmt werden.

Anm. 5. Nach Abs. 3 kann auch ohne den Nachweis eines Schadens eine Vergütung gewährt werden, wenn und soweit dies die Verkehrsordnung bestimmt.

Die Verkehrsordnung hat im § 87 detaillirte Bestimmungen über diese Materie erlassen. Dieselben können durch Parteiabreden nicht geändert werden, auch nicht zu Ungunsten der Eisenbahn (§ 471 Abs. 2).

Anm. 6. Ueber die Deklaration und ihre Bedeutung siehe Anm. 4 zu § 463. Die Deklaration des Lieferungsinteresses bezieht sich hiernach zugleich auf das Interesse an der rechtzeitigen Lieferung (Cosack S. 455).

Anm. 7. Jede Beschränkung auf den Höchstbetrag fällt nach Abs. 4 fort, wenn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit auf Seiten der Eisenbahn (oder ihrer Leute) vorliegt. Daran könnte auch die Verkehrsordnung nichts ändern und sie hat auch daran nichts geändert, sondern nur die Vorschrift wiederholt (§ 87 Nr. 3 und § 88).

§ 467.

Werden Gegenstände, die von der Beförderung ausgeschlossen oder zur Beförderung nur bedingungsweise zugelassen sind, unter unrichtiger oder ungenauer Bezeichnung aufgegeben oder werden die für diese Gegenstände vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln von dem Absender unterlassen, so ist die Haftpflicht der Eisenbahn auf Grund des Frachtvertrags ausgeschlossen.

Der vorliegende Paragraph enthält einige Befreiungsgründe der Haftpflicht der Eisenbahn, beruhend auf der Thätigkeit des Absenders.

Anm. 1. 1. Die unrichtige oder ungenaue Angabe ist ein objektiver Ausschließungsgrund. Ist die Bezeichnung objektiv unrichtig oder ungenau, so ist die Bahn befreit, auch wenn der Absender sie nicht verschuldet hat, wenn ihm also keine böse Absicht, auch nicht grobe oder geringe Fahrlässigkeit zur Last fällt, sondern entschuldbarer Irrthum oder Zufall. Auch konkurrirendes Verschulden auf Seiten der Eisenbahn wäre gleichgiltig,

z. B. wenn sie die Unrichtigkeit hätte bemerken können. Wenn aber die Eisenbahnverwaltung selbst die unrichtige Bezeichnung verschuldet hat, so muß angenommen werden, daß der Befreiungsgrund wegfällt. Wollte man dies nicht annehmen, so würde man der ohnehin schon sehr schweren und formellen Vorschrift einen allzu formellen Charakter beilegen, der mit anerkannten Rechtsprinzipien im schroffen Widerspruch steht. Die gleiche Erwägung führt zu der Annahme, daß, wenn die Eisenbahnverwaltung die unrichtigen Angaben gekannt hat, die Befreiung nicht eintritt. (Anders Rudorff S. 325.)

2. Die Haftung auf Grund des Frachtvertrages ist ausgeschlossen. Also auch Anm. 2.
dann, wenn die Eisenbahn Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit trifft. Aber eben nur die Haftung auf Grund des Frachtvertrages. Involvirt das Verhalten der Eisenbahn gleichzeitig den Thatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne der §§ 823 flg. B.G.B., so ist diese Haftung nicht ausgeschlossen.

Dagegen ist es gleichgiltig, ob es sich um Verlust oder Beschädigung oder Minderung Anm. 3.
oder Verspätung der Lieferung handelt.

Auch das ist gleichgiltig, ob der Schaden durch diejenige Gefahr entstanden ist, wegen deren die betreffenden Gegenstände bei der Beförderung ausgeschlossen oder nur bedingt zugelassen waren.

Aber nur die Haftung ist ausgeschlossen. Die übrigen Pflichten aus dem Fracht- Anm. 4.
vertrage (die Pflicht zur Ablieferung, zur Erfüllung der Zollpflichten, zur Einziehung der Nachnahme) bestehen fort. Der Frachtvertrag selbst bleibt also im Uebrigen unberührt.

3. Werden ausgeschlossene oder nur bedingt zur Beförderung zugelassene Anm. 5.
Gegenstände mit anderen zusammen befördert, so ist die Haftung nur wegen der ersteren ausgeschlossen.

4. Gegentheilige Bestimmungen können weder in der Verkehrsordnung, Anm. 6.
noch durch Abrede getroffen werden. Die Verkehrsordnung hat im § 89 die Bestimmung wiederholt. Gegentheilige Abreden sind nunmehr auch nicht zu Ungunsten der Eisenbahn zulässig (§ 471). Es darf daher z. B. nicht vereinbart werden, daß bei irrthümlich unrichtiger Deklaration die Eisenbahn haftet.

Zusatz. Außerdem haftet der Absender bei schuldhaftem Verhalten für Anm. 7.
den durch die unrichtige Angabe verursachten Schaden (R.G. 15 S. 151).

§ 468.

Für den Fall, daß auf dem Frachtbrief als Ort der Ablieferung ein nicht an der Eisenbahn liegender Ort bezeichnet wird, kann bestimmt werden, daß die Eisenbahn als Frachtführer nur für die Beförderung bis zur letzten Eisenbahnstation haften, bezüglich der Weiterbeförderung dagegen die Verpflichtungen des Spediteurs übernehmen soll.

Uebernahme von Güterbeförderungen nach einem nicht an der Eisenbahn liegenden Orte.

1. **Inhalt der Vorschrift.** Einen solchen Frachtvertrag braucht die Eisenbahn eigentlich nicht Anm. 1.
abzuschließen (§ 453). Wenn sie es dennoch thut, so ist ihr in dem vorliegenden Paragraphen gestattet, ihre Haftung einzuschränken, nämlich dahin, daß sie bis zur letzten Eisenbahnstation als Frachtführer nach den Regeln des Eisenbahnfrachtrechts haftet und auch die sonstigen Verpflichtungen eines Frachtführers bis dahin hat, für die Weiterbeförderung dagegen nur die Verpflichtungen eines Spediteurs. Darin liegt eine Konzession an die Vertragsfreiheit, die durch §§ 456 flg., 471 eingeschränkt ist. Außerdem liegt darin eine Konzession an die Verkehrsordnung, die Haftungsbeschränkung bindend zu bestimmen. Es „kann bestimmt werden", bedeutet eben beides; Bestimmung durch die Verkehrsordnung und Bestimmung durch Vertrag.

2. **Die Rechtsfolge** ist, daß die Eisenbahn für die Weiterbeförderung von ihrer Endstation Anm. 2.
bis zum Ablieferungsorte nur die Verpflichtungen als Spediteur hat, d. h. nicht bloß die Haftpflicht als Spediteur, sondern auch alle sonstigen Verpflichtungen. Dagegen hat sie

auch für diese Strecke lediglich die Rechte als Frachtführer, so hat sie insbesondere für diese Weiterbeförderung keine Provision zu beanspruchen.

Anm. 3. 3. Die Verkehrsordnung hat im § 76 von der Konzession des vorliegenden Paragraphen Gebrauch gemacht und bestimmt, daß die Pflichten der Eisenbahn in der hier gestatteten Weise beschränkt werden. Für Sendungen nach solchen seitwärts belegenen Orten jedoch, nach welchen die Eisenbahn Einrichtungen für die Weiterbeförderung getroffen hat, erstreckt sich die Haftpflicht der Eisenbahn als Frachtführer auf den ganzen Transport. Dies bestimmt § 76 Abs. 2 der Verkehrsordnung. Es bezieht sich das aber nur auf die Haftpflicht der Eisenbahn, dagegen hat die Eisenbahn auch hier die Verpflichtungen als Spediteur.

Anm. 4. Diese Bestimmung der Verkehrsordnung hält sich im gesetzlichen Rahmen. Sie weicht zwar von § 468 ab, aber die Abweichung enthält eine Begünstigung des Publikums und ist deshalb giltig (§ 471 Abs. 1). Vereinbarungen gegen diese Bestimmung der Verkehrsordnung sind aber ungiltig, auch wenn sie das Publikum günstiger stellen (§ 471 Abs. 2).

§ 469.

Wird die Beförderung auf Grund desselben Frachtbriefs nach § 432 Abs. 2 durch mehrere auf einander folgende Eisenbahnen bewirkt, so können die Ansprüche aus dem Frachtvertrag, unbeschadet des Rückgriffs der Bahnen unter einander, im Wege der Klage nur gegen die erste Bahn oder gegen diejenige, welche das Gut zuletzt mit dem Frachtbrief übernommen hat, oder gegen diejenige, auf deren Betriebsstrecke sich der Schaden ereignet hat, gerichtet werden.

Unter den bezeichneten Bahnen steht dem Kläger die Wahl zu; das Wahlrecht erlischt mit der Erhebung der Klage.

Im Wege der Widerklage oder mittelst Aufrechnung können Ansprüche aus dem Frachtvertrag auch gegen eine andere als die bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.

Anm. 1. 1. Der Paragraph enthält eine Einschränkung der im § 432 angeordneten Haftung. Nach § 432 haften bei durchgehendem Frachtbrief die mehreren Frachtführer solidarisch. Nach § 471 dürfen die Eisenbahnen diese Haftbarkeit nicht ablehnen oder einschränken. Dies wird ihnen durch den vorliegenden Paragraphen in gewissem Umfange gestattet.

Anm. 2. 2. Vorausgesetzt ist ein durchgehendes Gut (Transitgut) mit einem durchgehenden Frachtbrief, d. h. mit einem Frachtbrief, der auf die einheitliche Ausführung des Transports durch mehrere auf einander folgende Eisenbahnen gerichtet ist. Das Aufeinanderfolgen setzt nicht gerade voraus, daß die Schienengleise beider Bahnen ineinanderlaufen, noch, daß die Weiterbeförderung des Guts bis zur unmittelbaren Uebergabe an die nächste Bahn in einem und demselben Eisenbahnbetriebe stattfindet. Es kann sich die Eisenbahn auch anderer Mittel bedienen, um das Gut von ihren Schienen auf die der anderen Bahn zu bringen, z. B. durch Wagen oder Schiffe, ohne daß jener Begriff dadurch aufgehoben ist.

Anm. 3. 3. Unter dieser Voraussetzung kann die solidarische Haftung der mehreren Frachtführer in der hier erwähnten Weise modifizirt werden. Geschieht dies, alsdann haftet:

a) Jedenfalls die erste Bahn. Diese kann ihre Haftung nicht ablehnen oder einschränken. Um ihre Haftpflicht zu begründen, genügt der Beweis, daß der Frachtvertrag mit ihr abgeschlossen ist und sie das Gut übernommen hat (vergl. R.G. 1 S. 2).

Anm. 4. b) Jedenfalls auch diejenige Bahn, welche das Gut mit dem Frachtbrief übernommen hat, also solidarisch neben jener, und es kann auch diese Haftpflicht nicht abgelehnt oder eingeschränkt werden. Zur Begründung dieser Haftpflicht genügt

es, daß sie das Gut mit dem Frachtbrief übernommen hat. Daß sie es weitergegeben hat, hätte sie zu beweisen (Hahn § 2 Art. 429; Förtsch Anm. 3; anders Eger S. 547). Die hier in Anspruch genommene Bahn kann im Verhältniß zum ganzen Transport auch eine Zwischenbahn sein. Wo das Gut unterwegs verloren gegangen ist, ob gerade auf ihrer Strecke, braucht dieser Bahn nicht bewiesen zu werden (Reichsgerichtsannalen 4 S. 489).

c) Außerdem haftet diejenige Bahn, auf deren Strecke sich der Schaden ereignet hat, also wiederum solidarisch mit den zu a und b erwähnten Bahnen, jedoch mit der ihr zu beweisenden Voraussetzung, daß der Schade sich auf ihrer Strecke ereignet hat (nicht gerade, daß er durch sie verursacht ist — Eger 3 S. 548). Anm. 5.

d) Es haften dann aber nicht die übrigen Zwischenbahnen. Diese sind befreit, selbst für den Fall, daß die zu a—c erwähnten Bahnen insolvent sein sollten. Machen jedoch diese anderen Bahnen Ansprüche aus dem Frachtvertrage geltend, so kann der in Anspruch Genommene seinen Regreßanspruch widerklagend oder compensando geltend machen, soweit er ihn auf Grund der §§ 456 ffg. zu begründen vermag, der § 469 Abs. 1 greift dann aber nicht Platz. Anm. 6.

e) Unter den zu a—c erwähnten Bahnen steht dem Kläger das Wahlrecht zu, welches mit der Erhebung der Klage ausgeübt wird (Abs. 2). Anm. 7.

4. Der Regreß der Eisenbahnen unter einander brauchte nicht besonders vorbehalten zu werden. Die Bestimmung ist überflüssig. Für diesen Regreß ist § 432 Abs. 3 maßgebend. Anm. 8.

5. Bestimmungen, durch welche die im § 469 der Eisenbahn auferlegten Verpflichtungen aufgehoben oder beschränkt werden, dürfen weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Parteiabreden getroffen werden (§ 471). Das bezieht sich aber nicht auf den Rückgriff der Eisenbahn unter einander. Für diese gilt § 432 Abs. 3 und dieser kann, wie § 471 ergiebt, beliebig geändert werden. Anm. 9.

Die zur Zeit geltende Verkehrsordnung hat die Vorschrift des vorliegenden Paragraphen wiederholt, auch hinsichtlich des Rückgriffs auf den § 432 Abs. 3, jedoch mit der nach dem Gesagten zulässigen Modifikation, daß die Eisenbahnen befugt sind, über den Rückgriff unter einander im Voraus oder im einzelnen Falle andere Vereinbarungen zu treffen. Anm. 10.

Parteiabreden, welche gegen die in der Verkehrsordnung aufgestellten Bestimmungen verstoßen, sind ungiltig, auch soweit sie der Eisenbahn günstig sind (§ 471 Abs. 2). Es kann z. B. nicht vereinbart werden, daß sämmtliche betheiligten Frachtführer schlechtweg haften sollen. Anm. 11.

§ 470.

Ansprüche der Eisenbahn auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht oder Gebühren sowie Ansprüche gegen die Eisenbahn auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren verjähren in einem Jahre, sofern der Anspruch auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt wird. Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Zahlung erfolgt ist.

Die Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht oder Gebühren sowie die Verjährung der im § 439 Satz 1 bezeichneten Ansprüche wird durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn gehemmt. Ergeht auf die Anmeldung ein abschlägiger Bescheid, so beginnt der Lauf der Verjährungsfrist wieder mit dem Tage, an welchem die Eisenbahn ihre Entscheidung dem Anmeldenden schriftlich bekannt macht und ihm die der An-

meldung etwa angeschlossenen Beweisstücke zurückstellt. Weitere Gesuche, die an die Eisenbahn oder an die vorgesetzten Behörden gerichtet werden, bewirken keine Hemmung der Verjährung.

Der vorliegende Paragraph handelt von der Verjährung der Ansprüche aus dem Eisenbahnfrachtvertrage.

Anm. 1. 1. Zunächst ist zu erwähnen, daß der § 439 auch beim Eisenbahnfrachtvertrage Anwendung findet. Das bedeutet: Die Ansprüche gegen die Eisenbahn aus dem Frachtvertrage wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Absendung verjähren ebenso in einem Jahre, wie die Ansprüche gegen jeden anderen Frachtführer. Im Einzelnen finden gemäß § 439 die Vorschriften des § 414 Anwendung. Vergl. Näheres hierüber zu § 439.

Anm. 2. Die Vorschriften des § 439 können durch die Eisenbahnverkehrsordnung zu Gunsten der Eisenbahn nicht geändert werden (§ 471). Wohl aber könnte die Verkehrsordnung zu Ungunsten der Eisenbahn die Vorschriften ändern.

Anm. 3. Die Eisenbahnverkehrsordnung hat im § 91 die Vorschriften im Allgemeinen wiederholt. Soweit die Wiederholung erfolgt ist, kann nunmehr eine Aenderung auch zu Ungunsten der Eisenbahn nicht erfolgen (§ 471 Abs. 2).

Im Uebrigen finden auf die Verjährung die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung Anwendung (vergl. bei uns Anm. 10 ffg. zu § 159 und zu § 160).

Anm. 4. 2. Der einjährigen Verjährung sind nach unserem Paragraphen weiter unterworfen (Abs. 1):

a) die Ansprüche der Eisenbahnen auf Nachzahlung zu wenig erhobener Fracht,

b) die Ansprüche gegen die Eisenbahnen auf Rückerstattung zu viel erhobener Fracht,

beide Ansprüche unter der Voraussetzung, daß dieselben auf eine unrichtige Anwendung der Tarife oder auf Fehler bei der Berechnung gestützt werden.

Die Verjährung beginnt mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Zahlung erfolgt ist.

Anm. 5. 3. Die Ansprüche gegen die Eisenbahn, die zu 1 und 2 behandelt sind, werden in ihrer Verjährung gehemmt durch die schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der Eisenbahn. Weiteres siehe Abs. 2. Die Hemmung bewirkt, daß während der Hemmungszeit die Verjährung nicht läuft. Sie läuft aber weiter (unter Zuzählung der früheren Frist) nach Wegfall des Hemmungsgrundes (§ 205 B.G.B.).

Anm. 6. 4. Die Vorschriften zu 2 und 3 können durch die Verkehrsordnung zu Gunsten der Eisenbahnen nicht geändert werden. Die Verkehrsordnung hat im § 91 Nr. 3 und § 61 Nr. 5 die Vorschriften wiederholt. Nunmehr sind Abänderungen auch zu Ungunsten der Eisenbahnen nicht zulässig (§ 471).

§ 471.

Die nach den Vorschriften des § 432 Abs. 1, 2, der §§ 438, 439, 453, 455 bis 470 begründeten Verpflichtungen der Eisenbahnen können weder durch die Eisenbahnverkehrsordnung noch durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Bestimmungen, welche dieser Vorschrift zuwiderlaufen, sind nichtig. Das Gleiche gilt von Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der Eisenbahnverkehrsordnung im Widerspruche stehen.

Unzulässigkeit von Bestimmungen gegen gewisse eisenbahnfrachtrechtliche Vorschriften und gegen die Eisenbahnverkehrsordnung.

1. **Die im Abs. 1 zitirten Gesetzesvorschriften** können zu Gunsten der Eisenbahn weder durch die Verkehrsordnung, noch durch Vertrag geändert werden. Wir haben diesen Punkt an den einzelnen Stellen eingehend besprochen. Anm. 1.

Zuwiderlaufende Vereinbarungen sind nichtig (vergl. hierüber Anm. 3).

2. **Gegen die Vorschriften der Verkehrsordnung sind Vereinbarungen überhaupt ungiltig,** also auch, soweit sie das Publikum begünstigen. Der Eisenbahnverwaltung soll wohl hierdurch die Möglichkeit abgeschnitten werden, mit dem einen günstiger, mit dem anderen ungünstiger zu kontrahiren (vergl. Anm. 4 zu § 453). Anm. 2.

Selbstverständlich setzt dies voraus, daß die Bestimmung der Verkehrsordnung selbst giltig ist und nicht etwa gegen die gesetzlichen Vorschriften im Sinne einer dem Publikum ungünstigen Abänderung verstößt. Anm. 3.

3. **Zuwiderlaufende Vereinbarungen sind nichtig.** Ob dadurch der ganze Vertrag oder nur die zuwiderlaufende Vereinbarung nichtig wird, ist nach § 139 B.G.B. zu entscheiden. Meist wird wohl der Vertrag giltig und die Vereinbarung nichtig sein. Anm. 4.

§ 472.[1])

Die Vorschriften über die Beförderung von Personen auf den Eisenbahnen werden durch die Eisenbahnverkehrsordnung getroffen.

Der vorliegende Paragraph behandelt die Personenbeförderung auf den Eisenbahnen. Es erscheint aber erforderlich, bei dieser Gelegenheit **das Recht der Personenbeförderung überhaupt zu erörtern.** Einleitung.

1. **Quellen des Personenbeförderungsrechts.** Die Personenbeförderung zur See behandeln die §§ 664 flg. H.G.B. Die Personenbeförderung auf Flüssen und Binnengewässern ist im Binnenschifffahrtsgesetz nicht besonders geregelt; es kommen die allgemeinen Regeln der Binnenschifffahrt zur Anwendung; hiernach bestimmt sich z. B. die Haftung des Schiffseigners für Verschulden der Schiffsleute. Bezüglich des aufgegebenen Reisegepäcks gilt Flußfrachtrecht. Im Uebrigen kommt das bürgerliche Recht über Werkverdingung zur Anwendung, soweit nicht die Vorschriften des Handelsrechts Platz greifen. Die Vorschriften des Handelsrechts greifen aus den gleichen Gründen Platz, wie bei der Personenbeförderung zu Lande (siehe daher das Folgende). Anm. 1.

Die Personenbeförderung zu Lande unterliegt dem Handelsrecht nur, wenn sie von einer dazu bestimmten Anstalt betrieben wird (vergl. hierüber § 1 Nr. 5 und Erläuterung dazu) oder von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe, mag auch dieser Betrieb sich im Uebrigen auf andere Geschäfte richten. Denn dann ist der Vertrag ein Handelsgeschäft (§ 343). Subsidiär gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Werkverdingung (vergl. unten Anm. 3). Anm. 2.

2. **Die rechtliche Natur des Personenbeförderungsvertrages.** Der Inhalt desselben ist die Beförderung einer Person von Ort zu Ort, die Erreichung dieses Erfolges geschieht durch Hergabe von Beförderungsmaterial und Leistung von Diensten. Es liegt also ein Werkverdingungsvertrag vor (Cosack S. 492; vergl nach früherem Recht R.G. 14 S. 74). Anm. 3.

Was das Reisegepäck anbetrifft, so kommt es darauf an, ob dasselbe dem Unternehmer übergeben wird oder ob es der Reisende mitnimmt. Wird z. B. der Reisekoffer dem Kutscher auf den Bock gelegt, so ist er dessen Obhut anvertraut, und es liegt ein neben dem Personenbeförderungsvertrage abgeschlossener Frachtvertrag vor. Dagegen bleibt das Geschäft ein reiner Personenbeförderungsvertrag, wenn der Reisende das Passagiergut in Anm. 4.

---

[1]) Literatur: Schott bei Endemann III §§ 352—363; Heinrich Göppert, zur rechtlichen Natur der Personenbeförderung auf Eisenbahnen; Dissertation; Johannes Leeb, rechtliche Studien über den Eisenbahnpersonentransportvertrag, München 1895.

seine eigene Obhut nimmt, z. B. in der Hand behält oder auf den Schooß legt oder sich gegenüber auf die leere Seite des Fonds legt.

Wer übrigens bloß Beförderungsmittel stellt, die erforderlichen Dienste aber nicht leistet, ist kein Personenbeförderer.

Anm. 5. 3. **Die Form des Personenbeförderungsvertrages** richtet sich nach allgemeinen Regeln. Der Vertrag ist also formlos. Für die Eisenbahn siehe unten Anm. 10 flg.

Anm. 6. 4. **Die Wirkungen des Personenbeförderungsvertrages** richten sich, wie gesagt, nach den Regeln der Werkverdingung. Der Unternehmer hat den Transport zu bewirken und alles Zweckdienliche hierzu zu leisten, der Passagier hat das Reisegeld zu zahlen. Regelmäßig hat der Reisende nicht das Recht, sein Recht auf Andere zu übertragen, nachdem er die Reise begonnen hat, z. B. bei der Droschkenfahrt. (Näheres hierüber unten beim Eisenbahnbeförderungsvertrag.)

Anm. 7. 5. **Insbesondere die Personenbeförderung auf der Eisenbahn.**

a) **Rechtsquellen.** Auch hierüber hat das H.G.B. keine Vorschriften. Der vorliegende Paragraph überläßt alles der Verkehrsordnung und damit ist diese auch insoweit zur Rechtsverordnung erhoben. Aber ihre Vorschriften sind hier nicht zwingend. Sie können also durch Parteiabreden geändert werden, sowohl zu Ungunsten, als auch zu Gunsten der Eisenbahn (Cosack S. 492; Wanninger S. 6).

Eine internationale Regelung der Personenbeförderung durch die Eisenbahnen ist bisher noch nicht erfolgt.

Anm. 8. b) **Besteht für die Eisenbahn ein Vertragszwang hinsichtlich der Personenbeförderung?** Das H.G.B. statuirt einen solchen nicht. Nach der Verkehrsordnung § 6 besteht in gewissem Umfange ein Vertragszwang.

Anm. 9. c) **Die rechtliche Natur des Eisenbahn-Personenbeförderungsvertrags** ist keine andere, wie die jedes anderen Personenbeförderungsvertrages. Sie ist also eine Werkverdingung (Cosack S. 492), dies ändert sich auch dadurch nicht, daß Vertragszwang besteht, es entsteht dadurch keine obligatio ex lege (Goldschmidt, System, 4. Auflage § 127 Nr. 2). Sie ändert sich ferner dadurch nicht, daß der Reisende zugleich mit dem Fahrschein oder später eine Platzkarte lösen muß. Dadurch tritt nicht etwa, wie Göppert S. 62 will, eine Kombination von Werkverdingung und Sachmiethe ein. Denn die Benutzung eines Platzes steht dem Reisenden beim Personenbeförderungsvertrage stets zu. Sie gehört zum Inhalt des Beförderungsvertrages: die Beförderung geschieht eben in der Weise, daß der Passagier in dem Beförderungsmaterial einen Platz sitzend einnimmt, welcher ihm zu diesem Zwecke gewährt wird (vergl. oben Anm. 6). Ob der Reisende sich den Platz aussucht oder ob er ihm angewiesen wird, ob es ein bestimmt nummerirter Platz oder ein anderer ist, ob er dafür eine besondere Gebühr entrichtet, (die lediglich als Zuschlag zum Fahrpreise zu betrachten ist) das ist für die rechtliche Natur des Vertrages Alles gleichgültig.

Anm. 10. d) **Die Form des Vertrages und die Art seines Abschlusses überhaupt.** Der Vertrag wird gewöhnlich in wenigen abgerissenen Worten geschlossen. Der Reisende tritt z. B. an den Schalter und ruft hinein: ein Billet zweiter Klasse nach Berlin. Damit erklärt er: Ich verlange einen Fahrschein, der mich darüber ausweist, daß ich mit der Eisenbahnverwaltung auf Grund der Bestimmungen der Verkehrsordnung einen Vertrag geschlossen und meinerseits erfüllt habe, Inhalts dessen ich zu dem Anspruche auf Beförderung nach Berlin mit dem nächsten Zuge berechtigt bin. Hört der Beamte dieses Verlangen und widerspricht ihm nicht, schickt er sich gar an, ihm zu entsprechen, so ist der Personenbeförderungsvertrag damit geschlossen.

Anm. 11. Daß das Verlangen der Fahrkarte einerseits und das Nichtwidersprechen andrerseits genügt, hat darin seinen Grund, daß (vergl. oben Anm. 9) gegen die Eisenbahnen ein Transportzwang auch hinsichtlich der Personenbeförderung besteht. Der Reisende weiß, daß die Eisenbahn mit ihm kontrahiren muß, er erklärt durch das Verlangen einer Karte, daß er von diesem Rechte Gebrauch macht, und indem der Eisenbahn-

Beamte nicht widerspricht, giebt er zu erkennen, daß der Fall normal liegt, d. h. daß auch nach seiner Ansicht von einem etwaigen ausnahmsweisen Zurückweisungsrechte im vorliegenden Falle keine Rede ist (vergl. hierüber Göppert S. 67).

Die Aushändigung der Fahrkarte ist die Ertheilung der Bescheinigung über den abgeschlossenen Vertrag, nicht der Rechtsakt der Perfektion. Darauf beruht auch die Entscheidung der bekannten **Platzkartenfrage** zu Gunsten des Fiskus. Der Inhalt des Fahrscheins kann nicht entscheiden für den Inhalt des Vertrages, da dieser vor Aushändigung des Fahrscheins bereits abgeschlossen ist und zwar in Gemäßheit der Bestimmungen der Verkehrsordnung (zust. L.G. Dresden im Sächsischen Archiv 5 S. 356; anders L.G. I Berlin bei Perl u. Wreschner 1894 S. 99, auch Leeb a. a. O. S. 35). Anm. 12.

e) **Der Fahrschein.** Derselbe wird gegeben als Bescheinigung über den abgeschlossenen Personenbeförderungsvertrag. Da erfahrungsgemäß der Fahrschein nur gegen Baarzahlung ausgehändigt wird, so versetzt der Besitz des Fahrscheins den Inhaber hinsichtlich des Beweises der Zahlung in eine gleichgünstige Lage, wie eine Quittung, obgleich der Fahrschein eine Quittung nicht ist, da er ein Empfangsbekenntniß nicht enthält (vergl. unsere Allgemeine Einleitung Band I S. 61). Der Fahrschein legitimirt den Reisenden zum Einsteigen und Fahren, er gewährt ihm einen Anspruch auf einen Platz in der entsprechenden Wagenklasse (§ 14 V.O.), und von dem Besitze des Fahrscheins hängt sogar die Ausübung dieses Rechts ab. Kann er den Fahrschein nicht vorzeigen, so muß er eine neue Karte lösen oder die Fahrt aufgeben. Der anderweite Beweis der Zahlung wird nicht zugelassen (§ 21 V.O.). Anm. 13.

Die Fahrkarte ist Inhaberpapier, und zwar unechtes Inhaberpapier im Sinne des § 807 B.G.B. (Cosack S. 492 und überhaupt die herrschende Meinung: Unger Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 25; Altsmann bei Gruchot 30 S. 110; Goldschmidt System § 127 Nr. 6; Pappenheim, Begriff und Arten der Papiere auf den Inhaber S. 82; Göppert a. a. O. S. 36 flg.; Leeb a. a. O. S. 14). Entgegen unserer 5. Aufl. nehmen auch wir dies an, zumal im Hinblick auf § 807 B.G.B. Daß die Fahrkarte nicht mehr übertragen werden kann, nachdem die Reise begonnen hat; daß das Retourbillet auf der Rückreise nicht auf einen anderen übertragen werden kann, ist nichts, was dem entgegensteht. Die gleiche Erscheinung tritt auch bei den anderen unechten Inhaberpapieren nach § 807 B.G.B. hervor. So darf der Inhaber von Theaterbillets, nachdem er den ersten Akt gesehen, das Billet nicht übertragen; der Inhaber von Eßmarken kann die Eßmarke nicht übertragen, nachdem er den ersten Gang genossen hat ꝛc. Der Aussteller hat sich eben in solchen Fällen nur zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, nämlich zur Beförderung einer Person, zur Hergabe einer Mahlzeit für eine Person; zur Gewährung von Eintritt in das Theater für eine Person. Diese Leistung kann jeder Inhaber verlangen, aber eben immer nur eine Person. Anm. 14.

f) **Wegen verspäteter Abfahrt oder Ankunft der Züge** wird nicht Ersatz geleistet. Ausnahme § 26 V.O. Anm. 15.

g) **Ueber Reisegepäck** siehe § 465.

h) **Ueber Tötung und Körperverletzung auf Eisenbahnen** siehe das sogenannte Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871. Materialschaden wird nach diesem Gesetze nicht ersetzt. Darüber gilt in Preußen für Eisenbahnen § 25 des Gesetzes vom 3. Nov. 1838. Anm. 16.

§ 473.

Bei einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Bahnunternehmung, welche der Eisenbahnverkehrsordnung nicht unterliegt (Kleinbahn), sind insoweit, als in den §§ 453, 459, 460, 462 bis 466 auf die Vorschriften der Eisenbahn-

verkehrsordnung verwiesen ist, an deren Stelle die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung maßgebend.

Den Vorschriften des § 453 unterliegt eine solche Bahnunternehmung nur mit der Maßgabe, daß sie die Uebernahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern darf.

Für Kleinbahnen gilt im Allgemeinen auch das Eisenbahnfrachtrecht. Nur die Bezugnahmen auf die Verkehrsordnung gelten in gewissem Umfange nicht, sondern statt deren die Beförderungsbedingungen der Bahnunternehmung.

Der § 453 (Pflicht zur Beförderung nach allen Stationen innerhalb des deutschen Reichs) paßt für die Kleinbahnen überhaupt nicht. Die Vorschrift des § 453 ist daher nur mit der Maßgabe anwendbar, daß die Kleinbahn die Annahme von Gütern zur Beförderung auf ihrer Bahnstrecke nicht verweigern darf. Früher galt dies für alle Eisenbahnen nach Art. 422.

Anhang.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Artikel 1.

Das Handelsgesetzbuch tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Der sechste Abschnitt des ersten Buches des Handelsgesetzbuchs tritt mit Ausnahme des § 65 am 1. Januar 1898 in Kraft.

Der siebente Abschnitt des dritten Buches des Handelsgesetzbuchs kann durch Kaiserliche Verordnung mit Zustimmung des Bundesraths vor dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.

Artikel 2.

In Handelssachen kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz ein Anderes bestimmt ist.

Im Uebrigen werden die Vorschriften der Reichsgesetze durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt.

Artikel 3.

Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs verwiesen ist, treten die entsprechenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs an deren Stelle.

Artikel 4.

Die nach dem bürgerlichen Rechte mit einer Eintragung in das Güterrechtsregister verbundenen Wirkungen treten, sofern ein Ehegatte Kaufmann ist und seine Handelsniederlassung sich nicht in dem Bezirke des für den Wohnsitz des Ehemannes zuständigen Registergerichts befindet, in Ansehung der auf den Betrieb des Handelsgewerbes sich beziehenden Rechtsverhältnisse nur ein, wenn die Eintragung auch in das Güterrechtsregister des für den Ort der Handelsniederlassung zuständigen Gerichts erfolgt ist. Bei mehreren Niederlassungen genügt die Eintragung in das Register des Ortes der Hauptniederlassung.

Wird die Niederlassung verlegt, so finden die Vorschriften des § 1559 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

Artikel 5.

Auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen, findet der § 2 des Handelsgesetzbuchs keine Anwendung.

Artikel 6.

Die Vorschriften der §§ 474, 475 des Handelsgesetzbuchs finden auch im Falle der Veräußerung eines Seeschiffs, das nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt ist, sowie im Falle der Veräußerung eines Antheils an einem solchen Schiffe Anwendung.

Artikel 7.

Die Vorschriften des § 485 und des § 486 Abs. 1 Nr. 3 des Handelsgesetzbuchs über die Haftung des Rheders für das Verschulden einer Person der Schiffsbesatzung sowie die Vorschriften der §§ 734 bis 739 des Handelsgesetzbuchs über die Haftung im Falle des Zusammenstoßes von Schiffen finden auch Anwendung, wenn die Verwendung eines Schiffes zur Seefahrt nicht des Erwerbes wegen erfolgt.

Artikel 8.

Aufgehoben werden:

1. das Gesetz, betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister, vom 30. März 1888 (Reichs-Gesetzbl. S. 129);
2. der Artikel 80 der Wechselordnung;
3. der § 68 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 (Reichs-Gesetzbl. S. 409);
4. der § 86 Abs. 2 des Gesetzes, betreffend die Unfallversicherung der Seeleute und anderer bei der Seeschifffahrt betheiligter Personen, vom 13. Juli 1887 (Reichs-Gesetzbl. S. 329).

Artikel 9.

Die Gewerbeordnung wird dahin geändert:

I. Als § 15a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirthschaft betreiben, sind verpflichtet, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirthschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen.

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

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

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

II. Als § 133f wird folgende Vorschrift eingestellt:

Eine Vereinbarung zwischen dem Gewerbeunternehmer und einem der im § 133a bezeichneten Angestellten, durch die der Angestellte für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Angestellten nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung seines Fortkommens ausgeschlossen wird.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Angestellte zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist.

III. Der § 148 erhält folgenden Zusatz:

14. wer den Vorschriften des § 15a zuwiederhandelt.

Artikel 10.

Das Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 (Reichs-Gesetzbl. S. 55) wird dahin geändert:

I. An die Stelle des § 13 tritt folgende Vorschrift:

Vor der Eintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht.

II. Der § 16 Abs. 4 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Der Beschluß hat keine rechtliche Wirkung, bevor er in das Genossenschaftsregister des Sitzes der Genossenschaft eingetragen ist.

III. Der § 23 Abs. 4 fällt weg.

IV. An die Stelle der §§ 28, 29 treten folgende Vorschriften:

§ 28.

Jede Aenderung des Vorstandes sowie die Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes ist durch den Vorstand zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden. Eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung oder über die Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes ist der Anmeldung beizufügen und wird bei dem Gericht aufbewahrt.

Die Vorstandsmitglieder haben ihre Unterschrift vor dem Gerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

§ 29.

Eine Aenderung des Vorstandes, eine Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Vorstandsmitgliedes sowie eine Aenderung des Statuts rücksichtlich der Form für Willenserklärungen des Vorstandes kann, solange sie nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist, von der Genossenschaft einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß dieser von der Aenderung oder Beendigung Kenntniß hatte.

Nach der Eintragung und Bekanntmachung muß der Dritte die Aenderung oder Beendigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte.

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

V. Der § 49 Abs. 1 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Ein Beschluß der Generalversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder des Statuts im Wege der Klage angefochten werden. Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

Zur Anfechtung befugt ist jeder in der Generalversammlung erschienene Genosse, sofern er gegen den Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat, und jeder nicht erschienene Genosse, sofern er zu der Generalversammlung unberechtigter Weise nicht zugelassen worden ist oder sofern er die Anfechtung darauf gründet, daß die Berufung der Versammlung oder die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung nicht gehörig erfolgt sei. Außerdem ist der Vorstand und, wenn der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Genossenschaft haftbar machen würden, jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths zur Anfechtung befugt.

VI. Im § 49 Abs. 4 wird das Wort „ungiltig" ersetzt durch das Wort „nichtig".

VII. Im § 80 Abs. 2 Satz 1 werden die Worte „vom Vorstande" ersetzt durch die Worte: „von den Liquidatoren".

VIII. Der § 82 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Die ersten Liquidatoren sind durch den Vorstand, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren, sowie eine Beendigung ihrer Vertretungsbefugniß ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden. Eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Liquidatoren oder über die Aenderung in den Personen derselben ist der Anmeldung beizufügen und wird bei dem Gericht aufbewahrt.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Gerichte zu zeichnen oder die Zeichnung in beglaubigter Form einzureichen.

IX. Der § 87 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Die Liquidatoren haben die aus den §§ 26, 27, § 31 Absatz 1, § 32, §§ 42 bis 45, § 46 Absatz 2, § 49 sich ergebenden Rechte und Pflichten des Vorstandes und unterliegen gleich diesem der Ueberwachung des Aufsichtsraths. Sie haben sofort bei Beginn der Liquidation und demnächst in jedem Jahre eine Bilanz aufzustellen. Die erste Bilanz ist zu veröffentlichen; die Bekanntmachung ist zu dem Genossenschaftsregister einzureichen.

X. Der § 88 Abs. 2 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen. Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

XI. Der sechste Abschnitt erhält folgende Ueberschrift:

„Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft."

Am Schlusse dieses Abschnitts werden folgende Vorschriften eingestellt:

§ 90a.

Enthält das Statut nicht die für dasselbe wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Genosse und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Genossenschaft für nichtig erklärt werde.

§ 90b.

Als wesentlich im Sinne des § 90a gelten die in den §§ 6, 7 und 125 bezeichneten Bestimmungen des Statuts mit Ausnahme derjenigen über die Beurkundung der Beschlüsse der Generalversammlung und den Vorsitz in dieser sowie über die Grundsätze für die Aufstellung und Prüfung der Bilanz.

Ein Mangel, der eine hiernach wesentliche Bestimmung des Statuts betrifft, kann durch einen den Vorschriften dieses Gesetzes über Aenderungen des Statuts entsprechenden Beschluß der Generalversammlung getheilt werden.

Die Berufung der Generalversammlung erfolgt, wenn sich der Mangel auf die Bestimmungen über die Form der Berufung bezieht, durch Einrückung in diejenigen öffentlichen Blätter, welche für die Bekanntmachung der Eintragungen in das Genossenschaftsregister des Sitzes der Genossenschaft bestimmt sind.

Betrifft bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht der Mangel die Bestimmungen über die Haftsumme, so darf durch die zur Heilung des Mangels beschlossenen Bestimmungen der Gesammtbetrag der von den einzelnen Genossen übernommenen Haftung nicht vermindert werden.

§ 90c.

Das Verfahren über die Klage auf Nichtigkeitserklärung und die Wirkungen des Urtheils bestimmen sich nach den Vorschriften des § 49 Absatz 3 bis 5 und des § 50.

§ 90d.

Ist die Nichtigkeit einer Genossenschaft in das Genossenschaftsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Genossenschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Soweit die Genossen eine Haftung für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft übernommen haben, sind sie verpflichtet, die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Beträge nach Maßgabe der Vorschriften des folgenden Abschnitts zu leisten.

XII. Im § 116 Abs. 2 werden die Schlußworte „ohne daß den letzteren die Einrede der Theilung zusteht" gestrichen.

XIII. Der § 117 Abs. 3 wird gestrichen.

XIV. Der § 127 Abs. 1 erhält folgenden Zusatz:

Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mittheilung zur Anmeldung anzufordern.

XV. Der § 148 Abs. 3 fällt weg.

XVI. Der § 152 Abs. 1 erhält folgende Fassung:

Die Mitglieder des Vorstandes sind von dem Gerichte (§ 10) zur Befolgung der im § 8 Absatz 2, § 14, §§ 28, 30, § 59 Absatz 2, § 61, § 76 Absatz 2, § 77 Absatz 2 enthaltenen Vorschriften durch Ordnungsstrafen anzuhalten; die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen. In gleicher Weise sind die Mitglieder des Vorstandes und die Liquidatoren zur Befolgung der im § 31 Absatz 2, § 45, § 46 Absatz 2, § 49 Absatz 4 und 5, § 82, § 83 Absatz 2, § 87 Absatz 1, § 148 Absatz 2 enthaltenen Vorschriften anzuhalten.

Artikel 11.

Das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 (Reichs-Gesetzbl. S. 477) wird dahin geändert:

I. Der § 7 Abs. 1 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Gesellschaft ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

II. Der § 8 Abs. 3 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Geschäftsführer haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

III. Der § 9 Abs. 3 erhält folgende Fassung:

Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.

IV. Der § 10 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Bei der Eintragung in das Handelsregister sind die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stammkapitals, der Tag des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages und die Personen der Geschäftsführer anzugeben.

Enthält der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Zeitdauer der Gesellschaft oder über die Befugniß der Geschäftsführer oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft, so sind auch diese Bestimmungen einzutragen.

In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind außer dem Inhalte der Eintragung die nach § 5 Absatz 4 getroffenen Festsetzungen und, sofern der Gesellschaftsvertrag besondere Bestimmungen über die Form enthält, in welcher öffentliche Bekanntmachungen der Gesellschaft erlassen werden, auch diese Bestimmungen aufzunehmen.

V. An die Stelle des § 11 Abs. 1 tritt folgende Vorschrift:

Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht.

VI. Der § 12 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Auf die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke sie eine Zweigniederlassung besitzt, finden die Bestimmungen im § 8 Absatz 1 und 2 keine Anwendung. Der Anmeldung ist eine von dem Gerichte der Hauptniederlassung beglaubigte Abschrift des Gesellschaftsvertrages und der Liste der Gesellschafter beizufügen.

Die Eintragung hat die im § 10 Absatz 1 und 2 bezeichneten Angaben zu enthalten. In die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung bekannt gemacht wird, sind auch die im § 10 Absatz 3 bezeichneten Bestimmungen aufzunehmen, die nach § 5 Absatz 4 getroffenen Festsetzungen jedoch nur dann, wenn die Eintragung innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft erfolgt.

VII. Der § 15 Abs. 3 Satz 2 fällt weg.

VIII. Der § 20 Abs. 2 fällt weg.

IX. Im § 23 und im § 27 Abs. 2 werden die Worte: „durch einen Makler oder zur Vornahme von Versteigerungen befugten Beamten öffentlich verkaufen" ersetzt durch die Worte:

„im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen".

X. An die Stelle des § 39 treten folgende Vorschriften:

Jede Aenderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugniß eines Geschäftsführers ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer oder über die Beendigung der Vertretungsbefugniß beizufügen. Diese Bestimmung findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Geschäftsführer haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

XI. Der § 40 fällt weg.

XII. Im § 53 werden die Worte:
„nach den Artikeln 224 bis 226 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs" ersetzt durch die Worte:

„nach § 243 Absatz 1, 2, 4, §§ 244 bis 248 und § 249 Absatz 1, 2 des Handelsgesetzbuchs".

XIII. An die Stelle des § 55 treten folgende Vorschriften:

Die Abänderung des Gesellschaftsvertrages ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Bei der Eintragung genügt, sofern nicht die Abänderung die im § 10 Absatz 1 und 2 bezeichneten Angaben betrifft, die Bezugnahme auf die bei dem Gerichte eingereichten Urkunden über die Abänderung. Die öffentliche Bekanntmachung findet in Betreff aller Bestimmungen statt, auf welche sich die im § 10 Absatz 3 und im § 12 vorgeschriebenen Veröffentlichungen beziehen.

Die Abänderung hat keine rechtliche Wirkung, bevor sie in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen ist.

XIV. Als § 59a wird folgende Vorschrift eingestellt:

Auf die Anmeldung zu dem Handelsregister eines Gerichts, in dessen Bezirke die Gesellschaft eine Zweigniederlassung besitzt, finden die Bestimmungen im § 58 Absatz 2, Absatz 3 Nr. 1 und im § 59 Absatz 1 Nr. 4 keine Anwendung.

XV. Der fünfte Abschnitt erhält die Ueberschrift:

„Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft".

XVI. An die Stelle des § 60 Abs. 1 Nr. 4 tritt folgende Vorschrift:

4. durch die Eröffnung des Konkursverfahrens; wird das Verfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemein-

schuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen.

XVII. Der § 64 Abs. 3 fällt weg.

XVIII. An die Stelle des § 65 treten folgende Vorschriften:

Die Auflösung der Gesellschaft ist außer dem Falle des Konkursverfahrens zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Das Gleiche gilt von einer Fortsetzung der Gesellschaft in den im § 60 Absatz 1 Nr. 4 bezeichneten Fällen.

Die Auflösung ist von den Liquidatoren zu drei verschiedenen Malen durch die im § 30 Absatz 2 bezeichneten öffentlichen Blätter bekannt zu machen. Durch die Bekanntmachung sind zugleich die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei derselben zu melden.

XIX. Der § 67 wird durch folgende Vorschriften ersetzt.

Die ersten Liquidatoren sind durch die Geschäftsführer, jede Aenderung in den Personen der Liquidatoren sowie eine Beendigung ihrer Vertretungsbefugniß ist durch die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.

Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Liquidatoren oder über die Aenderung in den Personen derselben beizufügen. Diese Vorschrift findet auf die Anmeldung zum Handelsregister einer Zweigniederlassung keine Anwendung.

Die Eintragung der gerichtlichen Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren geschieht von Amtswegen.

Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gerichte zu zeichnen.

XX. Der § 69 fällt weg.

XXI. An die Stelle des § 74 Abs. 2 treten folgende Vorschriften:

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen. Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Vertheilung des Vermögens nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist.

XXII. Hinter den § 75 werden im fünften Abschnitte folgende Vorschriften eingestellt:

§ 75a.

Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 3 Absatz 1 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrath bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsraths im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde.

Die Vorschriften der §§ 272, 273 des Handelsgesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.

§ 75b.

Ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft oder den Gegenstand des Unternehmens betrifft, kann durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter getheilt werden.

§ 75c.

Ist die Nichtigkeit einer Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen, so finden zum Zwecke der Abwickelung ihrer Verhältnisse die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die Nichtigkeit nicht berührt.

Die Gesellschafter haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist.

XXIII. An die Stelle der §§ 76, 77 treten folgende Vorschriften:

§ 76.

Die in diesem Gesetze vorgesehenen Anmeldungen zum Handelsregister sind durch die Geschäftsführer oder die Liquidatoren, die im § 7 Absatz 1, § 12, Absatz 1, § 58 Absatz 1, § 59 Absatz 1 Nr. 3, § 78 Absatz 5 vorgesehenen Anmeldungen sind durch sämmtliche Geschäftsführer zu bewirken.

§ 77.

In Ansehung der in §§ 7, 55, § 58 Absatz 1, § 59 Absatz 1 Nr. 3, § 78 Absatz 5 bezeichneten Anmeldungen zum Handelsregister findet, soweit es sich um die Anmeldung zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft handelt, eine Verhängung von Ordnungsstrafen nach § 14 des Handelsgesetzbuchs nicht statt.

XXIV. Im § 80 Abs. 1 Nr. 1 werden die Worte „Eintragung des Gesellschaftsvertrags" durch die Worte „Eintragung der Gesellschaft" ersetzt.

Artikel 12.

Das Gesetz, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt, vom 15. Juni 1895 (Reichs-Gesetzbl. S. 301) wird dahin geändert:

I. An die Stelle des § 26 tritt folgende Vorschrift:

Auf das Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern finden die Vorschriften der §§ 425 bis 427, 430 bis 436, 439 bis 443, 445 bis 451 des Handelsgesetzbuchs Anwendung.

II. Im § 36 Abs. 4 werden die Worte „gerichtlich oder in anderer sicherer Weise niederzulegen" ersetzt durch die Worte „in einem öffentlichen Lagerhaus oder in anderer sicherer Weise zu hinterlegen". Im § 52 Abs. 1, 3, im § 54 Abs. 2, 3, im § 77 Abs. 2 und im § 91 Abs. 3 werden die Worte „niederzulegen, Niederlegung, Niederlegungsverfahren, niedergelegt" ersetzt durch die Worte „zu hinterlegen, Hinterlegung, Hinterlegungsverfahren, hinterlegt".

III. Im § 52 werden die Abs. 2, 3 durch folgende Vorschriften ersetzt:

Ist der Empfänger des Gutes nicht zu ermitteln oder verweigert er die Annahme oder ergiebt sich ein sonstiges Ablieferungshinderniß, so hat der Frachtführer den Absender unverzüglich hiervon in Kenntniß zu setzen und dessen Anweisung einzuholen. Ist dies den Umständen nach nicht thunlich oder ist der Absender mit der Ertheilung der Anweisung säumig oder die Anweisung nicht ausführbar, so kann der Frachtführer nach der Bestimmung im Absatz 1 verfahren, auch wenn die Wartezeit noch nicht abgelaufen ist. Er kann, falls das Gut dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzug ist, das Gut auch gemäß § 373 Absatz 2 bis 4 des Handelsgesetzbuchs verkaufen lassen.

Von der Hinterlegung und dem Verkaufe des Gutes hat der Frachtführer den Absender und den Empfänger unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Ist der Empfänger nicht zu ermitteln, so hat die Benachrichtigung von der Hinterlegung durch öffentliche Bekanntmachung in ortsüblicher Weise zu erfolgen; im Uebrigen dürfen die Benachrichtigungen unterbleiben, soweit sie unthunlich sind.

IV. Der § 55 erhält folgende Fassung:

In den Fällen der §§ 53 und 54 hat der Frachtführer an einem der ortsüblichen Löschplätze anzulegen. Ist durch Vereinbarung dem Empfänger das Recht zur Anweisung des Löschplatzes eingeräumt, so finden die Bestimmungen im § 46 Absatz 2 und 3 Anwendung.

V. Der § 56 Abs. 2 fällt weg. Der Abs. 3 erhält folgende Fassung:

Die Bestimmungen des § 42 Absatz 1 finden entsprechende Anwendung.

VI. Im § 58 fällt der Abs. 3 weg; der Abs. 4 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Für den Verlust oder die Beschädigung von Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Werthpapieren haftet der Frachtführer nur, wenn ihm die Beschaffenheit oder der Werth des Gutes bei der Uebergabe zur Beförderung angegeben worden ist.

VII. Der § 61 wird durch folgende Vorschriften ersetzt:

Nach der Annahme des Gutes durch den Empfangsberechtigten können wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich erkennbar ist, Ansprüche nur geltend gemacht werden, wenn vor der Annahme der Zustand des Gutes durch amtlich bestellte Sachverständige festgestellt ist.

Wegen einer Beschädigung oder Minderung des Gutes, die bei der Annahme äußerlich nicht erkennbar ist, kann der Frachtführer auch nach der Annahme des Gutes in Anspruch genommen werden, wenn der Mangel in der Zeit zwischen der Uebernahme des Gutes durch den Frachtführer und der Ablieferung entstanden ist und die Feststellung des Mangels durch amtlich bestellte Sachverständige unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Annahme beantragt wird. Ist dem Frachtführer der Mangel unverzüglich nach der Entdeckung und binnen der bezeichneten Frist angezeigt, so genügt es, wenn die Feststellung unverzüglich nach dem Zeitpunkte beantragt wird, bis zu welchem der Eingang einer Antwort des Frachtführers unter regelmäßigen Umständen erwartet werden darf.

Die Kosten einer von dem Empfangsberechtigten beantragten Feststellung sind von dem Frachtführer zu tragen, wenn ein Verlust oder eine Beschädigung ermittelt wird, für welche derselbe Ersatz leisten muß.

Der Frachtführer kann sich auf die Vorschriften der Absätze 1, 2 nicht berufen, wenn er den Schaden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

VIII. Als § 61a werden folgende Vorschriften eingestellt:

Der Frachtführer haftet für den durch verspätete Ablieferung des Gutes entstandenen Schaden, es sei denn, daß die Verspätung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Ist die Fracht nebst den sonst auf dem Gute haftenden Forderungen bezahlt und das Gut angenommen, so kann der Anspruch nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß der Frachtführer die Verspätung durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

Die Vorschrift im Absatz 2 findet auch auf andere Ansprüche gegen den Frachtführer aus dem Frachtvertrage Anwendung, soweit die Ansprüche nicht den Vorschriften des § 61 unterliegen.

IX. Der § 70 Abs. 1 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Wird der Antritt oder die Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert, so braucht der Absender die Aufhebung des Hindernisses nicht abzuwarten, er kann vielmehr vom Vertrage zurücktreten.

X. Der § 72 fällt weg.

XI. Der § 87 Abs. 4 wird gestrichen.

XII. Im § 89 Abs. 2 Satz 1, im § 97 Abs. 1 Satz 1 und im § 103 Abs. 1 werden die Worte: „mit den im § 41 der Konkursordnung bezeichneten Wirkungen" gestrichen.

XIII. Im § 89 Abs. 3 wird der letzte Satz durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Geltendmachung des Pfandrechts durch den Frachtführer erfolgt nach Maßgabe der Vorschriften, die für das Pfandrecht des Frachtführers wegen der Fracht und der Auslagen gelten.

XIV. Der § 91 Abs. 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Gegen Hinterlegung des beanspruchten Betrags bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hat die Auslieferung der Güter zu erfolgen.

XV. Im § 102 wird die Nr. 6 durch folgende Vorschrift ersetzt:

6. die Forderungen, welche der Berufsgenossenschaft nach den Vorschriften über die Unfallversicherung, der Versicherungsanstalt nach den Vorschriften über die Invalidenversicherung und den Gemeinden und Krankenkassen nach den Vorschriften über die Krankenversicherung gegen den Schiffseigner zustehen.

XVI. Der § 110 fällt weg.

XVII. An die Stelle des § 111 tritt folgende Vorschrift:

Wird außer dem Falle der Zwangsversteigerung das Schiff veräußert, so ist der Erwerber berechtigt, die Ausschließung der unbekannten Schiffsgläubiger mit ihren Pfandrechten im Wege des Aufgebotsverfahrens zu beantragen.

XVIII. Der § 112 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Die Vorschrift des § 111 findet keine Anwendung, wenn nur der Antheil eines Miteigenthümers des Schiffes den Gegenstand der Veräußerung bildet.

XIX. An die Stelle des § 114 tritt folgende Vorschrift:

Insoweit bei der Zwangsversteigerung oder bei einer sonstigen Veräußerung des Schiffes der Schiffseigner das Kaufgeld eingezogen hat, haftet er den Schiffsgläubigern, deren Pfandrechte in Folge der Zwangsversteigerung oder in Folge eines nach § 111 eingeleiteten Aufgebotsverfahrens erloschen sind, persönlich in gleicher Weise, wie im Falle der Einziehung der Fracht.

XX. Im § 118 wird die Nr. 8 gestrichen.

XXI. Der zehnte Abschnitt (§§ 131 bis 137) fällt weg.

XXII. Der § 138 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht ist, wird die Verhandlung und Entscheidung letzter Instanz im Sinne des § 8 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze dem Reichsgerichte zugewiesen.

Artikel 13.

Der Reichskanzler wird ermächtigt, die Texte des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, des Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, und des Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt, wie sie sich aus den in den Artikeln 10 bis 12 vorgesehenen Aenderungen ergeben, unter fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen und Abschnitte durch das Reichs-Gesetzblatt bekannt zu machen.

Hierbei sind die in den bezeichneten Gesetzen enthaltenen Verweisungen auf Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs durch Verweisungen auf die nach Artikel 3 des gegenwärtigen Gesetzes an die Stelle jener Vorschriften tretenden Vorschriften zu ersetzen. Den Verweisungen auf Vorschriften der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung sind diese Gesetze in der Fassung zu Grunde zu legen, welche sie durch das im Artikel 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vorgesehene Gesetz erhalten.

Soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften der im Abs. 1 bezeichneten Gesetze verwiesen ist, treten die entsprechenden Vorschriften der durch den Reichskanzler bekannt gemachten Texte an ihre Stelle.

Artikel 14.

Das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 (Reichs-Gesetzbl. S. 157) wird dahin geändert:

I. Die §§ 33, 34 werden durch folgende Vorschriften ersetzt:

§ 33.

Das von dem Kursmakler zu führende Tagebuch ist vor dem Gebrauche dem Börsenvorstande zur Beglaubigung der Zahl der Blätter oder Seiten vorzulegen.

Wenn ein Kursmakler stirbt oder aus dem Amte scheidet, ist sein Tagebuch bei dem Börsenvorstande niederzulegen.

§ 34.

Die Kursmakler sind zur Vornahme von Verkäufen und Käufen befugt, die durch einen dazu öffentlich ermächtigten Handelsmakler zu bewirken sind.

II. Der § 45 Satz 2 fällt weg.

III. Der § 58 Abs. 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Ehefrauen, die nicht Handelsfrauen sind, bedürfen der Genehmigung des Ehemannes.

IV. Der § 63 Abs. 1 Satz 2 wird durch folgende Vorschrift ersetzt:

Für Ehefrauen, die nicht Handelsfrauen sind, genügt der Antrag des Ehemannes.

V. Der § 69 erhält folgenden Absatz 2:

„Diese Vorschrift wird durch die Vorschrift des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt."

VI. Die §§ 70 bis 74 fallen weg.

Artikel 15.

Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze bleiben insoweit unberührt, als es in diesem Gesetze bestimmt oder als im Handelsgesetzbuch auf die Landesgesetze verwiesen ist.

Soweit die Landesgesetze unberührt bleiben, können auch neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden.

Artikel 16.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Lagerscheine und Lagerpfandscheine, die Vorschriften über Lagerscheine jedoch nur insoweit, als sie den § 363 Abs. 2 und die §§ 364, 365, 424 des Handelsgesetzbuchs ergänzen.

Artikel 17.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über Checks.

Artikel 18.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über den Vertrag zwischen dem Brauer und dem Wirthe über die Lieferung von Bier, soweit sie das aus dem Vertrage sich ergebende Schuldverhältniß für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

Artikel 19.

Unberührt bleiben:

1. für das Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin die §§ 51 bis 53, 55 der Verordnung vom 28. Dezember 1863, betreffend die Publikation des Handelsgesetzbuchs, sowie die zur Abänderung dieser Verordnung ergangene Verordnung vom 22. Oktober 1869;
2. für die freie Hansestadt Bremen die Verordnung vom 12. Februar 1866, betreffend die Löschung der Seeschiffe, nebst den dazu später ergangenen Gesetzen;
3. für die freie und Hansestadt Hamburg der § 50 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865.

Artikel 20.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen ein Pfandrecht an einem im Bau begriffenen Schiffe ohne Uebergabe des Schiffes durch Eintragung in ein besonderes Register bestellt werden kann, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsversteigerung eines solchen Schiffes.

Artikel 21.

Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften zur Ausführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung, soweit sie durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 (Bundes-Gesetzbl. S. 379) aufrecht erhalten sind. Dies gilt jedoch nicht für die Vorschriften über kaufmännische Anweisungen.

Artikel 22.

Die zur Zeit des Inkrafttretens des Handelsgesetzbuchs im Handelsregister eingetragenen Firmen können weitergeführt werden, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften.

Die Vorschriften des § 20 des Handelsgesetzbuchs über die in die Firma der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien aufzunehmenden Bezeichnungen finden jedoch auf die bei dem Inkrafttreten des Handelgesetzbuchs für eine solche Gesellschaft in das Handelsregister eingetragene Firma Anwendung, wenn die Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist.

Artikel 23.

Auf die Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, die vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet ist, finden die bisherigen Vorschriften Anwendung, sofern vor diesem Zeitpunkte die Voraussetzungen erfüllt sind, an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragung knüpfen.

Artikel 24.

Sind die Aktien einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gemäß den vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 18. Juli 1884 (Reichs-Gesetzbl. S. 123) in Geltung gewesenen Vorschriften auf einen geringeren Betrag als eintausend Mark gestellt, so bleiben im Falle einer Zusammenlegung oder sonstigen Umwandlung dieser Aktien die Vorschriften des § 180 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs außer Anwendung. Der Nennbetrag der Aktien darf jedoch nicht herabgesetzt werden.

Wird das Grundkapital einer bestehenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch Ausgabe neuer Aktien erhöht, so finden die Vorschriften des § 180 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs auf die neuen Aktien Anwendung, auch wenn die Ausgabe mittelst Umwandlung von Aktien der im Abs. 1 bezeichneten Art geschieht.

Diese Vorschriften gelten auch für Interimsscheine.

Artikel 25.

Die Vorschriften des § 228 des Handelgesetzbuchs über die Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Aktien finden auch in dem Falle Anwendung, daß eine Aktie vor dem Inkrafttreten des Handelgesetzbuchs abhanden gekommen oder vernichtet worden ist.

Artikel 26.

Die vor dem Inkraftreten des Handelsgesetzbuchs erfolgte Außerkurssetzung einer auf den Inhaber lautenden Aktie verliert mit dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs ihre Wirkung.

Artikel 27.

Auf Personen, die bei dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft sind, finden für die Dauer der Bestellung die Vorschriften des § 236 des

Handelsgesetzbuchs über den Betrieb eines Handelsgewerbes und über die Betheiligung an einer anderen Gesellschaft nur in der Beschränkung auf den Handelszweig der Aktiengesellschaft Anwendung.

Artikel 28.

Die Vorschrift des § 283 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs über die Zusicherung von Rechten auf den Bezug neu auszugebender Aktien findet auf eine vor dem Inkrafttreten des Handelsgesetzbuchs ertheilte Zusicherung keine Anwendung.

Gegeben Urville d. 10. Mai 1897.

Wilhelm.

Fürst zu Hohenlohe.

Preußisches Ausführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Vom 24. September 1899 (Gesetz-Samml. S. 303 ffg.).

Artikel 1.

Für den Erlaß von Bestimmungen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs näher festgesetzt wird, sind der Justizminister und der Minister für Handel und Gewerbe gemeinschaftlich zuständig. Vor dem Erlasse solcher Bestimmungen sind in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich zu hören.

Das Gleiche gilt von den Bestimmungen, welche nach § 30 Abs. 4 des Handelsgesetzbuchs erlassen werden können.

Artikel 2.

Ist auf Grund des bisherigen Landesrechts eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, die nach dem Handelsgesetzbuch unzulässig ist, so kann das Registergericht sie von Amtswegen löschen, soweit nicht das bisherige Recht maßgebend bleibt.

Das Gericht hat den Betheiligten, wenn sein Aufenthalt bekannt ist, von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs zu bestimmen.

Auf das weitere Verfahren finden die Vorschriften des § 141 Abs. 3, 4 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 Anwendung.

Die Löschung erfolgt gebührenfrei. Wird jedoch der Widerspruch eines Betheiligten zurückgewiesen, so hat er für die Zurückweisung die für die Löschung bestimmte Gebühr zu entrichten.

Eintragungen, die den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehenden Ehe betreffen, bleiben unberührt.

Artikel 3.

Die Gerichte, die Beamten der Staatsanwaltschaft, die Polizei- und Gemeindebehörden sowie die Notare haben von den zu ihrer amtlichen Kenntniß gelangenden Fällen einer unrichtigen, unvollständigen oder unterlassenen Anmeldung zum Handelsregister oder Genossenschaftsregister dem Registergerichte Mittheilung zu machen.

Die Steuerbehörden sind verpflichtet, dem Registergericht über die Anmeldung und die Abmeldung steuerpflichtiger Gewerbe, über das Ergebniß der Veranlagung zur Gewerbesteuer sowie über später eingetretene Veränderungen Auskunft zu ertheilen.

Artikel 4.

Eine Aktiengesellschaft sowie eine Kommanditgesellschaft auf Aktien kann aufgelöst werden, wenn sie sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird.

Ueber die Auflösung entscheidet im Verwaltungsstreitverfahren der Bezirksausschuß in erster Instanz. Für die Erhebung der Klage ist der Regierungspräsident zuständig.

Von der Auflösung hat der Regierungspräsident dem Registergericht Mittheilung zu machen.

Artikel 5.

Versicherungsverträge und Verlagsverträge bedürfen, wenn sie Handelsgeschäfte sind, zu ihrer Giltigkeit nicht der schriftlichen Form.

Artikel 6.

Zur Bekanntmachung des Verlustes eines Inhaberpapiers nach § 367 des Handelsgesetzbuchs sind die Polizeibehörden auf Antrag des Eigenthümers verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß das Papier dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Die Kosten der Bekanntmachung hat der Antragsteller zu tragen und auf Erfordern vorzuschießen.

Artikel 7.

Königlicher Verordnung bleibt vorbehalten:

1. die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, welche sich auf den Aufenthalt des Schiffes im Heimatshafen beziehen, auf alle oder einige Häfen des Reviers des Heimatshafens auszudehnen (Handelsgesetzbuch § 480 Abs. 2);
2. zu bestimmen, daß auf kleineren Fahrzeugen (Küstenfahrern und dergleichen) die Führung eines Tagebuchs nicht erforderlich ist (Handelsgesetzbuch § 521);
3. zu bestimmen, daß die Vorschrift des § 566 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs, soweit sie die Beladung des Verdecks betrifft, auf die Küstenschifffahrt keine Anwendung findet.

Bis zur anderweitigen Regelung durch eine solche Verordnung bleiben

1. die §§ 32, 33, 34 des Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche für das vormalige Königreich Hannover vom 5. Oktober 1864 (Hannoversche Gesetz-Samml. Abth. I S. 213),
2. die §§ 67, 68 der Verordnung, betreffend die Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in die Herzogthümer Holstein und Schleswig, vom 5. Juli 1867 (Gesetz-Samml. S. 1133),
3. der § 2 des Gesetzes, betreffend die Einführungsbestimmung zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch für das Jadegebiet, vom 9. März 1870 (Gesetz-Samml. S. 248)

für ihr Geltungsgebiet mit der Maßgabe in Kraft, daß an die Stelle der darin in Bezug genommenen Vorschriften des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs die entsprechenden Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs treten.

Artikel 8.

Die nachstehenden Gesetze und Verordnungen sowie die zu ihrer Ergänzung, Ausführung oder Abänderung erlassenen landesrechtlichen Vorschriften werden, soweit sie noch in Geltung sind und nicht schon in Folge Reichsgesetzes außer Kraft treten, unbeschadet der Vorschrift des Artikels 7 Abs. 2 dieses Gesetzes und der Uebergangsvorschriften anderer Gesetze, aufgehoben:

1. das Preußische Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 (Gesetz-Samml. S. 449);
2. das Einführungsgesetz für das Herzogthum Nassau vom 2. Oktober 1861 (Verordnungs-Blatt S. 121);
3. das Einführungsgesetz für das Königreich Bayern vom 10. November 1861 (Gesetzblatt S. 425);
4. das Einführungsgesetz für das Großherzogthum Hessen vom 1. August 1862 (Regierungs-Blatt S. 627);
5. das Einführungsgesetz für die freie Stadt Frankfurt vom 17. Oktober 1862 (Gesetz- und Statuten-Samml. Bd. 15 S. 113);
6. das Einführungsgesetz für das Landgrafthum Hessen vom 25. August 1763 (Regierungs-Blatt Nr. 7);

7. das Einführungsgesetz für das Königreich Hannover vom 5. Oktober 1864 (Gesetz-Samml. Abth. I S. 213);
8. das Einführungsgesetz für das Kurfürstenthum Hessen vom 3. Mai 1865 (Gesetz-Samml. Bd. 17 S. 55);
9. die Verordnung, betreffend die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften des Preußischen Rechts in das vormalige Königreich Hannover, vom 24. Juni 1867 (Gesetz-Samml. S. 1165);
10. die Verordnung, betreffend die Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in die Herzogthümer Holstein und Schleswig, vom 5. Juli 1867 (Gesetz-Samml. S. 1133);
11. die Verordnung, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien in den durch die Gesetze vom 20. September und 24. Dezember 1866 mit der Preußischen Monarchie vereinigten Landestheilen, vom 24. August 1867 (Gesetz-Samml. S. 1645);
12. das Einführungsgesetz für das Herzogthum Lauenburg vom 21. Oktober 1868 (Offiz. Wochenblatt S. 473);
13. das Gesetz, betreffend die Einführungsbestimmungen zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch für das Jadegebiet und die Einführung verschiedener seerechtlicher Vorschriften in dasselbe, vom 9. März 1870 (Gesetz-Samml. S. 248);
14. der § 1 Nr. IV der Verordnung, betreffend die Einführung Preußischer Handelsgesetze in Helgoland, vom 22. März 1891 (Gesetz-Samml. S. 39).

Unberührt bleiben jedoch diejenigen Vorschriften der vorbezeichneten Gesetze und Verordnungen, welche die vor ihrem Erlaß entstandenen Rechtsverhältnisse betreffen.

Artikel 9.

Dieses Gesetz tritt gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft.

Verfügung des Preußischen Justizministers über die Führung des Handelsregisters.

Vom 7. November 1899. (J.M.Bl. 313).

I. Allgemeines.

§ 1. Die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sowie die zur Aufbewahrung bei dem Gerichte bestimmten Zeichnungen sind, wenn sie persönlich bei Gericht bewirkt werden, in der Regel von dem Gerichtsschreiber des Registergerichts zu Protokoll zu nehmen. Der Richter hat sich der Aufnahme zu unterziehen, wenn bei dem Gerichtsschreiber die zur Beurtheilung der Verhältnisse erforderliche Rechtskenntniß nicht zu erwarten ist.

§ 2. Die Verfügung auf die Anmeldungen zur Eintragung und auf alle das Register betreffende Gesuche und Anträge liegt dem Richter ob. Er hat insbesondere die Eintragungen in das Register und die erforderlichen Bekanntmachungen zu verfügen sowie die im § 9 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs und im § 33 der Grundbuchordnung erwähnten Bescheinigungen und Zeugnisse auszustellen. Die Ausfertigung der Bescheinigungen und Zeugnisse erfolgt nach Artikel 18 des Preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Die Eintragung ist von dem Richter auch dann anzuordnen, wenn sie von dem Beschwerdegericht oder gemäß § 143 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfügt ist.

§ 3. Der Richter hat dafür Sorge zu tragen, daß die gesetzlich vorgeschriebenen Eintragungen in das Register erfolgen. Zu diesem Zwecke und zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen hat er in zweifelhaften Fällen, soweit der Bezirk des Registergerichts zu dem Bezirk einer Handelskammer oder einer der im § 44 des Gesetzes über die Handelskammern vom $\frac{\text{24. Februar 1870}}{\text{19. August 1897}}$ (Gesetz-Samml. 1897 S. 355) bezeichneten kaufmännischen Korporationen gehört und die erforderliche Auskunft nicht auf andere Weise einfacher und schneller beschafft werden kann, in der Regel das Gutachten der genannten Organe des Handelstandes einzuholen.

§ 4. Wird eine Eintragung abgelehnt, so sind die Gründe der Ablehnung mitzutheilen.

§ 5. Die Eintragungsverfügung hat den Wortlaut der Eintragung festzustellen; der Wortlaut der öffentlichen Bekanntmachung ist insoweit anzugeben, als ihr Inhalt von dem der Eintragung verschieden ist.

§ 6. Der Gerichtsschreiber hat die Eintragung in das Register zu bewirken und die verfügten Bekanntmachungen herbeizuführen.

§ 7. Die Beglaubigung von Abschriften der Eintragungen und der zum Register eingereichten Schriftstücke liegt dem Gerichtsschreiber ob.

Wird eine auszugsweise Abschrift ertheilt, so sind bei der Beglaubigung die Vorschriften des Artikel 47, des Artikel 57 Abs. 3 und des Artikel 59 des Preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit zu beobachten.

§ 8. Der Gerichtsschreiber hat das Register sowie die zum Register eingereichten Schriftstücke während der gewöhnlichen Dienststunden einem Jeden auf Ersuchen zur Einsicht vorzulegen, ohne das es einer richterlichen Anordnung bedarf.

§ 9. Für jede Firma werden nach den Vorschriften der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte besondere Akten gehalten.

Werden Urkunden, die zu dem Register einzureichen waren, zurückgegeben, so ist eine beglaubigte Abschrift zurückzubehalten. In der Abschrift können diejenigen Theile der Urkunde, welche für die Führung des Handelsregisters ohne Bedeutung sind, weggelassen werden; der Richter bestimmt den Umfang der Abschrift.

Ist die Urkunde in anderen der Vernichtung nicht unterliegenden Akten des Amtsgerichts enthalten, so genügt eine Verweisung auf die anderen Akten.

§ 10. Von dem Registergerichte sind bis zum 6. Dezember jeden Jahres das Blatt oder die Blätter zu bezeichnen, in denen außer im Reichsanzeiger während des nächsten Jahres die Bekanntmachung der Eintragungen in das Register erfolgen soll.

Der Gerichtsschreiber des Registergerichts hat von der erfolgten Bezeichnung bis zum 8. Dezember der Gerichtsschreiberei des Oberlandesgerichts unter Benutzung eines der Anlage 1 entsprechenden Formulars eine Anzeige zu erstatten. Dabei sind die einzelnen für die Bekanntmachungen bestimmten Blätter, außer bei der erstmaligen Erstattung der Anzeige, nur insoweit anzugeben, als in der Auswahl der Blätter gegenüber dem Vorjahr eine Aenderung eintritt. Soweit dies nicht der Fall ist, hat der Gerichtsschreiber einen entsprechenden Vermerk in das Formular aufzunehmen.

Der Gerichtsschreiber des Oberlandesgerichts hat die eingegangenen Anzeigen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen, die Beseitigung etwaiger Fehler und Lücken schleunigst herbeizuführen und die Anzeigen, in denen gemäß dem Abs. 2 einzelne für die Bekanntmachungen bestimmte Blätter angegeben sind, — im Jahre 1900 also die sämmtlichen Anzeigen — bis zum 16. Dezember dem Reichs-Justizamte zu übermitteln. Damit hat er vom Dezember 1901 an die Anzeige zu verbinden, daß bezüglich der übrigen Registergerichte des Oberlandesgerichtsbezirkes eine Aenderung in der Wahl der Blätter nicht eingetreten ist.

§ 11. Die Veröffentlichung einer Eintragung ist zu veranlassen, sobald die Eintragung erfolgt ist und ohne daß eine andere Eintragung abgewartet werden darf.

§ 12. Auf eine leicht verständliche und knappe Fassung der öffentlichen Bekanntmachungen ist Bedacht zu nehmen.

Erfolgen mehrere Bekanntmachungen desselben Gerichts gleichzeitig, so sind sie thunlichst zusammenzufassen.

Der Bezeichnung des Gerichts ist eine Namensunterschrift nicht beizufügen. Ueberflüssige Absätze sind zu vermeiden. Die Spaltenüberschriften des Registers, die Unterschrift des Gerichtsschreibers, die Verfügung, durch welche die Eintragung angeordnet ist, die Geschäftsnummer sowie etwaige bei der Eintragung erfolgte Verweisungen auf andere Stellen des Registers oder auf Aktenstellen sind nicht zu veröffentlichen.

Die Bekanntmachung ist in jedem Blatte (§ 10) nur einmal zu bewirken; ihr Wortlaut ist vor der Absendung an die Blätter dem Richter zur Genehmigung vorzulegen.

§ 13. Die Bekanntmachung der Eintragung an den Antragsteller hat, soweit thunlich, unter Benutzung von Formularen zu erfolgen; die Ausfüllung der Formulare ist in der Regel von dem Gerichtsschreiber zu bewirken (Allg. Verfügung vom 5. April 1895 Nr. I — Just.-Minist.-Bl. S. 125).

Soweit nach den bestehenden Vorschriften die Zusendung durch die Post zu bewirken ist, sind zu den Bekanntmachungen regelmäßig Postkarten, auf deren Rückseite sich das Formular befindet, zu verwenden.

Der Gerichtsschreiber hat die Bekanntmachungen zu unterschreiben und in den Akten bei der gerichtlichen Verfügung zu vermerken, wem die Bekanntmachung zur Beförderung übergeben und wann die Uebergabe erfolgt ist.

§ 14. Gehört der Bezirk des Registergerichts zu dem Bezirk einer Handelskammer oder einer der im § 44 des Gesetzes über die Handelskammern vom $\frac{24. \text{ Februar } 1870}{19. \text{ August } 1897}$ (Gesetz-Samml. 1897 S. 355) bezeichneten kaufmännischen Korporationen, so ist diesen

1. von der Eintragung einer neuen Firma in das Register unter Bezeichnung des Ortes der Niederlassung oder des Sitzes der Gesellschaft und bei Einzelkaufleuten, offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien unter Bezeichnung der Inhaber oder der persönlich haftenden Gesellschafter,
2. von der Aenderung einer eingetragenen Firma, der Inhaber oder der persönlich haftenden Gesellschafter sowie des Ortes der Niederlassung oder des Sitzes der Gesellschaft,
3. von dem Erlöschen einer Firma

durch den Gerichtsschreiber Mittheilung zu machen.

Die Mittheilung erfolgt nach dem Schlusse jedes Kalendervierteljahrs mittelst Uebersendung von Listen nach den anliegenden Formularen. Gegebenen Falls ist eine Fehlanzeige zu übersenden.

Im unmittelbaren Anschluß an die Eintragung in das Register ist von dem Gerichtsschreiber ein Vermerk in den Listen zu machen.

Gehört der Bezirk des Registergerichts nur theilweise zu dem Bezirk einer Handelskammer oder einer der im Abs. 1 bezeichneten Korporationen, so ist der Umfang der Mittheilungen entsprechend zu beschränken.

§ 15. Gehört ein Ort oder eine Gemeinde (§ 30 des Handelsgesetzbuchs) zu den Bezirken verschiedener Registergerichte, so hat jedes Registergericht die an dem Orte oder in der Gemeinde bestehenden, in das Register eingetragenen Firmen, soweit es noch nicht geschehen ist, den anderen betheiligten Registergerichten mitzutheilen und diese von jeder entsprechenden neuen Eintragung sowie von jeder Aenderung und Löschung der Firmen unverzüglich zu benachrichtigen. Dies gilt auch dann, wenn der betreffende Ort zu mehreren Bundesstaaten gehört.

§ 16. Das Handelsregister besteht aus zwei Abtheilungen.

In die Abtheilung A werden eingetragen die Firmen der Einzelkaufleute, die offenen Handelsgesellschaften und die Kommanditgesellschaften.

In die Abtheilung B werden eingetragen die Aktiengesellschaften, die Kommanditgesellschaften auf Aktien, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die in den §§ 33, 36 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten juristischen Personen.

§ 17. Für jede Abtheilung wird ein besonderes Register nach den anliegenden Formularen angelegt.

§ 18. Die Register werden in mehreren dauerhaft gebundenen Bänden geführt. Es ist dazu Papier der Verwendungsklasse 2a (vergl. die Allgemeine Verfügung vom 2. Januar 1892, betreffend das für den Amtsgebrauch anzuschaffende Papier — Just.-Min.-Bl. S. 9) von einer Bogengröße von 46×59*) cm zu verwenden.

Jeder Band einer Abtheilung erhält entsprechend der Reihenfolge der Anlegung eine römische Ziffer und ist mit laufenden Seitenzahlen zu versehen.

§ 19. Die Eintragungen sind deutlich und ohne Abkürzungen zu schreiben; in dem Register darf nichts radirt oder sonst unleserlich gemacht werden.

§ 20. Jede Firma ist unter einer in derselben Abtheilung fortlaufenden Nummer in das Register einzutragen.

Für die eine Firma betreffenden Eintragungen sind zwei gegenüberstehende Seiten des Registers zu verwenden. Für spätere Eintragungen sind geeigneten Falls, insbesondere bei den in Abtheilung B des Registers eingetragenen Gesellschaften und juristischen Personen, die erforderlichen Seiten freizulassen.

---

*) Statt der ursprünglich genannten 56 cm sind durch Verfügung des Justizministers v. 18. Dezb. 1899 (J.M.Bl. 804) 59 cm für das Handels-, Genossenschafts- und Schiffsregister vorgeschrieben.

Wird die Firma geändert, ohne daß die übrigen Eintragungen eine wesentliche Aenderung erfahren, so ist dies in der Spalte, wo die bisherige Firma eingetragen war, zu vermerken. Anderenfalls ist die neue Firma unter einer neuen Nummer an einer anderen Stelle des Registers einzutragen; dabei ist an dieser auf die bisherige Stelle und an der letzteren auf die neue Stelle zu verweisen.

§ 21. Jede Eintragung ist mit einer laufenden Nummer zu versehen und mittelst eines alle Spalten des Formulars durchschneidenden Querstrichs von der folgenden Eintragung zu trennen.

Erfolgen mehrere Eintragungen gleichzeitig, so erhalten sie nur eine laufende Nummer.

§ 22. Jeder Eintragung ist außer der Angabe des Tages der Eintragung und außer der Unterschrift des Gerichtsschreibers eine Verweisung auf die Stelle der Registerakten beizufügen, wo sich die zu Grunde liegende gerichtliche Verfügung befindet.

Die Eintragung ist unter Bezeichnung des Tages, an dem sie erfolgt ist, von dem Gerichtsschreiber in den Registerakten bei der gerichtlichen Verfügung zu vermerken.

§ 23. Aenderungen des Inhalts einer Eintragung sowie Löschungen sind unter einer neuen laufenden Nummer in diejenige Spalte des Registers einzutragen, in welcher sich die zu ändernde oder zu löschende Eintragung befindet. Eine Eintragung, die durch eine spätere Eintragung ihre Bedeutung verloren hat, ist nach Maßgabe der Anordnung des Richters roth zu unterstreichen.

In die Abschriften aus dem Register sind die roth unterstrichenen Eintragungen nur aufzunehmen, soweit dies beantragt oder nach den Umständen angemessen ist.

§ 24. Schreibfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, die in einer Eintragung vorkommen, sind neben dieser Eintragung in der Spalte „Bemerkungen" nach Maßgabe der Anordnung des Richters zu berichtigen. Die Berichtigung ist den Betheiligten bekannt zu machen. Die öffentliche Bekanntmachung kann unterbleiben, wenn die Berichtigung einen offenbar unwesentlichen Punkt der Eintragung betrifft.

§ 25. Erfolgt eine Eintragung auf Grund einer rechtskräftigen oder vollstreckbaren Entscheidung des Prozeßgerichts, so ist dies bei der Eintragung im Register zu vermerken. Wird die Entscheidung, auf Grund deren die Eintragung erfolgt ist, aufgehoben, so ist die Aufhebung in dieselbe Spalte des Registers einzutragen.

§ 26. Soll eine Eintragung von Amtswegen gelöscht werden, weil sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so erfolgt die Löschung durch Eintragung des Vermerks „Von Amtswegen gelöscht".

§ 27. Wird die Hauptniederlassung eines Einzelkaufmanns oder der Sitz einer Handelsgesellschaft oder juristischen Person aus dem Bezirke des Registergerichts verlegt und besteht im Bezirke dieses Gerichts auch keine Zweigniederlassung, so sind bei der Eintragung der Verlegung in die Spalte 2 des Registers alle die Firma betreffenden Eintragungen roth zu unterstreichen.

§ 28. Sind bei den eine Firma betreffenden Eintragungen so zahlreiche Aenderungen eingetreten, daß durch die Eintragung der Aenderungen die Uebersichtlichkeit des Registers erheblich beeinträchtigt wird, so sind die noch gültigen Eintragungen unter einer neuen Nummer an eine andere Stelle des Registers zu übertragen; dabei ist an dieser auf die bisherige Nummer und Stelle und an der letzteren auf die neue Stelle zu verweisen.

Die Uebertragung ist den Betheiligten unter Mittheilung von dem Inhalte der neuen Eintragung bekannt zu machen.

Bestehen Zweifel über die Art oder den Umfang der Uebertragung, so sind die Betheiligten vorher zu hören.

II. Abtheilung A des Registers.

§ 29. 1. In Spalte 1 ist die laufende Nummer der die Firma betreffenden Eintragungen anzugeben.

2. In Spalte 2 sind die Firma, der Ort der Niederlassung, der Sitz der Gesellschaft und die darauf sich beziehenden Aenderungen einzutragen. Ebendort finden die Vermerke über Zweigniederlassungen, auch wenn diese sich im Bezirke des Registergerichts befinden oder eine andere

Firma als die Hauptniederlassung haben, sowie die Vermerke über das Vorhandensein einer Hauptniederlassung ihren Platz.

3. In Spalte 3 sind der Name, Vorname, Stand und Wohnort des Einzelkaufmanns oder der persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben.

4. Die Spalte 4 dient zur Aufnahme aller die Prokura betreffenden Eintragungen; Name, Vorname und Wohnort der Prokuristen sind anzugeben.

5. In Spalte 5 sind die der Eintragung unterliegenden Rechtsverhältnisse bei Einzelkaufleuten, z. B. die Eröffnung des Konkurses sowie das Erlöschen ihrer Firma einzutragen.

Ebendort ist bei dem Erwerbe eines Handelsgeschäfts durch einen Einzelkaufmann im Falle der Fortführung der bisherigen Firma eine von den Vorschriften des § 25 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs abweichende Vereinbarung einzutragen.

6. In Spalte 6 ist zunächst zu vermerken, ob die eingetragene Gesellschaft eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft ist.

Sodann sind hier die der Eintragung unterliegenden Rechtsverhältnisse bei den genannten Gesellschaften, z. B. der Zeitpunkt ihres Beginns, die Eröffnung des Konkurses, die Auflösung und Fortsetzung, das Erlöschen der Firma, der Eintritt und das Ausscheiden der Gesellschaftern sowie die in § 125 Abs. 4 des Handelgesetzbuchs erwähnten, die Vertretungsmacht der Gesellschafter betreffenden Verhältnisse und bei Kommanditgesellschaften der Name, Vorname, Stand und Wohnort der Kommanditisten und der Betrag der Einlage eines jeden von ihnen nebst den darauf sich beziehenden Aenderungen einzutragen. Die Auflösung von Gesellschaft ist in dieser Spalte auch dann zu vermerken, wenn gleichzeitig ein Einzelkaufmann als neuer Inhaber der Firma eingetragen wird.

In Spalte 6 ist ferner bei dem Erwerb eines Handelsgeschäfts durch eine offene Handelsgesellschaft oder durch eine Kommanditgesellschaft im Falle der Fortführung der bisherigen Firma eine von den Vorschriften des § 25 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs abweichende Vereinbarung und bei Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns im Falle der Fortführung der bisherigen Firma eine von den Vorschriften des § 28 Abs. 1 des Handelsetzgebuchs abweichende Vereinbarung einzutragen.

In dieselbe Spalte sind die Personen der Liquidatoren unter der Bezeichnung als solche und unter Angabe des Namens, Vornamens, Standes und Wohnorts, die Bestimmung, daß sie einzeln handeln können, sowie die hierauf oder auf ihre Personen sich beziehenden Aenderungen einzutragen.

7. Die Spalte 7 ist zur Aufnahme der Verweisung auf die Registerakten, zur Angabe des Tages der Eintragung und für die Unterschrift des Gerichtsschreibers bestimmt.

8. Die Spalte 8 dient auch zu etwaigen Verweisungen auf spätere Eintragungen. Den Vermerken in dieser Spalte ist, wenn in keiner anderen Spalte gleichzeitig eine Eintragung erfolgt, das Datum und die Unterschrift des Gerichtsschreibers beizufügen.

§ 30. Wird bei dem Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters oder eines Kommanditisten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder bei dem Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft die bisherige Firma nicht fortgeführt, so ist der Eintritt im Register bei der bisherigen Firma zu vermerken. Ebendort ist gegebenen Falls eine von den Vorschriften des § 28 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs abweichende Vereinbarung einzutragen.

Bei der neuen Firma ist der Eintritt in Spalte 6 des Registers zu vermerken.

An der bisherigen Stelle ist auf die neue Stelle und an dieser auf die bisherige Stelle in der Spalte „Bemerkungen" zu verweisen.

§ 31. Geht die Firma eines Einzelkaufmanns, einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf eine Handelsgesellschaft anderer Art oder auf eine juristische Person über, so ist die Firma in der Abtheilung A des Registers zu löschen und in die Abtheilung B des Registers einzutragen.

An der bisherigen Stelle ist auf die neue Stelle und an dieser auf die bisherige Stelle in der Spalte „Bemerkungen" zu verweisen.

III. Abtheilung B des Registers.

§ 32. 1. Die Spalten 1, 2 der Abtheilung B sind zu denselben Eintragungen wie die Spalten 1, 2 der Abtheilung A zu verwenden.

2. In Spalte 3 sind der Gegenstand des Unternehmens und die darauf sich beziehenden Aenderungen anzugeben.

3. In Spalte 4 ist bei Aktiengesellschaften und bei Kommanditgesellschaften auf Aktien die Höhe des Grundkapitals, bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Höhe des Stammkapitals anzugeben. Ebendort sind die Erhöhung oder die Herabsetzung des Grund- oder Stammkapitals und, soweit die Eintragung der darauf gerichteten Beschlüsse gesetzlich vorgeschrieben ist, auch diese einzutragen.

4. In Spalte 5 sind bei Aktiengesellschaften und juristischen Personen die Mitglieder des Vorstandes und deren Stellverreter, bei Kommanditgesellschaften auf Aktien die persönlich haftenden Gesellschafter, bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer und deren Stellvertreter mit Namen, Vornamen, Stand und Wohnort einzutragen. Ebendort und in gleicher Weise sind die Liquidatoren unter der Bezeichnung als solche einzutragen.

5. Die Spalte 6 dient zur Aufnahme aller die Prokura betreffenden Eintragungen; Name, Vorname und Wohnort der Prokuristen sind anzugeben.

6. In Spalte 7 sind einzutragen:

a) die Art der eingetragenen Gesellschaft oder juristischen Person;

b) der Tag der Feststellung oder des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags;

c) die besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung über die Zeitdauer der Gesellschaft oder des Unternehmens;

d) die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung, welche die Befugniß der Mitglieder des Vorstandes, der persönlich haftenden Gesellschafter, der Geschäftsführer oder der Liquidatoren zur Vertretung der Gesellschaft oder juristischen Person abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln;

e) die bei der Bestellung der Liquidatoren über ihre Vertretungsbefugniß getroffenen Bestimmungen, soweit diese von den gesetzlichen Vorschriften oder von den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung abweichen;

f) jede Aenderung in den Personen des Vorstandes, der persönlich haftenden Gesellschafter, der Geschäftsführer oder Liquidatoren sowie jede Aenderung oder Beendigung der Vertretungsbefugniß eine dieser Personen, bei Aktiengesellschaften außerdem die von dem Aufsichtsrath auf Grund des § 232 Abs. 2 Satz 2 des Handelsgesetzbuchs getroffenen Anordnungen;

g) jede Aenderung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung, soweit sie nicht die in den Spalten 2 bis 4 eingetragenen Angaben betrifft. Bei der Eintragung genügt, soweit nicht die Abänderung der einzutragenden Angaben betrifft, eine allgemeine Bezeichnung des Gegenstandes der Aenderung; dabei ist in der Spalte „Bemerkungen" auf die bei dem Gericht eingereichten Urkunden sowie auf die Stelle der Registerakten, wo die Urkunden sich befinden, zu verweisen.

7. In Spalte 8 sind einzutragen:

die Auflösung;

die Eröffnung, Einstellung und Aufhebung des Konkurses sowie die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses;

die Fortsetzung der Gesellschaft;

die Beschlüsse über den Ausschluß der Liquidation in den Fällen der §§ 304, 306 des Handelsgesetzbuchs;

die Nichtigkeit der Gesellschaft;

das Erlöschen der Firma.

8. Die Verwendung der Spalten 9 und 10 richtet sich nach den Vorschriften über die Benutzung der Spalten 7 und 8 der Abtheilung A.

§ 33. Urtheile, durch die ein in das Register eingetragener Beschluß der Generalversammlung rechtskräftig für nichtig erklärt ist, sowie die gemäß § 144 Abs. 2 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfügte Löschung eines Beschlusses sind mittelst eines Vermerkes, der den Beschluß als nichtig bezeichnet, in diejenigen Spalten des Registers einzutragen, in welche der Beschluß eingetragen war.

§ 34. Soll eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als nichtig gelöscht werden, so ist in der nach § 142 Abs. 2, § 144 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergehenden Benachrichtigung, sofern der Mangel bis zur Löschung geheilt werden kann, auf diese Möglichkeit ausdrücklich hinzuweisen.

Die Löschung erfolgt durch Eintragung eines Vermerkes, der die Gesellschaft als nichtig bezeichnet. Das Gleiche gilt, wenn die Gesellschaft durch rechtskräftiges Urtheil für nichtig erklärt ist.

§ 35. Bei dem Uebergang einer in Abtheilung B eingetragenen Firma auf einen Einzelkaufmann, eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person ist die Firma an der bisherigen Stelle im Register zu löschen und unter einer anderen Nummer an einer neuen Stelle — und zwar im Falle des Ueberganges auf einen Einzelkaufmann, eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft in Abtheilung A — einzutragen; dabei ist an jeder der beiden Stellen in der Spalte „Bemerkungen" auf die andere Stelle zu verweisen.

IV. Uebergangs- und Schlußbestimmungen.

§ 36. Für die Firmen, welche vor dem 1. Januar 1900 eingetragen sind, werden die bisherigen Register bis auf Weiteres fortgeführt. Neue Eintragungen bei diesen Firmen erhalten, wenn sie in den bisherigen Registern erfolgen, an der nach den bisherigen Vorschriften dafür bestimmten Stelle ihren Platz.

Im Falle der Löschung einer in die bisherigen Register eingetragenen Firma ist von den Registergerichten, bei denen bisher ein besonderes Prokurenregister geführt wurde, in diesem zugleich das Erlöschen der für die erloschene Firma eingetragenen Prokuren zu vermerken.

§ 37. Auf eine allmähliche Uebertragung der vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Firmen in die neuen Register ist thunlichst Bedacht zu nehmen. In diese sind die bisherigen Eintragungen nur insoweit aufzunehmen, als es zur Darstellung des bei der Vornahme der Uebertragung vorhandenen Rechtszustandes erforderlich ist. Ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts eine Prokura ertheilt, so ist diese, auch wenn sie in eine besondere Abtheilung des bisherigen Registers eingetragen war, bei Uebertragung der Firma in die neuen Register mitzuübertragen.

In dem bisherigen Register ist auf die Stelle des neuen Registers, wohin die Uebertragung erfolgt ist, und an dieser Stelle in der Spalte „Bemerkungen" auf die Nummer und Stelle der bisherigen Eintragung zu verweisen. Diese ist in allen Spalten roth zu unterstreichen.

§ 38. Die Uebertragung ist mit der Angabe, in welcher Art und in welchem Umfange sie bewirkt werden soll, von dem Richter zu verfügen und von dem Gerichtsschreiber zu bewirken. Dieser hat den Uebertragungsvermerk in der Spalte „Bemerkungen" unter Angabe des Tages der Uebertragung zu unterschreiben.

§ 39. Die Uebertragung in die neuen Register muß erfolgen, wo nach den bisherigen Vorschriften eine Uebertragung an eine andere Stelle des Registers zu bewirken war. Sie ist in der Regel auch dann zu veranlassen, wenn bei einer vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Firma eine neue Eintragung erfolgen soll.

§ 40. Eine öffentliche Bekanntmachung der Uebertragung findet nicht statt. Ist gleichzeitig eine neue Eintragung bewirkt, so bewendet es hinsichtlich ihrer bei den allgemeinen Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung.

Die Uebertragung ist den Betheiligten unter Mittheilung von dem Inhalte der neuen Eintragung bekannt zu machen.

Bestehen Zweifel über die Art oder den Umfang der Uebertragung, so sind die Betheiligten vorher zu hören.

§ 41. Wird im Geltungsbereiche des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche für das vormalige Königreich Hannover vom 5. Oktober 1864 eine vor dem 1. Januar 1900 eingetragene Firma, bei der eine Abweichung von dem ehelichen Güterrecht im Register vermerkt war, in das neue Register übertragen oder eine derartige Firma als solche eines Minderkaufmanns im bisherigen Register gelöscht, so ist in diesem bei der Uebertragung oder Löschung anzugeben, daß dadurch der Vermerk über die Abweichung von dem ehelichen Güterrechte nicht betroffen ist. Dieser Vermerk ist nicht roth zu unterstreichen.

§ 42. Eintragungen, die den Güterstand einer vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehe betreffen, sind nach Anhörung der Betheiligten von Amtswegen zu löschen, wenn das Registergericht von der Auflösung der Ehe zuverlässige Kenntniß erhält.

§ 43. Nach dem 1. Januar 1900 ist unverzüglich auf die Anmeldung derjenigen Firmen hinzuwirken, die abweichend von dem bisherigen Rechte künftig in das Register einzutragen sind.

Ebenso ist die alsbaldige Löschung derjenigen Eintragungen herbeizuführen, die auf Grund des bisherigen Landesrechts bewirkt, in Zukunft aber unzulässig sind.

Endlich ist alsbald zu veranlassen, daß die bestehenden Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, deren Firma aus Personennamen zusammengesetzt ist und nicht erkennen läßt, daß eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Inhaberin ist, eine dem § 20 des Handelsgesetzbuchs entsprechende Bezeichnung in die Firma aufnehmen.

§ 44. Dem Registergerichte der Hauptniederlassung ist die Eintragung einer Zweigniederlassung, auch wenn sie vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, behufs Eintragung eines entsprechenden Vermerkes mitzutheilen. Die Mittheilung unterbleibt, wenn die Errichtung der Zweigniederlassung bereits in dem Register der Hauptniederlassung vermerkt und dies dem Registergerichte der Zweigniederlassung bekannt ist.

§ 45. Diese Verfügung tritt am 1. Januar 1900 in Kraft.

Anlage 1.

Amtsgericht[1])	Blätter, die neben dem Reichsanzeiger bestimmt sind, für die Bekanntmachungen.		
	aus dem Handelsregister	aus dem Genossenschaftsregister	
		bei kleineren Genossenschaften.[2])	bei anderen Genossenschaften.

[1]) Der Bezeichnung des Amtsgerichts ist in Klammer diejenige des Oberlandesgerichts beizufügen, zu dessen Bezirke das Amtsgericht gehört.

[2]) Bei kleineren Genossenschaften finden die Bekanntmachungen nur in einem einzigen Blatte neben dem Reichsanzeiger statt (Genossenschaftsgesetz § 156).

Anlage 2.

Benachrichtigung der Organe des Handelstandes von neu eingetragenen Firmen.

In das Handelsregister des Amtsgerichts in ..... sind aus dem Bezirke der ..... in ..... während des ..... Kalendervierteljahrs 19..... folgende Firmen neu eingetragen worden:

Laufende Nummer.	Firma	Ort der Niederlassung; Sitz der Gesellschaft.	Bezeichnung des Einzelkaufmanns oder der persönlich haftenden Gesellschafter.	Bemerkungen.

Anlage 3.

Benachrichtigung der Organe des Handelsstandes von Aenderungen der Eintragungen.

Bei den in das Handelsregister des Amtsgerichts in ..... aus dem Bezirke der ..... in ..... eingetragenen Firmen sind während des ..... Kalendervierteljahres 19..... folgende Aenderungen der Firma, der Inhaber, der persönlich haftenden Gesellschafter, des Ortes der Niederlassung oder des Sitzes der Gesellschaft eingetragen worden:

Laufende Nummer.	Firma.	Aenderungen			Bemerkungen.
		der Firma.	der Inhaber oder der persönlich haftenden Gesellschafter.	des Ortes der Niederlassung oder des Sitzes der Gesellschaft.	

Anlage 4.

Benachrichtigung der Organe des Handelsstandes von dem Erlöschen von Firmen.

Von den in das Handelsregister des Amtsgerichts in ..... aus dem Bezirke der ..... in ..... eingetragenen Firmen sind während des ..... Kalendervierteljahrs 19..... die folgenden gelöscht worden:

Laufende Nummer.	Firma.	Bemerkungen.

Anlage 5.

Handelsregister

des

Königlichen Amtsgerichts in Stettin.

Abtheilung A.

Band I.

1. Nummer der Eintragung.	2. Firma; Ort der Niederlassung; Sitz der Gesellschaft.	3. Bezeichnung des Einzelkaufmanns oder der persönlich haftenden Gesellschafter.	4. Prokura.	5. Rechtsverhältnisse bei Einzelkaufleuten.
1.	Johann Müller, Stettin.	Johann Christian Müller, Kaufmann, Stettin.		
2.	In Heringsdorf ist eine Zweigniederlassung errichtet.			
3.	Die Firma ist in: Johann Christian Müller geändert.			
4.		Anton Bolte, Kaufmann, Stettin.		Der Uebergang der in dem Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen ist bei dem Erwerbe des Geschäfts durch Anton Bolte ausgeschlossen.
5.		Georg Danz, Kaufmann, Stettin.		
6.		Hermann Franke, Kaufmann, Stettin.	Dem Engelbert Kleine und dem Ferdinand Lampe, beiden in Stettin, ist Gesammtprokura ertheilt. Ein Jeder von ihnen ist auch in Gemeinschaft mit einem der Gesellschafter Danz und Franke zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt.	
7.			Die Prokura des Engelbert Kleine und des Ferdinand Lampe ist erloschen.	

Fortsetzung der Eintragungen s. S.

Nummer der Firma 1.

6. Rechtsverhältnisse bei Handelsgesellschaften.	7. Geschäftnummer; Tag der Eintragung; Unterschrift.	8. Bemerkungen.
	2 H R A 1. 1. 2. Januar 1900. N. N.	
	2 H R A 1. 3. 3. April 1900. N. N.	
	2 H R A 1. 6. 10. Juli 1900. N. N.	
	2 H R A 1. 10. 31. Januar 1901. N. N.	
Offene Handelsgesellschaft. Georg Danz ist in das Geschäft als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten. Die Gesellschaft hat am 6. März 1901 begonnen.	2 H R A 1. 11. 7. März 1901. N. N.	
Hermann Franke ist in die Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten. Er und der Gesellschafter Georg Danz sind nur in Gemeinschaft oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt.	2 H R A 1. 15. 2. April 1902. N. N.	
Kommanditgesellschaft. Die Kaufleute Anton Gabriel in Berlin und Adolf Otto in Stettin sind in die Gesellschaft als Kommanditisten mit einer Einlage von je 50000 Mark eingetreten. Georg Danz und Hermann Franke sind unbeschränkt zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt.	2 H R A 1. 20. 3. Juli 1904. N. N.	

Anlage 6.

Handelsregister.

des

Königlichen Amtsgericht in Hannover.

Abtheilung B.

Band I.

1.	2.	3.	4.	5.	6.
Nummer der Eintragung.	Firma und Sitz.	Gegenstand des Unternehmens.	Grund- oder Stamm-Kapital.	Vorstand; persönlich haftende Gesellschafter; Geschäftsführer; Liquidatoren.	Prokura.
1.	Gas- und Elektrizitätswerke Hannover, Aktiengesellschaft. Hannover.	Die Erbauung und der Betrieb von Gas- und Elektrizitätsanstalten innerhalb des Deutschen Reichs.	1000000 Mark.	Albert Merten, Kommerzienrath, Hannover. Ernst Kluge, Fabrikant, Linden. Johannes Wilke, Techniker, Hannover.	
2.					Dem Hermann Werner in Hannover ist Prokura ertheilt.
3.		Nach dem Beschlusse der Generalversammlung vom 28. Mai 1905 ist auch die Erbauung und der Betrieb von Gas- und Elektrizitätsanstalten außerhalb des Deutschen Reichs Gegenstand des Unternehmens.			
4.			Nach dem Beschlusse der Generalversammlung vom 3. Mai 1906 soll das Grundkapital um 300000 Mark erhöht werden.		
5.			Das Grundkapital ist um 300000 Mark erhöht und beträgt jetzt 1300000 Mark.	Wilhelm Krüger, Fabrikant, Hannover.	
6.				Die bisherigen Vorstandsmitglieder sind Liquidatoren.	Die Prokura des Hermann Werner ist erloschen.

Nummer der Firma 6.

7	8.	9.	10.
Gesellschaftsvertrag oder Satzung; Vertretungsbefugniß.	Auflösung; Konkurs; Fortsetzung; Nichtigkeit; Erlöschen der Firma.	Geschäftsnummer; Tag der Eintragung; Unterschrift.	Bemerkungen.
Aktiengesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag ist am 5. Jan. 1900 festgestellt. Jedem Mitgliede des Vorstandes steht nach dem Gesellschaftsvertrage die selbstständige Vertretung der Gesellschaft zu.		2 H R B 6. 1. 1. März 1900. N. N.	
		2 H R B 6. 4. 4. April 1902. N. N.	
Durch den Beschluß der Generalversammlung vom 28. Mai 1905 ist die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, geändert.		2 H R B 6. 10. 26. Juli 1905. N. N.	Das über die Generalversammlung vom 28. Mai 1905 aufgenommene Protokoll befindet sich Bl. 66 der Registerakten.
		2 H R B 6. 15. 20. Mai 1906. N. N.	
Ernst Kluge ist aus dem Vorstand ausgeschieden und an seiner Stelle Wilhelm Krüger zum Vorstandsmitglied bestellt.		2 H R B 6. 16. 6. Oktober 1906. N. N.	
Die Gesellschaft wird durch je zwei Liquidatoren vertreten.	Durch den Beschluß der Generalversammlung vom 12 Mai 1910 ist die Gesellschaft aufgelöst.	2 H R B 6. 26. 10. August 1910. N. N.	

Verzeichniß
der angezogenen Gesetzesstellen.

(Die kleinen Zahlen bezeichnen die Nummern der Anm.).

I. Einf.-Gesetz zum H.G.B.

Art.
1 Allg. Einl. Anm. 7 § 59 [1].
2 Allg. Einl. Anm. 8, 16; § 59 [14]; Exk.*) z. § 62 [2]; §§ 105 [24]; § 178 [9]; § 248 [7]; §§ 327 [8]; § 352 [12]; Exk. z. § 359 [1]; § 416 [5].
3 §§ [11]; § 248 [7]; § 327 [8].
4 Allg. Einl. Anm. 84 u. 100.
5 § 2 [4].
9 Exk. § 37 [7]; § 74 Einl. § 236 [12].
15 Allg. Einl. Anm. 15 § 424 [8].
16 § 363 [30]; § 416 Einl.; § 424 [8].
17 § 363 [30].
21 § 363 [30].
22 Allg. Einl. Anm. 8; § 30 [10]; § 37 [4]; § 178 [1]; § 201 [17].
23 Allg. Einl. Anm. 8; § 178 [12]; § 182 [25]; § 186 [21]; § 190 [5]; § 202 [26]; § 268 [10].
24 Allg. Einl. Anm. 8; § 178 [1]; § 180 [16]; § 182 [9].
25 Allg. Einl. Anm. 8; § 178 [1]; § 228 [4];
26 Allg. Einl. Anm. 8; § 178 [1].
27 Allg. Einl. Anm. 8; § 178 [1]; § 236 [15];
28 Allg. Einl. Anm. 8; § 178 [1]; § 283 [3].

II. Einf.-Gesetz zum B.G.B.

Art.
2 § 271 [2].
7 Allg. Einl. Anm. 100 u. 101; § 6 [3].
10 § 33 [1]; § 178 [9, 10].
11 § 350 [65]; Exk. § 372 [5].
12 Exk. § 372 [5].
30 Exk. z. § 372 [5].
32 § 352 [12].
36 Allg. Einl. Anm. 65, 100, 101.
39 §§ 352 [14].
47 §§ 352 [14].
75 §§ 350 [66].
76 §§ 1 [74]; § 350 [66].
88 §§ 6 [3].
92 Exk. z. § 372 [56].
95 §§ 59 [14].
163 §§ 33 [1]; § 178 [1].
169 §§ 26 [10]; § 159 [18]; § 160 [8]; § 206 [5]; § 217 [23]; § 236 [16].
170 § 373 [61].
171 § 59 [2, 22]; § 74 [16]; § 84 [26]; Exk. z. § 92 [35]; § 105 [32]; § 178 [8]; § 202 [26]; § 236 [16]; § 237 [15]; § 335 [39]; § 339 [29]; Exk. z. § 342 [80]; Exk. z. § 349 [34]; Exk. z. § 372 [57].
174, 175 § 228 [6].
200 Allg. Einl. Anm. 101.
213 § 139 [27].
218 Allg. Einl. Anm. 15, 101.

B.G.B.

§§
1 § 1 [3].
12 § 37 [12].
21 § 1 [3]; § 6 [2]; § 33 [3]; § 210 [1].
22 § 33 [1]; § 178 [9].
23 § 33 [1].
24 § 33 [9]; § 182 [10]; Exk. z. § 372 [12].
26 § 33 [12, 16]; § 231 [2].
28 § 33 [12]; § 125 [9]; § 231 [8]; § 232 [12].
29 § 34 [2]; § 231 [4, 17]; § 232 [40]; § 295 [7].
31 § 232 [35]; Exk. z. § 342 [13].
32 § 250 [7].
35 § 250 [8]; § 300 [1].
38 § 295 [7].
40 § 125 [9]; § 232 [12].
43 § 292 [10].
45 § 292 [10]; § 292 [13].
48 § 34 [2].
54 § 1 [3]; § 188 [3]; Exk. z. § 342 [84].
70 § 33 [12, 16].
80 § 1 [3]; § 33 [2].
90 § 1 [36]; § 22 [4]; § 213 [12]; § 366 [6].
91 Exk. z. § 122 [5].
92 § 22 [25].
94 § 1 [46].
97 § 22 [15]; § 213 [12].
99, 100 § 213 [6].
101 § 213 [13].
104 § 1 [11].
105 § 1 [11].
107 § 1 [11].
108 § 59 [25].
112 § 1 [11]; § 59 [25].
113 § 59 [25]; § 76 [13].
114 § 1 [11].
116 Exk. z. § 8 [13]; § 189 [24].
117, 118 Exk. z. § 376 [36].
119 § 54 [11]; § 70 [19, 20]; § 126 [15]; § 133 [23]; § 373 [30].
121 Exk. z. § 37 [8]; § 260 [12]; Exk. z. § 348 [6]; Exk. z. § 361 [44]; Exk. z. § 373 [38]; § 386 [6].
122 § 15 [6]; § 54 [22]; § 202 [21]; Exk. z. § 361 [42].
123 Exk. z. § 37 [8]; Exk. z. § 58 [26]; § 186 [20]; § 347 [138].
125 § 181 [1]; § 189 [1]; § 348 [3]; § 350 [33]; § 426 [14].
126 § 12 [2]; § 51 [2]; § 76 [13]; § 78 [2]; § 79 [2]; § 181 Einl.;

*) Exk. = Exkurs.

§ 189 [2]; § 344 [8]; § 350 [35, 39]; Exk. z. § 361 [10]; § 426 [14].
127 § 78 [2]; § 344 [8]; § 350 [39].
128 § 182 [6]; § 350 [46]; Exk. z. § 361 [10, 14].
129 § 12 [2].
130 § 66 [9]; § 132 [6]; § 139 [8, 10]; Exk. z. § 361 [3, 11].
132 § 53 [7]; § 66 [9].
133 § 74 [9]; 346 Einl.; Exk. z. § 382 [4]; § 383 [13].
134 § 61 [7]; § 81 [1]; § 205 [3]; § 209 [10]; Exk. z. § 224 [6]; § 317 [11]; § 318 [13]; § 348 [3]; § 369 [16]; Exk. z. § 376 [31].
135 § 366 [69]; § 369 [16].
136 § 369 [16].
138 § 1 [12]; § 59 [23]; § 70 [6]; Exk. z. § 92 [11]; § 117 [5]; § 126 [13]; § 127 [6]; § 132 [1]; § 348 [3, 18]; Exk. z. § 349 [33]; § 352 [14]; § 407 [25].
139 Exk. z. § 62 [2]; § 105 [28]; § 132 [1, 3]; § 133 [22]; § 226 [9]; § 348 [4]; § 350 [15, 25]; § 373 [36]; Exk. z. § 376 [15]; § 387 [4]; § 471 [4].
140 § 4 [13].
141 § 74 [4]; § 205 [3]; § 207 [5]; § 209 [10]; § 350 [60].
142 Exk. z. § 58 [52]; § 70 [19]; Exk. z. § 92 [18]; § 133 Einl.; § 348 [3]; § 426 [8].
143 § 25 [10].
145 § 139 [9]; Exk. z. § 361 [2].
146 § 139 [9]; Exk. z. § 361 [14].
147 § 139 [9]; Exk. z. § 361 [21].
148 § 139 [9].
149 Exk. z. § 361 [34].
150 Exk. z. § 361 [17]; Exk. z. § 382 [21].
151 Exk. z. § 361 [18]; § 362 [20].
152 Exk. z. § 361 [18].
153 § 354 [5].
154 § 109 [4]; § 350 [33]; § 355 [13]; Exk. z. § 361 [70]; § 373 [12].
155 § 109 [4]; § 350 [55]; Exk. z. § 361 [74].
157 Allg. Einl Anm. 18 bis 26, 29; Exk. z. § 5 [1]; § 22 [30]; § 59 [25]; § 344 [14]; § 346 Einl.; Exk. z. 348 [3]; § 354 [5]; § 355 [22]; § 358 [1]; § 377 [30]; Exk. z. § 382 [4]; § 383 [13]; § 426 [8].
158 § 151 [2]; § 353 [7]; Exk. z. § 382 [53].
159 Exk. z. § 382 [53].
160
161 § 366 [70].
162 Exk. z. § 92 [22]; § 409 [2].
163 § 353 [7].
164 § 51 [2]; Exk. z. § 53 [6]; Exk. z. § 58 [1, 8, 9, 37, 38]; § 126 [14, 15]; § 231 [28 ffg.]; § 344 [8].
165 § 48 [3]; Exk. z. § 58 [5, 26]; § 231 [10].
166 Exk. z. § 58 [5, 26]; Exk. z. § 85 [3]; § 232 [31]; § 366 [15].
167 § 48 [6, 8]; § 49 [2]; § 51 [2]; § 54 [20]; § 189 [2]; § 350 [15, 39].
168 § 52 [1, 3, 5, 7]; § 59 [22, 65, 70]; § 127 [8]; § 147 [2]; § 200 [6]; § 231 [18].
170 Exk. z. § 58 [77].
171 § 48 [7, 8]; § 52 [3]; § 54 [2, 22]; Exk. z. § 58 [70].
172 Exk. z. § 58 [77].
173 Exk. z. § 58 [77].
174 § 48 [7]; § 54 [12]; § 66 [11]; § 232 [10]; Exk. z. § 374 [69]; Exk. z. § 382 [20].
177 Exk. z. § 58 [39, 40, 41, 62]; § 85 [3]; Exk. z. § 342 [16].
178 Exk. z. § 58 [39, 40, 41, 62, 63]; § 85 [3].
179 § 48 [12]; Exk. z. § 58 [39, 40, 41, 52, 55, 62, 63]; Exk. z. 92 [34]; § 98 [2]; § 125 [6]; § 128 [20]; § 149 [35]; § 200 [6]; § 232 [4, 6, 38]; § 283 [1]; § 303 [7]; § 384 [38].
180 Exk. z. § 58 [39—41]; § 66 [11]; § 383 [14].
181 Exk. z. 58 [10—13]; § 111 [2]; § 126 [12]; Exk. z. § 129 [10]; § 151 [2]; § 232 [39]; § 247 [1]; § 383 [33].
182 Exk. z. § 58 [42, 45, 47]; § 189 [2]; § 200 [6]; § 212 [7]; § 222 [3]; § 236 [6]; § 350 [39, 60].
183 § 60 [9]; § 236 [6]; § 303 [8]; § 236 [6].
184 Exk. z. § 58 [46, 62]; § 60 [9]; § 200 [6]; § 236 [6].
185 Allg. Ein. Anm. 71; § 368 [19]
186 Exk. z. § 359 [19].
187 § 66 [6]; § 132 [7]; Exk. z. § 359 [16]; § 440 [8].
188 § 132 [7]; § 159 [9]; § 267 [13]; § 271 [6]; Exk. z. § 359 [23].
189 Exk. z. § 359 [26].
190 Exk. z. § 359 [27]; § 414 [4].
191 Exk. z. § 359 [31].
193 § 64 [2]; § 159 [9]; § 255 [3]; Exk. z. § 359 [32]; § 440 [8].
196 § 1 [1]; § 26 [2]; § 59 [23]; § 65 [8]; § 70 [15]; § 76 [11]; § 88 [14]; Exk. z. § 92 [31]; § 99 [6]; § 344 [7]; § 363 [28]; § 396 [10]; § 400 [27]; § 439 [2].
198 § 206 [1]; § 241 [18]; Exk. z. § 365 [6].
199 § 159 [8]; § 355 [16].
201 § 61 [9]; Exk. z. § 92 [30]; § 99 [6]; § 113 [9].
202 § 26 [8]; § 159 [13—15]; § 355 [16].
205 § 470 [5].
206 § 27 [21]; § 139 [8].
208 § 159 [12]; § 160 [3].
209 § 160 [2].
211 § 160 [2].
212 § 160 [2].
214 § 160 [2].
215 § 160 [2].
217 § 160 [1].
218 § 26 [3]; § 159 [16].
222 § 159 [10].
223 § 159 [10]; § 368 [28, 80].
224 § 61 [11]; § 348 [31].
225 § 159 [11]; § 377 [150]; § 414 [4].
226 § 122 [2].
232 § 289 [4]; § 301 [4].
233 § 368 [73]; § 369 [53].
234 § 289 [4].
236 § 289 [4].
241 Exk. z. § 349 [33].
242 Allg. Einl. Anm. 18, 20—26, 29; Exk. z. § 5 [1]; § 22 [30]; § 59 [25]; § 73 [3]; § 344 [14]; § 346 [18]; § 354 [5]; § 358 [1].
243 § 360 [1]; § 373 [44]; Exk. z. § 373 [15, 17].
244 Exk. z. § 58 [11]; § 361 [3]; Exk. z. § 372 [38].
245 § 361 [3].
246 § 347 [22]; § 352 [2]; § 355 [34].
247 § 352 [14].
248 § 347 [22]; § 353 [4].
249 § 37 [23]; Exk. z. § 58 [60]; § 59 [34]; § 70 [15]; § 202 [12]; § 203 [7]; § 209 [7]; Exk. z. § 349 [9, 22]; § 368 [45]; § 408 [19].
250 Exk. z. § 58 [60]; Exk. z. § 349 [22].
252 § 37 [23]; § 61 [2]; § 70 [15]; § 202 [12]; § 203 [7]; § 209 [6].
254 § 62 [11, 12]; § 70 [15]; § 111 [3]; § 133 [11]; § 202 [12]; § 203 [7]; § 209 [7, 11]; § 347 [12, 20]; § 349 [33]; Exk. z. § 374 [28, 48]; § 384 [9]; § 426 [15]; § 427 [5]; § 429 [16]; § 465 [8].
256 § 352 [6].
259 § 59 [31]; § 114 [7]; Exk. z. § 141 [26]; § 154 [7]; § 260 [19]; § 384 [17].
262 § 61 [1]; § 113 [1]; § 348 [12].
263 Exk. z. § 58 [58]; § 113 [1].
264 Exk. z. § 58 [58]; § 113 [1].
266 § 364 [18]; Exk. z. § 373 [11, 29]; Exk. z. § 374 [8]; Exk. z. § 374 [40, 110].
268 § 369 [32].
269 § 40 [4]; § 84 [23]; § 88 [13]; Exk. z. § 92 [33]; § 355 [28]; § 361 [6]; Exk. z. § 372;

§ 373 [46]; § 377 [61]; Exk. z. § 382 [33].
270 Exk. z. § 372; Exk. z. § 374 [20]; § 377 [61].
271 Exk. z. § 141 [9]; § 353 [7]; Exk. z. § 359; Exk. z. § 372 [33]; § 373 [45].
272 Exk. z. § 359 [10].
273 § 59 [32, 34]; § 221 [5]; Exk. z. § 373 [39].
275 Exk. z. § 122 [11]; Exk. z. § 349 [10].
276 § 62 [13]; Exk. z. § 58 [54]; Exk. z. 92 [28]; § 111 [3]; Exk. z. § 122 [14, 19]; § 192 [8]; § 212 [10]; § 347 [8, 11]; Exk. z. § 349 [31]; Exk. z. § 374 [20, 40]; Exk. z. § 382 [31]; § 408 [25]; § 426 [17].
277 § 15 [6]; § 59 [21]; § 111 [3]; Exk. z. § 122 [15]; § 347 [7].
278 § 62 [13, 14]; Exk. z. § 58 [26, 27, 28, 30]; § 76 [5]; § 84 [19]; Exk. z. § 92 [26, 28]; § 212 [10]; § 232 [31]; § 347 [4]; Exk. z. § 349 [10, 15, 31]; Exk. z. § 372 [10]; Exk. z. § 374 [10, 40]; § 377 [52, 92]; § 408 [4, 25]; § 426 [17].
279 Exk. z. § 374 [10, 41]; Exk. z. § 424 [13].
280 Exk. z. § 58 [60]; § 347 [11]; Exk. z. § 374 [109].
281 Exk. z. § 58 [60].
282 Exk. z. § 58 [60]; § 347 [13].
283 Exk. z. § 58 [60]; § 96.
284 § 64 [6]; § 337 [4]; § 347 [11]; § 348 [7]; Exk. z. § 359 [5]; Exk. z. § 374 [18, 43]; § 376 [10]; § 408 [3].
285 § 347 [11, 13]; § 348 [7, 10].
286 § 59 [21]; § 347 [11]; Exk. z. § 372 [19]; Exk. z. § 374; § 400 [24].
287 § 347 [9]; Exk. z. § 382 [50].
288 § 64 [6]; § 337 [4]; § 348 [13]; § 352 [8]; § 373 [40].
289 § 353 [4]; § 364 [7].
291 § 218 [7]; § 350 [6]; § 373 [40].
292 § 348 [13]; § 353 [4].
293 § 353 [10]; Exk. z. § 359 [5].
294 § 373 [43]; Exk. z. § 373 [11, 29].
295 § 70 [1, 7, 8]; § 373 [53]; Exk. z. § 373 [8]; § 375 [4, 15]; § 435 [5].
296 Exk. z. § 373 [9, 17]; § 375 [4].
297 Exk. z. § 373 [12, 17].
298 Exk. z. § 373 [5, 6]; § 347 [1].
299 Exk. z. § 373 [5, 6].
300 § 347 [6]; Exk. z. § 373 [17]; Exk. z. § 382 [45]; § 429 [9].
301 § 353 [10].
304 Exk. z. § 372 [19, 46]; § 373 [52]; Exk. z. § 373 [20]; § 374 [2]; § 435 [5].
305 § 349 [4].
306 § 348 [3]; § 420 [2].
311 § 22 [12]; § 25 [24]; § 99 [27]; § 182 [24]; § 186 [19]; § 303 [15]; § 304 [1]; § 350 [27]; § 373 [7].
312 § 350 [29]; Exk. v. § 373.
313 Exk. z. § 92 [22]; § 99 [27]; § 182 [24]; § 186 [19]; § 210 [17]; § 350 [18, 60]; § 373 [9].
314 § 213 [12].
315 § 119 [3]; Exk. z. § 141 [6]; § 346 [17]; § 373 [15].
316 § 373 [16, 18].
317 § 119 [3]; Exk. z. § 141 [6]; § 373 [14].
320 § 70 [12]; § 99 [27]; § 348 [14]; Exk. z. § 359 [6]; Exk. z. § 372 [7, 33]; § 373 [50]; Exk. z. § 374 [5, 32]; § 435 [7].
321 § 289 [4]; § 373 [29]; Exk. z. § 382 [65].
322 § 373 [51]; Exk. z. § 374 [5].
323 § 63 [8]; § 92 [7]; § 231 [22]; Exk. z. § 374 [41, 131]; § 428 [7].
324 § 89 [5]; § 231 [22]; Exk. z. § 372 [7]; Exk. z. § 373 [17]; Exk. z. § 374 [41]; Exk. z. § 382 [45].
325 § 55 [5]; § 231 [22]; Exk. z. § 374 [109, 131].
326 § 70 [21]; § 231 [18]; § 348 [2, 13]; § 374 [5]; Exk. z. § 374 [109]; § 377 [46, 86]; Exk. z. § 382 [74]; § 397 [10]; § 398; § 400 [24].
327 Exk. z. § 374 [32, 66]; § 376 [11].
328 § 303 [3]; § 305 [2].
329 § 25 [24].
335 § 303 [3]; § 305 [2].
336, 337, 338 Exk. z. § 348.
339 § 218 [6]; § 348 [2]; § 348 [6].
340 § 81 [11]; § 218 [7]; § 236 [12].
341 § 218 [6—8]; Exk. z. § 374 [18, 48].
342 § 348 [2, 17].
343 § 59 [30]; § 61 [11]; § 75 [5]; § 113 [10]; § 212 [11]; § 218 [6]; § 231 [15]; § 349 [23].
344 § 348 [3]; § 349 [23]; Exk. z. § 349.
345 § 79 Einl.; § 347 [13]; § 348 [9]; § 349 [23]; § 373 [50, 58].
346 § 70 [20]; § 377 [51].
347 § 350 [6]; Exk. z. § 374 [66]; § 377 [51].
349 Exk. z. § 374 [32].
350 § 377 [51].
351 § 349 [22]; § 377 [51].
352 § 377 [51] ffg.
353 § 377 [51].
354 § 377 [51].
355 Exk. z. § 374 [32]; § 376 [11].
358 § 373 [50, 58].
359 Exk. z. § 348 [6]; Exk. z. § 372 [55].
361 § 346 [17]; Exk. z. § 372 [55]; § 376 [1, 32]; Exk. z. § 382 [74].
362 § 348 [22].
363 § 378 [58]; § 377 [107]; Exk. z. § 382 [9, 22].
364 § 335 [27]; § 348 [22]; § 355 [2]; § 369 [35].
368 § 435 [8].
370 Exk. z. § 58 [16, 23]; § 125 [9].
371 § 448 [2].
372 § 25 [20]; § 290 [5]; § 300 [10]; § 353 [10]; Exk. z. § 372 [19, 44]; Exk. z. § 373 [21]; § 374 [4]; § 435 [5].
374 Exk. z. § 372 [46].
379 § 353 [10].
382 § 300 [10]; Exk. z. § 373 [39].
383 § 366 [48]; § 368 [13]; Exk. z. § 373 [26, 30]; § 435 [5].
387 Exk. z. § 129 [7, 10]; § 131 [13].
388 Exk. z. § 342 [45]; Exk. z. § 376 [52].
394 § 59 [34].
397 § 205 [4]; § 350 [14].
398 § 17 [2]; Exk. z. § 122 [26]; § 225 [5].
399 § 70 [2]; Exk. z. § 122 [21, 30]; § 222 [3].
400 § 59 [34].
401 § 22 [19]; § 25 [15]; § 348 [30]; § 349 [37].
402 § 61 [4]; § 222 [5].
403 § 22 [19].
407 § 392 [11].
412 § 349 [37].
413 § 222 [3, 5].
414 § 22 [23]; § 25 [9, 24]; § 26 [1]; § 128 [10].
415 § 22 [23]; § 25 [24].
417 § 25 [10].
419 § 17 [26]; § 25 [24]; § 26 [1]; § 303 [16]; § 304 [8]; § 305 [21, 23].
420 § 128 [1, 16]; § 335 [5]; Exk. z. § 342 [13].
421 § 26 [1]; § 128 [7, 8, 10, 11, 13]; § 200 [7]; § 202 [23]; § 204 [6].
422 § 25 [10]; § 26 [1]; § 128 [7, 8, 10, 11, 15]; Exk. z. § 129 [10]; § 356 [1].
423 § 128 [7, 8, 10, 11, 13].
424 § 128 [7, 8, 10, 11, 13].
425 § 128 [7, 8, 10, 11, 13]; § 160 [4, 6].
426 § 128 [19]; § 202 [23]; § 203 [10]; § 204 [10]; Exk. z. § 342 [51].

427 § 128 [1]; Exk. z. § 342 [13].
428 § 225 [7]; § 241 [14].
431 Exk. z. § 342 [13].
432 § 384 [23].
433 § 373 [4, 31, 42]; Exk. z. § 374 [2, 145]; § 377 [55].
437 § 22 [19]; § 61 [4]; Exk. z. § 122 [11]; § 186 [19]; § 207 [2]; § 377 [36].
438 § 186 [19].
440 § 373 [37]; Exk. z. § 374; § 377 [36].
443 § 186 [19].
444 § 373 [58].
445 Exk. z. § 122 [11].
447 § 40 [4]; Exk. z. § 372 [2, 5]; Exk. z. § 382 [29, 32, 39, 45] ffg.
448 Exk. z. § 372 [2]; Exk. z. § 382 [44, 95].
452 § 373 [40].
453 § 261 [18]; § 373 [24].
454 § 355 [16]; Exk. z. § 374 [101]; § 376 [32].
455 Exk. z. § 382 [66].
459 Exk. z. § 374 [37]; § 377 [3, 32].
460 § 377 [30].
462 § 377 [37].
463 § 347 [13]; § 377 [30, 35, 37]; Exk. z. § 382 [6].
464 § 377 Einl. [54, 84].
465 § 377 [50, 84].
466 § 377 [22, 50, 84].
467 § 377 [51] ffg.
469 § 377 [84, 141]; § 379 [20].
470 § 377 [141].
471 § 377 [142].
472 § 377 [72] ffg.
473 § 377 [73] ffg.
474 § 377 [84].
475 § 377 [56, 84].
476 § 377 [30, 84, 135, 150].
477 § 159 [11]; Exk. z. § 372 [7]; § 377 [30, 84, 111] ffg.; § 379 [23]; Exk. z. § 379 [7]; § 400 [25].
478 § 377 [30, 46, 84, 135]; Exk. z. § 379 [7]; § 414 [7].
479 § 377 [30, 84, 118, 135]; Exk. z. § 379 [7]; Exk. z. § 382 [50].
480 § 373 [44]; Exk. z. § 374 [32]; § 377 [3, 22, 30, 35, 135]; Exk. z. § 382 [6].
493 Exk. z. § 122 [11].
494 § 96; Exk. z. § 382 [1] ffg., [7].
495, 496 Exk. z. § 382 [13] ffg.
515 Note 2 z. Ueberschr. § 373; § 383 [6].
518 § 59 [24]; § 350 [28, 60].
521 § 347 [6].
523 § 347 [6].
534 § 59 [24].
535 § 49 [2].
538 § 347 [13].
542 § 373 [58]; § 377 [107].
559, 560, 561, 562, 563 § 368 [73].
566 § 350 [22, 61].
580 § 350 [22].
581 § 350 [22].
582, 583, 584, 585 § 368 [73].
590 § 368 [73].
599 § 347 [6].
600 § 347 [6].
607 § 335 [27]; § 355 [2].
610 § 355 [30].
611 § 59 [5, 15, 22]; § 70 [25].
612 § 84 [5]; § 110 [6]; § 231 [21]; § 243 [9]; § 266 [3].
613 Exk. z. § 58 [31]; § 59 [16]; § 70 [22]; § 84 [19]; Exk. z. § 92 [26].
614 § 59 [23]; § 63 Einl.; § 64 [1]; § 70 [12].
615 § 63 [8]; § 70 [8, 15, 22].
616 § 63 [1, 8]; § 76 [20]; § 92 [12]; Exk. z. § 92 [30]; § 231 [22].
617 § 59 [22]; § 63 [9, 10]; § 84 [5]; Exk. z. § 92 [30].
618 § 62 Einl.
619 § 63 [9].
620 § 231 [26].
621 § 66 [1]; § 231 [26]; Exk. z. § 349 [9].
622 § 231 [26].
623 § 231 [26].
624 § 66 [3]; § 231 [26, 35]; Exk. z. § 374 [75].
625 § 66 [2]; § 69 [4]; § 77 [6]; 231 [26].
626 Exk. z. § 58 [76]; § 59 [22]; § 231 [18, 24, 27]; § 243 [9].
627 § 149 [38]; § 231 [18, 27]; § 243 [9]; § 245 [16]; § 383 [23]; § 407 [19].
628 § 70 [10, 13]; § 92 [3]; § 159 [11]; § 231 [27]; § 245 [16].
630 § 73 [1]; § 381 [3].
631 § 425 [1].
635 Exk. z. § 349 [10].
638 Exk. z. § 349 [30].
643 § 66 [10].
644 § 425 [1].
645 § 428 [7].
647 § 368 [73].
649 § 383 [23]; § 425 [1]; § 428 [8].
651 § 1 [33]; § 373 [5]; § 381 [2].
652 Exk. z. § 92 [2, 6, 7, 15, 16, 17, 22]; § 93 Einl.; § 99 [24].
653 Exk. z. § 92 [7, 10, 11, 12].
654 Exk. z. § 92 [2, 6, 7, 15, 16, 17, 22]; § 99 [3].
655 Exk. z. § 92 [2, 6, 7, 15, 16, 17, 22]; § 99 [5].
656 § 350 [9]; § 354 [7].
662 § 48 [1]; § 59 [7]; § 84 [11]; § 362 [2].
663 Exk. z. § 92 [10]; § 383 [38].
664 Exk. z. § 58 [11, 31]; § 114 [5].
665 § 84 [17, 18]; § 114 [5, 6]; § 116 [4]; § 317 [6]; § 385 [11].
666 § 59 [31]; § 114 [5]; § 118 [7]; § 137 [1]; § 204 [4]; § 231 [33]; § 241 [3]; Exk. z. § 342 [8, 22, 76]; § 347 [9].
667 § 59 [33]; § 113 [4]; § 116 [5, 8]; Exk. z. § 342 [22].
668 § 352 [6]; § 114 [5]; § 231 [21].
669 § 110 [6]; § 114 [5]; § 231 [21].
670 § 110 [6]; § 114 [5]; § 243 [9]; Exk. z. § 342 [22]; § 349 [41]; Exk. z. § 372 [53]; § 396 [11]; § 409 [7].
671 § 52 [5]; Exk. z. § 58 [67]; § 92 [1]; § 117 [7]; § 127 [8]; § 149 [38]; § 231 [18]; § 243 [9].
672 § 52 [7]; Exk. z. § 58 [67, 76]; § 66 [15]; § 92 [7].
673 § 66 [13]; Exk. z. § 58 [67]; § 92 [9]; § 137 [4]; § 231 [31].
674 Exk. z. § 58 [67].
675 § 52 [5, 7]; Exk. z. § 58 [31, 68]; § 59 [31, 33]; § 66 [13]; § 84 [4, 17, 18]; § 92 [1, 7, 9]; § 204 [4]; § 231 [18, 21]; § 317 [6]; § 347 [11]; § 349 [35]; § 352 [6]; § 362 [2]; § 383 [15, 23]; § 407 [3]; § 409 [7]; Exk. z. § 415 [1].
676 Exk. z. § 349.
677 Exk. z. § 342 [76].
678 § 115 [5]; Exk. z. § 122 [13]; § 347 [9].
679 § 110 [1, 3]; § 115 [5]; Exk. z. § 122 [14].
680 § 347 [6].
683 § 110 [1, 3]; § 354 [10]; § 377 [57].
688 § 416 [2].
690 § 347 [7]; § 429 [9].
691 § 417 [8].
692 § 417 [9].
693 Exk. z. § 424 [4].
694 § 417 [10].
695 § 419 [9]; Exk. z. § 424 [16].
696 § 420 [2]; Exk. z. § 424 [16].
697 § 419 [9]; Exk. z. § 424 [17].
700 § 1 [33]; Exk. z. § 58 [11]; § 416 [8]; § 419 [3]; Exk. z. § 424 [3].
704 § 4 [15]; § 368 [73].
705 § 105 [3]; § 109 Einl. [1].
706 § 109 [3]; § 114 [2]; Exk. z. § 122 [1, 9]; Exk. z. § 342 [26, 30, 31].
707 § 122 [15]; Exk. z. § 122 [6]; § 149 [8]; § 335 [28]; Exk. z. § 342 [28].

708 § 111 [3]; § 114 [2]; Exk. z. § 122 [13]; § 149 [31]; § 212 [10]; § 218 [6]; Exk. z. § 342 [21]; § 347 [7].
709 Exk. z. § 342 [17, 19].
710 Exk. z. § 342 [17, 65].
711 Exk. z. § 442 [17, 65].
712 § 117 [7]; § 127 [8]; § 146 [5]; Exk. z. § 342 [18, 20, 65].
713 § 110 [3, 7]; § 113 [4]; § 114 [5]; § 118 [7]; § 137 [1]; Exk. z. § 342 [8, 76]; § 347 [11]; § 352 [6].
714 § 125 [1]; § 152 [1].
715 Exk. z. § 122 [27]; Exk. z. § 342 [26].
716 § 118 Einl.; Exk. z. § 342 [46, 50].
717 Exk. z. § 122 [21, 22]; § 135 [1]; § 335 [26]; Exk. z. § 342 [58].
718 Exk. z. § 122 [3, 12]; Exk. z. § 129 [1, 3]; Exk. z. § 342 [30, 31, 33]; § 335 [30].
719 Exk. z. § 122 [3, 12, 21, 24]; Exk. z. § 129 [1, 6]; Exk. z. § 342 [42, 45, 57]; § 335 [30].
721 Exk. z. § 342 [40, 47, 76].
722 § 121 [3, 5]; § 202 [23]; Exk. z. § 342 [37].
723 § 132 [3, 4]; § 168 [2]; § 339 [18, 21]; Exk. z. § 342 [63].
725 Exk. z. § 129 [1]; Exk. z. § 342 [35, 62].
726 § 131 [4]; § 339 [7, 8]; Exk. z. § 342 [60, 61].
727 § 137 [4]; § 339 [2—4]; Exk. z. § 342 [61].
728 § 137 [3]; 339 [6].
729 § 136 [3]; § 137 [3]; § 339 [6].
730 Exk. z. § 342 [64, 65].
731 Exk. z. § 342 [68].
732 Exk. z. § 141 [4]; § 155 [11]; § 340 [5]; Exk. z. § 342 [30, 76].
733 § 110 [3]; Exk. z. § 122 [3]; § 128 [16]; Exk. z. § 141 [4]; § 155 [12]; Exk. z. § 342 [30, 67].
734 Exk. z. § 342 [68].
735 § 122 [15]; § 154 [4]; § 155 [14]; § 202 [23]; Exk. z. § 342 [69].
736 § 195 [3]; § 339 [6]; Exk. z. § 342 [70].
737 Exk. z. § 342 [70].
738 § 138 [3, 6]; § 139 [12]; § 140 [8, 9]; Exk. z. § 141 [1—5, 8, 10, 13]; § 142 [2, 3]; § 145 [8]; § 340 [5].
739 Exk. z. § 141 [1, 16]; § 340 [7].
740 § 124 [18]; Exk. z. § 141 [1, 20]; § 340 [10, 11, 13].
741 § 225 [12]; § 419 [3].
743 Exk. z. § 424 [5].
744 § 419 [3].
747 § 419 [3, 8].
751 Exk. z. § 342 [60].
752 § 419 [3].
753 § 225 [12]; Exk. z. § 342 [67].
754 Exk. z. § 342 [67].
762 § 348 [3]; § 350 [1]; § 355 [30]; Exk. z. § 376 [42].
764 § 355 [30]; Exk. z. § 376 [26, 32 ffg.
765 § 349 [2]; Exk. z. § 372 [9].
766 § 349 [4, 6]; § 350 [2, 60].
767 § 349 [12]; § 356 [1]; Exk. z. § 372 [9]; Exk. z. § 382 [69].
770 § 159 [15]; § 349 [16]; § 368 [28].
772 § 349 [20].
773 § 349 [20].
774 § 349 [37]; 356 [6].
775 § 84 [15].
776 § 349 [37].
777 § 349 [27].
778 § 335 [34]; § 349 [14 41].
779 § 205 [4].
780 § 348 [22]; § 350 [6]; § 363 [7].
781 § 348 [22]; § 350 [10]; Exk. z. § 357 [4].
782 § 350 [6, 10]; § 355 [25]; Exk. z. § 357 [4], § 363 [7].
783 § 179 [10]; § 350 [26]; § 365 [1].
784 § 17 [2]; § 350 [26]; § 363 [7].
786 § 363 [11].
790 § 363 [6].
792 § 350 [26]; § 363 [5, 9].
793 § 179 [2]; § 181 Einl.; § 213 [12, 13]; Exk. z. § 224 [14]; § 350 [37]; Exk. z. § 365 [2].
794 § 219 [5]; Exk. z. § 224 [12, 13]; § 287 [1]; § 366 [49].
795 Exk. z. § 179 [5]; § 213 [13]; Exk. z. 365 [5].
796 § 213 [13]; § 223 [13]; Exk. z. § 224 [15]; Exk. z. § 365 [5].
797 Exk. z. § 224 [16].
799 § 213 [13]; § 228.
800 § 228.
801 § 213 [14]; Exk. z. § 224 [17]; Exk. z. § 365 [6].
802 Exk. z. § 224 [18].
803 § 228 [3].
804 § 228 [8].
807 § 1 [38]; § 366 [49]; § 369 [15]; § 472 [14].
810 § 45 [1]; § 91 [3]; § 157 [9]; § 166 [1].
812 Exk. z. § 92 [18]; § 155 [3]; § 194 [2]; § 207 [5]; § 217 [21]; § 280 [2]; Exk. z. § 342 [13]; § 348 [22]; Exk. z. § 348 [2]; § 355 [21]; § 364 [9]; § 369 [23]; Exk. z. § 382 [92].
813 § 194 [2]; § 213 [4].
814 § 194 [2]; § 213 [4]; Exk. z. § 376 [19].
816 § 364 [10]; § 366 [11, 67].
817 § 207 [5].
818 § 70 [20].
820 § 352 [6].
821 § 355 [21]; § 364 [9].
823 § 37 [14]; Exk. z. § 37 [3]; Exk. z. § 58 [33]; § 73 [5]; § 189 [24]; § 202 [3]; § 227 [5]; § 232 [37]; § 241 [20]; § 267 [5]; § 287 [2]; Exk. z. § 342 [13]; Exk. z. § 349 [6]; § 377 [139]; § 383 [21].
824 Exk. z. § 349 [27].
826 § 37 [19, 23]; § 59 [23]; Exk. z. § 58 [33]; § 126 [13]; § 335 [31]; § 348 [22]; Exk. z. § 349 [6]; § 377 [139].
831 Exk. z. § 58 [32]; Exk. z. § 342 [13]; § 377 [127, 139].
839 § 10 [3]; § 192 [8].
840 Exk. z. § 58 [33]; Exk. z. § 342 [13].
842 § 62 [9, 10].
843 § 62 [10].
844 § 62 [10].
845 § 62 [10].
846 § 62 [10].
847 § 62 [9].
850 § 419 [4].
852 § 62 [9]; § 209 [7]; § 241 [18] Exk. z. § 349 [20]; § 377 [139].
853 § 126 [13]; § 377 [139].
854 § 209 [4].
855 Allg. Einl. Anm. 97; § 59 [32]; Exk. z. 382 [87].
868 § 155 [14]; § 347 [6]; § 369 [27]; § 440 [6].
873 § 142 [2]; § 350 [15].
892 § 207 [5].
925 § 182 [6].
929 § 40 [4]; Exk. z. § 58 [37]; § 222 [6]; Exk. z. § 224 [3]; § 366 [1].
930 Exk. z. § 58 [15]; § 366 [1]; § 373 [31]; Exk. z. § 373 [2]; Exk. z. § 382 [58]; § 383 [33].
931 § 366 [1]; § 369 [32]; § 373 [31]; Exk. z. § 382 [77]; § 383 [35].
932 § 227 [5]; § 363 [20]; § 366 [4, 12]; § 385 [13].
933 § 22 [4]; § 27 [28]; § 37 [19]; § 219 [5]; § 366 [4].
934 § 366 [4].
935 § 363 [30]; § 366 [4]; § 369 [60].
936 § 363 [30]; § 366 [4].
937 § 22 [4].
946 Exk. z. § 382 [90].
947 § 383 [36]; § 419 [3].
948 Exk. z. § 382 [90]; § 383 [36] § 419 [3].
949 § 419 [7].
950 Exk. z. § 382 [90].
951 Exk. z. § 382 [90]; § 383 [36].
952 § 1 [39].
956 § 1 [36].
986 § 369 [32].

987 §§ 377 [57].
989 §§ 377 [57].
994 §§ 377 [57].
1006 §§ 366 [50].
1008 §§ 49 [2].
1017 §§ 207 [2].
1018 §§ 366 [36].
1030 §§ 366 [36].
1032 §§ 369 [32].
1065 §§ 369 [38].
1094 §§ 366 [36].
1105 §§ 366 [36].
1113 §§ 366 [36].
1138 Exk. z. § 376 [14].
1154 §§ 1 [39]; § 22 [19]; § 350 [19].
1187 §§ 185 [7]; § 364 [4].
1188 §§ 185 [7].
1189 §§ 185 [7].
1190 §§ 22 [19].
1191 §§ 366 [36].
1192 §§ 1 [39]; § 350 [19].
1195 §§ 1 [39].
1204 §§ 366 [36].
1205 §§ 223 [11]; § 363 [30]; § 366 [1]; § 368 [5]; § 369 [32]; Exk. z. § 382 [87].
1206 §§ 366 [1]; § 388 [5].
1207 §§ 363 [30]; § 366 [4]; § 368 [75].
1208 §§ 366 [4].
1209 §§ 443 [8].
1210 §§ 368 [27]; § 369 [56]; Exk. z. § 382 [69]; § 440 [2].
1211 §§ 368 [28].
1213 §§ 22 [4]; § 368 [32].
1217 §§ 369 [38].
1218 §§ 347 [11]; § 368 [29]; Exk. z. § 373 [25].
1219 §§ 368 [30]; Exk. z. § 373 [25].
1221 Exk. z. § 342 [68].
1222 §§ 368 [31]; § 369 [55].
1223 §§ 368 [33]; § 369 [63].
1227 §§ 368 [34].
1228 §§ 368 [39]; § 369 [9].
1229 §§ 368 [38].
1233 §§ 368 [36]; § 371 [13].
1234 §§ 368 [40]; § 371; § 440 [12].
1235 Exk. z. § 342 [68].
1236 § 368 [46].
1237 §§ 368 [48]; § 371 [15]; 440 [12].
1238 §§ 368 [50].
1239 §§ 368 [51].
1240 §§ 368 [52].
1241 §§ 368 [53]; § 371 [15]; § 440 [12].
1242 §§ 368 [60].
1243 §§ 368 [39, 47]; § 371 [11].
1244 §§ 368 [62]; § 371 [11].
1245 §§ 368 [39, 42, 44, 48]; § 371 [17, 28].
1246 §§ 368 [39, 42, 44]; § 371 [17].
1247 §§ 368 [60]; § 371 [18].
1249 §§ 369 [32].
1250 §§ 369 [7].
1252 §§ 356 [1].
1257 §§ 368 [75]; § 369 [16, 55]; § 397 [6]; § 440 [2, 9]; § 443 [8].
1258 § 419 [7].
1273 § 22 [4].
1274 Exk. z. § 122 [27]; § 222 [3, 8]; § 350 [20]; § 369 [16].
1277 §§ 368 [68].
1280 §§ 222 [5].
1282 §§ 368 [68]; § 371 [21].
1287 §§ 368 [70]; § 371 [25].
1289 §§ 368 [32].
1292 §§ 222 [5]; § 223 [11]; § 368 [8].
1293 §§ 223 [11]; § 366 [1]; § 368 [66].
1294 §§ 368 [66]; § 371 [20].
1295 §§ 368 [68]; § 371 [26].
1296 §§ 213 [13]; § 368 [32].
1297 §§ 348 [3].
1298 §§ 368 [8].
1354 Allg. Einl. Anm. 88.
1356 § 59 [8].
1358 Allg. Einl. Anm. 98.
1359 § 25 [2].
1362 § 179 [9].
1363 Allg. Einl. Anm. 72.
1366 Allg. Einl. Anm. 72.
1367 Allg. Einl. Anm. 73, 74.
1370 Allg. Einl. Anm. 73.
1373 § 366 [36].
1375 Allg. Einl. Anm. 74, 93.
1376 Allg. Einl. Anm. 93.
1381 Exk. z. § 58 [37].
1383 Allg. Einl. Anm. 93.
1392 Allg. Einl. Anm. 90.
1395 Allg. Einl. Anm. 71.
1399 Allg. Einl. Anm. 65.
1400 Allg. Einl. Anm. 80, 81.
1404 § 366 [36].
1405 Allg. Einl. Anm. 69, 70, 71, 74, 81, 82, 84, 100; § 344 [7]; § 366 [36].
1408 Allg. Einl. Anm. 95.
1409 Allg. Einl. Anm. 83.
1410 Allg. Einl. Anm. 94.
1412 Allg. Einl. Anm. 69.
1414 Allg. Einl. Anm. 70, 74.
1418 Allg. Einl. Anm. 90.
1426 Allg. Einl. Anm. 83.
1432 § 39 [1].
1434 § 182 [6].
1435 Allg. Einl. Anm. 84.
1438 Allg. Einl. Anm. 73, 96.
1440 Allg. Einl. Anm. 73.
1443 Allg. Einl. Anm. 71, 74, 80, 93, 97.
1452 Allg. Einl. Anm. 69, 82, 84; § 39 [1].
1459 Allg. Einl. Anm. 96.
1460 Allg. Einl. Anm. 69.
1462 Allg. Einl. Anm. 70, 74.
1519 Allg. Einl. Anm. 73, 84.
1524 Allg. Einl. Anm. 73.
1530 Allg. Einl. Anm. 96.
1532 Allg. Einl. Anm. 69.
1533 Allg. Einl. Anm. 70.
1549 Allg. Einl. Anm. 69, 73.
1554 Allg. Einl. Anm. 73.
1577 § 18 [4].
1597 § 37 [14].
1617 § 59 [8].
1643 §§ 1 [11]; § 48 [5].
1645 §§ 1 [11].
1646 Exk. zu § 58 [37].
1706 §§ 18 [11].
1758 §§ 18 [4].
1793 Exk. z. § 374 [135].
1797 §§ 38 [3].
1822 §§ 1 [11]; § 48 [5]; § 59 [25]; § 76 [13]; § 161 [6]; § 335 [25].
1823 §§ 1 [11].
1825 §§ 1 [11].
1827 §§ 76 [13].
1837 §§ 161 [7]; § 335 [25].
1897 §§ 1 [11].
1915 Allg. Einl. Anm. 83; Exk. z. § 374 [135].
1922 §§ 139 [25, 27].
1940 §§ 139 [1].
1944 §§ 27 [20].
1958 §§ 27 [15].
1959 §§ 27 [15, 28]; § 137 [1].
1960 §§ 27 [19].
1961 §§ 27 [19]; Exk. z. § 374 [135].
1967 §§ 27 [11]; § 137 [2].
1978 §§ 27 [28].
1983 §§ 366 [72].
1991 §§ 27 [28].
1994 §§ 27 [6].
2005 §§ 27 [6].
2013 §§ 27 [8, 23, 28].
2014, 2015 Exk. z. § 374 [134].
2017 Exk. z. § 374 [135].
2032, 2033 § 139 [7].
2038 §§ 27 [27]; § 137 [2]; § 146 [1, 7]
2040 §§ 139 [7].
2048 §§ 139 [7].
2058 §§ 27 [26]; § 137 [2].
2059 §§ 27 [26].
2087 §§ 22 [5].
2101 §§ 210 [4].
2112 §§ 139 [4].
2113 §§ 366 [71].
2128 §§ 37 [14].
2129 §§ 366 [71].
2142 §§ 139 [4].
2152 Exk. z. § 342 [33].
2165 §§ 27 [32].
2174 §§ 22 [5].
2194 §§ 139 [1].
2211 §§ 366 [72].
2271 §§ 139 [1].
2276 §§ 182 [6].
2301 §§ 350 [60].
2303, 2304, 2305 § 139 [4].
2348 §§ 350 [29].
2353 §§ 12 [5].
2371 §§ 350 [29]; Exk. vor § 373 [2].

Preuß.-Ausf.-Gesetz z. B.G.B.

Art. 13 Exk. z. § 373 [26].

Alphabetisches Sachregister.

(Die großen arabischen Zahlen verweisen auf die §§ des Handelsgesetzbuchs, die kleinen daneben stehenden Zahlen auf die zu diesem Paragraphen gemachten Anmerkungen des Kommentars. E bezeichnet die Allgemeine Einleitung zu Beginn des ganzen Kommentars, E. die Einleitung am Beginn der einzelnen Paragraphen. Exk. bedeutet Exkurs. Die römischen Ziffern verweisen auf die bei einzelnen Stichwörtern gemachten Unterabtheilungen).

Abänderung des Statuts einer Akt.Ges. § 274 ffg.; des Statuts einer Kommanditges. auf Akt. § 320 [107]; s. Aenderung.

Aenderung des Namens, Einfluß auf Firma § 21 [1] ffg.; Ae. der Firma oder der Personen ihrer Inhaber, § 31 [1] ffg.; Ae. der Satzung § 34; des Gegenstandes einer Akt.Ges. § 275 [2]; des Verhältnisses der Aktiengattungen § 275 [3]; s. Abänderung.

Abberufung s. Liquidatoren.

Abbruch, Kauf eines Hauses auf § 1 [30].

Abgehen s. Rücktritt.

Abgeleitete Firma s. Firma.

Abhandenkommen von Aktien, Interimsscheinen, Dividendenscheinen § 228 [1] ffg.; von Ordrepapieren § 367; von Proben Exk. zu § 382 [10]; Erwerb abhanden gekommener Sachen § 366 [44 50]; Veröffentlichung des Verlustes abh. gekommener Inhaberpapiere, Erwerb § 367; s. Aufgebot, Amortisation, Kraftloserklärung.

Ablehnung einer verspätet eingegangenen Annahmeerklärung Exk. zu § 361 [41] ffg.; siehe Schweigen, Kaufmann, unbestellt; Ablehnung der Beförderung durch Eisenbahn § 453 [9].

Ablieferung von Briefen u. anderen Sendungen Exk. zu § 361 [5]; des Frachtgutes § 429 [7]; s. Erfüllungsort, Frachtgeschäft, Eisenbahn.

Abnahmepflicht des Käufers Exk. vor § 373 [42] ffg., [55]; s. Kauf sub VI; Kosten der Abnahme Exk. zu 382 [96]; Klage auf Abnahme Exk. vor § 373 [42] ffg.; Gerichtsstand.

Abnutzung, Berücksichtigung in Bilanz § 261 [36].

Abrechnung, Handelsgeschäft? § 344 [10]; zwischen Prinzipal und Gehilfen bei bedungener Provision § 65 [2]; Form des Anerkenntnisses bei A. § 350 [10].

Abreden der Parteien über Haftung beim Eisenbahntransport § 47 [1]; s. Vertrag; Ausschluß.

Abrollung, Kosten der Exk., zu § 382 [102].

Abschlußvollmacht s. Handlungsvollmacht, Vollmacht, Vertretung.

Abschreibungen, Zulässigkeit § 40 [2]; s. Bilanz.

Abschrift aus dem Handelsregister § 9 [2]; der Handelsbriefe § 38 Abs. 2, § 44 Abs. 2; des Ladescheins § 445 Abs. 3; s. Duplikat.

Absender s. Speditionsgeschäft; von Frachtgut § 425 [5] s. Frachtgeschäft; Haftung für Verschulden gegenüber der Eisenbahn § 467 [7].

Absichtliche Benachtheiligung der Akt.Ges. § 312.

Absolute Handelsgeschäfte § 343 [3 6] ffg.; a. Nichthandelsgeschäfte § 343 [2] ffg.

Abstimmung, der Generalvers. § 251 s. Akt.Ges. sub F. IV.

Abstraktes Schuldversprechen § 350 [6] ffg.; s. Schadensersatz.

Abtretbarkeit der Ansprüche des Handlungsgehilfen § 59 [34]; der Vertragsstrafe § 348 [30]; einzelner Posten des Kontokurrents § 355 [7], [17]; des Saldos § 357 [8].

Abtretung s. Cession, Abtretbarkeit.

Abweichung, erhebliche, der gelieferten Waare von der bedungenen § 378 [1] ffg.; A. unerhebliche bei Kauf nach Probe Exk. zu § 382 [6]; von der Preisbestimmung des Kommittenten § 386 [1] ffg.

Abwesende Annahme unter A. Exk. zu § 361 [28] ffg.

Abwicklung der Geschäfte einer nichtigen Akt.Ges. § 311, s. Liquidation.

Abwicklungsgesellschaft § 131 [2], s. Liquidation.

Abzug von Netto- und Kaufpreisen, Refaktien § 380; s. Bilanz.

Accept, eigenes des Schuldners kein Gegenstand des Retentionsrechts § 369 [18]; s. Tratte.

Acceptation s. Annahme.

accessorische Handelsgeschäfte § 343 [3 6] ffg.

Accidentalia negotii, Beweislast E IV [33] ffg.

acht Tage, Frist von § 359 [2].

actio judicati gegen Gesellschafter § 124 [16].

actio redhibitoria § 377 [47] ffg.; Voraussetzungen § 377 [32] ffg. [51] ffg.; s. Kauf sub V [3].
actio quanti minoris § 377 [20] ffg.; s. Kauf sub V [3].
Adressat s. Frachtgeschäft; Eisenbahn.
Adresse ungenaue, keine Haftung der Eisenbahn § 467.
Affektionsinteresse bei Konventionalstrafen § 348 [19].
Agent s. Handlungsagent.
Agentur, keine Zweigniederlassung § 13 [3].
Agio § 262 [14]; § 278 [10].
Aktien s. Akt.Ges. sub C; Aktienausgabe, unzulässige, Strafe § 314 [6] ffg.; s. Aktiendeposition.
Aktienbuch § 222 [1]; § 223; Exk. zu § 224 [1] ffg.
Aktiengattungen, Veränderungen ihres Verhältnisses § 275 [3]; s. Aktien.
Aktiendeposition § 254 [7] ffg.; zwecks Erhebung der Regreßklagen § 269; nicht erforderlich zur Anfechtungsklage § 271 [10]; s. Hinterlegung.
Aktiengesellschaft §§ 178.

A. Allgemeines.

Wesen § 178 [11] ffg.; juristische Person § 178 [15], § 210; Haftung für Rechtsgeschäfte vor Eintragung § 200 [2] ffg.; Akt.Ges. als Trägerin von Rechten und Pflichten (Beispiele) § 210 [4] ffg.; auch öffentlich rechtlicher? § 210 [6]; Steuerpflicht ebd., deliktsunfähig ebd., Parteifähigkeit § 240 [7]; Gerichtsstand § 210 [11]; Wirkung der Auflösung auf schwebendes Prozeßverfahren § 210 [9]; Akt.-Ges. als Handelsges. § 210 [12] ffg.; sind ihre Geschäfte Handelsgeschäfte? § 210 [12] ffg.; Firma § 20 [1], § 22 [9], § 182 [9]; Sitz § 182 [10]; Gegenstand des Unternehmens § 182 [11]; Aenderung des Gegenstandes § 275 [2]; Gesellschaftsvertrag § 182 [1] ff.; Gründung ein Handelsgeschäft? § 343 [2] [7]; Begriff der Gesellschaftserrichtung § 188 [3]; Begriff der Aktienzeichnung § 189 [21]; Anmeldung der Gesellschaft § 195; Form der Bekanntmachungen § 182 [17]; Erwerb von Grundstücken und dinglichen Rechten § 210 [7]; landesrechtliche Beschränkungen § 210 [7]; Sonntagsruhe? § 210 [18]; Prozeß für und gegen die veräußernde Akt.Ges. § 303 [17], § 304 [9]; gegen die durch Fusion mit sofortiger Verschmelzung untergegangene Akt.Ges. § 306 [11]; Ausländische Akt.Ges. § 178 [10]; § 201 [33]; Zweigniederlassung § 201 [14] ffg.; Uebergangsfragen, allgemeine für das Aktienrecht der Novelle von 1884 und des neuen Handelsges. § 178 [1] ffg.; Bürgerliches Gesetzbuch und Aktienrecht § 178 [9]; s. Eintragung sub D VI; Vertretung sub F I; Prokura § 238 [6]; Nichtigkeit sub H II; Strafbestimmungen sub J.

B. Das Statut.

I. Nothwendigkeit und Bedeutung § 182 [1] ff.; Mitwirkende, Bevollmächtigte § 182 [3] ff.; gerichtliche oder notarielle Verhandlung § 182 [6]; absut nothwendiger Inhalt § 182 [8]; Folgen der Nichtbeobachtung von Gründungsvorschriften § 182 [22] ffg.; Nichtigkeit der Akt.Ges. wegen Mängel des Statuts § 309 ffg.

II. Aenderungen des Statuts § 274; Redaktionelle Fassung durch Aufsichtsrath § 274 [3]; Ankündigung von Aenderungen § 274 [6]; unabänderliche Bestimmungen § 274 [8] ffg.; Abstimmungsmodalitäten bei Statutenänderungen § 275; Aenderung des Unternehmens § 275 [2]; Anmeldung und Publikation der Aenderung § 277; Eintragung, Wirkung § 277; Statutenänderung zwecks Heilung der Nichtigkeit § 310; Statutenänderung während des Liquidationsverfahrens § 294 [3].

III. Bestimmungen des Statuts über: Aktienart § 183; Ueberpariemission § 184 [3] ff.; Vorzugsaktien § 185; Sondervortheile, qualifizirte Gründung, Gründerlohn § 186; Reingewinn § 213; Amortisation § 227; Qualifikation des Vorstandes § 231 [10]; Firmenzeichnung § 233 [2]; Prokuraertheilung § 238 [3]; Wahl des Aufsichtsraths § 243 [3]; Widerruf der Bestellung § 243 [8]; Recht der Niederlegung des Amtes als Aufsichtsrath § 243 [9]; Vergütung des Aufsichtsraths § 245; Kontrollthätigkeit des Aufsichtsraths § 246 [1], [2], [10]; Stimmenthaltung § 252 [13]; insbes. bei Wahlen § 251 [3] ffg.; Vollmacht bei Ausübung des Stimmrechts § 252 [7], [20]; Bedingungen des Stimmrechts § 252 [19] ffg.; Betheiligung der Aktionäre an Generalversammlung § 252 [22]; Berufung der Generalversammlung §§ 254 ff.; Aktiendeposition zur Geltendmachung von Minoritätsrechten § 254 [7] ffg.; Niederlegung von Aktien vor Generalversammlung § 255 [3] ffg.; Ort der Generalversammlung § 256 [32]; Grundsätze der Bilanzaufstellung § 260 [1]; Gewinnvertheilung § 260 [3]; Vorlegung der Jahresrechnung § 260 [13]; Bildung von Reservefonds § 262 [23] ffg.; Gewährung eines Aktienbezugsrechts § 282 [7]; Kapitalsherabsetzung § 288 [14]; Auflösungsbeschluß § 292 [6]; Liquidation § 295 [1] ffg.; Veräußerung des Gesammtvermögens § 303.

C. Aktie, Aktionär, Interimsschein, Genußschein.

I. Aktie: Begriff § 178 [13] ffg.; § 179; Exkurs zu § 224 [1]; Untheilbarkeit § 179 [1]; Arten § 179 [2]; Miteigenthum § 179 [1]; § 225; Pflicht zu Naturalleistungen § 185 [6]; vinkulirte Namensaktie § 179 [2]; § 180 [10]; § 222; Inhaberaktie Exk. zu § 224 [1] ffg., [12]; Aktie ist Werthpapier § 179 [9]; körperliche Sache? § 179 [9], Inhalt der Aktienurkunde § 181 [3] ffg.; § 179 Abs. 3; dgl. bei Naturalleistungen § 212 [16]; § 180 [13]; Unterschrift § 181; Nothwendigkeit der Aktienausgabe § 179 [11]; Ausgabe von Namensakten mangels Bestimmung über Aktienart § 183; Aktienausgabe vor Vollzahlung § 179 [3] ffg.; bei Kapitalserhöhung § 278; Ausgabe von Inhaberaktien vor Vollzahlung, Wirkung § 179 [4]; Folgen der Aktienausgabe vor Eintragung § 209 [10] ffg.; Stempelpflicht § 179 [14]; Verwendung amortisirter Aktien zur Ausgabe § 227 [5]; Anzeige bei Stempelbehörde vor Ausgabe § 179 [15]; Mindestbetrag § 180 [1] ffg.; Zuwiderhandlungen § 180 [2]; § 209; § 314 [10] Nr. 4; zulässige Ausnahmefälle der Ausgabe unter Mindestbetrag § 180 [3] ffg.; Uebergangsfragen für Mindestbetrag § 180 [16] ffg.; Festsetzung der Höhe § 182 [12]; § 183 [2]; Nichtigkeit der Akt.Ges. wegen unzulässiger Höhe der

Aktien § 310 [1]; Verbot der Unterpariemission § 184 [1] ffg.; Zulässigkeit der Ueberpariemission § 184 [3] ffg., [6]; Emissionskurs § 184 [5]; bei Ausgabe neuer Aktien § 278 [9]; Ausgabekurs maßgebend für die Kapitalsverpflichtung des Aktionärs § 211 [1]; Veräußerlichkeit des Aktienrechts § 179 [12]; Uebertragung der Antheilsrechte bei Pflicht des Aktionärs zu Naturalleistungen § 212 [8]; Namensaktie als Ordrepapier § 222 [5]; Aktienbuch § 221 [1]; § 223 [31]; Exk. zu § 224 [1] ffg.; Uebertragung der Namensaktie, Voraussetzungen § 222 [2]; von vinkulirten Namensaktien unter 1000 Mk. § 222 [8]; von Aktien mit wiederkehrenden Naturalleistungen § 212 [8]; Form der statutarisch nothwendigen Zustimmung der Akt.Ges. § 217 [3]; Form der Uebertragung § 222 [5]; Legitimation des Aktienerwerbers § 222 [10]; § 224 [3]; guter Glaube bei Erwerb § 222 [11]; Erwerb durch Universalsuccession § 222 [12]; cessio in Legitimationen § 222 [13]; Stempelpflicht bei Indossirung § 222 [20]; Eintragung in das Aktienbuch § 223 [1]; Wirkung der Umschreibung § 223 [3] ffg.; Anfechtung der Aktionäreigenschaft durch den Erwerber wegen Irrthums, Betrugs § 223 [8]; civilrechtliche Verhältnisse zwischen den Uebertragungs-Kontrahenten § 223 [9]; § 360 [4]; Uebertragung der Inhaberaktie Exk. zu § 224; Legitimationsübertragung Exk. zu § 224 [3] ffg.; dgl. gegen Entgelt Exk. zu § 224 [6]; gutgläubiger Erwerb zu Unrecht in den Verkehr gebrachter Urkunden Exk. zu § 224 [12]; Unzulässigkeit der Uebertragung von Antheilsrechten und der Ausgabe von Aktien vor der Eintragung § 200 [9]; Begebungsvertrag bei Aktienübertragung § 222 [6]; Pfändbarkeit? § 222 [3]; § 223 [11]; Exk. zu § 224 [10]; § 368 [32]; Aktie als Gegenstand des kaufmännischen Retentionsrechts § 369 [15], [16]; Vorzugsaktien § 185; Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien § 185 [2] ffg.; (Stempelfragen § 185 [8]); Nachbezugsrecht von Dividenden § 185 [5]; Prioritätsobligationen § 185 [7]; Umwandlung von Inhaber- in Namensaktien und umgekehrt § 183 [2] ffg.; Stempelfragen § 183 [6]); Verbot des Erwerbs eigener Aktien § 226; Amortisation s. sub E.; Aufgebot verlorener Aktien § 228; Aufgebot des Dividendenscheines unzulässig § 228 [6]; Umtausch beschädigter Aktien § 229; Freiaktien § 178 [13]; Aktienübernahme kein Anschaffungsgeschäft, aber stempelpflichtig § 1 [31]; § 179 [16]; Kaducirung s. sub C II Pflichten; s. Stempel.

II. Aktionäre: Naturalleistungen s. unter Pflichten; Erwerb der Mitgliedschaft § 178 [13] ffg.; Anfechtung der Aktionäreigenschaft wegen Irrthums bei Erwerb § 223 [8]; Miteigenthum § 225; Verein, Gesellschaft als Aktionär § 225 [3]; Akt.Ges. hat auf Grund eigener Aktien kein Stimmrecht § 226 [4]; Rechte: Anspruch auf Aktienausgabe § 179 [11] ffg.; auf Reingewinn, Dividende § 213 [5] ffg.; statutarische Rechte anderer Art § 213 [5]; Dividendenvertheilungsbeschluß § 260 [3]; Einfluß von Verlusten auf Dividendenrecht (unbedingtes Forderungsrecht) § 213 [9] ffg.; Talon § 213 [12]; Pertinenzqualität § 213 [12]; Dividendenschein § 213 [13], 227 [5], 228 [3], [6]; Verjährung des Dividendenrechts § 213 [14]; Dividendengarantie, Klagerecht? § 215 [3]; Gewinnantheile § 214 [1] ffg.; Vertheilung des Reingewinns § 215 [1] ffg.; Zinsenbezug § 215; Bauzinsen § 215 [5]; Voraussetzungen § 215 [7] ffg.; unrechtmäßiger Bezug § 217 [13]; Stimmrecht s. sub F III; Stimmrecht des Legitimationserwerbers Exk. zu § 224 [5]; Rechte in Angelegenheiten der Gesellschaft, Geltendmachung in Generalversammlung § 250; Theilnahme an Generalversammlung § 250 [21]; Recht auf Aktien neuer Emission § 282; als Gläubiger der Gesellschaft nach Herabsetzung des Grundkapitals § 291 [7]; Stellung im Konkurse der Akt.Ges. § 292 [8]; Recht auf Liquidationsüberschuß § 300 [1]; auf Büchereinsicht nach Liquidation § 302 [11]; Rechte im Falle der Fusion § 302 [5]; Vorzugsrechte § 185 [4] ffg.; Prioritätsobligationen § 185 [7]; Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung § 271 ffg.; Zurückbehaltungsrecht von konnexen Gegenforderungen § 221 [5]; Schadenersatzansprüche gegen Gesellschaftsorgane § 241 [20]; Recht auf Abschriften von Anträgen § 256 [7]; auf Mittheilung der Berufung einer Generalversammlung, der Tagesordnung und Beschlüsse nach Aktiendeposition § 257; auf Aufklärung und Erläuterungen der Jahresrechnung § 260 [15]; auf Vorlegung und Einsicht der Unterlagen für die Jahresrechnung § 263; (s. Aktien; Minoritätsrechte sub F IV; Individualrechte, Sonderrechte, gemeine Rechte).

Pflichten: Einlagepflicht §§ 211, 212; im Falle der Nichtigkeit § 311 [5]; Unmöglichkeit der Befreiung von Einlagepflichten, Aufrechnung § 221 [1]; Höhe der Kapitaleinlage, Maßgeblichkeit des Ausgabekurses § 211 [1] ffg.; Naturalleistungen § 212; insbes. bei Rübenzuckerfabriken § 212 [1] ffg.; Aequivalent von Naturalleistungen § 212 [4] ffg.; Zustimmung des Belasteten bei Festsetzung von Naturalleistungen § 276; Prüfung der Zustimmung durch den Registerrichter § 212 [7]; Uebertragung der Antheilsrechte bei Bestehen der Pflicht zu Naturalleistungen § 212 [8] ffg., [13], § 222; Vertragsstrafen Leistungsverzug § 212 [10]; Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Empfang gesetzwidriger Zahlungen § 217 [1] ffg.; dgl. von Dividenden und Zinsen § 217 [10] ffg.; insbes. bei Konkurs der Ges. § 217 [3]; bona fide? § 217 [7]; Verjährung der Gläubigerrechte § 217 [15]; Rückforderung rechtswidriger Zahlungen durch die Gesellschaft § 217 [16] ffg.; dgl. bei Zahlungen auf Grund nachträglich giltig gewordener Generalversammlungsbeschlüsse § 217 [19]; dgl. bei Ueberschreitung des Liquidationserlöses § 217 [20]; Verjährung § 217 [23]; Haftung für Aktienbetrag, Zinsen und Konventionalstrafe § 218 [4] ffg., [14]; für weiteren Schaden § 218 [7] ffg.; Verzug § 218 [9] ffg.; Konkurs des Aktionärs § 218 [15]; Haftung wegen unbegründeten Antrages auf Revisorenbestellung § 267 [5]; durch Statutenänderung begründete Leistungspflichten § 276; Kaduzirung: § 219 ffg.; Voraussetzungen § 219 [1] ffg.; Verfahren § 219 [2] ffg.; Rechts-

mittel zulässig § 219 [6]; Folgen der Kaduzirung § 219 [7] ff., 220 ff.; Unzulässigkeit der K. bei Verzug mit Naturatleistungen § 212 [12]; Haftung der Vormänner § 220; Verhältniß der Zwischenaktionäre § 220 [10]; Unmöglichkeit der Befreiung von Regreßverpflichtungen, Aufrechnung § 221 [2] ffg.; s. Aktie, Liquidation; direkte Haftung in Ausnahmefällen § 178 [15], § 217.

III. Interimsscheine: Begriff § 179 [5] ffg.; Ausgabe vor Vollzahlung § 179 [5a]; J. auf Inhaber nichtig § 179 [6], 209; Form § 181; Quittungsbogen § 179 [5]; J. gewährt volles Mitgliedsrecht § 179 [7]; Mindestbetrag § 180 [1] ffg., [14]; Folgen der Ausgabe unter Mindestbetrag § 209 [2] ffg.; Inhalt, Unterschrift § 180 [13], 181 [1] ffg.; Uebertragung, Eintragung ins Aktienbuch, Pfändbarkeit § 224; Verlust, Aufgebot § 228; Umtausch beschädigter J. § 229; Folgen der Ausgabe von J. auf Inhaber und vor Eintragung § 209 [8] ffg., § 200 [9] ffg.; Unzulässigkeit der Uebertragung von Anteilen vor Eintragung § 200 [9] ffg.; Stempel § 179 [14] ffg.

IV. Genußscheine: Begriff und Arten Exk. zu § 179 [1] ffg., § 185 [5]; § 186 [2]; Stimmrecht der Inhaber? Exk. zu § 179 [4]; Stempel Exk. zu § 179 [6].

D. Die Gründung.

I. Die Gründer: Begriff § 187; persönliche Qualität § 182 [3] ffg; Aktienübernahme obligatorisch § 182 [5]; Rechtsverhältniß untereinander § 182 [24]; Gründerlohn, Gesammtgründungsaufwand § 186 [9], [13] ffg.; Gegenstand des Gründerlohnes 186 [10]; Gründerverhältnis vor Eintragung, Gelegenheitsgesellschaft? Verein? § 188 [3]; Pflicht zur Anmeldung § 195; Regreß der Gründer untereinander § 202 [23]; Gründerbericht s. unten unter IV; Prüfungsbericht sub V; Haftung aus der Gründung sub VII; Strafbestimmung sub I; Statut sub B;

II. Simultangründung Begriff § 188 [1] ffg.; Gesellschaftserrichtung § 188 [3] ffg.; Gang der S. § 188 [5]; Rechtsverhältniß vor Eintragung § 188 [3]; Begriff der Aktienzeichnung § 189 [21]; Wahl des Aufsichtsraths und Vorstands § 190; Anmeldung der Ges. § 195; Gründung ein Handelsgeschäft? § 343 [27]; Stempelpflicht des Gründungsvertrages § 179 [17]; Fortsetzung der Ges. nach Auflösung § 307;

III. Successivgründung. Begriff § 188 [1]; Handelsgeschäft? § 344 [27]; Gang derselben § 189 [27]; Begriff der Aktienzeichnung § 189 [21]; Zeichnungsschein, Form und Inhalt § 189 [1—10, 18]; Zeichnung durch Bevollmächtigte, Genehmigung § 189 [2]; Mängel des Zeichnungsscheins, Heilung § 189 [11] ffg.; im Zeichnungsscheine nicht enthaltene Beschränkungen der Verpflichtung § 189 [17]; Zurückweisung von Zeichnerofferten § 189 [21]; Aktienzeichnung ein Handelsgeschäft? § 189 [23]; materielle Erfordernisse der Zeichnung, Willensmängel § 189 [23]; Strohmänner § 189 [24]; Anfechtung der Zeichnung wegen Irrthums, Betruges § 189 [24]; Stempelfragen bei Aktienzeichnung § 189 [26]; Wahl des Aufsichtsraths und Vorstands § 190; Anmeldung § 195; die gerichtliche konstituirende Versammlung § 196; Form, Frist, Zeit der Berufung § 196 [1] ffg.; 197; Leitung der Versammlung § 196 [4]; Erklärungspflicht der Gesellschaftsorgane, Abstimmung § 196 [6] ffg.; Beschlußfassung § 197 [4]; Anfechtung des Beschlusses § 197 [6]; Eintragung s. sub D. VI; Prüfungsbericht s. sub D. V.

IV. Qualifizirte Gründung § 186 [4] ffg., [13]; Sacheinlagen § 186 [5]; Pflicht des Sacheinlegers zur Aktienzeichnung § 186 [7]; Uebernahmevertrag § 186 [8], [19]; besonderer Erfüllungsvertrag neben Illationsvertrag § 186 [18]; Gewährleistung des Inferenten § 186 [19]; Anfechtung des Illations- und Uebernahmevertrages § 186 [20]; Sicherungsvorschriften (Zusammenstellung) § 186 [22]; Gründerbericht § 191 [1] ffg. Zeit, Form, rechtliche Bedeutung des Berichts § 191 [5] ffg.; Stempelfragen bei Illations- und Uebernahmevertrag § 186 [4], [23]; s. Prüfungsbericht D. V.

V. Prüfungsbericht § 192 [1] ffg.; Revisoren, Nothwendigkeit § 192 [2]; Bestellung § 192 [3]; Pflicht z. Uebernahme des Revisorenamts, Verantwortlichkeit § 204 [11]; 192 [5] ffg.; Entgelt § 194 [2]; Form, Inhalt des Berichts § 193 [1] ffg.; Niederlegung des Berichts bei der Vertretung des Handelsstandes § 193 [5]; Verhalten bei ungünstigem Bericht § 193 [6]; Meinungsverschiedenheiten zwischen Gründern und Revisoren § 194 [1]; Einsicht in den Prüfungsbericht § 199 [4]; 193 [5];

VI. Eintragung u. Publikation: Anmeldepflicht und Modalitäten der Anmeldung § 195; Inhalt der Eintragung § 198; Prüfung der gesetzmäßigen Anmeldung durch den Registerrichter § 198 [6]; Bedeutung der Gesellschaft vor Eintragung § 200 [1] ffg.; 188 [3]; Wirkung der Eintragung § 200 [8]; dgl. trotz wesentlicher Mängel des Vertrages § 309, 310; Eintragung der Zweigniederlassung § 201; Zurückweisung der Anmeldung wegen Nichtbeachtung der erforderlichen Vorschriften § 182 [22]; Unzulässigkeit der Antheilsübertragung und der Aktien (Interimsschein) -ausgabe vor Eintragung § 200 [9] ffg.;

VII. Haftung aus der Gründung § 202; gegenüber der Gesellschaft § 202 [2]; gegenüber den einzelnen Aktionären? § 202 [3]; Voraussetzung und Folgen der Haftung § 202 [5] ffg.; Gründergenossen § 202 [20] ffg.; keine vertragsmäßige Milderung der Haftung § 202 [24]; H. aus Illationsverträgen § 202 [25]; H. der Emissionshäuser § 203; insbes. bei eigenen unrichtigen Angaben aus dem Prospekt § 203 [11] ffg.; Regreß der Haftenden § 202 [23]; 203 [10]; 204 [10]; Verantwortlichkeit des Vorstandes und Aufsichtsraths bei Prüfung der Gründung § 204; H. der Revisoren § 204 [11]; H. für vorher geplante Nachgründung § 208; Pflicht zur Erhebung der Regreßklage auf Verlangen der Generalvers. § 268; Strafbestimmung s. sub J.; Vergleiche und Verzichte § 205; Verjährung § 206;

VIII. Nachgründung, Begriff und Voraussetzung ihrer Giltigkeit § 207 [1] ffg.; Erwerb von Grundstücken § 207 [10]; Bericht des Aufsichtsraths § 207 [7]; Erwerb im Wege der Zwangsversteigerung § 207 [11]; Gründerverantwortlich-

keit für vorher geplante Nachgründung § 208; Kapitalserhöhung § 279 [9]; Fortsetzung der Ges. nach Auflösung § 307;

E. Das Grundkapital.

Wesen § 178; Höhe, Festsetzung im Statut § 182 [12]; Nichtigkeit der Ges. wegen Mangels der Bestimmung über Höhe § 310 [1]; Verbot des Erwerbs eigener Aktien und Interimsscheine § 226; Kapitalserhöhung und Herabsetzung ist Statutenänderung § 274 [2]; Wesen der Erhöhung § 278 [1]; Hergang § 278 [3]; Voraussetzungen § 278 [4]; insbes. bei Versicherungsgesellschaften § 278 [5]; Abstimmungsmodalitäten § 278 [6]; Bestimmung über Zeit der Ausgabe neuer Aktien durch Generalvers., nicht durch Aufsichtsrath § 278 [6]; Ausgabekurs § 278; qualifizirte Erhöhung, Sacheinlagen § 279; Erhöhung durch Fusion § 305 [5] ffg.; Ankündigung der Tagesordnung § 278 [8]; Aufhebung des Beschlusses § 278 [17]; Stempelfragen 278 [19]; § 281 [9]; Anmeldung des Beschlusses § 280; dgl. der erfolgten Erhöhung § 284 ffg.; Zeichnungsschein § 281; Aktienbezugsrecht der Aktionäre § 282 [2] ffg.; Verbot der Aktienausgabe vor durchgeführter Erhöhung § 287; Uebergangsfragen für Mindestbetrag § 180 [16] ffg.; Verwendung amortisirter Urkunden § 227 [5]; Kapitalsherabsetzung § 288 ffg.; wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung § 288 [1] ffg.; durch Einziehung, Amortisation § 227; Verfahren bei Amortisation § 227 [2]; Wirkung § 227 [5]; Mitwirkung der Gesellschaftsorgane § 227 [8] ffg.; Eintragung der Herabsetzung 227 [15]; Gang der Herabsetzung § 288 [12]; insbes. bei mehreren Aktiengattungen § 288 [18]; Anmeldung des Beschlusses § 289, 291; Sperrjahr § 289 [7]; Herabsetzung durch Zusammenlegung von Aktien § 290; Kraftloserklärung nicht eingereichter Aktien § 290 [3] ffg.; Schaffung von Prioritätsaktien § 290 [7]; Stempelfragen bei Herabsetzung § 290 [10]; Zeitpunkt der erfolgten Herabsetzung § 291 [6] ffg.; Aktionäre als Gläubiger der Gesellschaft durch Herabsetzung des Grundkapitals § 291 [7];

Stellung des Grundkapitals in Bilanz § 261 [14], [15] ffg.; s. Prüfungsbericht D V; Genußschein Exk. zu § 179.

F. Organisation (Vorstand, Aufsichtsrath, Generalversammlung, Minoritätsrechte).

I. Vorstand, Bestellung und Zusammensetzung, Bestimmung des Statuts § 182 [15]; § 231 [17]; Zwangsbestellung § 231 [17]; Wahl im Gründungsstadium § 190; Nothwendigkeit der Bestellung § 190 [3], 231 [3]; Zusammensetzung, Qualifikation, § 231 [9] ffg.; Aufsichtsrath darf nicht V. sein; 248; Wahl einer geschäftsunfähigen Person? einer statutenmäßig nicht bestellbaren? § 231 [11]; Eintritt von Unfähigkeitsgründen nach Wahl § 231 [12]; Stellung als geschäftsführendes Organ und gesetzlicher Vertreter § 231 [1] ffg.; Bezeichnung als Vorstand wesentlich? § 231 [13]; Form der Firmenzeichnung § 233; Eintragung § 234; Fehlen von Vorstandsmitgliedern § 231 [31]; Parteieid? § 231 [4]; Zeuge? § 231 [4]; Vertretung in öffentlich rechtlicher Hinsicht § 231 [5], § 231 [8]; Statutarische Beschränkung der Vertretungsbefugniß § 235; Beschränkung durch landesgesetzliche Vorschriften § 235 [9]; Vorstand einer Zweigniederlassung § 235 [11]; Unentziehbare Geschäftsführungsakte § 231 [7]; Arbeitstheilung des Vorstandes § 231 [8]; zur Veräußerung des Gesammtvermögens Zustimmung der Generalvers. erforderlich § 303 [7]; Mehrgliederiger Vorstand § 231 [8], 232, § 235 [2]; Wechselunterschrift § 232 [4]; Ertheilung der Handelsvollmacht an einen Kollektivvertreter § 232 [7]; Postvollmacht § 232 [8]; Unredlichkeit der Gesellschaft durch **einen** Kollektivvertreter § 232 [13]; Anfechtung von Beschlüssen der Generalvers. § 235 [6], 271; Konkurrenzverbot § 236; Prokuristenbestellung § 238; Anmeldepflicht § 238 [9]; Haftung für Prokuristenversehen § 238 [13]; Widerruf der Prokuren § 238 [14]; Bestellung sonstiger Bevollmächtigter § 238 [15]; Stellvertreter des Vorstandes § 242; Stellvertretung durch Aufsichtsrath § 248; Entgegennahme von Willenserklärungen § 232 [12]; Einzelvertretungsbefugniß § 232 [15] ffg.; Kollektivvertretung mit Prokurist § 232 [17]; Wirkung der Rechtshandlungen des Vorstandes § 232 [28] ffg.; Delikte des Vorstandes § 232 [35]; Kontrahiren mit sich selbst; § 232 [39]; mit anderen Vorstandsmitgliedern § 232 [39]; Geschäft mit Gesellschaft § 247; Entlastung, Bilanzgenehmigung § 260 [4]; Weitere Fragen des Dienstverhältnisses § 231 [14] ffg.; Vergütung § 231 [21] ffg.; Tantiemenberechnung § 237; Widerruflichkeit der Bestellung § 231 [14] ffg.; Vergütung trotz Widerrufs § 231 [16]; Niederlegung des Amtes als Vorstand § 231 [18]; Stellung als Prinzipal § 231 [20] Krankheit und sonstige Behinderungsfälle § 231 [22]; Urlaub § 231 [23]; Kündigung § 231 [26]; Vertrag auf Lebenszeit § 231 [26]; sofortige Kündigung § 231 [26] ffg.; wichtige Gründe, Beispiele § 231 [28]; Anfechtung des Anstellungsvertrages § 231 [30]; Stellung im Konkurse der Gesellschaft § 231 [31]; Recht auf Zeugniß § 231 [32]; Uebergangsbestimmungen § 231 [35]; insbes. Pflichten: Rechnungslegung § 231 [33], § 260 [19]; Prüfungsbericht § 192; Anmeldung der Ges. § 195; des Vorstandes § 234 [1]; von Aenderungen ebd.; Rechte und Pflichten in der konstituirenden Generalversammlung bei Successivgründung § 196 [6] ffg.; Gründungsprüfung § 204; Durchführung des Kaduzirungsverfahrens § 219 [3]; der Amortisation § 227 [9]; unentziehbare Geschäftsführungspflichten § 231 [7]; Verantwortlichkeit bei Arbeitstheilung § 231 [8]; Beschränkungen der Vertretungsbefugniß durch Statuten und Beschlüsse § 235; Einberufung der Gen.-Vers. § 235 [5], § 253 ffg.; Buchführung § 239; strafbare Verantwortlichkeit § 239 [2]; (s. sub G.) Anzeige an Stempelbehörde von Aktienausgaben § 179 [15]; Konventinalstrafen § 236 [12]; Vorlegung der Geschäftsbücher bei Prüfung der Bilanz durch Revisoren § 267; Pflicht zum Konkursantrag § 240 [9]; zur Anzeige von Verlusten § 240 [1]; Sorgfalt bei Geschäftsführung

§ 241; Deckung durch Beschlüsse der Generalvers.? § 241 [4]; Schadensersatzpflicht § 241 [7] ffg.; den Gesellschaftsgläubiger gegenüber § 241 [11] ffg., [19]; Verjährung § 241 [17] ffg.; Ausführung von Beschlüssen der G.V. § 250 [11]; Ausführung ungiltiger Beschlüsse § 273 [12]; Anmeldung von Statutenänderungen § 277 [1]; der Kapitalserhöhung § 280; Durchführung der Kapitalsherabsetzung § 289 ffg.; Anmeldung der Auflösung § 293; (s. sub H); Haftung für Ueberschreitung des Maximalpreises für Leistungen der Aktionäre § 215 [3]; Kontrole durch Aufsichtsrath § 246; Beschränkungen durch Aufsichtsrath § 246 [10];

II. Aufsichtsrat: Nothwendigkeit § 190 [4]; Wahl im Gründungsstadium § 190; Ernennungsart § 243 [1] ffg.; Zahl § 243 [3] ffg.; Qualifikation § 243 [4], 248; Amtsdauer § 243 [5]; Fungiren eines zu Unrecht gewählten A. § 243 [12]; Aenderung in Personalverhältnissen § 244; Vertragsverhältniß zur Gesellschaft § 243 [2]; Widerruf der Bestellung § 243 [8]; Kündigung, Niederlegung § 243 [9]; Vergütung, Tantiemen § 245; Erstattung von Auslagen § 245 [2]; Entgeld für besondere Dienste § 245 [2]; Anspruch der Erben; 245 [15] ffg.; Rechte und Pflichten hinsichtlich Geschäftsführung und Kontrolle § 246 Einl.; Anfechtungsklage gegen Gesellschaft § 271 [1]; Klage gegen Vorstand § 247; Rechtsgeschäfte mit Vorstand § 247; Zeuge? § 246 Einl. a. E.; Umfang der Kontrolthätigkeit § 246 [1] ffg.; Unübertragbarkeit der Rechte § 246 [11] ffg; Geschäftsvertheilung § 246 [12]; Verwaltungsrath § 246 [12], [15]; Konstituirung, Abstimmung § 246 [14]; Stellvertretung für Vorstandsmitglieder § 248; Entscheidung des A. über Echtheiten der Vollmachten von Aktionären § 252 [8]; Bestellung und Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern § 231 [5]; A. darf nicht Mitglied des Vorstandes sein § 248; Zustimmung zur Bestellung von Prokuristen § 238; Fassung des Statuts durch A. § 274 [3]; Maß der Sorgfalt § 249; Haftung gegenüber Gesellschaft § 249 [2]; gegenüber den Gläubigern § 249 [8]; Verjährung des Anspruchs § 249 [8]; Prüfungsbericht § 192; Anmeldung der Gesellschaft § 195; Stellung in der konstituirenden Generalversammlung bei Successivgründung § 196 [6] ffg.; Anmeldung der Zweigniederlassung § 201; Verantwortlichkeit für Gründungsprüfung § 204; Ueberwachung des Amortisationsverfahrens § 227 [9]; dgl. der Ausführung von Beschlüssen der Generalvers. § 250 [12]; Anmeldung der Kapitalserhöhung § 280; Entlastung, Bilanzgenehmigung § 260 [4]; Strafbestimmung s. sub J.

III. Generalversammlung. Allgemeines § 250 [3] ffg.: Zuständigkeit § 250 [7] ffg.; insbes. zur Ueberlassung des Betriebes an Dritte, Schenkungen, Intercessionen § 250 [7]; Sonderrechte durch G. nicht entziehbar § 250 [8]; Ort § 256 [32]; Form der Berufung § 182 [16], § 255 [5]; Berufung durch Aufsichtsrath § 246 [9]; durch Vorstand § 253 ffg.; Aufhebung der Berufung § 253 [5]; Berufung durch Minderheit § 254; außerordentliche G. § 254; Bestimmung des Statuts über Berufung § 255 [1] ffg.; Anmeldung zur Theilnahme an G.V. § 255 [2] ffg.; Aktiendeposition als Bedingung der Theilnahme § 255 [3] ffg.; deutsche Sprache bei Berufung und Vertretung § 256 [25]; Leitung der G. § 256 [10] ffg.; Aufstellung des Aktionärverzeichnisses § 258; ordnungswidrige Berufung, Folgen § 256 [9] ffg.; Protokoll der G. § 259; Einreichung zum Handelsregister § 259 [3] ffg.; Tagesordnung § 256; Anträge außerhalb der T. § 256 [5]; einzelne Beschlüsse und Befugnisse: Auflösungsbeschluß § 292 [6]; Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung § 307; Beschluß zur Hebung der Nichtigkeit § 310 [3]; Separatbeschlüsse bei Kapitalserhöhung § 278 [8], § 275; dgl. bei Herabsetzung § 288 Abs. 3; Anzeige an G. von Bilanzverlust des halben Grundkapitals § 239 [7]: Ernennung des Aufsichtsraths § 243 [1]; Widerruf § 243 [8]; Vertagung der Bilanzgenehmigungsverhandlung § 264; Bestellung von Revisoren § 266; Beschluß auf Regreßklagen § 268; Ernennung und Abberufung von Liquidatoren § 295; Prüfung der Bilanz im Liquidationsverfahren § 299 [7] ffg.; Bestellung von Vorstandsmitgliedern, Widerruf § 231 [15]; Genehmigung der Jahresbilanz § 260 [1]; Gewinnvertheilung § 260 [3]; Dechargeertheilung für Gründungsfehler § 205; Zustimmung zur Nachgründung § 207 [5]; Direktiven für Amortisationsverfahren § 227 [9], [14]; Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsraths § 260 [4]; Vorbereitung der Bilanzprüfung § 260 [13] ffg.; konstituirende G. s. sub D III; Ausführung der Beschlüsse § 250 [11]; ungiltige Beschlüsse § 273 [12]; Stimmrecht § 252; Recht zur Theilnahme an G. im Verhältniß zum St. § 252 [21]; Akt.-Ges. auf Grund eigener Aktien kein St. § 226 [4]; Unentziehbarkeit § 250 [8], § 252 [2]; Abstimmung, Stimmenmehrheit § 251; insbes. bei Wahlen § 251 [3]; Modalitäten, Voraussetzungen des St. im einzelnen § 252; bei Vorzugsaktien § 252 [3] ffg.; Vollmacht zur Ausübung des St. § 252 [7] ffg.; Kollektivvertreter § 252 [11], § 232 [4]; Stimmenthaltung bei eigener Entlastung § 252 [14] ffg.; bei Rechtsgeschäften des betheiligten Aktionärs § 252 [15] ffg.; bei Wahlen § 252 [16]; Beschränkungen des Stimmrechts § 252 [1] ffg., [20].

Anfechtung von Beschlüssen § 271 ffg.; Voraussetzung § 271 [1] ffg.; Form § 271 [5], [10]; Frist § 271 [6]; die Anfechtungsberechtigten § 271 [7] ffg.; Prozessuale Fragen (Passivlegitimation, Zuständigkeit, Sicherheitspflicht) § 272 [1] ffg.; Bekanntmachung der Anfechtung § 271 [12]; Streitwerth § 271 [15]; Urtheilsfolgen § 273 [13]; Unbegründete Anfechtung, Folge § 273 [7] ffg., Folgen der unterbliebenen Anfechtung § 273 [14] ffg.; Prüfung der Giltigkeit durch den Registerrichter § 273 [13] ffg. (s. sub B) Anfechtung des Uebergangsbeschlusses durch Klage gegen die übernehmende Gesellschaft § 308; s. Liquidation sub H.

IV. Minoritätsrechte: bei Dechargeertheilung für Gründungsfehler § 205; außerordentliche Generalvers. § 254; Ankündigung von Gegenständen zur Beschlußfassung § 254 [15] ffg.; auf Grund rechtlicher Ermächtigung § 254 [16] ffg.; Kosten der Einberufung und Bekanntmachung § 254 [24]; Vertagung der Bilanzgenehmigungs-

versammlung § 264; Bestellung der Revisoren § 266; Regreßklagen § 267, 268; Anfechtung von Beschlüssen der G.V. § 271 ffg.; Ernennung von Liquidatoren § 295 [4] ffg.; M. im Ggs. zu Rechten der Generalvers. § 250 [1] ffg.; zu Sonderrechten § 250 [8]; zu gemeinem Rechte § 250 [9]; Separatbeschlüsse s. oben sub F III.

G. Bilanz und Reservefonds.

I. Bilanz: Bedeutung der Bilanzvorschriften, Folgen ihrer Verletzung § 261 [1] ffg.; allgemeine Vorschriften § 261 [16]; von einzelnen Bilanzposten § 261 [9] ffg.; Ansetzung der Aktiven § 261 [3] ffg.; der Passiven § 261 [8, 11]; Minderbewerthungen § 261 [6] ffg.; Grundkapitalsziffer, Passivposten § 261 [12, 14, 41] ffg.; Delkrederekonto § 261 [16]; schwebende Engagements § 261 [23]; Ansatz von Wertpapieren und Waaren § 261 [17] ffg.; maßgebender Zeitpunkt für Werthansatz § 261 [21]; Aufstellung in Reichswährung § 239 [7]; Stellung der Bauzinsen § 215 [6]; des Gewinnpostens unter Passiva § 261 [14]; Halbfabrikate § 261 [24]; Schenkungen § 261 [25]; Aktien anderer Gesellschaften mit Dividendenschein § 261 [26]; Provision § 261 [28]; Kauf in Subhastation § 261 [29]; Patente § 261 [30]; Pauschalgewähr § 261 [31]; dauernde Anlagen § 261 [33] ffg.; Abnutzung, Erneuerungsfonds § 261 [36]; eigene Aktien, Aktivposten § 226 [2]; Aktienamortisation § 227 [6]; Verwaltungskosten § 261 [37] ffg.; Gewinn und Verlust sind hervorzuheben § 261 [41]; Genehmigung durch G.V. § 260 [1] ffg.; Vertagung der Bilanzgenehmigungsverhandlung § 264; Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsraths § 260 [4] ffg.; Bilanzprüfung § 260 [1] ffg.; Vorbereitung zur Prüfung § 260 [13] ffg., 263; Geschäftsbericht § 260 [18]; Publikation der Bilanz § 265; Einreichung zum Handelsregister § 265; insbes. bei Zweigniederlassung § 265; Prüfung durch Revisoren § 266 ffg.; Pflicht des Vorstandes zur Bilanzzeichnung § 239.

Eröffnungsbilanz, maßgebender Zeitpunkt bei Uebernahme eines ganzen Etablissaments § 239 [6].

Liquidationsbilanz § 299.

Strafbestimmungen s. sub J; Tantiemeberechnung des Vorstandes § 237.

II. Reservefonds: Gesetzlicher § 262 [1] ffg.; gesonderte Verwaltung des R. § 262 [4]; Zweck des R. § 262 [6] ffg.; Bildung § 262 [8] ffg., [25]; Höhe § 262 [13]; Agio, Stückzinsen ebd.; Umwandlung in andere Sorten und Aufhebung § 262 [20] ffg., [30]; freiwillige R. § 262 [23] ffg.; unechte § 262 [23]; Stellung in Bilanz § 261 [12, 41]; Ausschüttung des freiwillig gebildeten R. § 261 [13]; Reingewinn aus amortisirten Aktien? § 227 [13]; Dividendenergänzungsfonds § 215 [4]; Erneuerungsfonds § 261 [36]; Berücksichtigung des R. bei Tantiemenberechnung des Vorstandes § 237;

H. Auflösung (Allgemeines, Nichtigkeit, Liquidation, Fusion).

I. Allgemeines: Begriff und Folgen der Auflösung § 292 [1] ffg.; Auflösungsgründe § 292 [4] ffg., [9] ffg.; Zeitablauf § 292 [4]; Generalversammlungsbeschluß § 292 [6]; Konkurs § 292 [7], 307 [10] ffg.; Entziehung der obrigkeitlichen Genehmigung § 292 [10]; Konzessionsentziehung kein A.grund § 292 [12]; Vereinigung der Aktien in eine Hand kein A.grund § 292 [12]; Stempelfragen § 292 [12]; Amortisation sämmtlicher Aktien § 292 [13]; Verlegung des Sitzes ins Ausland § 292 [14]; kein Auflösungsrecht des einzelnen Aktionärs § 292 [16]; Fortfall des Vermögens kein A.grund § 292 [17]; Eintragung des A. § 293; Fortsetzungsbeschluß nach Auflösung § 307 [1] ffg.; insbes. bei Veräußerung des Gesammtvermögens § 307 [4]; nach Beendigung des Konkurses § 307 [10] ffg.; Eintragung § 307 [7].

II. Nichtigkeit §§ 309 ffg.; Voraussetzung § 309 [2] ffg., § 310 [2]; Rechtsfolgen § 309 [10] ffg.; Eintragung der N. § 309 [12]; Folgen der Eintragung § 311; Nichtigkeitsklage § 309 [14]; Löschung von Amtswegen § 309 [15]; Nichtigkeit ausländischer Akt.Ges.; hiesiger Zweigniederlassungen § 309 [17]; Heilbare Mängel § 310 [1] ffg.; Art der Heilung § 310 [3] ffg.; Folgen der Heilung § 310 [5],

III. Liquidation §§ 294 ffg.; Allgemeines über die einschlägigen Vorschriften § 294 [3] ffg.; Statutenänderung während Liquidation § 294 [3]; Einforderung rückständiger Einlagen § 294 [3]; Prokuristenbestellung unzulässig, Erlöschen der bestehenden Prokura § 298 [11]; Liquidationsbilanz § 299; Genehmigung durch Generalvers. § 299 [7]; Vertheilung von Liquidationsüberschüssen § 300; Veräußerung des ganzen Geschäfts § 303 ffg.; an den einzigen Aktionär § 303 [3]; Form des Vertrages § 303 [15]; Verstaatlichung, Veräußerung an eine öffentliche Korporation ohne Liquidation § 304; Eintragung § 304 [5] ffg.; Veräußerung an eine andere Akt.Ges. § 305 ffg.; an Kommanditges. auf Akt. § 305 ffg.; an Ges. mit beschr. Haftung § 305 [4]; Anfechtung des Uebertragungsbeschlusses durch Klage gegen übernehmende Gesellschaft § 308; Gläubigerschutzvorschriften § 301; Sperrjahr § 301 [2]; Haftung der Organe für Schutzvorschriften § 301 [8]; Schlußrechnung § 302 [1]; Schlußgeneralversammlung § 302 [4]; Erlöschen der Firma, Eintragung § 302 [6]; Bücher und Papier § 300 [7] ffg.; Erneuerung der L. bei Auffindung neuen Vermögens § 302 [16];

Liquidatoren: Berufung § 295 [1] ffg.; Vorstand, gesetzlicher Liquidator § 295 [3]; Bestimmung durch Statut § 295 [1]; richterliche Ernennung § 295 [4]; Abberufung § 295 [9]; Dienstverhältniß § 295 [13]; Anmeldung und Eintragung § 296; Firmenzeichnung § 296, 297 [8]; Aufforderung an die Gläubiger § 297; weitere Rechte und Pflichten § 298 ffg.; kein Konkurrenzverbot § 298 [12]; Ordnungsstrafen § 299 [10]; Schlußrechnung § 302;

IV. Fusion: F. ohne sofortige Verschmelzung § 305; Rechte des einzelnen Aktionärs bei Fusion § 305 [2]; Hergang der Fusion § 305 [6] ffg.; Gläubigerschutzvorschriften § 305 [20]; Stempelfragen § 305 [24];

F. mit sofortiger Verschmelzung § 306; Hergang § 306 [5] ffg.; Prozeß gegen die untergegangene Gesellschaft § 306 [11]; Gläubiger-

schutzvorschriften § 306 [12] ffg.; Konkurs § 306 [16]; Haftung der Gesellschaftsorgane für Schutzvorschriften § 306 [19]; Stempelfragen § 306 [20];

J. Strafbestimmungen:

I. Allgemeines § 312 [1] ffg.: Versuch § 312 [2];

II. Delikte: Absichtliche Benachtheiligung der Gesellschaft § 312 [4] ffg.; falsche Angabe bei Gründung und Aktienausgabe § 313; unzulässige Aktienausgabe § 314; Unterlassung der Bestellung eines gehörigen Aufsichtsraths § 315 [1] ffg.; des Konkursantrages § 315 [1] ffg.; falsche Bescheinigungen, Benutzung zu Stimmzwecken § 316; Stimmenkauf § 317; Mißbrauch fremder Aktien § 318; Aktienleihe gegen Entgelt § 318 [8]; betrügerische Einwirkungen auf Kurs Exk. zu § 318; betrügerische Angabe zwecks Verletzung zum An- und Verkauf ebd.; Preßdelikte § 313 [12]; Stempelvergehen § 179 [15];

III. Ordnungsstrafen § 319; insbes. der Liquidation § 299 [10], 319 Abs. 1;

Aktienzeichnung, Handelsgeschäft? § 343 [27]; s. Akt.Ges. sub D III.

Aktionär s. Akt.Ges. sub C II.

Aktionärverzeichnis § 258;

Aktiva, maßgebender Augenblick für Einstellung in Bilanz § 40 [4]; s. Bilanz;

Aktivlegitimation der Frau im Prozesse über ihr Eingebrachtes E IV [81].

aliud, Leistung eines **a.** Uebergabeverzug? Exk. zu § 374 [38]; Rügepflicht? § 377 [4], 378.

Amtliche Feststellung von Terminpreisen Exk. zu § 376 [9].

Amortisation von Aktien § 227 ffg.; s. Akt.Ges. E, abhanden kommen, Aufgebot, Kraftloserklärung; von Ordrepapieren § 365 Abs. 2.

Amtsdauer des Aufsichtsraths § 243 [5].

Amtswegen, von, Löschung einer nichtigen Akt.-Ges. § 309 [15]; Beachtung der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge § 377 [105]; s. Handelsregister.

Analphabeten § 350 [41].

Anatocismus s. Zinseszins.

Androhung des Selbsthilfeverkaufs § 373 [24]; A., die Erfüllung nach Ablauf der Nachfrist abzulehnen Exk. zu § 374 [69] ffg.; an säumigen Aktionär § 239; s. Pfandverkauf.

Anerkennung der Bilanz § 41 [1]; s. Anerkenntniß.

Anerkenntniß einer Abrechnung, Handelsgeschäft? § 343 [10]; s. Schuldanerkenntniß; Saldo.

Anfang des Monats, Bedeutung Exk. zu § 359 [31].

Anfechtung des Gesellschaftsvertrages durch o. H.Gesellschafter § 133 E., [23]; des Errichtungsbeschlusses der konstituirenden Generalversammlung § 197 [6]; von Generalversammlungsbeschlüssen überhaupt §§ 271 ff.; insbes. wegen Verletzung parlamentarischer Regeln § 256 [29]; wegen unterlassener Vorlegung der Unterlagen zur Bilanzprüfung § 263; s. Akt.-Ges. sub F III; der Rückzahlung an stillen Ges. oder der Verlustbefreiung § 342; des Saldoanerkenntnisses § 355 [29] ff.; s. Betrug, Irrthum; paulianische Anfechtung des Retentionsrechts § 369 [59].

Angebot der Waaren, Voraussetzung des Annahmeverzuges § 373 [8]; s. Offerte.

Angeld Exk. zu § 348.

Angemessener Kaufpreis, Beweislast Exk. vor § 373 [16]; E IV [32].

Angestellter im Laden oder off. Waarenlager, Begr. § 56 [1]; Vollmacht desselben § 56 [3], [4]; s. Handlungsgehilfe; nicht kaufmännische Dienste von A. § 83.

Ankauf s. Anschaffung, Kauf;

Ankündigung s. Bekanntmachung; von Gegenständen zur Beschlußfassung in Generalvers. § 254 [15] ffg.

Anlagen, dauernde, Ansatz in Bilanz § 261 [33] ffg.; s. Nachgründung.

Anmeldung zum Register § 12 [2] ffg.; der Firma und des Orts der Handelsniederlassung § 29 [2] ffg.; eine jur. Person § 33 [5] ffg.; rechtlicher Veränderungen § 34; einer öffentlichen Korporation § 36 [6]; des Vorstandes einer Akt.Ges.; Aenderung in Vertretungsverhältnissen § 234 [1] ffg.; s. Handelsregister.

Annahme einer Offerte Exk. zu § 361 [1] ffg.; Erlöschen der A. ebd. [14]; A. durch Schweigen Exk. zu § 361 [17], [48]; insbes. bei Geschäftsverbindung oder Erbieten § 362; durch vollendete Leistung ohne Erklärung (Verkehrssitte, Verzicht) Exk. zu § 361 [56] ffg.; A. unter Abwesenden ebd. [28] ffg.; unter Anwesenden ebd. [22] ffg.; bei Fristsetzung des Antragenden Exk. zu § 361 [36]; verspäteter Eingang der A. ebd. [42] ffg.; A. unter Modifikationen ebd. [50] ffg.; A. einer Erbschaft durch Fortführung des Geschäfts ohne Firma § 27 [6]; dgl. durch Fortführung der Firma unter Ablehnung der unbeschränkten Haftung § 27 [12]; s. Offerte, Beurkundung, Schlußnote.

Annahmeverzug s. Kauf sub VI; des Käufers, Gefahrübergang Exk. zu § 382 [46].

Annoncenspediteur Exk. zu § 415, § 1 [72]; Tarife des § 346 [15].

Annullirung s. Widerruf;

Anomale Ordrepapiersuccession § 364 [13].

Anpreisungen s. Akt.Ges. sub D VII.

Ansätze der Bilanz, Bemängelung durch Minderheit der Aktionäre § 264.

Anschaffung, Begriff § 1 [32]; Anschaffungsgeschäfte § 1 [33] ffg., § 343 [23]; s. Arbeitsmittel.

Anschaffungspreis maßgebend für Bilanz § 261 [17] ffg.

Anstellungsvertrag der Handlungsgehilfen § 59 [25]; der Lehrlinge § 76 [13]; s. Engagement.

Antheil des o. H.Gesellschafters am Ges.Vermögen, Aktiv-, Passivsaldo, juristisches Wesen § 120 [7]; s. o. H.G. sub II Rechte; Antheilsrechte an dem zu erhöhenden Kapitalsvermögen einer Akt.Ges., Uebertragung § 287.

Antheilscheine s. Interimsscheine;

Antrag auf Beweisführung wegen Mängel Exk. zu § 379; s. Offerte; A. außerhalb der Tagesordnung § 256 [5]; auf Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß des O.H.Gesellschafters § 117 [1] ffg.; der Vertretungsmacht § 127 [1] ffg.; auf Auflösung der O.H.G. § 133; auf Ausschließung § 140; auf Liquidatorenernennung §§ 146, 147; s. Revisoren.

Antwort s. Annahme.

Anweisungen, kaufmännische, Begriff § 363 [1] ffg. [15]; Indossirbarkeit § 363 [4] ffg.; sonstige civilr.

Wirkungen § 363 [6] ffg.; Annahme der A. ebd. [7]; Einreden § 363 [9] ffg., 364; Verjährung § 363 [11]; kein Regreß gegen Aussteller § 363 [12]; mündlich § 363 [14]; Konkurs des Assignanten § 363 [15]; Widerruf § 363 [6]; bestimmte A. des Käufers zur Waarenübersendung Exk. zu § 382 [39] ffg.; s. Frachtgeschäft, Kommissionsgeschäft.

Anwesende s. Offerte.

Anzeige der Ablehnung eines Antrages § 362; s. Avisiren Denunciatio, Androhung; Mängelanzeige s. Kauf sub V; Anzeigefrist der Agenten § 84; des Mäklers bei Unterschriftsverweigerung § 94; s. Fixgeschäft, Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter, Frachtführer.

Apothekergehilfe § 59 [13], [15].

Arbeitskraft keine Kommanditisteneinlage § 161 [9].

Arbeitsmittel, Ankauf von § 1 [41].

Arbeitszeit der Handlungsgehilfen § 62 [4].

Arbitrageverfahren, Rügepflicht § 377 [30].

Arglistiges Verschweigen von Mängeln § 377 [30], [123] ffg; Arglist des Vertreters Exk. zu § 58 [26] ffg., § 377 [127].

Arrest s. Zwangsvollstreckung.

Arrha s. Draufgeld.

Art und Güte von Waaren § 360.

Assignation s. Anweisung.

Aufbewahrung, Vergütung der Kaufleute für A. § 354; Pflicht zur A. nicht bestellter Waaren? § 362; Retentionsrecht des Aufbewahrers § 369 [45]; A. beanstandeter Waaren § 379; bei einseitigen Handelskäufen und Platzgeschäften § 379 [26]; Kosten der A. § 379 [14]; unentgeltliche A., Haftung § 347 [7]; s. Lagergeschäft, Bankverwahrungsgeschäft.

Aufforderung an Gläubiger einer Akt.Ges. § 297.

Aufgebot von Aktien, Interimsscheinen § 228; Dividendenscheinen? § 228 [6]; von Orderpapieren § 365 Abs. 2; eines verkauften Papiers, Erfüllungsverzug § 377 [36]; s. Amortisation, Kraftloserklärung, Abhandenkommen.

Auflösung s. offenes Handelsges. sub V, Akt.Ges. sub H, s. Kommanditges. auf Akt. sub F und § 330; stille Ges. § 339.

Aufrechnung s. Kompensation.

Aufschiebende Bedingung, Beweislast E IV [57].

Aufschrift auf Verpackung betr. Gefährlichkeit § 456 [11].

Aufsichtsrath s. Akt.Ges. sub F II; s. Kommanditges. auf Akt. sub E.

Auftrag an Bankier § 362 [4]; zum Abschluß von Börsentermingeschäften Exk. zu § 376 [11]; von Differenzgeschäften ebd. [60]; s. Kreditauftrag, Offerte, Geschäftsverbindung.

Aufwendungen des Kommissionärs § 396 [11].

Augenfällige Fehler § 377 [125].

Ausbildung s. Lehrling.

Ausdruck, zweideutiger § 346 [3].

Auseinandersetzung s. off. Handelsges. VI; A. mit ausscheidenden Komplementar einer Kommanditges. auf Akt. § 330 [34]; still. Ges. § 340; Gelegenheitsges. Exk. § 342 [64] ffg.

Ausfallproben, Rügepflicht und Zeit § 377 [30];

Ausführungsanzeige des Kommissionärs § 384 [11] ffg., § 405.

Ausfuhrverbot, verspätete Ablieferung des Spediteurs wegen § 414 [5].

Ausgabekurs der Aktien bei Kapitalserhöhung § 278 [9]; Verbot der Ausgabe vor Eintragung der Kapitalserhöhung § 287; s. Emissionskurs und Akt.Ges. sub C.

Aushändigung, Leistung gegen A. der Orderpapiere § 364 [1] ffg.; s. Ladeschein.

Aushilfe, vorübergehende § 69.

Auskehrung s. Auseinandersetzung.

Auskunft Exk. zu § 349; der Registerrichter § 9 [4]; s. Rath.

Auskunftsbureau § 2 [3]; Kaufmann Exk. zu § 349 [3]; s. Rath.

Auslagen. Vergütung der Kaufleute für A. § 354 [10]; kein Erstattungsanspruch aus Börsenterminegeschäften Exk. zu § 376 [14]; dgl. bei Differenzgeschäften ebd. [48]; s. Makler, Aufsichtsrath, Vorstand; des Kommissionärs § 396 [11]; des Spediteurs § 409 [6]; Pflicht desselben zu § 409 [11]; s. Lagergeschäft.

Ausland, Mißbrauch einer Firma im § 37 [21]; Handlungsgehilfe im § 68; A. als Abschluß- und Erfüllungsort für Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [23]; dgl. für Differenzgeschäfte ebd. [58]; s. Ausländer, Ausländisch.

Ausländer, Firma derselben § 30 [11]; Schutz gegen unbefugte Firmirung § 37 [16]; Aufsichtsrath § 243 [4]; s. Ausland, Ausländisch.

Ausländische Ehefrau E [100]; ausl. Gesellschaften, Recht zum Gewerbebetriebe, Grunderwerbe § 6 [3]; insbes. ausl. offene Handelsges. § 105 [31]; ausl. Akt.Ges. § 178 [10], § 201 [14] ffg., [33] ffg.; Nichtigkeit d. a. Akt.Ges. § 309 [17]; a. Urtheile über Börsen- und Differenzgeschäfte Exk. zu § 376 [24], [58]; s. Ausland, Ausländer.

Auslegungsregel. Unterschied vom Dispositivgesetz E [42]; A. von Willenserklärungen § 346;

Auslieferungsprovision des Kommissionärs § 396 [7].

Auslosung von Aktien § 227.

Auslosungskontrole durch Kommissionär § 384 [2];

Ausnahmetarife § 461 [1] ffg., 462, 463.

Ausscheiden aus Kommanditges. auf Aktien § 330 [27] ffg.; aus Gelegenheitsges. Exk. zu § 342 [70] ffg.; s. Auflösung, offene Handelsges.

Ausschlagungsfrist (der Erben) § 27 [20]; hindert den Verzug bei Tod des Verpflichteten Exk. zu § 374 [131].

Ausschluß von Einzelvertretung bei offener Handelsges. § 125; richterlicher A. eines socius § 140; vertragsmäßiger A. der Schadensersatzpflicht § 347 [22]; insbes. bei Rath, Auskunft Exk. zu § 349 [32]; A. von Börsenbedingungen bei Lieferungsgeschäften, Börsengeschäft? Exk. zu § 376 [4]; der Haftung der Eisenbahn s. dort.

Austrocknung von Frachtgut § 459.

Auswahlsendung Exk. zu § 382 [16] ffg.

Außenstände s. Firma.

Außereuropäische Handelsniederlassung, Handlungsgehilfe im § 68; s. ausländisch.

Außerkontraktlich s. Schadensersatz.

Aeußerlich erkennbare Mängel § 377 [13] ffg.

Auszug aus vorgelegten Handelsbüchern § 46; aus dem Mäklertagebuche § 101.

Automaten, Verkauf aus Exk. von § 373 [27].
Aval, kleine civilr. Bürgschaft § 349 [10].
Aviſiren einer Tratte § 346 [14].

Baarkauf, Exk. vor § 373 [27].
Baarzahlung auf Aktien § 195 Abſ. 3.
Bankdepotbuch § 38 [8].
Bankdepotgeſetz, Beſtimmungen bezüglich Kommiſſionar § 383 [38] ffg., 384 [45]; insbeſ. bezüglich Pfandrechts des Kommiſſionärs § 397 [2]; ſ. Bankverwahrungsgeſchäft.
Bankhaus, Emiſſion bei Kapitalserhöhung § 282 [1], § 283 [2]; Strafbeſtimmungen § 313, § 318 [9].
Bankier, Rath des B. Exk. zu § 349 [13]; ſtillſchweigende Annahme eines Auftrages § 362 [4]; Schlechtgläubigkeit bei Veröffentlichung abhanden gekommener Inhaberpapiere § 367; Verkauf verpfändeter Papiere bei Kursrückgang § 368 [30]; Differenzgeſchäfte mit B. Exk. zu § 376 [46]; Schnitt des B. § 387 [1]; ſ. Bankverwahrungsgeſchäft.
Bankier- und Geldwechslergeſchäfte § 1 [62] ffg.; ſ. Bankier.
Banknoten, Zahlung in B. § 361 [5].
Bankverwahrungsgeſchäft, Exk. zu § 424.
Bauhandwerker, § 1 [46], [51], § 4 [2] ffg.
Bauunternehmer, Vertragsform § 350 [17].
Bauzinſen, § 215 [5], § 217 [3], [18]; bei Kommanditgeſ. auf Akt. § 320 [59].
Beamte des Staats, keine Handlungsgehilfen § 36 [11]; Verſehen derſelben § 36 [10]; B. der Akt.Geſ., Vollmacht § 238 [15] ffg.; § 243, 248.
Beamtenkaution, Annahme eingener Akt. § 226 [6].
Beanſtandung der Waaren, Aufbewahrungspflicht, Nothverkauf § 379.
Beauftragter, Handeln eines nicht Bevollmächtigten, Exk. zu § 58 [35] ffg.; ſ. Auftrag.
Bedingung ſ. Beweislaſt.
Beendigung ſ. Kündigung, Auflöſung, Abberufung.
Beförderung ſ. Frachtgeſchäft; Transport; Eiſenbahn.
Beförderungsſchein § 463.
Befreiung des Aktionärs §§ 221 ffg., ſ. Ausſchluß.
Befriſtung ſ. Beweislaſt.
Begebungskonſortien, Exk. zu § 342 [75] ffg.
Begebungsvertrag bei Aktienübertragung § 222 [6]; B. neben Indoſſament von Ordrepapieren § 365 [6]; ſ. Indoſſament, Ordrepapieren.
Beginn der O.H.G. § 123 [1] ffg.; der Geſchäfte einer Kommanditgeſ. vor Eintragung § 176.
Beglaubigung ſ. Abſchriften.
Begleitadreſſe bei Poſtſendungen iſt Frachtbrief § 426 [8]; Begleitpapiere § 427.
Behinderung des Handlungsgehilfen § 63 [3] ffg.
Beiträge der Geſellſchafter Exk. zu § 122 [1] ffg.; ſ. Einlagen, Aktionär.
Bekanntmachung der Eintragungen in das Regiſter § 10 [1] ffg.; des Ueberganges der Aktiven eines Geſchäfts § 25 [16] ffg.; der Paſſivenübernahme § 25 [26] ffg.; Form der Bekanntmachungen bei Akt.Geſ. § 182 [17], ſ. Akt.Geſ. sub D. VI; B. von Aenderungen in Perſonalverhältniſſen des Aufſichtsraths § 244; ſ. Ankündigung; B. des Protokolls der Generalverſammlung § 259 [9]; ſ. Tagesordnung; B. der Bilanz § 265; B. des Ausgabepreiſes neuer Aktien § 282 [4]; der Aufforderung zur Aktienrückgabe zwecks Kapitalsherabſetzung § 290; der Aufforderung an Gläubiger einer Akt.Geſ. § 297; B. des Verluſtes von Inhaberpapieren § 367; des bevorſtehenden Pfandverkaufs § 368 [45]; B. von Ausnahmetarifen § 461; ſ. Androhung.
Belaſtung mit Nießbrauch, Form § 350 [27]; B. von Grundſtücken §§ 49, 54, 126.
Nach **Belieben** § 346 [17].
Belohnung der Gründer §§ 186, 192.
Benachtheiligung, abſichtliche der Akt.Geſ. § 312.
Berechnung von Friſten, Terminen Exk. zu 359 [15] ffg., [32].
Bergbau, kein Anſchaffungsgeſch. § 1 [35]; kaufmänniſche Betriebe § 2 [5].
Bergwerksgeſellſchaften § 2 [4].
Berichterſtattung des Vorſtandes an Aufſichtsrath § 246 [4] ffg., ſ. Gründung.
Berlin, als einheitlicher Handelsplatz, Umfang § 379 [10].
Berufsteingräberei § 1 [35].
Beſchädigung, Umtauſch von Aktien wegen § 228; ſ. Schadenserſatz; B. des Kommiſſionsguts § 388; des Lagergutes § 414; von Frachtgut § 429; Haftpflicht der Eiſenbahn §§ 456, 457.
Beſcheinigungen, des Regiſterrichters § 9 [3]; falſche zu Stimmzwecken, aktienr. Strafe § 316; B. der Eiſenbahn über Güterempfang § 455.
Beſchluß ſ. offene Handelsgeſ., Generalverſ., Kommanditgeſ. auf Aktien.
Beſchränkungen des Stimmrechts eines Aktionärs § 252 [3] ffg.; der Prokura § 50; der Handlungsvollmacht § 54; des Handlungsgehilfen nach Beendigung des Dienſtverhältniſſes § 74; der Liquidatoren einer off. H.G. § 151; des Vorſtandes der Akt.Geſ. § 235; der Eiſenbahnhaftpflicht § 460; ſ. Lohnbeſchlagnahme.
Beſchwerde gegen Verfügungen und Beſchlüſſe des Regiſterregiſters § 14 [9] ffg.; weitere B. § 14 [3]; ſeitens der Organe des Handelsſtandes § 14 [15]; B. gegen richterliche Ermächtigung zur Anberaumung einer außerordentlichen Generalverſ. § 254 [16] ffg., [25]; B. gegen Ernennung von Reviſoren § 266 [15].
Beſeitigung, heilbarer Mängel einer Akt.Geſ. § 310; ſ. Nachbeſſerung.
Beſicht, Kauf auf B. Exk. zu § 382 [13] ffg.; Kauf sub II.
Beſitz, mittelbarer, gutgl. Erwerb abhanden gek. Sachen § 366 [45]; ſ. Eigenthum. B.übergang beim Kommiſſionsgeſchäft § 383 [27] ffg.
Beſtätigungsſchreiben § 346 [14]; bez. Erfüllungsortes Exk. z. § 372 [28a]; bez. Erfüllungszeit Exk. z. § 372 [33]; bez. Zahlungsmodalitäten ebd. [49].
Beſtellgeld trägt Schuldner (Käufer) Exk. zu § 372 [47].
Beſtimmbarkeit von Preis- und Waare Exk. vor § 373 [13—16].
Beſtimmungsort Exk. zu § 372 [6].
„Beſtmöglichſt" Verkauf § 384 [7].
Betrug, Anfechtung des Dienſtvertrags § 70 [19]; Anfechtung der Aktienzeichnung § 189 [24]; Anf. der durch Uebertragung erlangten Aktionär-

eigenschaft § 223 [8]; Anf. des Saldoanerkenntnisses § 355 [29]; Einrede des B. gegen Ordrepapiere § 364 [5] flg.
Betrügerische Einwirkungen auf Kurs § 318 Exk.; Betr. Bekanntmachungen ebd.
Beurkundung, vereinbarte Exk. zu § 361 [72]; gerichtliche oder notarielle B. der Annahme ersetzt Annahmeerklärung Exk. zu § 361 [64] flg.
Bevollmächtigte s. Vollmacht; Stimmenkauf § 317.
Bewegliche Sachen § 1 [36]; s. Retention, Verpfändung.
Beweis s. Beweislast.
Beweiskraft der Handelsbücher § 47, § 45 [2]; s. Handelsbücher, Beweislast;
Beweislast (Beweis) E IV; hinsichtlich Essentialien E [32]; Accidentalien E [34]; Erfahrungssätze E [58]; Ziel E [54] flg.; vertragliche Kündigungsfrist E [55]; bei Handlungsgehilfen § 66 [7]; aufschiebende Bedingung E 57; Provisionsforderung des Agenten E [60]; Gelegenheit des Weiterverkaufs bei Schadensersatzrechnung des Käufers wegen Nichterfüllung E [60]; s. Weiterverkauf; Schuldschein E [60]; Theaterbillet E [61]; Kaufmannseigenschaft bei eingetragener Firma § 5 [7]; Anstellung für kaufmännische Dienste § 59 [10]; Entlassung § 70 [1]; unbefugte Dienstversäumniß § 72 [8]; Richtigkeit registrierter Thatsachen § 8 [15]; Nichtkennen, Nichtkennenmüssen eingetragener Thatsachen § 15 [6]; keine Modifikation der B. wegen Editionspflicht der Handelsbücher § 45 [2]; Beschränkungen der Handlungsvollmacht § 54 [23]; Kontrahiren im eigenen oder fremden Namen Exk. zu § 58 [4]; Falsus procurator Exk. zu § 58 [52]; Exkulpation des Agenten § 84 [21]; Provisionspflicht des Prinzipals bei Nichtausführung des Geschäfts § 88 [7]; B. für den Gesetzen zuwiderlaufende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages § 109 [8]; Anwendung der erforderlichen Diligenz eines Gesellschafters Exk. zu § 122 [16]; B. für Kontrahiren für Gesellschaft § 126 [15]; bestimmte Dauer des Gesellschaftsvertrages § 132 [11] flg.; Leistung der Kommanditisteneinlage § 171 [11]; Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes § 202 [9]; Empfangnahme rechtswidriger Zahlungen seitens des Aktionärs § 217 [12]; Sorgfalt der Organe einer Akt.Ges. § 241 [2], § 347 [13]; B. für Voraussetzungen der Vertragsstrafen § 348 [3]; Nebenabreden neben Urkunde § 350 [50] flg.; ortsübliche angemessene Provision eines Kaufmanns § 354 [15] flg.; B. für **Fälligkeit** einer Leistung Exk. zu § 359 [3] flg.; Qualität der gekauften Waaren § 360 [7]; gehörige Annahme eines Antrages Exk. zu § 361 [20], [34]; Einreden gegen Ordrepapiere § 364 [18]; Eigenthumsrecht § 366 [50]; für vertragsmäßigen Erfüllungsort Exk. zu § 372 [29]; Kaufabschluß Exk. vor § 373 [57]; für Erfüllung Exk. vor § 373 [59]; Stundung ebd. [60]; Annahmeverzug des Käufers § 373 [14]; Zahlungsverzug des Käufers Exk. zu § 374 [14]; Fixgeschäft § 376 [7]; Differenzgeschäft Exk. zu § 376 [62]; Fragen der B. bei Qualitätsmängeln § 377 [104] flg.; Umkehrung der Beweislast wegen Unmöglichmachen der Beweisführung § 377 [107]; Kauf nach Probe Exk. zu § 382 [7] flg.; Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [17] flg., [20] flg.; Anwendung der dem versendenden Verkäufer obliegenden Sorgfalt Exk. zu § 382 [38] flg.; Beweisfragen beim Kommissionsgeschäft § 383 [11]; insbes. für Sorgfalt § 384 [7] flg.; bei Verantwortlichkeit für Kommissionsgut § 390 [3]; für günstige Abschlußmöglichkeit des Kommissionärs § 401 [7]; Exkulpirungspflicht des Spediteurs § 408 [21] flg.; des Frachtführers s. Frachtgeschäft; Beweiskraft des Frachtbriefes § 426; Beweislast hinsichtlich Entschuldigungsgründe der Eisenbahn § 456 [15].
Beweissicherung, Antrag auf B. wegen Mängel Exk. zu § 379.
„Bezahlt", Bedeutung als Börsenausdruck Exk. vor § 373 [19] Note 1; Bezahlt Brief; B. Geld ebd..
Bezugsrecht auf neue Aktien §§ 282, 283;
Bilanz. Begriff § 39 [1]; Zeit § 39 [2], [3]; Ansatz in Reichswährung § 40 [1]; Ansatz der Aktiven und Passiven § 40 [2] flg.; Einlagen eines stillen Ges. § 40 [7]; Mitgift der Frau des Geschäftsinhabers ebd.; Obligationen ebd.; schwebende Verbindlichkeiten § 40 [8]; Unterschrift und Aufbewahrung § 41, § 44; B. maßgebend für Prinzipal und commis intéressé § 65 [5] flg., [8]; bei Auseinandersetzung der o. H.Gesellschaften Exk. zu § 141 [5]; B. bei Eröffnung und Schluß der Liquidation einer o. H.G. § 154 [1] flg.; s. Akt.Ges. sub G; Genehmigung durch Generalvers. § 260 [1]; Bilanzprüfung durch Generalvers. § 260 [1] flg., [13] flg.; Liquidationsbilanz der Akt.Ges. § 299; B. der Kommandit-Ges. auf Akt. § 320 [64] flg.;
Billet s. Fahrschein.
Binnenschifffahrt § 425 [6].
Blankoindossement von Ordrepapieren § 365 [3].
Blätter s. Bekanntmachung.
Blinde § 350 [31].
Bodmereibriefe, s. Indossabilität § 363 Abs. 2.
bona fides s. Glaube.
Börsenausdrücke, einzelne Exk. vor § 373 [19] Note 1.
Börsengesetz, Exk. z. § 376, Strafbarkeit des Kommissionärs § 401 [9]; s. Börsentermingeschäfte.
Börsenpreis, Bedeutung Exk. vor § 373 [19]; Geltung als vereinbart ebd.; Pfandverkauf aus freier Hand zum B. § 368 [43].
Börsenregister, Folgen der Eintragung und Nichteintragung Exk. zu § 376 [13] flg., [25] flg.
Börsenvorstand, Feststellung der Geschäftsbedingungen für Terminhandel Exk. zu § 376 [8].
Börsentermingeschäfte, Begriff Exk. zu § 376 [2] flg., [7] flg.; fixe Zeitbestimmung Exk. zu § 376 [7]; börsenmäßige Geschäftsbedingungen Exk. zu § 376 [8]; amtliche Preisfeststellung Exk. zu § 376 [9]; können handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte B. sein Exk. zu § 376 [3] flg.; Kassageschäfte Exk. zu 376 [7]; Geschäft mit Kuxen keine B. ebd. [6]; vertragliche Gewährung einer angemessenen Nachfrist Exk. zu § 376 [7]; Aufträge und Vereinigungen zum Abschlusse von B. Exk. zu § 376 [11]; Darlehn zu B. Exk. zu § 376 [12]; Börsenregister Exk. zu

§ 376 [13] ffg., [25] ffg.; Sicherheiten, Schuldanerkenntnisse Exk. zu § 376 [13]; Saldoanerkenntnisse Exk. zu § 376 [15]; keine Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten Exk. zu § 376 [16]; insbes. bei Wechseln ebd. [17]; Aufrechnung unzulässig ebd. [14]; Bürgschaft ebd. [14]; Novation in Darlehn ungiltig Exk. zu § 376 [15]; Vergleich ebd. [15], [20]; Verzicht ebd. [20]; Schiedsurtheil ebd. [21]; Berücksichtigung der Ungiltigkeit der B. von Amtswegen ebd. [22]; Ausland als Abschluß- und Erfüllungsort Exk. zu § 376 [23]; Vollstreckung ausl. Urtheile ebd. [24]; B. von im Auslande wohnenden Personen ebd. [29]; Strafvorschriften ebd. [31].

Börsenusancen, eine Art des Gewohnheitsrechts E [29].

böser Glaube s. Glaube.

böslich s. arglistig; b. Schädigung der Akt.Ges. § 203.

Boten, Uebersendung der Mängelanzeige durch § 377 [26].

brevi manu traditio § 366 [2], [13], [26].

Brief, Zeitpunkt des Empfangs Exk. zu § 361 [4]; B. als Börsenausdruck Exk. vor § 373 [19]; s. Handelsbrief, Briefform; Frachtgeschäft über B. § 425 [5].

Briefform § 350 [40], [45], [47].

Briefkastennotiz, fingirt § 318 [4].

Briefträger, Gewerbegehilfe? § 59 [13].

Bruttogewicht § 380.

Buchauszug, Recht des Agenten § 91.

Buchführung § 38; Vorstand einer Akt.Ges. Pflicht zur § 239; dgl. Komplementar einer Kommand.Ges. auf Akt. § 320 [86].

Buchhalter, Handlungsgehilfe § 59 [12].

Buchhandel § 1 [75].

Buchwerth Exk. vor § 373 [25].

Bundesstaat, als Unternehmer § 36, § 42; Uebernahme des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 304; Gewährleistung des Aktienertrages § 180.

Bürgerliches Gesetzbuch, Anwendung in Handelssachen E [14].

Bürgschaft, Begriff § 349 [1] ffg.; abhängig von der Existenz der Hauptverbindlichkeit § 349 [2], [32]; Form § 349 [4] ffg.; B. der Vollkaufleute § 350; der Minderk. § 351; Heilung des Mangels durch Erfüllung § 349 [6]; Wechselbürgschaft keine civilrechtl. Bürgschaft § 349 [10]; Umfang der Haftung § 349 [11]; Einreden des Bürgen § 349 [14] ffg.; Kompensation § 349 [16]; Zwangsvergleich des Hauptschuldners § 349 [18]; Einrede der Vorausklage § 349 [20], 351; selbstschuldnerische B. § 349 [21]; B. auf bestimmte Zeit § 349 [27] ffg.; Uebergang der Forderung auf zahlenden Bürgen § 349 [31], [36]; nicht bei Zahlung eines Kontokurrentpostens § 356 [6]; B. ein Handelsgeschäft? § 343 [27], § 344 [10]; Aufgabe von Rechten gegenüber Hauptschuldner, Einfluß auf B. § 349 [32]; Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner § 349 [34]; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [9]; Stellung des zahlenden B. im Konkurse des Hauptschuldners § 349 [39]; Mitbürgen § 349 [40]; Vergütung für B. eines Kaufmanns § 354 [8]; Fortbestand der B. nach Saldofeststellung § 356; kein Uebergang der B. durch Indossament eines Ordrepapiers § 364 [4]; Bürgschaft für Börsentermingeschäfte Exk. zu § 376 [14]; für Differenzgeschäfte ebd. [49]; Uebergangsfragen § 349 [43]; Kreditauftrag § 349 [41]; Delkrederehaftung § 349 [42]; Garantievertrag § 349 [43]; s. Rath, Empfehlung, Auskunft.

Bürgschaftsschein § 344 [10].

C. s. auch K..

cassatoria s. Klausel.

Casus s. Zufall.

Cession, Handelsgeschäft? § 342 [27]; der Aktie § 222 [4]; C. in Legitimationen bei Aktien § 222 [13] ffg.; der Gesellschaftsrechte an stiller Gesellschaft § 335 [26], von Hypotheken, Grundschulden § 350 [19]; anderer Rechte § 350 [20]; gilt unzulässiges Indossament als C.? § 363 [25]; C. von Transportpapieren § 363 [33]; C. des Anspruchs auf Herausgabe zwecks Eigenthumsübertragung § 366 [2]; C. in securitatem § 368 [80]; C. des Retentionsrechts? § 369 [7]; C. der Rechte aus dem Frachtvertrage an den Käufer Exk. zu § 382 [54]; s. Abtretbarkeit, Uebertragung.

Chek § 363 [30].

Chikane, Geltendmachung von Minoritätsrechten aus Ch. § 254 [12].

civiler Preis, Bestimmbarkeit Exk. vor § 373 [25].

Civilmakler s. Makler.

Commis interessè § 65 [4]; Unterschied von stillem Theilhaber § 335; Recht auf Jahresbilanz und Büchereinsicht § 65 [5], [6]; Incessibilität dieses Rechts § 65 [7]; Verjährung § 65 [8].

Commissionskopie s. Kommissionskopie.

Compensation s. Kompensation, Aufrechnung.

Concessionspflichtiges Unternehmen der Akt.Ges. § 277 [5]; Entziehung der C. kein Auflösungsgrund § 292 [11].

constitutum possessorium § 366 [2], [12], [26]; genügt nicht zur Pfandbestellung § 368 [6]; seitens Kommissionärs § 383 [33] ffg..

Contrahiren s. Kontrahiren.

Creationstheorie Exk. zu § 365 [3].

Daraufgabe Exk. zu § 348.

Daraufgeld Exk. zu § 348.

Darlehn, Zinsen für D. eines Kaufmanns § 354 [10]; D. zu Börsentermingeschäften nicht ungiltig Exk. zu § 376 [12]; dagegen zu Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [61]; Aufnahme durch Handlungsbevollmächtigten § 54.

Dauer s. Amtsdauer; Lehrling, Akt.Ges., offene Handelsges.

Decharge für Gründungsvorgänge § 205; bei Bilanzgenehmigung einer Akt.Ges. § 260 [4]; s. Entlastung.

Deckungskauf Exk. zu § 374 [48], [58] ffg.; s. Fixgeschäft.

Deklaration durch Spediteur § 408 [12]; s. Werthdeklaration.

Delcrederehaftung § 349 [42]; des Kommissionärs § 394 [1] ffg.; des Agenten § 84 [15]

Delcrederekonto in Bilanz § 261 [16]

Delikte des Vorstandes einer Akt.Ges. § 232 [35]; s. off. H.G.

Deliktsschulden, Uebergang bei Veräußerung eines Geschäfts? § 22 [21].
Denunciation an Schuldner von Cession § 350 [20]; s. Mittheilung.
Deportgeschäft in eigenen Aktien § 226 [3].
Depositionsgeschäft § 1 [65].
Deposition s. Hinterlegung; Bankdepotgesetz, Bankverwahrungsgeschäft.
depositum irregulare § 368 [72. 80]; kein Retentionsrecht am d. i. § 369 [13] ffg.
Depotfixen § 383 [32]; s. Bankdepotgesetz.
Destinatär s. Speditionsgeschäft.
Deutsche Sprache in Generalvers. § 256 [25]; bei Ankündigung der Generalvers. § 255 [5].
Dienste, Vergütung für D. eines Kaufmanns § 354; D. als Einlagen bei qual. Gründung § 186 [5]; wiederkehrende D. als Aktionärpflichten § 212 [2]; Einlagen der stillen Ges. § 335 [14]; nichtkaufmännische D. von Angestellten § 83.
Differenzgeschäfte, Begriff Exk. zu § 376 [32] ffg., [36] ffg.; Anwendungsgebiet des § 764 B.G.B. Exk. zu § 376 [3]; Kassageschäft § 376 [35]; keine D. über Kurse Exk. zu § 376 [36]; Scheingeschäft? Exk. zu § 376 [37]; Vereinbarung von Effektivlieferung in Schlußscheinen Exk. zu § 376 [45]; D. seitens Kommissionär Exk. zu § 376 [46]; Sicherheiten, Rückforderungsrecht Exk. zu 376 [48] ffg.; kein Anspruch auf Ersatz von Auslagen, Stempel, Provision aus D. Exk. zu § 376 [48]; Bürgschaft Exk. zu § 376 [49]; Einschuß, Vorschuß Exk. zu § 376 [49] ffg.; insbes. durch Wechsel Exk. zu § 376 [53]; Schuldanerkenntniß, Novation Exk. zu § 376 [50], 350 [9]; keine Rückforderung des Geleisteten Exk. zu § 376 [51]; Vergleich über D.schulden Exk. zu § 376 [56]; schiedsgerichtliches Urtheil Exk. zu § 376 [58]; Ausland, Vollstreckung ausl. Urtheile Exk. zu § 376 [58]; Anfechtung des Saldoanerkenntnisses wegen D. § 355 [30]; Gesellschaftsverträge zum Abschlusse von D.geschäften Exk. zu § 376 [59]; Aufträge zu D. Exk. zu § 376 [60]; Darlehn zum Zwecke des Abschlusses von D. Exk. zu § 376 [61]; Beweisfragen Exk. zu § 376 [62]. Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs? § 400 [6];
diligentia s. Sorgfalt.
dingliche Rechte der off. H.G. § 124; der Akt. Ges. § 210.
Diplom s. Ehrendiplom.
Direktor s. Vorstand, Fabrikdirektor.
Direktrice, Handlungsgehilfin § 59 [12].
Disagiokonto § 40 [7].
Diskonto § 272.
Zur **Disposition** stellen, unnöthig neben Mängelanzeige § 377 [22]; Retentionsrecht an refüsirten Waaren? § 369 [44]; kein Eigenthumsübergang beim Kaufe bei Zurdispositionsstellung Exk. zu § 382 [58] ffg.
Dispositionsfonds § 262 [25].
Dispositionspapiere § 363; Transportwirkung § 363 [31] ffg., § 365 [10] ffg.; Verpfändung der Waaren § 368 [14]; Schutz des gutgl. Erwerbers § 368 [23]; Realisirung des Pfandrechts § 368 [70] ffg.; Retentionsrecht an D. § 369 [29]; Realisirung desselben § 371 [23] ffg.; Eigenthumsübergang verkaufter Waaren mit D. Exk. zu § 382 [60].
dissensus mutuus § 346 [6].
Distancekauf s. Kauf; Aufbewahrungspflicht, Nothverkauf § 379 [2] ffg.
Dividende § 213 [6]; D.garantie § 215 [3]; Vertheilungsbeschluß der Generalvers. § 260 [3]; s. auch Akt.Ges. sub C II.
Dividendenbezugsrecht, Verpfändung § 368 [32];
Dividendenergänzungsfonds § 315 [4].
Dividendenschein § 213 [13]; amortisirter Aktien § 227 [5], 290 [5]; aufgebotener Aktien § 228 [3]; D. können nicht aufgeboten werden § 228 [6].
dolus bei absichtlicher Benachtheiligung der Akt.Ges. § 312 [4]; s. Arglist.
doppelte Buchführung § 38 [6].
Drahtantwort Exk. zu § 361 [40].
Drahtseilbahn ist Eisenbahn § 453 [6].
Draufgabe Exk. zu § 348.
Draufgeld Exk. zu § 348.
Dritte Haftung für D.; s. Frachtführer, Vertreter, Vollmacht.
Druckereien § 1 [76].
Drucksachen, Beförderung durch Privatpostanstalten § 425.
Duplikate von Frachtbriefen § 426, § 455.
Durchstreichungen in Handelsbüchern § 43 [3].

Edition von Urkunden und Handelsbüchern § 45.
Effektivlieferung, Abrede der E. bei Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [45].
Ehefrau im Handelsrecht s. unter Handelsfrau; Einstellung der Mitgift in die Bilanz § 40 [7]; Einwilligung des Ehemannes in den Handelsbetrieb der Ehefrau E [66], [83] ffg.; Erwerb einer Ehefrau im Handelsgewerbe E [73]; eingebrachtes Gut E [73]; Errungenschaftsgemeinschaft E [75].
Ehemann, Haftung aus Geschäftsschulden der Frau E [82], Rechte am Geschäftsvermögen der Frau E [93], Recht zur Aufkündigung von Verträgen der Frau auf persönltche Leistungen E [98].
Ehrendiplom, Mitveräußerung § 22 [17].
Ehrverletzung des Handlungsgehilfen § 71; des Prinzipals § 72.
Eidesleistung im Prozesse gegen o. H. Gesellschaft § 124 [9]; gegen Akt.Ges., Parteieid, Zeugeneid § 231 [4].
Eigenschaft, zugesicherte und gewöhnlich vorausgesetzte E. einer Sache, Haftung § 377 [32] ffg.; s. Mängel, Abweichung.
Eigenthum. Beweislast § 366 [50]; Uebergang beim Kaufe Exk. zu § 382 [55] ffg.; beim Kommissionsgeschäft § 383 [27]; s. Ordrepapier, Erwerb, Uebergang, Uebergabe, guter Glaube, dinglich.
Eigenthumsübertragung von Aktien § 222 ffg.; s. Aktie, s. Uebergang, Grundstücke, Forderungen, Ordrepapiere, Erwerb.
Eigenthumswechsel, Wirkung auf Retentionsrecht s. Retentionsrecht.
Eilfracht § 453 [14].
Einberufung s. Akt.Ges. sub F III und IV.
Einbringung in Gesellschaftsvermögen Exk. zu § 122 [1] ffg.; s. Einlage.

Eingebrachtes Gut einer Handelsfrau E [73].
Eingemeindung, Folgen für bestehende Firmen § 30 [3].
Eingeschrieben, Sendung von Briefen § 347 [3]; Mittheilung an Aktionäre durch e. Briefe § 257.
Einkaufskommission, Erwerb eigener Aktien § 226; s. Kommissionsgeschäft.
Einlagen, der o. H.Gesellschafter Exk, zu § 122 [3]; der Kommanditisten § 161 [9]; Arbeitskraft keine E. ebd.; des Komplementars einer Kommand.Ges. auf Akt. § 322 [2] ffg.; des stillen Ges. § 335 [13, 27]; Erlaß der Einlage § 342 [10]; bei Gelegenheitsgesellschaft Exk. zu 342 [28] ffg.; s. Akt.Ges. sub D IV, s. Illation; Einforderung rückständiger im Liquidationsverfahren der Akt.Ges. § 294 [3]; keine Einlagepflicht des Komplementars § 320 [12].
Einlagerer s. Lagergeschäft.
Einreden gegen handelsrechtliche Ordrepapiere § 363 [9] ffg., § 364 [5] ffg.; gegen Schuldverschreibungen auf Inhaber Exk. zu § 365 [5]; des Verpfänders § 368 [28, 35] Note 1; der Wandelung § 377 [44] ffg.; Einredenverjährung gegen Spediteur § 414 Abs. 3 ffg., aus Frachtvertrag § 469; s. exceptio,
Einreichung der Aktien zwecks Verminderung der Zahl § 290.
Einschuß für Schulden aus Börsen- und Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [14, 48].
Einseitiger Handelskauf, Rügepflicht, Mängelanzeige § 377 [154]; Aufbewahrungspflicht, Nothverkauf? § 379 [26]; einseitige Handelsgeschäfte, Anwendbarkeit des H.G.B. § 345.
Einsicht ins Handelsregister § 9 [1]; in Handelsbücher einer Akt.Ges. § 302 [13, 267]; in vorgelegte Bücher § 46; in Bücher einer aufgelösten Gesellschaft § 157; der Kom.Ges. § 166; in Gründungsbericht § 193; Recht des Aufsichtsraths auf Eins. in Bücher und Geschäftsführung § 246; der still. Ges. § 338.
Einspruch gegen eine Verfügung des Registerrichters § 14 [5] ffg..
Einstellung des Geschäftsbetriebes, Veräußerung ist keine § 27 [24]; bei Meinungsverschiedenheit von Miterben § 27 [27]; hat Erlöschen der Prokura zur Folge § 52 [13]; dgl. der Vollmacht Exk. zu § 58 [74]; des Konkursverfahrens §§ 32, 144, 307.
Einstweilige Fortführung des Geschäfts mit Firma durch die Erben § 27 [15] ffg., 28.
Einstweilige Verfügungen: Entziehung der Vertretungsbefugniß eines o. H.Gesellschafters § 127 [7], § 140 [7]; einstw. Vers. vor Ausspruch der Auflösung einer o. H.Gesellschaft § 133 [9].
Eintragung des Nichtüberganges von Aktiven und Passiven auf den Firmenerwerber § 25 [17] ffg.; s. Handelsregister; Börsenregister.
Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns § 28 [1] ffg.; einer Gesellschaft § 28 [11], § 130; s. offene Handelsges., Kommanditges., Eintrittsrecht.
Eintrittsrecht des Prinzipals § 61 [5]; der Akt.Ges. vor Eintragung für sie geschlossener Geschäfte § 200 [6]; in Geschäfte des Vorstandes wegen Konkurrenzverbot § 236 [8] ffg.; s. Selbsteintritt.
Einwendungen gegen handelsrechtliche Ordrepapiere § 363 [9] ffg., 364 [5] ffg.; gegen Schuldverschreibungen auf Inhaber Exk. zu § 365 [5]; s. Einreden.
Einwilligung des Prinzipals in eigene geschäftliche Thätigkeit des Handlungsgehilfen § 60 [9]; in persönliche geschäftliche Thätigkeit eines Komplementars der Akt.Komm.Ges. § 326.
Einwirkung, betrügerische auf Kurs § 318 ffg.
Einzahlung auf Aktien §§ 218 ffg., 311, 313; Einfluß auf Gewinnantheil § 214 [2]; durch Aktionäre einer für nichtig erklärten Aktiengesellschaft § 311 [5] s. Aktionär.
Einzelkaufmann: Uebergang der Firma einer Aktiengesellschaft auf ihn § 22; Eintritt in das Geschäft eines Einz. § 28 [1] ffg.
Einziehung von Aktien und Interimsscheinen §§ 227, 241.
Einziehungsbureaus § 1 [80].
Eisenbahnen, Beförderung von Gütern und Reisenden auf E. §§ 453 ffg., 472; Verkehrsordnung, revisible Rechtsnorm? § 453 [2] ffg.; Anwendbarkeit der Vorschriften über Frachtgeschäft § 454; Eisenbahnfrachtvertrag § 453 [5]; Begriff der Eisenbahnen § 453 [6] ffg.; Vertragszwang § 453 [9] ffg.; Verwahrungspflicht § 453 [13]; Reihenfolge der Transportausführung § 453 [14]; Eilfracht, Frachtsätze ebd., Schadensersatz wegen Ablehnung und Verzögerung § 453 [15]; Frachtbriefduplikat § 455; Rechte des Absenders und Adressaten bei Vorhandensein eines Frachtbriefduplikates § 455; Verlust des Duplikats § 455 [5]; Haftung für Verlust und Beschädigung des Gutes § 456 [1] ffg.; höhere Gewalt § 456 [5] ffg.; Umfang der Haftung § 456 [2] ffg.; Konkurrirendes Verschulden § 456 [14]; Beweisfragen § 456 [15]; Schadensberechnung § 457; Haftung für Hilfspersonen § 458; Haftungseinschränkungen § 459; Thierbeförderung § 459 [10]; Vermuthung für Schadensursache § 459 [12] ffg.; Verschulden der Eisenbahn § 457 Abs. 3, § 459 [17]; Gewichtsverlust § 460; Zulassung von Maximalhaftungen § 461 [1] ffg.; Voraussetzungen ebd.; keine Anwendung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit § 461 [5]; Anwendung auf Geld, Kunstgegenstände, Kostbarkeiten, Werthgegenstände § 462; Werthdeklaration § 463 [1] ffg.; Frachtzuschlag § 463 [1]; Reklamation nach Ablieferung § 464; Feststellung der Schäden § 464; Haftung für Reisegepäck § 465; Handgepäck § 465 [6], 466; Haftung für verspätete Ablieferung § 466 [1] ffg.; auf Thätigkeit des Absenders beruhende Befreiungsgründe von Haftpflicht § 467; ungenaue Adressen § 467 [1] ffg.; Haftung des Absenders für Verschulden § 467 [7]; Beförderung nach Orten ohne Eisenbahnanschluß § 468; Transitgut, Klage und Einrede wegen Transitguts mit durchgehendem Frachtbriefe § 469; Regreß der Eisenbahnen § 469 [8]; Verjährung der Ansprache aus dem Eisenbahnfrachtvertrage § 470; Parteiabreden unzulässige § 471; s. Personentransport.

Eisenbahnfiskus, Kaufmann § 452 [3].
Eisenbahnverkehrsordnung, revisible Rechtsnorm? § 453 [2]ffg., s. Eisenbahn.
Eisfreiheit, als Zeitbestimmung § 359.
Eisgang, Spedition § 414 [5]; Frachtgeschäft § 428.
Elektrische Bahn ist Eisenbahn § 453 [6].
Emballage Exk. zu § 382 [99].
Emissionshäuser, Haftung § 203; Kapitalserhöhung § 282 [1], § 283 [2]; Strafbestimmung §§ 313, 318 [9]; s. Kommandit-Ges. auf Akt. § 320 [40].
Emissionskonsortien Exk. zu 342 [75]ffg.
Emissionskurs von Obligationen, Einstellung in die Bilanz § 40 [7]; Festsetzung bei Ausgabe von Aktien § 184 [5]; Emissionskurs bei Kapitalserhöhung § 278 [9].
Empfang von Briefen Exk. zu § 361 [5]; s. Annahme; s. Speditionsgeschäft; Frachtgeschäft; Eisenbahn.
Empfangnahme, Ermächtigung zu E. in Läden § 56.
Empfangnahmestellen keine Zweigniederlassung § 13 [3].
Empfehlung, Handelsgeschäft? § 343 [27]; Exk. zu § 349; s. Rath.
Empfehlungskarten unter unbefugter Firma § 37 [20].
Ende des Monats, Bedeutung Exk. zu § 359 [31]; bis E. keine fixe Zeitbestimmung § 376 [6].
Engagementsvertrag des Handlungsgehilfen § 59 [25]; Engagement aus Probe § 66 [4]; auf Lebenszeit § 66 [3]; auf kurze Zeit § 66 [5]; zur vorübergehenden Aushilfe § 69; s. Handlungsgehilfe; E. des Lehrlings § 76 [13]; nicht stempelpflichtig in Preußen § 76 [16]; Engagement von Prokuristen, Handlungsgehilfen einer offenen Handelsgesellschaft § 116 [7]ffg.; Handelsgeschäft? 343 [11].
Entfernung, Erfüllungsort maßgebend für E. § 361 [1]ffg.
Entgangener Gewinn § 347 [16]ffg.; s. Schadensersatz.
Entgelt von Revisoren § 266 [3]; s. Vergütung, Kaufmann.
Entgleisung, Haftpflicht der Bahn § 456 [8].
Entlassung s. Handlungsgehilfe, Handlungslehrling.
Entlastung s. Decharge.
Entnahme s. Tratte.
Entnahmebefugniß des Komplementars einer Kommandit-Ges. auf Aktien § 320 [67].
Entschädigung des Frachtführers bei Rücktritt § 428 Abs. 2; s. Schadensersatz.
Entschuldigungsgründe für Lieferungsverzug Exk. zu § 374 [41]; s. Exkulpation.
Entwerthung des Kommissionsguts § 338; des Lagerguts § 417.
Entziehung der Vertretungsbefugniß eines o. H. Gesellschafters § 127; der Geschäftsführungsbefugniß § 117; dgl. eines Gelegenheitsgesellschafters Exk. zu § 342 [17].
Erben: Fortführung des Geschäfts ohne Firma § 27 [6]; mit Firma unter Ablehnung der unbeschr. Haftung § 27 [10]ffg.; s. Firma, Uebergang des Firmenrechts; einstweilige Fortführung § 27 [15], [28]; definitive Fortführung mit Firma ohne Ablehnung der unbeschr. Haftung § 27 [23]; mehrere Erben § 27 [25]ffg.; Uebergangsfragen für Haftung des Erben eines Geschäftsinhabers § 27 [34]; Pflichten der Erben eines o. H. Gesellschafters § 137 [1]ffg.; Verbleiben der E. in o. H. Gesellschaft § 139 (s. offene H.-G. V); eines Kommanditisten § 177 Exk. zu § 177 [7], [10]; eines Aktionärs § 225; eines Aufsichtsraths, Tantiemenanspruch § 245 [15]ffg.; des Komplementars einer Kommanditges. auf Aktien § 330 [9]; der Gesellschafter einer stillen Ges. § 339 [3]ffg.; dgl. im Konkurse der Ges. § 341 [9]; Verfügungen der E. gegenüber gutgl. Dritten § 366 [72]; Verzug der Erben eines Käufers oder Verkäufers Exk. zu § 374 [134]; s. Tod.
Erbieten zu Geschäften, Annahme e. Offerte § 362.
Erbschaft, Annahme durch Fortführung des Geschäfts § 27 [6]; unter Ablehnung der unbeschr. Haftung § 27 [12]; Begründung einer offenen Handelsgesellschaft durch Erbgang? § 105 [26], § 123 [14]; s. Erben.
Erbtheilung, Erwerb eines Geschäfts durch ... § 25 [2], § 27 [31]; s. Erben.
Erfahrungssätze. Beweislast E. IV [58].
Erfüllung s. Kauf sub III—VI.
Erfüllungsangebot, Retentionsrecht an angebotene Waare? § 369 [43], [48].
Erfüllungsort: für Gehaltszahlung § 64 [7]; für Agenten § 84 [23], § 88 [13]; für Zivilmakler Exk. zu § 92 [33]; der Gesellschafter als Solidarschuldner nach außen § 128 [15]; im Kontokurrentverkehr § 355 [28]; E. maßgebend für Maß, Gewicht, Zeitrechnung, Währung, Entfernung § 361 [1]ffg.; E. für Abnahmepflicht des Käufers Exk. vor § 373 [46]; E. ändert sich nicht durch Verzug Exk. zu § 372 [19]; E. beim Kommissionsgeschäft § 384 [29]; s. Handelsgeschäfte sub IV 1; d. Depotverwahrers Exk. zu § 424 [17]; s. Gerichtsstand.
Erfüllungsverzug s. Verzug, Kauf.
Erfüllungszeit §§ 358, 359 Exk. zu § 359.
erheblich s. Abweichung.
Erhöhung s. Kapitalserhöhung.
Erklärung s. Androhung.
Erklärungsfrist s. Frist.
Erlaß der Einlage des still. Ges. § 342 [10]; s. Kommanditges., Verzicht.
Erlöschen der Firma § 31 [3]ffg; der Haftung des Frachtführers § 438; s. Verjährung.
Ermächtigung, richterliche zur Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung § 254 [16]ffg.; zu Verkäufen und Empfangnahmen im Laden § 56; Generalvollmacht ohne Prokura § 54.
Ermäßigung der Vertragsstrafe § 348 [19].
Ernennung s. Liquidatoren Revisoren.
Erneuerungsfond § 261 [36].
Erneuerungsschein, Talon § 213 [12], § 230.
Eröffnungsinventur und Bilanz § 39 [2]; Uebergangsfragen ebd. 6.
Ernteschluß als Zeitbestimmung § 359.
Errichtung der offenen H.G. §§ 105ffg.; der Akt. Ges. §§ 188, 196 s. Gründung.

Ersatz s. Auslagen: Schadensersatz; Haftung.
Erschwerung des Fortkommens § 74.
Erstattung s. Auslagen.
Ertheilung der Prokura §§ 48, 53, 126; s. Prokura.
Erwerb, eigener Aktien, Verbot § 226, 241; von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren § 366 [1] ffg.; s. Ordrepapiere; Uebergang; guter Glaube; Grundstücke; Firma.
Essentialia negotii s. Beweislast E. IV [32].
Etablissementsname, Unterschied von Firma § 17 [32]; gilt als mitveräußert § 22 [17].
Etikettirung mit fremder Firma § 37 [20], [25].
exceptio rei judicatae — aus Urtheil gegen Gesellschaft § 124 [17]; doli gegen praesumptio eines Handelsgeschäfts § 344 [14]; caesarea Exk. zu § 374 [10]; exceptio quanti minoris § 377 [70] ffg.; s. Einrede.
Exkulpation des Frachtführers s. Frachtgeschäft; s. Beweislast.

Fabrik, keine Zweigniederlassung § 13 [3]; „ab Fabrik" Exk. zu § 372 [24].
Fabrikdirektor § 59 [12].
Facsimile ersetzt die Unterschrift § 350 [35] ffg.; als Aktienunterschrift § 181; Zeichnung des Vorstandes einer Akt.Ges. durch F. § 233 [4]; s. Unterschrift.
Factura vorbehaltlose Annahme § 346 [14]; Aenderung des vertragsmäßigen Erfüllungsortes? Exk. § 372 [26]; Bestimmung über Lieferzeit Exk. zu § 372 [33]; über Zahlungsmodalitäten ebd. [49]; über Reklamationsfrist § 377 [30], [60]; über Rücksendung der Emballage Exk. zu § 372 [99]; Werth der F. maßgebend für Schadenspflicht des Spediteurs § 408 [19].
Fahrlässigkeit eines Kaufmanns, Begriff, Folgen § 347 [3] ffg.; grobe schließt guten Glauben aus § 366 [16], [21]; Uebersehen von Qualitätsfehlern § 377 [133]; Berücksichtigung der Verkehrssitte § 346 [18]; F. des Frachtführers § 430 Abs. 3; der Eisenbahn, grobe schließt Maximalhaftung aus § 461 [5].
Fahrnißgemeinschaft E. [73].
Fahrschein § 472 [31] ffg.
Fak . . . s. Fac.
Fälligkeit einer Leistung Exk. zu § 359 [2] ffg.; Zahlung vor F., Interusurium? Exk. zu § 359 [10]; F. des Gehaltsanspruchs § 64; s. Kommissionär, Handlungsagent; des Lagergeldes § 420 [3].
Falsche Bescheinigungen zu Stimmzwecken, Strafe § 316; s. falsus.
Falsus procurator als Vertreter einer Akt.Ges. § 232 [6], [38]; s. Vertretungsmacht, Beweislast, Haftung.
Familiennamen § 18 [4].
Faustpfand s. Pfand.
Feiertage, Bedeutung für Fristen und Terminen Exk. zu § 359 [32].
Fernsprecher, Vertragsschluß durch § 361 [24].
Feststellung von Mängeln § 379 [23]; beim Frachtgute § 438 [12]; Klage auf F. wegen einzelner Posten des Kontokurrents § 355 [17].
Filiale s. Zweigniederlassung.
Fingirte Briefkastennotizen, Telegramme § 318 [4]; F. Ordres s. Reisende.
Firma.

A. Allgemeines.

Wirkung der Eintragung und der Löschung auf die Kaufmannsqualität § 2 [9], [14]; bei Nebengewerbe § 3 [5] ffg.; Bürgerliche rechtliche Bedeutung der Firma § 17 [1] ffg.; Art der Firmenzeichnung, Abweichungen, Abkürzungen z. B. beim Wechsel § 17 [1] ffg.; rechtspolizeiliche Bedeutung § 17 [6]; die Firma ein Name, kein Rechtssubjekt und kein Vermögenssubjekt § 17 [2]; Eintragung ins Grundbuch § 17 [3]; in andere Register § 17 [4]; die Firma ein Korrelat der Kaufmannseigenschaft § 17 [5]; des Agenten § 84 [24]; im Prozesse § 17 [7] ffg., 15; giltige Unterschrift unter Prozeßvollmacht § 17 [30]; als Vollkaufleute geltende Gewerbetreibende sind aktiv und passiv durch die Firma legitimirt § 17 [8] ffg.; die unter der Firma verdeckte Prozeßpartei § 17 [15] ffg.; Rechtskraft des Urtheils gegen den Firmeninhaber zur Zeit der Rechtshängigkeit § 17 [18]; Vollstreckung, Prüfungspflicht des Beamten edb. [19], [20]; Tod des Firmeninhabers im Prozesse § 17 [28]; Unterschied der F. von Etablissementsname und Telegrammadresse § 17 [32] ffg.; Firmenwahrheit § 18 [1]; Sprache der Firma § 18 [11]; Waarenzeichen und Firma § 37 [25]; Ladenschild Exk. zu § 37 [6]; Recht des Prokuristen § 49 [1], § 52 [14]; Erlöschen der Firma nach Liquidation der Akt.-Ges. § 302 [6].

B. Arten.

Firma des Minderkaufmannes § 4 [12]; bei Gewerbetreibenden § 5 [2] ffg.; Exkurs zu § 5 [1] ffg.; der als Vollkaufleute geltenden Gewerbetreibenden § 17 [8]; des Einzelkaufmanns § 18 [2] ffg.; Hauptbestandtheile, Familienname, Beiname, Adelsprädikate § 18 [4] ffg.; Vorname § 18 [5]; Zusätze § 18 [7] ffg., Beispiele von Zusätzen § 18 [11]; Firma einer offenen Handels, einer Kommanditgesellschaft § 19 [1] ffg.; der Aktiengesellschaft und Kom. aus Aktien § 20 [1] ffg. (nothwendige Aenderungen nach 1. I. 1900 § 20 [4]) Namensänderung § 21 [1] ffg.; Nachfolgezusatz § 22 [8]; Zweigniederlassung § 30 [6]; eines ausl. Kaufmanns § 30 [11]; Firma juristischer Personen § 33 [8]; öffentlicher Korporationen § 36 [5]; Agenten § 84 [24]; F. der Kommanditgesellschaft § 161 [4]; der stillen Ges. § 335 [31] ffg.; keine F. der Gelegenheitsges. zu § 342 [7]; der nicht rechtsfähigen Vereine Exk. zu § 342 [85].

C. Eintragung ins Handelsregister.

Wirkung auf Kaufmannsqualität § 2 [9] [14]; bei land- und forstwirthschaftlichem Nebengewerbe § 3 [5] ffg.; Wirkung der Eintragung bei Gewerbetreibenden, die Nichtkaufleute oder Minderkaufleute sind § 5 [2] ffg., Exk. zu § 5 [1] ffg.; bei Nichtgewerbetreibenden Exk. zu § 5 [3], § 15 [9]; konstitutive Wirkung der Eintr. Exk. zu § 8 [12] ffg.; unzulässiger Firmen § 18 [15]; Anmeldung zum Register § 29 [1]; Zeichnung

bei Gericht § 29 [5]; Aenderung der Firma § 31 [1]; Erlöschen § 31 [3]; § 34 [3]; die Firma einer juristischen Person § 33 [8]; Einschreiten des Registerrichters § 37; keine Verfügungsbefugniß des Prokuristen über F. § 49 [1], § 52 [14]; Erlöschen der F. einer o. Handelsges. nach Liquidation § 157 [1]; Eintragung der F. einer Kommanditges. § 161 [4]; s. Handelsregister.

D. Uebergang des Firmenrechts.

Maßgebender Zeitpunkt bei Firmenwechsel im Prozesse § 17 [15] ffg.; zugleich mit Geschäftsübergang im Prozesse ebd. [22] ffg.; nach Rechtskraft ebd. [25] ffg.; Fortführung des Geschäfts nebst Firma ohne Kundmachung der Nichtübernahme der Schulden § 17 [26], § 25 [36]; Tod des Firmeninhabers im Prozesse § 17 [28]; Uebergang der Firma auf eine andere Person § 22 [1] ffg.; Veräußerung der Firma im Konkurse § 22 [5]; Fortführung des Geschäfts unter bisheriger Firma § 22 [6] ffg.; Nachfolgerzusatz § 22 [8]; bei Gesellschaftern § 22 [9]; Weiterveräußerung einer überkommenen Firma § 22 [10]; Veräußerung der Firma ohne Geschäft § 23 [1]; Fortführung des Geschäfts bei theilweisem Wechsel der Geschäftsinhaberschaft § 24 [1] ffg.; Zustimmung des ausscheidenden Gesellschafters in Fortführung § 24 [3]; Wirkung der Veräußerung mit Firma gegenüber den Geschäftsgläubigern § 25 [1] ffg.; Fortführung des Geschäfts ohne bisherige Firma § 25 [22] ffg.; mit bisheriger Firma § 22 [6] ffg., § 25 [1] ffg.; Einstweilige Fortführung durch die Erben § 27 [15] ffg.; Verjährung der Ansprüche gegen den früheren Firmeninhaber § 26 [1] ffg.; Fortführung des Geschäfts durch Erben mit Uebernahme des Firmenrechts § 27 [9]; ohne Uebernahme des Firmenrechts § 27 [6] ffg.; Fortführung durch mehrere Erben § 27 [25]; durch Erbtheilung § 27 [31]; durch Vermächtniß § 27 [32]; Liquidatoren einer O. H.G. dürfen F. nicht verkaufen § 149 [31], § 157 [2]; Erlöschen der F. einer o. H.G. nach Liquidation] § 157 [1]; F. der Akt.Ges. Verkauf mit Geschäft § 302 [6].

E. Firmenschutz.

Einschreiten des Registerrichters gegen unbefugten Firmengebrauch § 37 [1] ffg.; Unterscheidung neuer von bestehenden und registrirten Firmen § 30 [2]; bei Eingemeindung § 30 [3]; bei Zweigniederlassungen § 30 [6] ffg.; bei Zweigniederlassungen eines ausl. Kaufmanns § 30 [11]; Gebrauch eines Waarenzeichens als Firma § 37 [25]; Firma auf dem Ladenschild Exk. zu § 37 [6].

Firmenzeichnung s. Unterschrift, Vertretung; durch Kollektivvertreter einer Akt.Ges. § 233.

Fiskus s. Staat.

Fixe Spesen des Spediteurs § 413.

Fixgeschäfte, Begriff und Wesen § 376 [1] ffg., [8, 19]; fixe Zeitbestimmung § 376 [6]; Beweislast § 376 [7]; die besonderen Rechtsfolgen § 376 [8]; insbes. Rücktrittsrecht § 376 [9] ffg.; Schadensersatz, Berechnung § 376 [12] ffg.; Mitbietungsrecht beim Deckungskauf § 376 [15]; Recht auf Erfüllung § 376 [18] ffg.; kein Recht auf Nachfrist § 376 [19]; Verhältniß der Wahlrechte zu einander § 376 [28]; Besonderheiten bei geschehener Vorleistung § 376 [30] ffg.; bei bewilligter Stundung? ebd.; bei theilweiser Leistung des Säumigen § 376 [32]; illoyal verspätete Geltendmachung der Rechte § 376 [11]; Verzug nach rechtskräftigem Urtheil § 376 [35]; Tod des Verpflichteten § 376 [36]; Verzug von Nebenleistungen § 376 [37]; Einfluß des Konkurses auf F. Exk. zu § 382 [24]; Uebergangsfragen § 376 [38]; s. Differenzgeschäfte, Börsentermingeschäfte.

Flößen, Transport auf § 425 [6].

Flüssen, Transport auf § 425 [6].

Forderungen bei Veräußerung des Geschäfts § 22 [16, 19]; des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 303 [16], § 304 [10]; bei Fusion mit sofortiger Verschmelzung § 306 [11]; bei Veräußerung des Geschäfts mit Firma § 25 [12] ffg.; bei Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns § 28 [6]; Stellung in Bilanz § 40 [6]; s. Cession, Verpfändung, Ordrepapiere.

Form des Vertrages einer off. Handelsges. § 105 [27] ffg.; der Unterschriften s. dort; der Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts § 252 [8]; des Statuts einer Akt.Ges. s. dort sub B.; des Vertrages zur Veräußerung des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 303 [15]; des Vertrages einer still. Ges. § 335 [22]; F. von Handelsgeschäften § 345 [6], § 350 [1] ffg.; der Bürgschaft § 349 [4], §§ 350, 351; des Schuldversprechens § 350 [6] ffg., 351; d. Schuldanerkenntnisses § 350 [10], § 351; F. von gemischten Verträgen § 350 [25]; Quittung § 350 [14]; Grundstücksverträge § 350 [15]; Abtretung von Hypotheken, Grundschulden § 350 [19]; Verpfändung von Rechten § 350 [20]; Mieth-, Pachtverträge § 350 [22]; Uebertragung eines ganzen Vermögens oder einer Quote § 350 [27]; Nießbrauch § 350 [27]; Schenkungsverträge § 350 [28]; vereinbarte Form von Rechtsgeschäften § 350 [33]; die einzelnen Formen § 350 [34] ffg.; Folgen der Nichtbeobachtung § 350 [60] ffg.; F. des Kontokurrentvertrages § 355 [12]; der Saldofeststellung § 355 [25]; der Annahme kaufmännischer Anweisungen und Verpflichtungsscheine § 363 [7] ffg.; des Indossaments § 365 [1] ffg.; Form des Erwerbs an Pfandrechten § 366 [3]; des Eigenthums ebd. [1] ffg.; F. der Mängelanzeige § 377 [22—25]; des Frachtbriefes §426.

Fortbildungsschule § 76 Abs. 4.

Fortführung s. Firma; der Geschäfte bei Tod eines socius § 137.

Fortsetzung der aufgelösten Akt.Ges. § 307; der Geschäftsverbindung im Kontokurrentverkehr, Saldofeststellung § 355 [26].

Fracht s. Auslagen.

Frachtbrief s. Frachtgeschäft sub II; s. Transitgut; Duplikat § 455; Erklärung über mangelhafte Verpackung § 459 [5]; Werthdeklaration § 463.

Frachtführer, Klage gegen den Staat als F. § 36 [10]; Retentionsrecht des § 369 [46]; s. Frachtgeschäft; Verhältniß zum Spediteur § 407 [14].

Frachtgeld s. Frachtgeschäft.

Frachtgeschäft s. Eisenbahn.

I. Allgemeines, Begr. des Frachtführers, Kaufmann § 425 [1] ffg.; Gegenstand des Frachtvertrages § 425 [2] ffg.; rechtlicher Charakter ebd.; Rücktritt des Absenders § 425 [2]; Art der Transportausführung § 425 [2]; Schleppvertrag § 425 [4]; Personentransportgesellschaft Exk. zu § 473; Thiere, Geld, Briefe, Leichen § 425 [5] Privatpostanstalten § 425 [5]; Telegramm, Telephon ebd.; Binnenschifffahrt § 425 [6]; Hotelbesitzer, Transportgeschäfte der § 425 [7]; Absender, Versender § 425 [9], § 426; Konfiskation des Gutes § 427 [4]; Frachtvertrag mit Eisenbahn Exk. zu § 382 [51]; Verhältniß des Frachtführers zu Käufer und Verkäufer Exk. zu § 382 [51] ffg.; s. Frachtbrief, Ladeschein, Unterfrachtführer § 432, § 449; Rollfuhrunternehmer § 432 [3]; Dispositionsbefugniß des Absenders § 433; des Empfängers § 433 [3], 434, 435; Verhältniß zwischen Absender und Empfänger bei anstandsloser Annahme des Gutes § 438 [17]; Verjährung § 439; Uebergang der Rechte und Pflichten auf Nachmänner § 441, 442; Rangordnung verschiedenartiger Pfandrechte § 443; analoge Anwendung auf einzelne Transportgeschäfte eines Kaufmanns § 451; Postverwaltungen § 452; Frachtgeschäfte eines Nichtkaufmanns § 451 [4].

II. Frachtbrief, rechtliche Bedeutung, Beweiskraft § 426 [1] ffg.; Pflicht des Absenders zur Ausstellung § 426; Werthdeklaration § 426 [31]; Begleitadresse bei Postsendungen § 426 [8]; F. im Eisenbahnverkehr § 426 [8]; Duplikate ebd.; Gestalt des F. § 426 [10]; durchgehende Frachtbriefe § 432 [6]; Aushändigung des Frachtbriefes an Empfänger § 433 Abs. 2; Werthdeklaration § 463.

III. Ladeschein, Begriff § 444, § 445 [3]; Erfordernisse § 445 ffg.; L. an Ordre § 445 [3]; Pflicht des Absenders zur Ertheilung einer Abschrift § 445 [5]; rechtliche Bedeutung des L. § 446; dingliche Wirkungen des L. § 450; Legitimation durch L. § 447; Uebertragung des L. § 447 [1], 450; Verlust des L. § 448 [2]; Unterfrachtführer § 449.

IV. Pflichten des Frachtführers:

1. Rechtzeitige Lieferung, Haftung für Versäumung § 429 [10]; Reisebeginn § 428; Reisehinderniß § 428 Abs. 2; Schadensberechnung § 430 [2]; Pflichten bei Vorhandensein eines Ladescheins § 447 ffg.

2. Unbeschädigte Lieferung § 429, § 430; Voraussetzungen der Haftung § 429 [1] ffg.; Verschulden und Beweis § 429 [11] ffg., § 430; Kostbarkeiten, Geld, Werthpapiere § 429 Abs. 2; Gefährlichkeit des Gutes § 429 [13]; konkurrirendes Verschulden des Absenders § 429 [13] ffg.; vertragliche Milderung der Haftung § 429 [18], § 430 [12]; Schadensberechnung § 430; keine Haftung für entgangenen Gewinn § 430 [3] ffg.; Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit § 430 [8] ffg.; s. Ladeschein.

3. Haftung für Gehilfen § 431; betrifft auch Verspätungsschaden § 431 [3]; durchgehende Frachtbriefe § 432 [6]; Regreß der Frachtführer § 432; Inhalt und Umfang der solidarischen Haftung § 432 [5].

4. Haftung für Unterfrachtführer § 432 [1] ffg.

5. Befolgung der erhaltenen Anweisungen § 433 [1] ffg.; gegenüber dem Absender § 433 [7]; gegenüber dem Empfänger § 433 [8], § 434; insbes. nach Beendigung des Transports § 435; Aushändigungspflicht § 435; s. Ladeschein.

6. Keine Versicherungspflicht § 429 [28].

7. Benachrichtigungspflicht bei Ablieferungshinderniß § 437 [2].

8. Erlöschen der Haftung nach Annahme des Gutes und Zahlung § 438; Vorbehalt bei Zahlung § 438 [7]; vorherige Feststellung des Schadens durch amtliche Sachverständige § 438 [12]; Feststellung äußerlich nicht erkennbarer Mängel § 438 [13]; Verjährung § 439.

9. Pflicht zur Geltendmachung der Rechte der Vormänner § 441 [1] ffg., § 442.

10. Pflicht gegenüber dem durch Ladescheine Legitimierten § 447.

V. Rechte des Frachtführer:

1. Gegen den Absender, auf Ausstellung eines Frachtbriefes § 426; Rechte im Falle des Rücktritts § 425 [1], § 428; Haftung des Absenders für Inhalt des Frachtbriefes § 426; Recht auf Uebergabe der Begleitpapiere § 427; auf Erstattung der Mehrkosten bei veränderter Disposition § 433; auf Abschrift des Ladescheins § 445.

2. Gegen Empfänger; auf Erfüllung § 435 [7], § 436; auf Zahlung von Frachtlohn, Spesen, Konventionalstrafen § 436 [6]; Theilsendungen § 436 [7]; im Falle der Aushändigung entgegen der Anweisung des Absenders § 433 [10]. Pfandrecht der Vormänner § 441.

3. Hinterlegung und Verkauf § 435 [5], § 437.

4. Pfandrecht § 440; Voraussetzungen § 440 [1] ffg.; Gegenstand 440 [4] ffg.; Dauer § 440 [5] ffg.; Realisirung § 440 [9] ffg.; Pf. mehrerer Frachtführer und Spediteure § 441 [1] ffg.; Verhältniß zu anderen Pfandrechten § 443; zu Retentionsrechten § 443 [10].

5. Retentionsrecht § 440 [13].

6. Regreßrechte gegen Unterfrachtführer, Frachtführer untereinander § 432, § 442.

Frachtsätze § 453 [14].

Frachtzuschlag § 463 [1].

Frachtvertrag s. Frachtgeschäft.

Frau als Vorstand einer Akt.Ges. § 231 [10]; als Aufsichtsrath § 243 [4]; Ausübung des Stimmrechts in Generalvers. § 252 [20]; s. Handelsfrau, Ehefrau; Bürgschaft.

Freiaktien § 178 [13].

Freigebigkeit, absichtliche Benachtheiligung der Akt.Ges. durch F. § 312 [11].

Freihändig, s. Hand.

Freiheitsstrafe als Entlassungsgrund § 72 [8].

Fremde Aktien, Mißbrauch § 318;

Frist für Anfechtung von Beschlüssen der Generalvers. § 271 [6]; für Aktienbezugsrecht § 282 [5]; F. von acht Tagen § 359 [2]; Berechnung von Fristen Exk. zu § 359 [16] ffg.; Fristbestimmung durch Offerenten Exk. zu § 361 [35] ffg.; für Pfandverkauf § 368 [40] ffg.; für Rücktrittsrecht beim Kauf Exk. zu § 374 [32]; Nachfristsetzung

ebd.; 54, 69; F. zur Ausübung des Wahlrechts in Folge Verzuges beim Kauf ebd. 95; insbes. beim Spezifikationskaufe § 375 7 ffg.; F. zur Erklärung bei Kauf auf Probe Exk. zu § 382 20 ffg.; s. Mängelanzeige sub Kauf V; s. Wartefrist; Nachfrist; Handlungsreisende.

Früchte auf dem Halm § 1 36.

Frühjahr als Lieferzeitbestimmung § 359.

Fuhrleute, Prinzipal haftet nicht für Forderungen derselben gegen Reisende § 55 3: F. sind Gewerbegehilfen § 59 13; F. als Frachtführer § 425 1.

Fund, Milderung der Haftung bei § 347 6.

Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62; F. können nicht ausgeschlossen werden Exk. zu § 62; Verletzung der F.; Kündigungsgrund § 77; Strafvorschriften § 82; F. des Kaufmanns für Waaren bei Ablehnung einer Offerte § 362 Abs. 2.

Fusion § 292 9; s. Akt.Ges. sub H III; Akt.-Kom.Ges. § 330 22.

Futterkosten § 377 57.

Füttern, Bestandtheil der Aufbewahrungspflicht § 379 13.

Garantie, Garantieübernahme für fortdauernde Beschaffenheit der verkauften Waare § 377 152; Garantievertrag § 349 43; s. Bürgschaft.

Gastwirth, Ankauf von Hotelmobiliar § 1 40; Firma auf dem Ladenschild Exk. zu § 37; Haftung für Portier § 431 4; s. Hotelwirth.

Gattungskauf, Recht auf Nachlieferung mangelfreier Waare § 377 82, 90, 95.

Gattungsschuld, Qualität der Waare § 360; mangelhafte Erfüllung § 377 3.

Geberden, Annahme durch Exk. zu § 361 24.

Gebrauch zum Zwecke der Waarenuntersuchung § 377 13.

Gebräuche, bei Auslegung von Willenserklärungen § 346; s. Geschäftsgebräuche.

Gefahr, Geschäftsführung ohne Auftrag bei dringender G. § 347 6; Geschäftsbesorgung d. Erben bei G. im Verzuge § 137; Unterlassener Hinweis auf G. § 347 20; G. bei Platzgeschäften Exk. zu § 372 36; bei Geldzahlung ebd. 37 ffg., 53; Gefahr des Verderbens, beim Selbsthilfeverkauf § 373 25; bei Zusendung unbestellter Waare § 379; für Eingang der Genehmigungserklärung bei Kauf auf Probe Exk. § 382 20 ffg.; des Untergangs der Waare bei Kauf auf Probe Exk. § 382 24; Uebergang der Gefahr beim Kaufe Exk. § 382 45 ffg.; der Rücksendung der Emballage Exk. zu § 382 99; für Transport beim Kommissionsgeschäft § 384 29; Abweichung vom Kommissionsauftrage wegen Gefahr im Verzuge § 385 11; dgl. beim Speditionsgeschäft § 408 15; Frachtgeschäft § 437 Abs. 2.

Gefährlichkeit, Anzeigepflicht des Absenders § 429 13 ffg.; s. Gefahr.

Gefälligkeit, Ausstellung eines Verpflichtungsscheines aus G., Einwand § 364 14.

Gefälligkeitsaccept, Vergütung für § 354 8.

Gefälligkeitsverbindlichkeiten, Einstellung in Bilanz § 40 7.

Gefängnißstrafe § 312 ffg.; s. Freiheitsstrafe;

Gegenstand des Unternehmens einer Akt.Ges. § 310; s. Aenderung.

Gehaltszahlung, Ort, Fälligkeit § 64 1, 7, 71.

Geheimbücher § 38 6.

Gehilfe s. Handlungsgehilfe; Haftung für deren Versehen Exk. zu § 58 26 ffg.; insbes. bei Rath, Auskunft Exk. zu § 349 27, 28; s. Frachtführer, Eisenbahn.

Geld, abhanden gekommenes, Schutz des bona fide Erwerbers § 366 21, 48; „Geld" Börsenausdruck, Exk. vor § 373 19; Frachtgeschäft über G. § 425 5; 429, 462; Haftung der Eisenbahn für Transport von § 456 18, § 462; Entnahme durch Gesellschafter §§ 121 ffg.; Anweisung eines Kaufmanns auf Leistung von G. § 363; s. Retentionsrecht.

Geldwechslergeschäfte § 1, § 367.

Geldzahlung s. Uebersendungspflicht.

Geldkurs, Erfüllungsort maßgebend für § 361 2.

Geldwechsler s. Bankier.

Gelegenheitsgesellschaft s. Exk. zu § 342; Begriff ebd. 1 ffg.; Führung einer kaufmännischen Firma unzulässig Exk. zu § 342 7; keine Parteifähigkeit ebd. 8 ffg.; Form des Vertrages ebd. 9; Rechtsverhältnisse nach außen ebd. 10; Vollstreckung gegen Gesellschaft ebd. 11 ffg.; Haftung für außerkontraktlichen Schaden ebd. 13; Haftung neueintretender und ausscheidender Mitglieder ebd. 15, 70, 74; Geschäftsführung ebd. 17; nach Stimmenmehrheit ebd.; Entziehung der Geschäftsführungsbefugniß ebd. 18; Konkurrenzverbot ebd. 23; Vertretung Exk. zu § 342 21 ffg.; Beiträge der Gesellschafter ebd. 28 ffg.; Nachschüsse ebd. 29, 69; Gesellschaftsvermögen ebd. 31; Eigenthum zur gesammten Hand ebd. 31; Pfändung eines Gesellschafterantheils ebd. 35; Gewinn- und Verlustbetheiligung ebd. 37 ffg.; Zinsen? ebd.; Kompensationsrecht ebd. 41 ffg.; Kontrollrecht ebd. 46; Entlastung des Geschäftsführers ebd. 51; Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft ebd. 54 ffg.; Uebertragung der Antheilsrechte ebd. 58; Auflösung ebd. 60; Tod eines Gesellschafters ebd. 61; Konkurs des Gesellschafters ebd. 62; der Gesellschaft? ebd. 62; Aufkündigung durch Gläubiger ebd. 62; Liquidation und Auseinandersetzung ebd. 64; insbes. bezüglich der Grundstücke ebd. 68; Ausscheiden einzelner Mitglieder ebd. 70; Eintritt neuer Mitglieder ebd. 74; Emissionskonsortien, Unterkonsortien ebd. 75; Stempelpflicht bei Konsortialverträgen ebd. 79; Unterschied von stiller Gesellschaft; § 335 9.

Gemeinden, Firmen in derselben § 30 1.

Gemeine Rechte der Aktionäre § 250 9.

Gemeiner Werth §§ 430, 457.

Gemeinnütziges Unternehmen einer Akt.Ges. § 180;

Gemeinschuldner, Fähigkeit Kaufmann zu sein § 1 3; als Prokurist § 48 3; kann keine Prokura ertheilen § 48 4; Wahl zum Aufsichtsrath § 243 1; Erwerb vom Gemeinschuldner bona fide § 366 73.

Gemeinwohl, Gefährdung des G., Auflösungsgrund der Akt.Ges. § 292 [10].
Genehmigung, nachträgliche des bei Abstimmung vertretenen Aktionärs § 252 [11]; Stillschweigen als G. § 346 [13] flg.; eines nichtigen Geschäfts § 350 [60]; staatliche G. zur Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber Exk. zu § 365 [4]; G. bei Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [14] flg.; des Geschäftes eines Agenten § 85.
Generalagenturen der Versicherungsgesellschaften § 13 [3].
Generalquittung § 350 [14].
Generalversammlung s. Akt.Ges. sub F III; s. Kommand.Ges. auf Akt. sub D.
genus s. Gattung.
Genußschein Exk. § 179.
Gepäck s. Reisegepäck, Handgepäck.
Gepäckschein, Werthdeklaration § 463.
Gericht s. Richter; Handelsregister.
Gerichtliche Form s. Form, Beurkundung.
Gerichtsstand der o. H.G. § 124 [19]; bei Zweigniederlassung § 13 [13]; der Akt.Ges. § 210 [11]; im Falle der Fusion mit sofortiger Verschmelzung § 306 [15]; bei Kontokurrentverkehr § 355 [21]; für Klagen auf Gestattung der Befriedigung a. retinirten Gegenständen § 371 [7]; bei Wandlungsklage § 377 [61]; des Depotverwahrers Exk. zu § 424 [17]; siehe Erfüllungsort; G. für Klage auf Abnahme Exk. vor § 373 [46].
Gesammtfrachtvertrag § 432 [1] flg.
Gesammtprokura s. Prokura.
Gesammtvertretung bei off. H.G. § 125 s. off. H.G.
Geschäftemachen, Verbot des G. für Handlungsgehilfen § 60.
Geschäftsanzeigen unter unbefugter Firma § 37 [20].
Geschäftsbericht der Akt.Ges. § 260 [18], 265; der Komm.Ges. § 265.
Geschäftsbedingungen, Bekanntmachung von G.; maßgebend für demnächstigen Vertrag § 346 [14].
Geschäftsbesorgung, stillschweigende Annahme des Auftrages zur G. § 362.
Geschäftsführung der Gelegenheitsgesellschaft Exk. zu § 342 [17]; s. Akt.Ges.; o. H.G.; still. Ges.
Geschäftsgebräuche, Einfluß auf Rügefrist § 377 [39]; Auslegung von Willenserklärungen § 346.
Geschäftsgeheimnisse § 59 [27] flg.
Geschäftsjahr § 39 [3].
Geschäftskreis s. Liquidatoren.
Geschäftsordnung für Angestellte § 59 [21].
Geschäftsräume § 62 [1].
Geschäftsunfähigkeit des Machtgebers, Wirkung auf Vollmacht Exk. § 58 [72]; des Socius bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages, Geltung der O.H.G. nach außen § 123 [11].
Geschäftsveräußerung, Form Exk. vor § 373 [7]; Einfluß auf Dienstvertrag § 70 [22].
Geschäftsverbindung, stillschweigende Annahme einer Offerte bei bestehender G. § 362; Zusendung unbestellter Waare § 377 [158] flg.
Geschäftsvermögen einer Ehefrau E. [72].
Geschäftszeit, Leistung zur üblichen § 358.
Geschäftszweig, Anmeldung zum Register § 29 [4].
Gesellschaft, Eintritt in eine § 28 [11]; G. mit beschr. Haftung, Uebernahme der Firma einer Aktiengesellschaft oder durch diese § 22 [9]; Erwerb des Gesammtvermögens einer Akt.-Ges. § 305 [4]; still. G. § 335 flg.; Gelegenheitsges. Exk. zu § 342; Gesellschaften bürgerlichen Rechts Exk. zu § 342 insbes. Anm. [3], [81].
Gesellschaften zum Zwecke des Abschlusses von Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [59].
Gesellschafter, stiller, Berechnung des Gewinnantheils bei Abschreibungen § 40 [2] a. E.; Einlagen, Aufstellung in die Bilanz § 40 [7]; Maß der Sorgfalt von G. § 347 [7]; s. stille Gesellschaft.
Gesellschaftsblätter s. Bekanntmachung.
Gesellschaftsvertrag § 105 [27] flg., 109; s. Akt.-Ges. sub B; Handelsgeschäft? § 343 [24].
Gesetzliche Pfandrechte § 366 [58], 368 [73]; an Ordrepapiere, Erwerb bona fide § 366 [65]; § 368 [75] flg.; G. Zinsen, Höhe § 352.
Gesinde § 59 [14].
Gesindevermiethungsbureau § 1 [73].
Gestohlene Sachen, Erwerb bf. § 366 [44], [50]; Veröffentlichung im Reichsanzeiger, Schlechtgläubigkeit § 367.
Gesundheit, Sorge für G. § 62 [5].
Gewährleistung des Inferenten bei Akt.Ges. § 186 [19]; s. Kauf sub V; Viehmängel § 382;
Gewerbegehilfe § 59 [13].
Gewerbeordnung § 76 Abs. 4.
Gewerbetreibende, die nicht ohne Weiteres Kaufleute sind § 1 [80], § 25 [6].
Gewicht, Erfüllungsort maßgebend für G. § 361 [1] flg.; Bestimmungen des H.G.B. über G. § 380.
Gewichtsverlust § 460.
Gewinn, entgangener § 347 [16] flg.; G. beim Deckungskaufe compensatio lucri et damni Exk. zu § 374 [64]; G. entgangener, keine Erstattungspflicht des Frachtführers § 430 [4]; s. off. Handelsges.; Akt.Ges.; Komm.-Ges.; still. Ges.
Gewinnantheile der Aktionäre § 214; des still. Ges. § 335 [19]; des Gelegenheitsgesellschafters Exk. zu § 342 [37].
Gewinnantheilscheine der Aktionäre § 230; § 213 flg.; Erwerb abhanden gekommener G. trotz Veröffentlichung § 367 Abs. 3; s. Dividendenscheine.
Gewinn- und Verlustberechnung, verschieden von Bilanz § 260 [16] flg.; s. Gewinn.
Gewinnvertheilung einer Akt.Ges., Beschluß der G.V. § 260 [3]; der Akt.Kommand.Ges. § 320 [64] flg.; s. Gewinn.
Gewohnheiten, bei Auslegung von Willenserklärungen § 346.
Gewohnheitsrecht, s. Handelsgewohnheitsrecht.
Giro, nicht civilr. Bürgschaft § 349 [19].
Glauben, guter, Begriff § 366 [16] flg.; des Aktionärs bei Empfang rechtswidriger Zahlungen § 217 [12]; des Actienerwerbers, Wirkung § 222 [11]; insbes. bei Erwerb zu Unrecht in Verkehr gebrachter Aktienurkunden § 224 [12]; bei amortisirten Aktien § 227 [5]; bei kraftlos erklärten Urkunden § 228 [3] flg.; s. Ordrepapiere; Schutz des guten Glaubens bei Erwerb von Pfand- und Eigenthumsrecht

§ 366 [1] ffg.; g. Gl. des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers, Lagerhalters hinsichtlich des **ges.** Pfandrechts § 366 [58] ffg.; § 368 [75] ffg.; Herausgabepflicht bei unentgeltlichem Erwerb § 366 [11], [68]; g. Gl. des Vertreters § 366 [15]; bei Erwerb abhanden gekommener Inhaberpapiere und Geld § 366 [21]; Wirkungen des gutgl. Erwerbes vom Nichteigenthümer oder Nichtverfügungsberechtigten § 366 [30] ffg.; Bedeutung des Handelsregisters für guten Glauben § 366 [24], [36]; kein Untergang dinglicher Rechte bei Erwerb durch Cession des Anspruches auf Herausgabe § 366 [41]; Erwerb gestohlener, verlorener, abhanden gekommener Sachen § 366 [44]; kein Schutz bei Erwerb seitens eines Gemeinschuldners § 366 [73]; Erlöschen des Verfolgungsrechtes § 366 [39]; des Retentionsrechtes ebd.; g. Gl. schützt nicht den Retinenten § 369 [17], [20]; böser Glauben: Beispiele § 366 [22]; bei Erwerb eines Ordrepapiers, Pflicht zur Aushändigung § 365 [8].

Gläubiger, des Mannes, Rechte gegen Geschäftsvermögen der Frau E [91] ffg.; Gl. der Akt.-Ges.; Schutz im Amortisationsverfahren § 227 [14]; bei Kapitalsherabsetzung § 289; im Liquidationsverfahren § 301; Gl. einer Akt.-Ges. Schadensersatzanspruch gegen Vorstand § 241 [11] ffg.; gegen Aufsichtsrath § 249 [8]; Klage gegen Komplementar einer Kommand.-Ges. auf Akt. aus Geschäftsführung § 320 [90]; Auflösung einer still. Ges. durch Gl. § 339 [26]; Recht auf Büchereinsicht nach Liquidation der Akt.Ges. § 302 [1]; Aufkündigung der Gelegenheitsgesellschaft durch G. Exk. zu § 342 [62]; s. Schutzvorschriften.

Gratifikation der Handlungsgehilfen § 59 [23].

Grobe Fahrlässigkeit s. Fahrlässigkeit; §§ 347, 430, 438, 457, 461, 464 ffg.

Gold, Pfandverkauf nicht unter Metallwerth § 368 [52].

Gründerbezugsrechte § 283 [5].

Gründergenossen, Haftung § 202 [20].

Gründerlohn § 186 [9]; s. Akt.Ges. sub D.

Grundkapital s. Akt.Ges. sub E; Kommand.Ges. auf Aktien § 320 [108].

Grundschulden bei Geschäftsveräußerung § 25 [14]; Abtretung § 350 [19]; kein kaufmännisches Retentionsrecht an G. § 369 [15].

Grundstücke, Illation in offene Handelsges.Exk. § 122 [19]; Eigenthumserwerb bei Ausscheiden eines o. H.Gesellschafters § 142 [2]; s. Nachgründung Akt.Ges. sub D VIII; Eigenthumserwerb an Gr. durch Aktiengesellschaft § 210 [7]; Beschränkungen des Erwerbes nach Landesrecht ebd.; Uebergang im Falle der Veräußerung des Gesammtvermögens einer Akt. Ges. § 303 [16], 304 [10]; bei Fusion mit sofortiger Verschmelzung § 306 [11]; Behandlung bei Auseinandersetzung einer Gelegenheitgesellschaft Exk. zu § 342 [65]; Geschäfte über Gr., Handelsgeschäfte? § 343 [21] ffg.; Form § 350 [15].

Grundstücksmakler § 1 [73]; § 2 [3]; s. Makler;

Gründung s. Akt.Ges. sub D und Revisoren; Kommand.Ges. auf Aktien; G. Handelsgeschäft? § 343 [27].

Gründungsaufwand §§ 195, 202.

Gute Sitten §§ 62, 76.

Güterbeförderung s. Frachtgeschäft, Eisenbahn;

Gütergemeinschaft, Einfluß auf Erwerb E [73]; auf Haftung des Ehemannes E [82]; Vorlegung der Handelsbücher § 47.

Güterrechtsregister, Eintragung des ehemännlichen Einspruchs gegen Handelsbetrieb der Frau E [84].

Güterversendung s. Speditionsgeschäft.

Gutgewicht § 380.

Guthaben des ausscheidenden o. H.Gesellschafters Exk. § 141 [7] ffg.; Vertheilung nach Liquidation § 155.

Gutschein § 363 [25].

Haftung s. Sorgfalt, Schadensersatz, Rath, Auskunft, Empfehlung, Frachtgeschäft, Eisenbahn, Firma.

Halbfrabrikate, Ansatz in Bilanz § 261 [24].

Hand, Verkauf aus freier, beim Selbsthilfeverkauf § 373 [27].

Handelsbetrieb s. Handelsgeschäft.

Handelsbriefe § 38 [7]; Dauer der Aufbewahrungspflicht § 44; Editionspflicht? § 45 [4];

Handelsbücher, Pflicht zur Führung § 38 [1] ffg.; für den Agenten § 84 [24]; nicht bei Minderkaufleuten § 4 [14]; Uebergang bei Geschäftsveräußerung § 22 [18]; Art der Führung § 38 [5] ffg.; doppelte Buchführung § 38 [6]; Unpfändbarkeit § 38 [7]; lebende Sprache § 43 [1]; äußere Form § 43 [2] ffg.; Dauer der Aufbewahrung § 44; Vorlegung im Prozeß § 45 [2]; Editionspflicht § 45 [3], 47; Substantiirungspflicht vor Edition § 45 [2], 46 [3]; Beweiskraft Exk. zu § 47; Recht des Handlungsgehilfen auf Vorlegung § 65 [3]; s. Handlungsagent; Aufbewahrung und Benutzung nach Liquidation einer off. Handelsges. § 157 [3], [8] ffg.; dgl. einer Akt.Ges. § 302 [7] ffg.; Bücher einer Komm. auf Akt. § 320 [86]; s. Kontrollrechte; Pflichten des Vorstandes einer Akt.Ges. § 239;

Handelsfirma s. Firma.

Handelsfrau unverheirathete E [64]; Ehefrau E [65] ffg.; Einwilligung des Ehemanns E [66] ffg.; Zugriff der Gläubiger E [69]; Geschäftsvermögen der Frau E [72]; Rechte des Mannes daran E [93]; der Gläubiger des Mannes E [91]; Pfändung derselben in dem Geschäfte der Frau E [97]; dingliche Verfügungen der Ehefrau E [41]; Prozeßfähigkeit E [77]; Verantwortlichkeit für Handelsbücher § 38 [3]; Zwangsvollstreckung bei versagter Genehmigung E [77] ffg.; Aktivlegitimation zu Prozessen über Eingebrachtes E [81]; Güterrechtsregister, Eintragung des ehemännlichen Einspruchs E [84]; mißbräuchliche Versagung der ehemännlichen Einwilligung E [89]; Recht des Mannes zur Aufkündigung von Verträgen der Frau auf persönliche Dienstleistungen E [78]; Ausländische Ehefrau E [100]; Uebergangsfrage E [101];

Handelsgebräuche hinsichtlich Art und Güte von Waaren § 360 [4]; s. Verkehrssitte.

Handelsgegenstand § 93 [4].
Handelsgericht s. Handelsregister.
Handelsgeschäft (Etablissement) Veräußerung s. Firma.
Handelsgeschäfte
I. Allgemeiner Begriff § 343 [1] ffg.; von Handwerkern und Minderkaufleuten § 343 [6]; absolute Nichth. § 343 [21]; Beispiele von H. § 343 [22]; Anwendbarkeit des Handelsges. auf einseitige H. § 345; Formfreiheit § 345 [6]; Auslegung § 346; Schweigen § 346 [13]; Maß der Sorgfalt aus § 347; Schadensersatz § 347 [11] ffg.; Vermuthung für § 344 s. Verkehrssitte, Gewohnheiten, Treu und Glauben, Gebräuche.
II. Arten: absolute H. § 343 [3], [6]; relative § 343 [3], [6]; Handelsgrundgeschäfte § 343 [3]; § 1 [31] ffg. einseitige § 345; der Minderkaufleute § 343 [6]; accessorische § 343 [3], [6]; Vorbereitungsgeschäfte § 343 [14].
III. Abschluß, Form § 350 [1] ffg., § 345 [6]; bei Bürgschaft § 349 [4], 350, 351; s. Schuldversprechen; Abschluß bei gemischten Verträgen § 350 [25]; Grundstücksverträge § 350 [15] ffg.; die einzelnen Formen § 350 [34] ffg. einseitige Schriftform § 350 [31] ffg.; s. Offerte, Annahme, Antrag, Form; Bedeutung der Vertragsurkunde § 350 [52];
IV. Erfüllung:
a) Erfüllungsort; allgemeine Bedeutung des E.ortes Exk. zu § 372 [5]; bei Uebersendungskäufen, Geldzahlungen Exk. zu 372 [6], [24], [37] ffg., [51]; für Bürgen Exk. zu § 372 [9]; alternativer Erf.ort Exk. zu § 372 [5]; nach internationalem Privatrecht ebd.; gesetzlicher Erf.ort, Exk. zu § 372 [11] ffg.; Veränderung durch Verzug? Exk. zu § 372 [19]; Bedeutung „ab Fabrik" Exk. zu § 372 [24]; vorbehaltlose Annahme der Faktura ebd. [26]; der Kommissionskopie ebd. [27]; Kataloge, Preislisten, Bestätigungsschreiben ebd. [28], [28a]; E. für Kauf ebd. [30] ffg.; Zahlung aus öffentlichen Kassen Exk. zu § 372 [56]; s. Erfüllungsort.
b) Zeit, gewöhnliche Geschäftszeit § 358; Bedeutung der Bezeichnung Frühjahr, Herbst 2c. § 359; acht Tage § 359 [2]; Fälligkeit in dubio sofort Exk. zu 359 [2] ffg.; insbes. für Kauf Exk. zu § 372 [33] ffg.
c) Gegenstand, bei Gattungsschulden, mittlerer Art und Güte § 360; beim Spezieskauf § 360 [9]; Maß, Gewicht, Währung § 361.
Handelsgesellschaft, Kaufmann § 6 [1]; Akt.Ges. als H. § 210 [12]; s. Gesellschaften.
Handelsgewerbe § 1 [30] ffg. § 2 [1] ffg.;
Handelsgewohnheitsrecht E [17] ffg.; partikulares E [22], [23]; Unterschied von Verkehrssitte E [26].
Handelsgrundgeschäfte § 1 [31] ffg. § 343 [3].
Handelsgrundgewerbe § 1 [79].
Handelsgut, Qualität § 360.
Handelskauf s. Kauf.
Handelsmäkler s. Mäkler.
Handelsniederlassung s. Sitz, Niederlassung, Zweigniederlassung.
Handelsplatz, aus verschiedenen Ortschaften bestehender § 379 [10].
Handelsniederlassung s. Erfüllungsort, Zweiggeschäft.
Handelsregister, Bedeutung des H. für guten Glauben § 366 [30], [21]; Befugnisse des Registerrichters Exk. zu § 8 [1] ffg.; Eintragungen von Amtswegen Exk. zu § 8 [5]; von Vormerkungen ebd. [6]; Prüfungspflicht des Registerrichters § 29 [8]; zivilrechtliche Bedeutung der Eintragung Exk. zu § 8 [11] ffg.; Vermuthung der Richtigkeit Exk. zu § 8 [15]; Oeffentlichkeit § 9 [1] ffg.; Einsicht, Recht auf Abschriften, Bescheinigungen § 9 [1] ffg.; Bekanntmachung der Eintragungen § 10 [1] ffg.; Ordnungsstrafverfahren § 14 [3] ffg., § 37 [8]; Beschwerdeverfahren § 14 [9] ffg.; bei öffentlichen Korporationen § 36 [8]; Prüfungspflicht des Registerrichters gegenüber Entscheidungen des Prozeßgerichts § 16 [1]; Inhalt der Beurkundungen Exk. § 8 [8] ffg.; Bewußtsein unrichtiger Thatsachen, Strafbarkeit Exk. § 8 [17]; Art der Anmeldungen und Zeichnungen § 12 [1]; Mitwirkung der Organe des Handelsstandes § 14 [15]; Wirkung der Eintragung § 5, 15 [1] ffg.; einer Firma § 5 [1] ffg.; Maßgeblichkeit des Registers der Zweigniederlassung für den Geschäftsverkehr mit einer Zweigniederlassung § 15 [11]; Führung bezüglich der Zweigniederlassung § 13 [5] ffg.; Verurtheilung zur Anmeldung § 16 [1]; Entscheidung der Unzulässigkeit einer Eintragung § 16 [3]; Anmeldung der Firma des Orts der Handelsniederlassung § 29 [2]; der Aenderung der Firma, ihrer Inhaber, Verlegung der Handelsniederlassung § 31 [1]; des Erlöschens § 31 [3]; Eintragung des Erlöschens von Amtswegen, Verfahren § 31 [1]; Offizialöschung einer unzulässigen Firma § 37 [8]; unbefugter Gebrauch einer Firma § 37 [1] ffg.; Eintragung des Konkurses § 32, 34 [6]; einer juristischen Person § 33 [14], § 36; der Vertretungsbefugniß ihres Vorstandes § 33 [12]; von Aenderungen der eine jur. Person betreffenden Rechtsverhältnisse § 34; der Prokura und ihres Erlöschens § 53; Anmeldungspflichtig sind die nach außen vertretungsberechtigten Gesellschafter, Vorstandsmitglieder § 53 [1]; Ausnahmen von der Einzelvertretung bei offener H.G. eintragungspflichtig § 125 [21]; Beseitigung der Wirkung dieser Eintragung durch widersprechendes Verhalten § 125 [21]; Eintragung der Auflösung der o. H.G. und das Ausscheiden eines Gesellschafters § 143; Eintragung des Ausschlusses kollektiver Vertretungsbefugniß d. Liquidatoren einer o. H.G. § 150 [3]; Erlöschen der Firma einer o. H.G. nach Liquidation § 157 [1]; Eintragung einer Kommanditgesellschaft § 161 [10]; einer Akt.Ges. s. dort sub D VI; Prüfung der Giltigkeit von Beschlüssen der Generalvers. § 273 [13], [20] ffg.; Eintragung von Statutenänderungen § 277; Anmeldung der Kapitalserhöhung § 280; der Kapitalsherabsetzung § 288 ffg.; der Auflösung, der Zustimmung der G.V. im Falle der Veräußerung des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. an eine öffentliche Korporation ohne Liquidation § 304 [5] ffg. (s. Liquidation, Fusion); Eintragung der Nichtigkeit einer Akt.Ges. § 309 [12] ffg.; Ordnungsstrafen aktienrechtliche

§ 319; Anmeldung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien § 320 [32], § 323 [2, 4]; Umwandlung einer Kommanditges. auf Aktien: Anmeldung, Eintragung § 333; der Amortisation von Aktien § 227 [15]; des Vorstandes einer Aktiengesellschaft und der Aenderung in den Vertretungsverhältnissen § 234 [1] ffg.; der Prokuristen einer Aktienges. § 241 [8]; des Aufsichtsraths, Aenderung in Personalverhältnissen § 244; Einreichung der Bilanz § 265; Eintragung der Auflösung der Akt.Ges. § 293; s. Register.

Handelsstand, Mitwirkung seiner Organe bei Führung des Handelsregisters § 14 [15].

Handelsüblich § 25 Abs. 3; § 172.

Handgeld Exk. zu § 348.

Handgepäck § 465 [6] ffg., 466, 472 [1].

Handkauf Exk. vor § 373 [27].

Handlungsagenten.

I. Allgemeines: Begriff § 84 [2] ffg.; Inhalt und Natur des Agenturvertrages § 84 [4] ffg.; Unterschied von Handlungsgehilfen § 84 [5, 6]; Versicherungs-, Auswanderungs-, Transportagenten sind H. § 84 [8]; H. sind Kaufleute § 84 [13]; Abschluß für unbestimmten Verkäufer Exk. vor E. 373 [12]; reisende H., Platzagenten § 55 [4];

II. Rechte und Pflichten: Pflichten § 84 [14] ffg.; Delkredere? § 84 [15]; Pflicht zu persönlicher Dienstleistung § 84 [19]; Konkurrenzverbot? § 84 [20], § 92 [14]; Exkulpationspflicht des Agenten § 84 [21]; Schadensersatzpflicht § 84 [22]; Erfüllungsort § 84 [23]; Buchführung, Firma § 84 [24]; Uebergangsfragen § 84 [26]; Genehmigung des Geschäftsherrn, wenn H. nur Vermittlungs-, aber keine Abschlußvollmacht hat § 85 [1] ffg.; Agent mit Abschlußvollmacht Exk. zu § 85 [1]; Abschlußvollmacht wird nicht vermuthet Exk. § 85 [2]; Agent ohne Abschlußvollmacht, Rechtslage der Parteien Exk. § 85 [4] ffg.; zur Zahlungsannahme und nachträglicher Fristbewilligung muß Platzagent besonders ermächtigt werden § 86 [1] ffg.; dagegen nicht der reisende Agent § 87 [1]; Empfangnahme von zur Disposition gestellten Waaren? § 86 [3]; Entgegennahme der Nachfrist, Exk. § 374 [70]; Mängelanzeige an den Platzagenten § 86 [4]; an den reisenden Agenten § 87 [11]; Provisionsanspruch § 88 [1] ffg.; Voraussetzungen derselben, Nachordres § 88 [1] ffg.; bei Nichtausführung des Geschäftes § 88 [3] ffg.; Beweislast für Provisionspflicht des Prinzipals § 88 [7]; Höhe, Abrechnung der Provision § 88 [8] ffg.; Vereinbarungen bei direkten Geschäften § 88 [10]; Verjährung § 88 [14]; Retentionsrecht § 88 [15], § 369 [48]; kein Vorzugsrecht im Konkurse § 88 [16]; Erfüllungsort § 88 [13]; Provisionsanspruch des Bezirksagenten § 89 [1] ffg.; Kosten und Auslagen des H. nicht ersatzpflichtig § 90 [1]; dagegen außerordentliche § 90 [2]; Recht auf Buchauszüge § 91 [1] ffg.; hat nur der Provisionsagent § 91 [1], nicht der tantiemenberechtigte Agent § 91 [4];

III. Endigung des Agenturverhältnisses: Kündigung, Frist § 92 [1] ffg.; wichtige Gründe für sofortige Kündigung § 92 [6] ffg.; Tod des Geschäftsherrn löst nicht § 92 [8]; des Agenten § 92 [9]; Konkurs des Geschäftsherrn § 92 [10]; des Agenten § 92 [11]; Krankheit des Agenten § 92 [12]; Geschäftsveräußerung § 92 [13].

Handlungsdiener s. Handlungsgehilfe.

Handlungsgehilfe.

I. Allgemeines §§ 59 ffg.; Begriff § 59 [5] ffg., [11]; Unterschied von Handlungsbevollmächtigten § 59 [4]; Beispiele von H. § 59 [5] u. [12]; Uebergangsfragen § 59 [1], [35]; s. Angestellter, Vertretung; Stundenbuchhalter § 59 [6]; Volontär kein H. § 59 [7]; Ehemann, Kind, Ehefrau kein H. § 59 [8]; Beweislast für Anstellung zu kaufmännischen Diensten § 59 [10]; Art und Umfang der Dienste § 59 [17] ffg.; Wechsel der Beschäftigung? § 59 [18]; Zustimmung zu Geschäftsordnungen § 50 [21]; Ueberstunden § 59 [23]; Vorschußleistung § 59 [23]; Gratifikation § 59 [23]; Anstellungsvertrag § 59 [25]; Retentionsrecht § 59 [32]; Provision, heimliche 59 [33]; Provision, bedungene § 65, Geltendmachung § 65 [2, 3, 9]; Pfändbarkeit, Abtretbarkeit, Kompensation, Retention § 59 [31]; Konkurrenzverbot, gesetzliches § 60 [1] ffg.: Einwilligung des Prinzipals § 60 [9]; Anspruch auf Schadensersatz und Eintrittsrecht des Prinzipals bei Konkurrenzgeschäften des H. § 61; Klage aus Unterlassung von Konkurrenzgeschäften des H. § 61 [5]; Pflicht zur Rechnungslegung aus Konkurrenzgeschäften § 61 [6]; Verjährung der Ansprüche wegen Konkurrenz des H. § 61 [9]; Konkurrenzklausel s. §§ 74 ffg.; unten sub III; Fürsorgepflichten des Prinzipals § 62 Exk. zu § 62; Arbeitszeit § 62 [4]; häusliche Gemeinschaft § 62 [6, 9]; Rücksicht auf Religion § 62 [6]; unverschuldetes Unglück § 63 [1] ffg., [8]; Versicherungsbeiträge § 63 [6]; Fälligkeit des Gehaltsanspruchs § 64; Zahlungsort § 64 [7].

II. Endigung des Dienstverhältnisses: Kündigung § 66 ffg.; Vertragsdauer, unbestimmte § 66 [1] ffg.; Engagement auf Lebenszeit, auf Probe § 66 [3, 4]; kurze Kündigungszeiten § 66 [5]; gesetzliche Kündigungsfrist § 66 [6]; Beweislast vertraglicher Kündigungsfrist § 66 [7]; verspätete, vorzeitige Kündigung § 66 [8]; Form der Kündigung § 66 [9]; unbestimmte, bedingte Kündigung § 66 [10]; Aufsuchen eines neuen Dienstverhältnisses § 66 [12]; Tod des Prinzipals löst nicht das Dienstverhältniß § 66 [13]; Kündigungsfristen, bedungene § 67; Zulässigkeit, Nichtigkeit § 67 [1] ffg., [6] ffg.; unbeschränkte Kündigungsfristen bei mindestens 5000 Mk. Gehalt und bei Handlungsgehilfen für's Ausland § 68; bestimmte Vertragsdauer § 67 [2]; vorübergehende Aushilfe § 69 [1] ffg.; Beweislast, ob Engagement zu vorübergehender Aushilfe oder auf unbestimmte Zeit § 69 [5]; sofortige Kündigung, Entlassung § 70; nur zulässig per sofort § 70 [1]; Beweislast, daß Entlassung vorliegt § 70 [1]; Prinzipal braucht nicht die Gründe bei Entlassung angeben, ebenda; später bekannt gewordene Entlassungsgründe § 70 [1]; Gründe, die sich später ereignen § 70 [1] u. [3]; wichtiger Grund auch **ohne** Verschulden § 70 [2]; Gesammtverhalten als Entlassungsgrund § 70 [2]; vertragliche Vereinbarung über

wichtige Gründe § 70 [6]; Folgen der sofortigen Kündigung § 70 [7] ffg.; nur die gerechtfertigte Kündigung — nicht das Urtheil — löst das Dienstverhältniß § 70 [7]; die ungerechtfertigte sofortige Kündigung als Entlassungsgrund § 70 [12]; vertragswidriges Verhalten als Auflösungsgrund § 70 [14]; Schadensersatz deswegen § 70 [15]; Aufhebung des Dienstvertrages durch Anfechtung wegen Irrthums, Betruges § 70 [19]; durch Geschäftsveräußerung § 70 [22]; wegen Konkurses des Prinzipals § 70 [23]; Gründe des allgemeinen Rücktrittsrechts bei zweiseitigen Verträgen nach B.G.B. § 70 [24]; Verzicht auf Dienste des H. § 70 [25]; Gründe für vorzeitige Kündigung seitens des H. § 72; im Gesetze nicht aufgeführte Beispiele § 72 [10]; vertragliche Festsetzung von Entlassungsgründen § 72 [1]; Beweislast für unbefugte Dienstversäumniß hat Prinzipal § 72 [6]; Freiheitsstrafe als Entlassungsgrund § 72 [8].

III. Einzelne Rechte und Pflichten; Zeugniß des H. § 73; Inhalt desselben § 73 [3]; klagbarer Anspruch auf Zeugniß § 73 [4, 5]; Schadensersatzanspruch des neuen Prinzipals gegen alten wegen unrichtigen Zeugnisses § 73 [5]; Konkurrenzklausel § 74; zeitliche Beschränkung § 74 [3]; unzulässig bei minderjährigen H. § 74 [4]; Milderung der Konkurrenzklausel durch den Richter § 74 [5]; allgemeine Grundsätze bei Auslegung des Konkurrenzverbots und Beispiele § 74 [7] ffg.; Uebergangsfragen für Konkurrenzverbot § 74 [16], § 75 [8]; Fälle d. Unwirksamkeit d. K. § 75 [1]; Folgen der Uebertretung d. K. bei Verabredung einer Konventionalstrafe § 75 [5]; ohne Konventionalstrafe § 75 [6]; gesetzliches Konkurrenzverbot s. oben sub I; Verschwiegenheit § 59 [27]; Rechnungslegung § 59 [28]; Vergütung § 59 [22] ffg.; andere Ansprüche § 70 [25]; für Ueberstunden § 59 [23]; Urlaub § 59 [23]; Vorschuß ebd.; Retentionsrecht? § 59 [32].

Handlungslehrling, Begriff § 76 [1—4]; Art und Umfang seiner Dienste § 76 [5] ffg.; Ausbildungspflicht und Schadensersatzpflicht des Prinzipals § 76 [5, 17] ffg.; kein Züchtigungsrecht des Prinzipals § 76 [8]; Vergütung § 76 [10]; Verjährung der Ansprüche aus Lehrverträgen § 76 [11]; Anstellungsvertrag § 76 [13]; Stempelfreiheit desselben in Preußen § 76 [16]; Konkurrenzverbot § 76 [18, 31]; Verschwiegenheitspflicht § 76 [23]; Dauer des Lehrvertrages § 77; Kündigung des Lehrverhältnisses, Entlassung § 77; Tod des Lehrherrn § 77 [8]; Aufhebung des Lehrverhältnisses wegen Uebergang zu anderem Gewerbe oder Beruf § 78; dgl. Schadensersatzpflicht des Lehrlings u. neuen Prinzipals § 78 [5] ffg.; Schadensersatzpflicht des L. wegen unbefugten Austritts aus der Lehre § 79; Schadensersatzpflicht des entlassenden Prinzipals § 79 [3]; Zeugniß § 80; Voraussetzungen, Inhalt, Klagerecht, stempelfreie Beglaubigung § 80 [1] ffg.; Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte, Erforderniß zur Ausbildung von H. § 81; Giltigkeit des Lehrvertrages mit nicht qualifizirten Personen? § 81 [1]; Strafbestimmungen gegen Prinzipal und Lehrherrn § 82.

Handlungsreisender § 55; Vollmacht § 55 [1]; Beschränkung § 55 [2]; Verpflichtung des Prinzipals aus ihren Geschäften mit Wirthen, Fuhrleuten § 55 [3]; Provisionsreisende, Stadtreisende, Platzagenten § 55 [4]; Preisabzüge, Fristbewilligungen, Annahme von Wechseln, Mängelanzeigen § 55 [5]; Feststellung der Kaufbedingungen § 55 [8]; Verzicht für den Prinzipal § 55 [9]; Bürgschaft für den Prinzipal § 55 [10]; Dienstverhältnisse des H. § 59 [26, 27, 32]; Entgegennahme, Nachfristsetzung Exk. zu § 374 [70].

Handlungsvollmacht, Begriff § 54 [1]; Ertheilung § 54 [2]; Inkasso-Vollmacht § 54 [8]; bei Telephonbestellungen § 54 [11]; bei einseitigen Rechtsgeschäften § 54 [12]; Fähigkeit zur Bestellung, passive § 54 [13]; aktive [15]; Umfang § 54 [3, 16] ffg.; Beweislast der Beschränkung § 54 [23]; H. der in einem Laden oder offenen Waarenlager Angestellten zu dort üblichen Verkäufen und Empfangnahmen § 56 [3, 4]; Form der Zeichnung § 57; Unübertragbarkeit § 58; s. Vertretungsmacht.

Handwerk § 1 [54], § 4 [3].

Handwerker § 1 [42], § 4 [3] ffg.; Handelsgeschäfte der H. § 343 [6].

Handzeichen § 350 [35] ffg.

Hausdiener § 59 [14, 15].

Hausirer § 4 [9].

Hausnummer s. Ort der Handelsniederlassungen.

Häusliche Gemeinschaft § 62 [6, 9].

Heilung der Mängel einer nichtigen Akt.Ges. § 310.

Heirathsvermittelungsgeschäfte § 1 [78], § 2 [2].

Hemmung s. Verjährung.

Herabsetzung des Grundkapitals § 288 ffg., 325. s. Akt.Ges. sub E; der Vertragsstrafe § 348 [19]; der Kommanditisteneinlage § 174; s. Konkurrenzverbot.

Herausgabepflicht des unredlichen Erwerbers von Ordrepapieren § 365 [8].

Herbst als Zeit der Erfüllung § 359.

Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus einem von dem Unternehmer zu liefernden Stoffe § 381.

Herstellungspreis, maßgeblich für Bilanz § 261 [37].

Hilfsgeschäfte, Handelsgeschäfte § 343 [3, 6] ffg.

Hinderniß für Beginn der Fracht § 428.

Hinterlegung von Aktien als Voraussetzung der Theilnahme an Generalversammlung § 255 [3]; als Voraussetzung des Rechts auf Abschriften, Mittheilungen § 257; zwecks Bestellung von Revisoren § 266 [11, 15]; zwecks Erhebung der Regreßklage § 269; nicht erforderlich für Anfechtungsklage § 271 [10]; des Erlöses für Ersatzaktien § 290 [5]; H. der Forderung eines unbekannten Gläubigers der Akt.Ges. § 301 [5]; H. zur Beseitigung der Zinspflicht § 353 [10]; Recht des Frachtführers auf H. § 435 [5], 437;

Höchstbetrag der Haftung der Eisenbahn, Begrenzung § 461 [1] ffg., 462 ffg.

Höhere Gewalt, Haftung der Eisenbahn § 453, 456 [5] ffg., 458.

Höker § 4 [9].

Holzschulden, Zinsen von H. § 353 [8].

Holz auf dem Stamm § 1 [36].

Hotelier § 1 [79], [80], § 2 [3]; Frachtgeschäfte von? § 425 [7]; s. Gastwirth, Wirth, Restaurateur.
Hungerlöhne § 59 [23].
Hypotheken, Cession von H. § 350 [19]; Handelsgeschäft? § 343 [27]; kein kaufmännisches Retentionsrecht an H. § 369 [15].
Hypothekenmakler § 1 [73]; § 2 [3]; s. Makler.
Hypothekenpfandbriefe, Kursverlust, Einstellung in Bilanz § 40 [7].

Jahr, s. Geschäftsjahr.
Jahresbilanz, s. Bilanz;
Illation, bei offener Handelsgesellschaft Exk. zu § 122 [9]; Illationsvertrag bei Akt.Ges. § 186 [1] ffg., [18] ffg.; Haftung aus Illationsvertrag § 202 [25]; s. Einlage.
Illoyalität bei Geltendmachung der Rechte aus Verzug § 376 [34].
Immobilien s. Grundstücke.
Indentgeschäft § 383 [10].
Individualrechte § 250 [1] ffg.
Indossament, bei Aktienübertragung § 222 [5] ffg.; Stempelpflicht § 222 [20]; Uebertragung handelsrechtlicher Ordrepapiere durch J. § 363; Wirkungen des J. § 364 [1] ffg.; kein Uebergang von Nebenrechten durch J. § 364 [6]; Form § 365 [1] ffg.; des Kommissionärs § 395; gilt unzulässiges J. als Cession? § 363 [25]; s. Ladeschein.
Inserirung s. Illation.
Inhaberaktien, s. Akt.Ges. sub C I; Konsequenz ihrer Eigenschaft als Inhaberpapiere Exk. zu § 224 [12] ffg.; s. Inhaberpapiere.
Inhaberlagerscheine § 424 Zusatz 1.
Inhaberpapiere, Exk. zu § 365; unechte Exk. zu § 365 [8]; Eigenthumserwerb § 366 [1] ffg.; bona fide-Erwerb § 366 [5] ffg.; abhanden gekommene § 366 [21], [48]; Veröffentlichung des Verlustes von Inhaberpapieren, Schlechtgläubigkeit § 367; Art der Pfandbestellung an § 368 [6] ffg.; Inhalt des Pfandrechtes § 368 [27] ffg.; Realisirung § 368 [66] ffg.; Retentionsrecht wegen Forderungen aus J. § 369 [7]; Realisirung des Retentionsrechts an Inh.P. § 371 [19]; Verzinsung von § 353 [3], [8]; s. Inhaberaktien.
Inkassobureau § 1 [80].
Inkassomandat s. handelsrechtliche Ordrepapiere, Einrede § 364 [16].
Inkassovollmacht § 54 [8]; des Handlungsreisenden § 55 [5].
Inseratenspediteur s. Annoncenspediteur.
Intercession, Bestimmung der Generalversammlung über § 250 [7].
Interesse, kein J an Vertragserfüllung erübrigt Nachfristsetzung Exk. zu § 374 [88]; J. an Theillieferung bei Successivlieferungsgeschäften ebd. [111], [119] ffg.; Nothverkauf im Interesse des Verkäufers § 379 [18]; an Lieferung von Eisenbahnfrachtgut; Werthersatz § 463, 466;
Interimsschein s. Akt.Ges. sub C III.
Internationales Privatrecht Exk. zu § 372 [5]. bezüglich Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [94]; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [5].
Interpretation s. Auslegung.
Internsurium Exk. § 359 [10].
Inventar §§ 39 ffg.
Inventur § 39; Werthansatz bei Aufstellung § 40 [2]; Dauer der Aufbewahrung § 44.
Irrthum, Anfechtung des Dienstvertrages wegen J. § 70 [19]; Anfechtung der Aktienzeichnung § 189 [24]; der durch Uebertragung erlangten Aktionäreigenschaft § 223 [8]; Anfechtung des Saldoanerkenntnisses § 355 [29] ffg.; Einrede des J. gegen Ordrepapiere § 364 [5] ffg.; J. in der Person des Kommittenten, Anfechtungsrecht des Dritten § 383 [21]; J. des Kommissionärs bei Ausführungsanzeige § 384 [32].
Juristische Person § 33 [1]; Eintragung in's Handelsregister § 33 [1] ffg.; §§ 34, 36; Firma § 33 [8];
ius variandi bei Ansprüchen aus Qualitätsfehlern § 377 [47], [96] ffg.; s. auch-Kauf sub VI.

Kaduzirung § 219 ffg.; s. Akt.Ges. sub C II; bei Akt.Kommanditges. § 320 [61].
Kapitalserhöhung, bei Akt.Ges. § 274 Abs. 2; Akt.Kommanditges. § 320 [108] ffg.
Kapitalsherabsetzung § 274 [2], § 288 ffg.; s. Akt.-Ges. sub E; bei Akt.Kommanditges. § 320 [108] ffg.
Karte, unechtes Inhaberpapier Exk. zu § 365 [8].
Kassabote § 59 [15].
Kassageschäfte, Börsentermingeschäfte? Differenzgeschäfte? Exk. zu § 376 [7], [35].
Kasse, öffentliche, Zahlung aus ö. K. Exk. zu § 372 [56].
Kataloge, bindende Offerte? Exk. zu § 361 [9]; Bestimmung über Erfüllungsort Exk. zu § 372 [28]; über Erfüllungszeit Exk. zu § 372 [33]; über Zahlungsmodalitäten Exk. zu § 372 [49].
Kauf (Handelskauf).
I. Allgemeines: Wesen des Handelskaufes Exk. vor § 373 [2]; Lieferungsvertrag Exk. vor § 373 [4]; Werklieferungsvertrag ebd. [5] ffg.; Lieferung des Stoffes durch den Unternehmer § 381; Abschluß des Handelskaufs Exk. vor § 373 [7] ffg.; Form Exk. vor § 373 [7]; Bestimmbarkeit von Preis und Waaren ebd. [13] ffg.; Markt- und Börsenpreis ebd. [18]; Spezifikationskauf Exk. vor § 373 [25]; Zusendung unbestellter Waaren § 377 [158] ffg.; Bestimmungen über Gewicht (Netto, Tara, Brutto, Gutgewicht, Refaktie) § 380; Viehkauf § 382; K. auf Abbruch § 1 [36]; Beweislast für Abschluß Exk. vor § 373 [57]; für Erfüllung Exk. vor § 373 [58]; für Stundung § 373 [60]; Eigenthumsübergang Exk. zu § 382 [55] ffg., [60]; Gefahrsübergang Exk. zu § 382 [45] ffg.; Verhältniß des Käufers und Verkäufers zum Spediteur und Frachtführer Exk. zu § 382 [54]; Retentionsrecht an gekauften Gegenständen § 369 [23]; Erfüllungsort Exk. zu § 372 [30] ffg.; Erfüllungszeit Exk. zu § 372 [33] ffg.; prozessuale Fragen Exk. vor § 373 [50]; s. Beweislast; s. Arten: Kauf sub II; s. Pflichten: Kauf sub III, IV; Einfluß des Konkurses auf schwebenden Kaufvertrag Exk. zu § 382 [61] ffg.; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [70] ffg.; Kosten der Erfüllung Exk. zu § 382 [95] ffg.
II. Arten: Kauf auf Probe oder Besicht, Begriff Exk. zu § 382 [13] ffg.; Prüfung, Genehmigung Exk. zu § 382 [15], [17] ffg.; Beweis-

fragen ebd. 16 ffg.; 20; Auswahlsendungen Exk. zu § 382 16; Suspensiv- oder Resolutivbedingung? Exk. zu § 382 17; Erklärungsfrist ebd. 20 ffg.; Stillschweigen ebd. 20 ffg.; verborgene Mängel ebd. 22 ffg.; Kosten, Fracht, Lagerspesen ebd. 23; Gefahr ebd. 24; Retentionsrecht § 369 42.

Kauf nach Probe, Begriff Exk. zu § 382 1 ffg.; Aushändigung der Probe ebd. 4; unerhebliche Abweichungen Exk. zu § 382 6; heimliche Mängel der Probe ebd. 6; probewidrige Lieferung ebd. 7; Beweisfragen Exk. zu § 382 7 ffg.

Kauf zur Probe Exk. zu § 382 25 ffg.

Uebersendungskauf, Distanzkauf, § 379 ffg.; Uebersendungspflicht Exk. zu § 382 29 ffg.; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 30.

Platzgeschäft, Aufbewahrungspflicht? § 379 26.

Successivlieferungsgeschäft Exk. zu § 374 107 ffg., 110 ffg.

Spezifikationskauf § 375.

Alternativkauf § 375 1.

Kreditkauf Exk. vor § 373 28 ffg., 60; Rücktritt wegen Vermögensverhältnissen des Käufers ebenda.

Kauf auf Abbruch § 1 36.

Nichtkauf § 382.

s. Fixgeschäft, Differenzgeschäft, Börsentermingeschäft, s. Rechte und Pflichten sub Kauf III, IV, V, VI.

III. Einzelne Pflichten des Verkäufers. Pflicht zur Uebergabe Exk. vor § 373 34; zur Uebersendung Exk. zu § 372 7, 35; Exk. zu § 382 29 ffg.; zur Eigenthumsverschaffung Exk. vor § 373 37; zur Auskunftsertheilung Exk. vor § 373 38; zur Versicherung bei Niederlegung nicht angenommener Waaren? § 373 23; Pflicht zur Aufbewahrung beanstandeter Waare und Recht zum Nothverkauf § 379 1 ffg., 12 ffg., 18 ffg.; Kosten der Aufbewahrung § 379 12; Versicherungspflicht Exk. zu § 382 36; Schadensersatz wegen verletzter Sorgfalt bei Uebersendung Exk. zu § 382 39 ffg.; wegen Verzuges bei Uebersendung Exk. zu § 382 50; prozessuale Fragen, insbes. Zwangsvollstreckung Exk. vor § 373 50; Haftung für Qualitätsmängel s. sub V; für schuldhafte Lieferung mangelhafter Waaren § 377 91 ffg.; Verzug s. sub VI; Kosten der Erfüllung s. Exk. zu § 382 96 ffg.

IV. Einzelne Pflichten des Käufers. Zahlungspflicht Exk. vor § 373 39, 55; Zinspflicht Exk. vor § 373 40; unterlassene Uebersendung von Wechseln verpflichtet zur Baarzahlung ebd. 41.

Abnahmepflicht Exk. vor § 373 42 ffg., 55; Zeit und Ort der Abnahme ebd. 45 ffg.; Abnahmeverzug § 374 2; Annahmeverzug § 373; s. sub VI.

Rügepflicht § 377 1 ffg.; Untersuchungspflicht § 377 11 ffg. (s. unten sub V); Pflicht zur Erklärung nach erfolgter Rüge, über Lieferung, Wandlung oder Minderung § 377 22; Rücksendung beanstandeter Waaren § 379 14; Feststellung äußerlich erkennbarer Mängel durch Sachverständige § 379 24.

prozessuale Fragen Exk. vor § 373 50 ffg.; Verzug s. unten sub VI; Kosten der Erfüllung s. Exk. zu § 382 94 ffg.

V. Qualitätsmängel (Gewährleistung). 1. Allgemeines: § 377 3 ffg.; Nichterfüllung und mangelhafte Erfüllung § 377 3 ffg.; Lieferung eines aliud § 377 4, 378; Quantitätsmängel unter Umständen Qualitätsmängel, Beispiele § 377 6, § 378; Verpackung § 377 9; Preisabweichung kein Q.mangel § 377 10; Mängel im Rechte Exk. vor § 373 37; Rügepflicht s. oben sub IV; Mängelanzeige im Falle der Weiterversendung von Waaren § 377 28; verborgene Mängel § 377 29; arglistiges Verschweigen § 377 39, 123 ffg.; Einfluß von Geschäftsgebräuchen § 377 30; mangelhafte Erfüllung bei Gattungsschulden § 377 3; Erheblichkeit der Mängel (Beispiele) § 377 32 ffg.; Fortfall der Haftung § 377 100; Beweisfragen § 377 104 ffg.; Besonderheiten bei theilweiser Lieferung und theilweiser Mangelhaftigkeit § 377 140 ffg.; vertragliche Bestimmungen über Anzeigepflicht und Gewährleistung § 377 147; Garantieübernahme § 377 152; Eigenthumsübergang bei Zusendung mangelhafter Waaren § 377 153; Exk. zu § 382 55 ffg.; Mängelanzeige bei **einseitigen** Handelskauf § 377 154 ffg.; Mängelfeststellungsrecht, Beweissicherung durch Käufer und Verkäufer Exk. zu § 379; Viehmängel § 382.

2. Untersuchung und Mängelanzeige, Untersuchung § 377 11 ffg.; Zeit § 377 13, 16, 21; Zuziehung von Sachverständigen § 377 13; Besicherung Exk. zu § 379; Gebrauch und Verbrauch der Waaren bei Untersuchung § 377 13; Stichproben § 377 15; Ort der Untersuchung § 377 21; Mängelanzeige § 377 22 ffg., 28; M. erfolgt auf Gefahr des Verkäufers § 377 26; Zeit der M. § 377 28; im Falle der Weiterversendung von Waaren § 377 28, 30; bei verborgenen Mängeln § 377 29; vertragliche Aenderung der Untersuchungs- und Anzeigefrist § 377 30; arglistig verschwiegene Mängel § 377 30; Fristbestimmung in Fakturen § 377 30; Ausfallsproben, Frist bei Hingabe von § 377 30; Verzicht auf den Einwand der Verspätung ebd.; Einfluß von Geschäftsgebräuchen § 377 30; Viehmängel § 382.

3. Rechtsfolgen.

a) der unterbliebenen Mängelanzeige § 377 31;

b) der erfolgten Mängelanzeige § 377 37 ffg., 96 ffg.; erhebliche Mängel § 377 32 ffg.; Beispiele § 377 33 ffg.; das Recht auf Wandelung § 377 44 ffg.; Untergang der Sache § 377 52; im Falle der Weiterveräußerung § 377 52; Inhalt der Wandelungsansprüche § 377 57; Nutzungen? ebd.; Verwendungen auf die Sache § 377 57; Futterkosten § 377 57; Retentionsrecht § 377 58; Untersuchungskosten § 377 59, 91; Gerichtsstand § 377 61; Beweisfragen § 377 104 ffg.; das Recht auf Minderung § 377 70 ffg.; Bewahrung § 377 74; bei Weiterveräußerung § 377 75 ffg.; das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung § 377 78 ffg.; allgemeiner Anspruch auf Schadensersatz bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 91; Recht auf Nachlieferung beim Gattungskauf § 377 82;

Recht auf Nachlieferung und Nachbesserung § 377 [42, 43].

c) Recht bei arglistigem Verschweigen eines Mangels § 377 [123] ffg.

d) Verhältniß der einzelnen Rechte zu einander § 377 [96].

4. Fortfall der Mängelhaftung § 377 [100] ffg.

5. Verjährung § 377 [111] ffg.; bei Arglist § 377 [136] ffg.; vertragliche Aenderung § 377 [151, 30].

6. Besonderheiten bei theilweiser Lieferung und bei theilweiser Mangelhaftigkeit § 377 [140] ffg.

s. Nothverkauf.

VI. Verzug und Folgen:

1. Verzug des Käufers.

a) Annahmeverzug § 373 [1] ffg.; Unterschied von Abnahmeverzug § 374 [5]; Exk. zu § 374 [145]; beim Spezifikationskauf § 375; Beweisfragen § 373 [14]; Folgen des Annahmeverzuges § 373 [16] ffg. 374; insbes. Recht des Verkäufers auf Selbsthilfeverkauf und Niederlegung § 373 [16] ffg., [21] ffg.; unzulässiger Selbsthilfeverkauf, Folgen § 373 [15, 32]; Dauer der Wahlrechte des Verkäufers § 373 [20]; Beendigung des Annahmeverzuges ebd.; Formen des Selbsthilfeverkaufs § 373 [24] ffg.; Androhung § 373 [24] ffg.; öffentliche Versteigerung § 373 [26]; Verkauf aus freier Hand zum Markt- oder Börsenpreis § 373 [27]; Mitbietungsrecht der Parteien § 373 Abs. 4; Selbsthilfeverkauf bei Theillieferungen § 373 [29]; Ort des Verkaufs § 373 [30], 374 [3]; Zeit § 373 [31]; Benachrichtigung von bevorstehendem und vollzogenem Verkauf § 373 [37] ffg.; Zurückbehaltungsrecht am Erlös? § 373 [39]; Recht des Verkäufers auf Ersatz von Mehraufwendungen für erfolgloses Angebot und für Erhaltung der Waaren § 374; auf Hinterlegung des Erlöses § 374 [3]; prozessuale Fragen Exk. vor § 373 [50] ffg.

b) Abnahmeverzug Exk. zu § 374 [145]; § 374 [5].

c) Zahlungsverzug, Voraussetzungen Exk. zu § 374 [3] ffg.; insbes. bei Zahlungspflicht Zug um Zug Exk. zu § 374 [5]; Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers ebd.; Theilleistungen des Käufers ebd. [8]; exceptio caesarea ebd. [10]; schuldhafte Unterlassung der Zahlung ebd. [8] ffg.; Mahnung Exk. zu § 374 [12]; Beweisfragen ebd. [14]; das dreifache Wahlrecht des Verkäufers Exk. zu § 374 [16—33]; insbes. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Berechnung ebd. [20] ffg.; abstrakter Schaden ebd. [27]; konkreter Schaden ebd. [28]; Selbsthilfeverkauf ebd. [28]; Anrechnung des Gewinns auf Schaden ebd. [30]; Rücktrittsrecht ebd. [32]; Zurückbehaltung der Waaren bis zur Zahlung Exk. zu § 374 [33]; Ausübung des Wahlrechts ebd. [68] ffg.; Fristbestimmung, Form, Inhalt ebd. [68] ffg.; angemessene Frist ebd. [78] ffg.; Androhung der Ablehnung nicht erforderlich, wenn Verkäufer kein Interesse an Erfüllung ebd. [88]; vertragliche Bestimmungen über Verzugsfolgen ebd. [94]; Fristsetzung zur Wahlausübung ebd. [95]; Besonderheiten bei geschehener Vorleistung durch den Käufer Exk. zu § 374 [100] ffg.; dgl. bei Stundung ebd. [101]; dgl. bei theilweiser Erfüllung, insbes. bei Successivlieferungsgeschäften Exk. zu § 374 [109] ffg.; [119] ffg.; illoyal verspätete Geltendmachung der Verzugsfolgen ebd. [129]; Zahlungsverzug beim Spezifikationskauf § 375 [23]; s. Fixgeschäft.

d) Verzug hinsichtlich Nebenleistungen Exk. zu § 374 [140] ffg.

e) Verzug nach Verurtheilung zur Erfüllung Exk. zu § 374 [131].

f) Verzug mit Spezifikation § 375; Klage und Vollstreckung auf Sp. § 375 [5]; Wahlrechte des Verkäufers § 375 [5] ffg.; Fristsetzung § 375 [5] ffg.; Selbsthilfeverkauf § 375 [16]; Verhältniß der Wahlrechte § 375 [17] ffg.; Zahlungsverzug § 375 [23];

g) Verzug der Erben Exk. zu § 374 [134] ffg. — prozessuale Fragen s. Exk. vor § 373 [50] ffg.; s. Fixgeschäft, Differenzgeschäfte, Börsentermingeschäfte.

2. Verzug des Verkäufers.

a) Annahmeverzug § 374 [4].

b) Uebergabeverzug Exk. zu § 374 [34] ffg.; Lieferung mangelhafter Waare ebd. [37]; eines aliud ebd. [38]; Lieferung Zug um Zug ebd. [39]; Erfüllungsbereitschaft des Käufers ebd. [39]; Theillieferungen ebd. [40], [109] ffg.; schuldhafte Unterlassung der Lieferung, Entschuldigungsgründe ebd. [41]; Mahnung Exk. zu § 374 [42] ffg.; Beweisfragen ebd. [45]; das dreifache Wahlrecht des Käufers wegen Uebergabeverzuges Exk. zu § 374 [44] ffg.; insbes. Deckungskauf ebd. [48, 58] ffg.; Anrechnung von Konventionalstrafen ebd. [48]; Berechnung des Schadens wegen Nichterfüllung ebd. [49] ffg.; Fristsetzung zur Erfüllung ebd. [54, 59]; Rücktrittsrecht Exk. zu § 374 [66]; die Ausübung des Wahlrechts, Form, Inhalt, Fristbestimmung ebd. [78] ffg.; Angemessenheit der Frist ebd. [78] ffg.; Androhung nicht erforderlich, wenn Käufer kein Interesse an Erfüllung ebd. [88] ffg.; vertragliche Bestimmungen über Verzugsfolgen ebd. [94]; Fristsetzung zur definitiven Wahl ebd. [95]; Besonderheiten bei geschehener Vorleistung seitens Käufers Exk. zu § 374 [104] ffg.; dgl. bei geschehener theilweiser Erfüllung des Verkäufers, insbes. bei Successivlieferungen ebd. [110] ffg., illoyal verspätete Geltendmachung der Verzugsfolgen ebd. [129].

c) Verzug hinsichtlich Nebenleistungen Exk. zu § 374 [140].

d) Verzug nach Verurtheilung Exk. zu § 374 [131].

e) Verzug der Erben Exk. zu § 374 [134] ffg.; — prozessuale Fragen s. Exk. vor § 373 [50] ffg.; s. Fixgeschäft, Differenzgeschäft, Börsentermingeschäft.

Kaufmann, Begriff § 1 [1] ffg.; Fähigkeit § 1 [3]; Erforderniß des Gewerbebetriebes im eignen Namen § 1 [6] ffg.; Rechtsgiltigkeit des Betriebes, Gewerbemäßigkeit § 1 [13] ffg.; Beweis der Kaufmannseigenschaft § 1 [20]; Verlust der Kaufmannseigenschaft § 1 [24]; Nichterfordernisse § 1 [25] ffg.; Kaufleute kraft Gewerbes § 1 [79]; Kaufmannseigenschaft des Staates § 36 [10]; Scheinkaufmann § 5 [1] ffg.,

§ 25 [6]; Einschreiten des Registerrichters gegen ihn § 37 [1]; Pflicht zur Führung von Handelsbüchern § 38 [1]; Inventur und Bilanz § 39; Maß der Sorgfalt eines K. § 347; keine Ermäßigung der Vertragsstrafe § 348 [23]; Verpflichtungsschein eines K. § 350 [9]; Zinsberechtigung §§ 353, 354; Vergütung für Dienste, Darlehn eines K. § 354 [10]; Schweigen auf Vertragsofferte § 362; Fürsorgepflichten eines die Offerte ablehnenden K. § 362 [16]; s. Einzelkaufmann, Minderkaufmann, Handelsfrau, Handelsgesellschaften; Komplementar einer Komm. auf Akt. kein Kaufmann § 320 [11]; Rechtsgeschäfte eines K. präsumtive Handelsgeschäfte § 344; Vornahme einzelner Kommissionsgeschäfte § 405 [7] ffg.; einzelner Frachtgeschäfte § 451; einzelner Spediteurgeschäfte § 407 [5], 415; Postverwaltung kein K. § 452; Eisenbahnfiskus ist K. § 452 [3].

Kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb § 2 [5] ffg.; k. Verpflichtungsschein § 350 [9]; s. Verpflichtungsschein, Anweisung, Retentionsrecht.

Kausalnexus § 347 [21].

Kaution, Annahme eigener Aktien als § 226 [6]; s. Sicherheitsleistung.

Kautionshypothek bei Veräußerung des Geschäfts § 22 [19].

Kellner § 59 [13].

Klage, Regreßklage gegen Gründer pp. § 268; Nichtigkeitsklage s. dort.

Klageänderung, bei Ausdehnung der gegen Gesellschaften gerichteten Klage auf Gesellschafter § 124 [5], § 129 [2].

Klausel, kassatorische nicht zu vermuthen § 346 [17]; bei Fixgeschäften § 376 [1]; S. E. & O. § 355 [29]; tel quel § 360 [3]; freight payable at current exchange § 361 [2].

Kleinbahn § 473 s. Eisenbahn.

Kleingewerbe § 4 [7] ffg.; unwesentlich für Eigenschaft der Akt.Ges. als Handelsges. § 210 [12].

Kleinverkehr, Vermittlung von Waarengeschäften im Kl. § 104.

Knecht, s. Frachtführer.

Koch § 59.

Kollektiv-Prokura s. Gesammtprokura.

Kollektivvertretung einer Akt.Ges. § 232; Ausübung des Stimmrechts bei K. § 252 [11].

Kollidirende Interessen bei Civilmakler Exk. zu § 92 [27]; bei Handelsmakler § 99 [3]; s. Kontrahiren; Koll.Aufträge des Kommissionärs § 383 [26]; Koll.Interessen des Kommissionärs § 384 [8].

Kollusion, dritter und Kommissionär § 392 [9].

Kommanditgesellschaft.

I. Allgemeines: Begriffsmerkmale § 161 [1] ffg.; keine juristische Person § 161 [2]; Exk. zu § 169 [10]; Firma § 19 [2]; Exk. zu § 172 [3], § 161 [4]; Komplementar ist Kaufmann § 161 [5]; Kommanditisteneinlage § 161 [9]; Eintragung erforderlich § 161 [10]; Formfreiheit des Vertrages § 161 [14]; Registrirungs- und Publikationsvorschriften, Wirkung der Eintragung § 162 [1] ffg., [9] ffg., § 174 ffg.; Eintritt, Austritt von Kommanditisten, Umwandlung ohne Neugründung § 162 [6] ffg.; Ladenschild Exk. zu § 37 [3]; Uebergang der Firma einer Akt.Ges. auf K. § 22 [9]; Uebergangsfragen § 161 [10], § 162 [15]; Verbleiben der Erben eines o. H.Gesellschafters als Kommanditisten § 139 [15].

II. Rechtsverhältniß nach Innen. Rechtsverhältniß der Komplementare und Kommanditisten unter einander § 161 [15], § 163 [1—3] ffg.; Kommanditist als Prokurist § 48 [3]; Geschäftsführung § 164 ffg.; Widerspruchsrecht des Kommanditisten § 164 [3] ffg.; Prokuraertheilung und Widerruf § 164 [4]: Kommanditist als Prokurist § 164 [6] ffg.; als Geschäftsführer § 164 [7]; Konkurrenzverbot gilt nicht für Kommanditisten § 165; Kontrollrechte der Kommanditisten § 166; Abänderung durch Vertrag § 166 [10]; Gewinn- und Verlustbetheiligung § 167 ffg.; Zuschreibung zum Kapitalguthaben des Kommanditisten nur bis zur Höhe der Einlage, Zinsberechnung § 167 [1]; Entnahmebefugniß des Komplementars § 169 [1]; Anspruch des Kommanditisten auf Gewinnauszahlung § 169 [2] ffg.; condictio indebiti gegen Kommanditisten wegen irrthümlicher Gewinnauszahlung § 169 [7]; Verjährung von Regreßansprüchen Exk. zu § 173 [30]; s. auch sub III; Kommanditisteneinlage § 161 [9].

III. Rechtsverhältniß nach Außen. Beginn der rechtlichen Wirksamkeit Exk. zu § 169 [2] ffg.; entgegenstehende Vereineinbarung ebd. [4]; Geltung als Kommanditges. § 161 [3], [10]; juristische Selbstständigkeit Exk. zu § 169 [10]; Stellung im Prozesse ebd. [12]; Haftung der Gesellschaft für persönliche Schulden der Gesellschafter Exk. zu § 172 [1] ffg.; Kompensationsrecht Exk. zu § 172 [2]; Namen des Komplementars auf dem Ladenschild Exk. zu § 37 [3]; Verantwortlichkeit für Buchführung § 38 [3]; Vertretungsbefugnisse der Komplementare § 170; Entziehung derselben § 170 [3]; Kommanditist als Vertreter § 170 [4]; Haftung der Kommanditisten § 171 [3] ffg., § 172; insbes. im Konkurse § 171 [7]; Haftung des Komplementars § 171 [1] ffg.; prozessualische Gestaltung der Klage gegen Kommanditisten § 171 [11]; Beweis der geleisteten Einlagen, Einreden ebd.; Klage gegen ausgeschiedene Gesellschafter § 171 [15]; Grenzen der Haftung § 172 [1] ffg.; Verkürzung, Rückzahlung der Einlage? § 172 [3] ffg., § 174; Gewinnentnahme bona fide § 172 [9]; Name des Kommanditisten in Firma Exk. zu § 172 [3] ffg.; Eintritt in eine bestehende Gesellschaft § 173, § 176 [7]; Haftung für Geschäfte vor Eintragung § 176; Ausnahme bei Gesellschaften, die kein Handelsgewerbe betreiben (?) § 176 [5]; Verjährung der Haftung Exk. zu § 177 [28] ffg.

IV. Auflösung der Societät und Ausscheiden von Socien. Auflösungsgründe Exk. zu § 177 [1] ffg.; Aufkündigung Exk. zu § 177 [2]; Klage auf Auflösung Exk. zu § 177 [3]; Recht des Gläubigers auf Auflösung Exk. zu § 177 [5], [12]; Ausscheiden eines Gesellschafters Exk. zu 177 [8]; des einzigen Kommanditisten § 162 [7]; Fortsetzung mit Erben eines Komplementars auf Grund des Ges.Vertrages Exk. zu § 177 [10]; Ausschließung eines Gesellschafters Exk. zu § 177 [11]; keine Auflösung bei Tod des Kommanditisten § 177;

dgl. bei Auflösung einer als Kommanditistin betheiligten Gesellschaft § 177; Eintragung, Anmeldung von Auflösung und Ausscheiden § 177 [15]; Auseinandersetzung Exk. zu § 177 [13]; Liquidation Exk. zu § 177 [17—27]; Verjährung Exk. zu § 177 [28] ffg.; Firma, Bücher, Papiere Exk. zu § 177 [26].

Kommanditgesellschaft auf Aktien.

A. Allgemeines.

Begriffsmerkmale, rechtlicher Charakter § 320 [1] ffg., [8]; allgemeine Unterschiede vom früheren Rechte § 320 [5] ffg.; Subsidiäre Vorschriften § 320 [7]; Qualität als Vollkaufmann § 320 [9]; Anmeldung der Gesellschaft § 320 [33]; Rechtsverhältnisse vor Eintragung § 320 [38]; Bilanz § 320 [65]; Firma § 322 [7], § 20 [1] ffg., [4]; Prozeß der Kommanditisten gegen Komplementare § 328; Nichtigkeit der Gesellschaft § 330 [36].

B. Gründung, Gesellschaftsvertrag.

Gründung: § 320 [17] ffg.; Personen der Gründer § 320 [26], 321; Bestellung des Aufsichtsraths § 320 [29]; Gründungsprüfung, Revisioren § 320 [32]; Anmeldung § 320 [33]; Haftung der Gründer und Gründergenossen § 320 [40] ffg.; Anmeldung der Gesellschaft § 323 [2]; Eintragung 323 [4]; Errichtungsverhandlung bei Successivgründung § 323 [5]; Nachgründung § 320 [45], § 324; Abweichung der Gründung vom früheren Rechte § 320 [5] ffg.

Gesellschaftsvertrag: Nothwendigkeit § 320 [19] ffg.; Betheiligung der Komplementare § 321; Form § 321; absolut nothwendiger Inhalt § 320 [24], § 322; relativ nothwendiger Inhalt § 320 [25]; Statutenänderung § 320 [107]; Aufnahme neuer Komplementare und Kommanditisten, Erhöhung der Kapitalsantheile § 320 [108] ffg.; Kapitalsherabsetzung § 320 [110] ffg.; Bestimmung über Ausscheiden von Gesellschaftern § 330 [28]; Abweichung vom früheren Rechte § 320 [5] ffg.

C. Der Komplementar.

Vergleich mit früherem Rechte § 320 [5]; persönliche Haftung § 320 [10] ffg., [53] ffg.; Solidarschuldner neben Gesellschaft § 320 [54] ffg.; Einfluß des Gesellschaftskonkurses § 320 [56]; keine Einlagepflicht § 320 [12], § 322 [2]; rechtlicher Charakter der Illation § 320 [48]; prozeßrechtliche Fragen der Solidarhaft § 320 [56] ffg.; Kompensationsrecht § 320 [57]; Vertretungsbefugniß § 320 [72] ffg.; Ausschließung, Widerruf § 320 [71], [76] ffg.; Geschäftsführungsbefugniß und Pflicht § 320 [80] ffg.; Prokuristenbestellung § 320 [83]; Verantwortlichkeit für Geschäftsführung § 320 [89]; gegenüber den Gläubigern § 320 [90]; Entlastung § 320 [105]; sonstige Rechte und Pflichten § 325 ffg.; Konkurrenzverbot § 326; K. kein Kaufmann § 320 [11]; Aktien geben ihm kein Stimmrecht § 320 [46], § 327 [1] ffg.; Maß der Sorgfalt § 320 [50]; Uebertragbarkeit der Rechte § 320 [51]; Buchführung § 38 [36], § 320 [86]; Berufung der Generalv. § 320 [103]; Pflicht zur Berufung der Generalv., zur Stellung des Konkursantrages § 320 [87]; Kontrolle durch Aufsichtsrath § 320 [88]; Pflicht bei und nach Umwandlung in Akt.Ges. §§ 332 ffg.; Gewinnbetheiligung § 320 [61] ffg.; Verzinsung des Aktivsaldos § 320 [67]; Entnahmebefugniß § 320 [67]; Erhöhung der Kapitalsantheile, Aufnahme neuer Komplementare § 320 [108] ffg.; Kapitalsherabsetzung § 320 [110]; K. als Zeuge § 320 [8]; als Liquidator § 330 [17] ffg.; Stellung gegenüber Beschlüssen der Generalverf. § 327 [4] ffg.; Anfechtung der Beschlüsse § 327 [7]; Stellung im Konkurse der Gesellschaft § 330 [7]; Konkurs des Komplementars § 330 [10]; Tod eines Komplementars § 330 [9]; Ausscheiden § 330 [27] ffg.; Name des K. auf Ladenschild Exk. zu § 37 [3]; Festsetzung der Vermögenseinlage und besondere Vortheile im Statut § 322 [2] ffg.; Einlagevertrag, Stempel § 322 [4]; Strafbestimmungen für K. § 320 [113].

D. Die Kommanditisten, Aktien, Generalversammlung.

Rechtsstellung der Kommanditisten im Allgemeinen § 320 [13] ffg.; Umfang der Haftung § 320 [58] ffg.; Rechte am Gesellschaftsvermögen § 320 [29]; Kommanditist als Prokurist § 48 [3]; Bauzinsen § 320 [29]; Uebertragung der Aktienrechte § 320 [62]; Gewinnbetheiligung § 320 [68]; Zinsen ebd.; statutarische Vorzugsdividende § 320 [7]; Widerspruchsrecht gegen Geschäftsführung § 320 [82]; Vertretung der Kommanditisten durch Aufsichtsrath § 328; Kündigung § 327 [5]; Stellung im Konkurse der Gesellschaft § 330 [7]; K. als Zeuge § 320 [8].

Vorschriften bezüglich der Aktien § 320 [16], [25], [61] ffg.; Uebertragung § 320 [62]; Kaduzirung § 320 [61]; Erwerb eigener Aktien § 320 [63]; Amortisation § 320 [63], 330 [25]; Ausscheiden § 330 [27]; s. Gründung sub B.

Generalversammlung, Rechtsstellung § 320 [98] ffg.; Kontrollrechte, Bilanzprüfung § 320 [100]; Kündigung der Gesellschaft § 320 [100]; Wahl des Aufsichtsraths ebd.; Berufung der G. § 320 [103]; dgl. bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals § 320 [87]; Funktion, Rechte der G. § 320 [102—106]; Stimmrecht § 320 [102] ffg.; Form der Beschlüsse § 320 [104]; Entlastung des Vorstandes § 320 [105]; Stellung des Komplementars zu Beschlüssen der G. § 327 [4] ffg.; Anfechtung der Beschlüsse § 327 [7].

E. Aufsichtsrath.

Rechtsstellung im Allgemeinen § 320 [91] ffg.; Bestellung im Stadium der Gründung § 320 [29]; Wahl durch Kommanditisten ebd.; Kontrolle über Komplementar § 320 [88], [96]; Vertretung der Kommanditistengesammtheit § 328; Vergütung für Dienste § 320 [91]; Inkompatibilität mit Komplementareigenschaft § 320 [90]; Sorgfalt, Pflichtverletzung § 320 [97]; Delegation bei Fassungsänderung des Statuts § 320 [107].

F. Auflösung, Liquidation.

Begriff § 330 [1]; Gründe § 330 [1] ffg.; insbes. Konkurs § 330 [5] ffg.; Tod eines Komplementars § 330 [9]; Kündigung § 327 [5], § 330 [11]; A. durch gerichtliche Entscheidung § 330 [11]; durch Exekutionsgläubiger § 330 [15]; Ver-

äußerung des Vermögens im Ganzen § 330 [22]; Verstaatlichung § 330 [22]; Fusion § 330 [22]; A. aus öffentlichen Gründen § 330 [23]; Vereinigung der Aktien in einer Hand § 330 [24]; Amortisation § 330 [25]; Ausscheiden von Gesellschaftern § 330 [27]; Nichtigkeit der Gesellschaft § 330 [36]; Eintragung der Auflösung § 330 [26a]; Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft § 330 [21]; Liquidation § 330 [17]; Schutzvorschriften § 330 [17].

G. Umwandlung in andere Gesellschaftsart.

U. in Aktiengesellschaft § 332 [1] ffg.; Anmeldung, Eintragung, Publikation § 333; Stempelfragen § 333 [8]; Wirkung der Eintragung, Eigenthumsübergang § 333 [6]; Schutzvorschriften § 334; Fusion mit Aktiengesellschaft § 333 [6]; U. in Kommanditgesellschaft § 333 [7]; in Ges. m. b. H. § 333 [9].

H. Strafrecht § 320 [113] ffg.

Kommanditist, Eintritt als K. in das Geschäft eines Einzelkaufmanns § 28 [5]; K. kann Prokurist sein § 48 [3]; s. Kommanditges., Kommanditges. auf Akt.

Kommissionär, Einkaufsk., Aufstellung des eingekauften Gutes in Bilanz § 40 [4]; s. Kommissionsgeschäft sub III.

Kommissionsgeschäft.

I. Allgemeines: Begriff des Kommissionärs § 383 [1] ffg.; Kaufmann § 383 [2]; Gegenstand seiner Thätigkeit § 383 [1] ffg., [4]; Lieferung nicht vertretbarer Sachen § 383 [4]; Uebernahme von Tauschverträgen? § 383 [6]; Unterschied vom Propergeschäft § 383 [9]; Beweisfragen § 383 [11]; K. ein Dienstvertrag? § 383 [18]; Rechtsverhältniß zwischen Kommissionär und dem Dritten § 383 [20] ffg.; zwischen dem Kommittenten und dem Dritten § 383 [21], § 392 [3] ffg.; zwischen Kommissionär und Kommittent § 392, § 383 [22] ffg.; Widerruf § 383 [23]; Konkurs des Kommittenten § 383 [45]; des Kommissionärs § 383 [32]; Kollidirende Aufträge § 383 [26]; Eigenthum, Besitzübergang § 383 [27] ffg.; Depotfixen § 383 [32]; Eigenthumsveränderung durch Vermischung beim Kommissionär § 383 [36]; Maßgeblichkeit des Wohnortes des Kommissionärs § 383 [37]; Abschluß des K.verhältnisses § 383 [38]; insbes. bei Geschäftsverbindung ebd.; durch Schweigen ebd.; keine allgemeine Uebernahmepflicht § 383 [40]; Transportgefahr § 384 [29]; Erfüllungsort § 384 [29]; Wahlrecht des Kommittenten bei Nichtnamhaftmachung des Dritten § 384 [41]; Verzicht auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses § 384 [45]; vortheilhafte Abschlüsse kommen Kommittenten zu Gute § 387; Untersuchungs- und Rügepflicht des Kommittenten § 391 [3]; Vorschuß des Kommissionärs § 396 [14]; Widerruf des K. § 405 [7]; Abschluß vereinzelter K.geschäfte durch Kaufmann, der nicht Kommissionär ist § 406; kommissionsähnliche Geschäfte, analoge Anwendung § 406; Einkauf eigener Aktien § 226; Ungiltigkeit nach Börsengesetz Exk. zu § 376 [11, 46]; Stellung des K.gutes in Bilanz § 40 [4]; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [77].

II. Pflichten des Kommissionärs.

1. Diligenzpflicht § 384 [1] ffg.; insbes. bei Entgegennahme des Auftrages § 384 [1], § 387 [4]; Ausloosungskontrolle § 384 [2]; Zeit der Ausführung § 384 [3]; Substitutionsbefugniß § 384 [4]; Abweichung von den Anweisungen des Kommittenten § 384 [5], § 385, § 386; wenn Gefahr im Verzuge § 385 [11]; Verkauf bestmöglichst § 384 [7]; Limitoüberschreitung § 386; Kollision mit eigenem Interesse § 384 [8]; Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns § 384 [9]; Konkurrirendes Verschulden § 384 [9].

2. Pflicht zur Ertheilung der erforderlichen Nachrichten § 384 [10] ffg.; Ausführungsanzeige § 384 [11] ffg.; Folgen der Unterlassung § 384 [14]; Namhaftmachung des Dritten § 384 [13], § 405; Folgen der Unterlassung § 384 [32] ffg.; Irrthum bei Ausführungsanzeige § 384 [33]; Uebersendung des Stückeverzeichnisses § 384 [43] ffg.; Anzeigepflicht bei Gutsbeschädigung § 388 [5].

3. Rechenschaftspflicht § 384 [17] ffg.; Rechnungslegung § 384 [17]; Auskunftsertheilung § 384 [18] ffg.; im Falle des Delkredere § 384 [20]; Verjährung § 384 [25]; Erlaß § 384 [26]; R. im Falle des Selbsteintritts § 400 [21].

4. Leistungspflicht § 384 [27] ffg.; Gegenstand § 384 [28]; Transportgefahr, Erfüllungsort § 384 [29]; Folgen der Nichtleistung § 384 [30] ffg.; s. Diligenzpflicht sub II 1; Pflicht zur Cession § 392; Preis 400 [19], 401.

5. Pflichten hinsichtlich des Kommissionsgutes § 388 ffg.; Nothverkauf § 388 [10]; Anzeigepflicht bei Beschädigung § 388 [5] ffg.; Verantwortlichkeit für Verlust und Beschädigung § 390 [1] ffg.; Versicherungspflicht § 390 [5] ffg.; insbes. Pflichten des Einkaufskommissionärs bei zweiseitigen Handelsgeschäften § 391; Untersuchungspflicht, Rügepflicht des Kommittenten § 391 [3]; Pflicht des Kommissionärs zur Abtretung des Rechtes gegen Dritte wegen Mängel § 391 [3].

6. Haftung bei Delkredere-Kommission § 394; Begriff § 394 [1] ffg.; Wirkungen § 394 [4] ffg.; Einreden 394 [4] ffg.; Provision § 394 [6]. § 395 [5]; Kreditassekurrenz § 394 [10].

7. Sonstige Pflichten: Rath des K. Exk. zu § 349 [12]; Pflichten im Falle des Widerrufs § 383 [23] ffg.; Haftung für Gehilfen und Bevollmächtigte § 384 [1], [4]; Haftung für unbefugte Kreditgewährung § 393; dgl. für Vorschußleistung § 393; Haftung beim Wechselankauf § 395 [1] ffg.; für mangelhafte Erfüllung im Falle des Selbsteintritts § 400 [25] ffg.; Preisnormirung im Falle des Selbsteintritts § 401, § 400 [19]; im Falle des Abschlusses für verschiedene Kommittenten § 401 [6]; Strafbarkeit aus § 79 [2] des Börsenges. § 401 [9].

III. Rechte des Kommissionärs.

1. auf Erstattung § 396 [11] ffg.; insbes. Vergütung für Lagerräume und Transportmittel § 396 [16] ffg.; Versicherungsgelder § 396 [19]; Prozeßkosten § 396 [20]; Zinsen § 396 [23].

2. auf Provision § 396 [1] ffg.; insbes. beim Delkredere § 394 [6], § 395 [5]; Höhe § 396 [8]; Fälligkeit § 396 [2]; Auslieferungsprovision

§ 396 [7]; P. von beiden Theilen? § 396 [9]; Verjährung § 396 [10]; P. für Realisirung seines Pfandrechts § 397 [9]; P. im Falle des Selbsteintritts § 403.

3. Das Pfandrecht § 397 [1] ffg.; Voraussetzung § 397 [1]; Gegenstand § 397 [2] ffg., § 398; Konnexität nicht erforderlich § 397 [1]; Ausnahme nach Bankdepotgeſ. § 397 [1]; am Eigenthum Dritter § 397 [5]; Inhalt § 397 [6]; im Konkurse § 397 [6]; Realisirung § 397 [7]; Pension § 397 [9]; Konkurrenz mit anderen Pfandrechten § 443; mit Retentionsrecht § 443 [10].

4. Selbsteintrittsrecht: Begriff 400 [1] ffg.; Voraussetzungen § 400 [4] ffg.; vereinbarter Ausschluß des § 400 [6]; insbeſ. im Falle des Delkredere? § 400 [6]; bei Differenzgeschäften? § 400 [6]; Zeit und Form des S. § 490 [9] ffg., [11] ffg.; Wirkungen § 400 [15] ffg.; Preis § 400 [19]; Rechenschaftspflicht § 400 [21]; Rücktrittsrecht § 400 [24]; Verjährung § 400 [27]; Pfandrecht § 404; Provision § 403; Vermuthung gegen S.? § 405; kein S. nach Widerruf § 405 [7] ffg.

5. Sonstige Rechte § 396 [23]; Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [77]; Retentionsrecht § 369 [48]; Rangordnung § 443 [1] ffg., § 443 [10]; Recht im Falle des Widerrufs § 383 [23]; Rechte des K. bei unterlaſſener Verfügung des Kommittenten über das Kommissionsgut § 389; insbeſ. Hinterlegungsrecht § 389 [2]; Erstattung von Versicherungsgeldern § 390 [10]; Kompensationsrecht § 397 [11]; Retentionsrecht § 397 [12]; kein Rücktrittsrecht wegen Erfüllungsverzuges des Kommittenten § 397 [10]; dagegen im Falle des Selbsteintritts § 400 [24]; Vorrecht an Außenständen § 399.

Kommissionsgut, Unterschlagung § 383 [32]; ſ. Kommissionsgeschäft sub II [5].

Kommissionskopie, Aenderung des Erfüllungsortes durch K. Exk. zu § 372 [27]; der Erfüllungszeit Exk. zu § 372 [33]; Bestimmung über Zahlungsmodalitäten ebd. [49].

Kommunalverband, Unternehmen § 36; Rechnungsabschlüsse § 42; Uebernahme des Gesammtvermögens einer Akt.Geſ. § 304; Gewähr für Aktienvertrag § 180.

Kompensation mit Forderungen des Geschäftsveräußerers § 25 [10]; K. unzuläſſig gegenüber Handlungsgehilfen § 59 [33]; K. seitens des Gesellschafters gegenüber Einlageschuld im Konkurse § 131 [13]; K. gegenüber einer Forderung des Liquidators auf Leistung einer Gesellschafterschuld § 149 [6]; K. bei Kommanditgesellschaft § 171 [11]; Exk. zu § 172 [2]; Unzuläſſigkeit der K. gegenüber Einlagepflichten und Regreßverpflichtungen der Aktionäre und Vormänner § 221; ſ. Kommanditgeſ. auf Akt. § 320 [57]; Gelegenheitsgesellschaft Exk. zu § 342 [41] ffg.; K. im Konkurse des Käufers oder Verkäufers Exk. zu § 382 [68]; K. recht des Kommissionärs § 397 [11]; K. aus dem Eisenbahnfrachtvertrage § 469 Abſ. 3.

Komplementar ſ. Kommanditgesellschaft.

Konzession der Akt.Geſ. § 277 [5].

Konfektionär § 59 [12].

Konfiskation des Frachtguts § 427 [4].

Konkludente Umstände, für Vorliegen von Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [42] ffg.; dgl. für Abschluß von Gesellschaftsverträgen § 105 [29]; für Kontrahiren für Gesellschaft § 126 [15]; Saldofeststellung durch K. § 355 [26].

Konkurrenz von Pfandrechten und Retentionsrecht § 443 [1] ffg., [10].

Konkurrenzklausel sc. nach Beendigung des Dienstverhältnisses § 74 ffg.; ſ. Handlungsgehilfe, Handlungslehrling.

Konkurrenzverbot bei Geschäftsveräußerung § 22 [26] ffg.; unlautere Konkurrenz mit berechtigter Firma § 37 [19, 25]; gesetzliches K. gegen Handlungsgehilfen § 60 [1] ffg.; bei Mitgliedern einer o. Handelsgeſ. § 112; kein K. im Liquidationsstadium § 156 [7]; kein K. gegen Kommanditisten § 165; gegen Vorstand einer Akt.Geſ. § 236; kein K. der Liquidatoren einer Akt.Geſ. § 298 [12]; gegen Komplementar einer Akt.Komm. § 326; stillen Geſ. 335 [32]; Gelegenheitsgeſ. § 335 [23].

Konkurrirendes Verschulden § 347 [12, 20]; des Handlungsgehilfen § 62 [11]; des Kommissionärs § 384 [9]; des Spediteurs § 408 [3]; des Absenders beim Frachtgeschäft § 429 [13] ffg. der Eisenbahn § 456 [14].

Konkurs, Veräußerung der Firma im Falle des K. § 22 [5]; Eintragung § 32, § 34 [6]; Handelsbücher § 38 [9]; Erlöschen der Prokura § 52 [12]; dgl. der Vollmacht Exk. § 58 [73]; Einfluß auf Vertrag der Gehilfen § 70 [23]; auf Agenturvertrag § 92 [10, 11]; K. der offenen Handelsgeſ. § 131 [8] ffg., § 144, § 145 [5]; des Gesellschafters § 131 [16], § 137 [3]; des Aktionärs § 218 [15]; K. der Akt.Geſ.; Rechte und Pflichten des Aktionärs § 218 [15]; Ueberschuldung der Akt.Geſ., Konkursantrag § 240 [9]; Schadensersatzanspruch der Akt.Geſ. gegen Vorstand im K. § 241 [16]; der Akt.Geſ. vor Ablauf des Sperrjahres bei Kapitalsherabsetzung § 291 [7]; der Akt.Geſ. überhaupt § 292 [7], § 306 [10]; Fortsetzung der Akt.Geſ. nach K. § 307 [10] ffg.; Unterlassen des K.antrages bei Akt.Geſ. Strafe § 315; des Kommand. auf Akt. § 330 [5] ffg.; Einfluß auf Solidarhaft des Komplementars § 320 [56]; K. des Komplementars oder Kommandisten einer Komm.Geſ. auf Akt. § 330 [10]; K. eines ſt. Geſ. § 339 [6]; einer ſt. Geſ. § 340 [17]; der Gelegenheitsgeſ. und ihrer Mitglieder Exk. zu § 342 [62] ffg.; K. eines nicht rechtsfähigen Vereins Exk. zu 342 [84]; K. des Hauptschuldners, Stellung des zahlenden Bürgen § 349 [39]; des Assignanten § 363 [15]; Retentionsrecht im K. des Schuldners § 369 [57]; Einfluß auf schwebenden Kaufvertrag Exk. zu § 382 [60] ffg.; Verfolgungsrecht ebd. [76] ffg.; Einfluß auf Fixgeschäft ebd. [74]; K. des Kommittenten § 383 [25]; des Kommissionärs § 383 [32], § 392 [5]; des Versenders § 407 [22]; des Depotverwahrers Exk. zu § 424 [6].

Konkursifex ſ. Gemeinschuldner.

Konkursverwalter kann keine Prokura ertheilen § 48 [4]; Rechte gegen Gesellschaftsorgane der Akt.Geſ. § 291 [16]; Vertragsstrafen des K. 348 [31]; ſ. Konkurs.

Konnexität für kaufm. Retentionsrecht nicht erforderlich § 369 [10]; Ausnahme ebd.
Konnossement, Eigenthumsübergang verkaufter Waaren mittels K. Exk. zu § 382 [60]; s. Transportpapiere.
Konsens s. Genehmigung, Schweigen.
Konsignationsfakturen setzen kein Limito § 386 [1].
Konsortialgeschäfte § 318 [3]; Exk. zu 342 [1] ffg.; [75] ffg.
Konstituirende Generalversammlung § 196 s. Gründung.
Kontokurrentverhältniß: Wesen und Voraussetzungen § 355 [1—15]; die einzelnen Posten unpfändbar, uncessibel § 355 [7, 17]; Verzinsung § 355 [11, 33]; Abschluß des K. § 355 [12]; K. unter Nichtkaufleuten § 355 [10]; Gegenstand des K. § 355 [15]; Wechsel, Verpflichtungsscheine? § 355 [15]; Wirkungen des K. § 355 [16]; insbes. Kreditirung § 355 [16]; Verjährung der einzelnen Posten § 355 [16]; Feststellungsklage wegen einzelner Posten des K. § 355 [17]; Gerichtsstand § 355 [21]; Erfüllungsort § 355 [28]; Saldofeststellung § 355 [22] ffg.; Anspruch auf Feststellung § 355 [23]; Klage auf Anerkennung und Zahlung § 355 [23]; Form § 355 [26]; Stillschweigen, Fortsetzung des Geschäftsverkehrs § 355 [26]; Wirkungen der S. § 355 [2, 18, 27] ffg.; Einwendungen gegen einzelne Posten § 355 [28]; S. E. u. O. § 355 [29]; Ungiltigkeit des Anerkenntnisses bezüglich Spiel, Wette, Differenzschulden § 355 [30]; Exk. zu § 376 [15]; Verjährung des Anspruchs aus Saldo § 355 [32]; Zinsen von einzelnen Posten § 355 [33, 11]; Zinsen vom Saldo § 355 [27]; Dauer, Kündigung des K. § 355 [39]; Konkurs eines der Kontrahenten § 355 [41]; Uebergangsfragen § 355 [41]; Fortbestand von Sicherheiten und solidarischer Mithaftung für einzelne Posten § 356 [1] ffg.; Exekutionsgläubiger § 357; uneigentliche laufende Rechnung Exk. zu § 357.
Konto-Metagesellschaft Exk. zu § 342 [1] ffg.
Kontrahiren mit sich selbst Exk. zu § 58 [10] ffg.; Liquidator § 149 [23]; Vorstand einer Akt.Ges. § 232 [40]; s. Kollidirende Interessen; K. im eigenen oder fremden Namen, Beweislast Exk. zu § 58 [4]. K. seitens v. H. Gesellschafters § 126 [12], § 128 [21] ffg.
Kontrollrechte des Aufsichtsraths einer Akt.Komm. Ges. § 320 [96]; des still. Ges. § 338; der Mitglieder einer Gelegenheitsges. Exk. zu § 342 [46]; des Einlagerers § 418.
Konventionalstrafe, Begriff 348 [1] ffg.; Voraussetzungen § 348 [6]; K. keine Wandelpön § 348 [12, 27]; weiterer Schaden § 348 [13]; Verzugszinsen neben K. § 348 [13]; K. für Nichterfüllung § 348 [12] ffg.; für nichtgehörige Erfüllung § 348 [15]; Höhe der K. § 348 [18]; Cessibilität § 348 [30]; Verjährung § 348 [31]; gegenüber dem Konkursverwalter § 348 [39]; K. der Minderkaufleute § 351; kein Uebergang mit Indossament § 364 [4]; Retentionsrecht auch wegen K. § 369 [56]; K. bei Uebertretung des Konkurrenzverbots § 22 [30], § 75, § 236 [11] ffg.; K. des säumigen Aktionärs § 218 [6]; Herabsetzung der K. des zu Naturalleistungen verpflichteten Aktionärs § 212 [11].
Kooptation von Aufsichtsrathsmitgliedern unzulässig § 243 [1].
Kopirbuch § 38 [7]; bisher geführtes § 45 [8]; Beweiskraft Exk. zu § 47 [3].
Körperverletzung durch Eisenbahn § 472 [16].
Korporation öffentliche, Uebernahme des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 304.
Korrektivposten § 262 [23].
Kostbarkeiten, Gegenstand des Frachtgeschäfts § 429; Eisenbahntransport § 456 [18], § 463.
Kosten der Ankündigung und Einberufung einer außerordentl. Generalvers. § 254 [22]; des Antrages auf Revisorenernennung § 266 [17]; K. bei Uebersendungspflicht Exk. zu § 372 [37] ffg.; K. der Aufbewahrung beanstandeter Waaren § 379 [14]; der Erfüllung beim Kaufe Exk. zu § 382 [94] ffg.; s. Auslagen, Spesen, Ersatz.
Kouponprozesse § 361 [1].
Koupons, Pfandobjekt § 440 [4];
Kräften, nach K. § 346 [17].
Kraftloserklärung von Aktien, Interimsscheinen § 228 [1] ffg.; Dividenden § 228 [6]; K. im Wege der Kapitalsherabsetzung § 290; von Ordrepapieren § 365 Abs. 2; s. Aufgebot, Amortisation, Abhandenkommen.
Krankheit des Handlungsgehilfen § 63 [2].
Krankenversicherung § 63.
Kreationstheorie Exk. zu 365 [3].
Kreditassekuranz § 394 [10].
Kreditauftrag § 349 [41]; Exk. zu § 349 [15].
Kreditgewährung durch Kommissionär § 393.
Kreditkauf Exk. vor 373 [28] ffg., [60].
Krieg, Verspätung des Spediteurs § 414 [5]; s. vis major.
Kündigung des Handlungsgehilfen §§ 66, 67, 68 der Akt.Komm.Ges. § 327 [5]; des Kontokurrents § 355 [39]; s. Auflösung, offene Handelsges. sub V; Akt.Ges. Vorstand sub F I, Aufsichtsrath sub F II; Handlungsgehilfe, H.lehrling; des Lagerhalters § 422.
Kündigungsfrist. Einwand einer von der gesetzlichen K. abweichenden, Beweislast E [55]; vierwöchentliche = ein Monat? § 346 [2].
Kunstgegenstände im Frachtgeschäft § 429; Eisenbahnverkehr § 456 [18], § 462.
Kunsthandel § 1 [75].
Künstler § 59 [13].
Kurs, betrügerische Einwirkung auf § 318 Exk.; s. Geldkurs, Preis.
Kursmakler § 99 [5].
Kurswerth, Zahlungen im § 361 [3]; s. Geldkurs.
Kuxe, über K. kein Differenzgeschäft Exk. zu § 376 [36]; kein Börsentermingeschäft ebd. 6.

Laden, offener Exk. zu § 37 [4], § 56 [2].
Ladenpreis im Buchhandel § 346 [17].
Ladenschild Exk. zu § 37.
Ladeschein § 444 ffg.; indossabel § 363 Abs. 2; Eigenthumsübergang verkaufter Waaren Exk. § 382 [60]; s. Frachtgeschäft sub III; Verfügung durch L. §§ 369, 397, 410, 421.
Ladung, Zustellung an Akt.Ges. § 231 [4].

Lagergeld, Anspruch eines Kaufmanns auf L. § 354; für beanstandete Waaren § 379 [14]; Erstattung für Kommissionäre § 396 [11].

Lagergeschäft.

I. Allgem. Begriff, Lagerhalter § 416 [1]ffg.; Packhöfe, Zollniederlagen § 416 [7]; uneigentlicher Verwahrungsvertrag § 416 [7]; Sorgfalt § 417 [5]; Lagerung vertretbarer Sachen § 419; Vermischung § 419; Summenlagergeschäft § 416 Abs. 3; Verjährung, Lagerschein § 424; Namens- oder Rektalagerscheine § 424 [4]; Inhaberlagerscheine ebd.; Lagerpfandscheine § 424 [8]; s. Bankverwahrungsgeschäft.

II. Pflichten des Lagerhalters.

a) Erhaltung des Gutes § 417; Anzeigepflicht bei entwerthender Veränderung § 417;

b) Aufbewahrungspflicht § 417; Lagerungspflicht § 422; Kündigung § 422;

c) Versicherungspflicht § 417;

d) Einräumung von Kontrollrechten an Einlagerer § 418;

III. Rechte:

a) auf Vergütung § 420; Lagergeld, Auslagen ebd.; Fälligkeit § 420 [4];

b) Pfandrecht § 421;

c) Retentionsrecht § 421 [7];

d) Kündigungsrecht § 422;

e) kein Hinterlegungsrecht § 417 [8]ffg;

f) kein Vermischungsrecht § 419.

Lagerhalter s. Lagergeschäft.

Lagerkosten § 420; s. Auslagen.

Lagerhaus, Niederlegung von Waaren seitens eines die Offerte ablehnenden Kaufmanns § 362 [18].

Lagerpfandschein § 224 [8].

Lagerräume des Kommissionärs § 396.

Lagerschein § 424, indossabel § 363 Abs. 1; Eigenthumsübergang verkaufter Waaren Exk. zu § 382 [60].

Landesregierungen, Befugniß der Zusammenziehung zweier Orte bez. der Firmen § 30 [10].

Landesgesetzliche Bestimmungen über Zahlungen aus öffentlichen Kassen Exk. zu § 372 [56].

Landwirthschaft § 3 [1]ffg.; Nebengewerbe dazu § 3 [3]ffg.; Uebergangsfragen in Bezug auf Kaufmannsqualität § 3 [11].

Laufbursche § 59 [15];

Laufende Rechnung § 355 ffg.; uneigentliche laufende Rechnung, Unterschied von Kontokurrent Exk. zu § 357.

Lebende Thiere s. Thiere.

Lebenszeit, Engagement auf § 66 [3].

Leckage § 456 [1]ffg., 459.

Legitimation, Prüfung im Prozesse der o. H.G. § 124 [7]; des Aktienerwerbers § 222 [10]; des stellvertretenden Vorstandes einer Akt.Ges. § 242; L. des Besitzers von Ordrepapieren § 365 [7] ffg.; dgl. von Inhaberpapieren Exk. zu § 365 [2]; durch Ladeschein § 447, § 450.

Legitimationsurkunden § 1 [38].

Lehrling s. Handlungslehrling.

Lehrvertrag s. Handlungslehrling.

Leihbibliothekbesitzer § 1 [40], [75].

Leihe, von Aktien gegen Entgelt § 318 [8]; Haftung bei L. § 347 [6].

Leistungspflicht der Aktionäre, Begründung durch Statutenänderung § 276; s. Aktionär.

Leitung der Generalversammlung § 196.

Leute s. Frachtführer, Eisenbahn.

lex commissoria § 368 [38].

Licenzvertrag, Handelsgeschäft § 343 [27].

Lieferbarkeit verkaufter Papiere, als essentielle Eigenschaft § 277 [36].

Lieferfrist, Versäumung im Eisenbahnverkehr § 466 s. Verzug.

Lieferung des Stoffes zu einer nicht vertretbaren vom Unternehmer hergestellten Sache § 381.

Lieferungsgeschäft s. Börsentermins-Differenzfixgeschäft.

Lieferungsvertrag Exk. vor § 373 [4]; über nicht vertretbare Sachen; Kommissionsgeschäft § 383 [4]; Lieferungsverzug s. Kauf sub VI.

Limitoüberschreitung des Kommissionärs § 386; L. kein Hinderniß für Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs § 401 [4]ffg.; Preis im Falle einer L. § 401 [4]; s. Kommissionsgeschäft.

Liquidation der offenen Handelsgesellschaft während Prozesses § 124 [11]ffg.; Liquidation der Akt.Ges. s. dort sub H II; Gelegenheitsgesellschaft Exk. zu § 342 [64]ffg.; s. Kommanditges. auf Akt.

Liquidationserlös, Rückzahlung des von den Aktionären zu viel erhaltenen § 217 [20].

Liquidatoren, Anmeldung ihrer Personen zum Register § 34 [2]; Zeichnung ihrer Unterschrift § 35; Verantwortlichkeit ihrer Buchführung § 38 [3]; s. Liquidation bei Akt.Ges. sub H II; Kommand.Ges. auf Akt. § 330 [17]; Gelegenheitsges. Exk. zu § 342 [64]ffg.; s. offene H.G.

Lohnbeschlagnahmebeschränkungen § 70 [9], [16]; § 59 [34].

Löschung einer nichtigen Akt.Ges. § 309 [15]; s. Firma, Handelsregister.

Lotteriespiel, Handelsgeschäft? § 343 [27].

Lücken in Handelsbüchern § 43 [3].

Luftdruckbahn, Eisenbahn § 453 [6].

Maaß, Erfüllungsort maßgebend § 361 [1]ffg.; Vorbehalt über Maaß beim Kaufe § 375.

Mahnung erforderlich zum Zahlungsverzuge des Käufers Exk. zu § 374 [12]; zum Lieferungsverzuge ebenda [42]ffg.

Makler.

I. amtliche Handelsmakler § 93 E.; Kursmakler § 93 [5].

II. (nicht amtliche) Handelsmakler, Begriff § 93 [1]ffg.; Patentanwälte als H. § 93 [4]; H. sind Kaufleute § 93 [1]; Pflichten derselben § 93 [7]; Rechtsstellung zu den Parteien § 93 [6]; Prüfung der Solvenz § 93 [8]; Pflicht, Schlußnoten an beide Parteien zuzustellen § 94; Vorbehalt der Bezeichnung des Gegenkontrahenten § 95; Probeaufbewahrung § 96; Legitimation zur Erfüllungsannahme? § 97; Schadensersatz wegen Verschuldens § 98; Mäklerlohn, Pflicht, Fälligkeit § 99 [1], [2]; kollidirende Interessen § 99 [3]; Verjährung der Ansprüche des H. §§ 99 [6]; Handelsbücher, insbesondere Tagebuchführung § 100; Auszüge aus Tagebuch § 101;

richterliche Anordnung auf Vorlegung des Tagebuchs § 102; Strafe wegen Vernachlässigung der Tagebuchspflichten § 103; auf Krämermakler beziehen sich diese Vorschriften über Schlußnoten und Tagebücher nicht § 104; stillschweigende Annahme einer Offerte § 362 [4]; Abschluß für unbestimmten Verkäufer Exk. vor § 373 [12].

III. Civilmakler **Exk. zu § 92.** Grundstücks- und Hypothekenmakler sind Civilmakler ebd. [1], [4]; Begriff des C. ebd. [2]; Unterschied von Handelsmakler ebd. [2] ffg.; Nachweismakler ebd, [6]; Kaufmannsqualitität? ebd. [8]; Maklerauftrag durch konkludente Handlungen ebd. [10]; Maklerprovision ebd. [11], [12]; richterliche Herabsetzung derselben? ebd. [11]; Auslagen ebd. [15]; Voraussetzungen der verdienten Maklergebühr ebd. [16] ffg.; Darlehnsverträge ebd. [19]; Pflichten des Maklers ebd. [18] a. E. ebd. [20], [28]; gegenüber der anderen Partei ebd. [34]; Widerrufs, Reurechte des Auftraggebers ebd. [22]; Resolutivbedingung in dem vermittelten Geschäft ebd. [22]; Kausalnexus der Maklerthätigkeit ebd. [23] ffg.; Beispiele ebd. [24]; Persönliche Thätigkeit nicht erforderlich ebd. [26]; Kollidirende Interessen ebd. [27]; Schadensersatzpflicht des C. ebd. [29]; Verjährung seiner Ansprüche ebd. [31]; Recht auf Rechnungslegung ebd. [32]; Erfüllungsort ebd. [33]; Uebergangsfrage ebd. [35].

Mandatar s. Auftrag, Beauftragter, Inkassomandat, Vertretungsmacht.

Mängel, heilbare einer nichtigen Akt.Ges. § 310; s. Nichtigkeit; Mängel, Anzeige an Reisende § 55 [5]; (s. Kauf sub V, Handlungsagent); Mängelanzeige bei einseitigen Handelskäufen § 387 [154]; Viehmängel § 382; Feststellung von M. durch Sachverständige § 379 [23]; Heimliche der Probe, bei Kauf nach Probe Exk. zu § 382 [6]; Heimliche Mängel der Waare bei genehmigtem Kaufe auf Probe Exk. § 382 [22]; s. Abweichung; Frachtgeschäft § 438; s. Eisenbahn, Verpackung; M. des Kommissionsgutes § 388, 391.

Manko s. Gewichtsverlust.

Marke, unechtes Inhaberpapier Exk. zu § 365 [8].

Marktpreis, (maßgeblich für Bilanz § 261 [17] ffg.; Pfandverkauf aus freier Hand zum M. § 368 [43];) M. Bedeutung Exk. vor § 373 [19]; Geltung des M. als vereinbart ebenda.

Maurermeister s. Bauunternehmer.

Maximalhaftung der Eisenbahn § 461 [1] ffg., 462 ffg.

Medaillen s. Preismedaillen.

Mehrheit der Aktionäre, erforderliche §§ 196, 207, 243, 251, 256, 275, 288, 292, 303; von Berechtigten an einer Aktie § 225.

Menge, Zusendung einer nicht bestellten M. § 378.

Mentalreservation § 346 [2] a. E.

Messezeit § 359.

Metallwerth, Pfandverkauf nicht unter M. § 368 [52].

Miethe, Handelsgeschäft? § 343 [11]; Form § 350 [22].

Milchpachtvertrag § 1 [35].

Militärische Dienstleistung der Handlungsgehilfen § 63 [8], 72.

Minderheit der Aktionäre s. Akt.Ges. sub F. IV.

Minderhandelsgewerbe der offenen Handelsges. § 123 [6].

Minderjährige als Aufsichtsrath § 243 [4]; als Vorstand § 231 [10] ffg.; als Prokurist § 48 [3].

Minderkaufleute, Begriff § 4 [1] ffg.; Nichtanwendbarkeit d. Vorschriften üb. Firmen, Bücher, Prokura § 4 [12] ffg.; Bekanntmachung der Passivübernahme § 25 [29]; Einschreiten des Registerrichters wegen unbefugten Firmengebrauchs § 37 [1]; Mittheilung von der Geschäftsfortführung unter unveränderter Firma an Geschäftsschuldner § 25 [16]; des Nichtüberganges von Aktiven und Passiven auf den Firmenerwerber § 25 [17] ffg.; Uebergangsfragen bezüglich des Begriffs der Minderkaufleute § 40 [20]; als Komplementar der still. Ges. § 335 [8]; gesellschaftliche Vereinigungen von M. Exk. zu § 342 [81] ffg.; Handelsgeschäfte der M. § 343 [6]; Bürgschaft von M. § 351; Schuldversprechen, Schuldanerkenntniß § 350 [8], 351; Vertragsstrafe § 351; Kontokurrentenverkehr § 355 [12]; s. Firma.

Minderung, Recht auf M. § 377 [70] ffg.; s. Kauf sub V 3; M. des Speditionsguts § 414; bei dem Lagerhalter § 423; bei der Beförderung § 438; auf Eisenbahn §§ 457, 464.

Mindestbetrag von Aktien §§ 108, 209, 222, 314.

Minoritätsrechte s. Akt.Ges. sub F IV.

Mißbrauch fremder Aktien § 318.

Mitbietungsrecht der Parteien beim Selbsthilfeverkauf § 373 Abs. 4; beim Fixgeschäfte § 376 [15].

Mitbürgen § 349 [40].

Miteigenthum an Aktien § 179 [1], § 225.

Mitgift, Stellung in Bilanz § 40 [7].

Mithaft, Fortbestand nach Saldofeststellung § 356.

Mitte des Monats, Bedeutung Exk. zu § 359 [31].

Mittheilungspflicht, s. Anzeige, Ausführungsanzeige.

Mittelbarer Besitz, gutgl. Erwerb abhanden gekommener Sachen § 366 [45].

mixtum compositum, Form des Vertrages § 350 [25].

Möglichkeit, nach M. § 346 [17].

Molkerei § 1 [35].

Monat, Frist von Exk. zu § 359 [23].

Müllabfuhrgeschäft § 425 [9].

Mündliche Anweisung § 363 [14]; s. Form.

Münzsorte, Schuld einer bestimmten § 361 [7]; s. Währung.

Muster s. Probe.

Nachbesserung mangelhafter Waare § 377 [42] ffg.; s. Kauf sub II 3.

Nachbezugsrecht s. Bezugsrecht; Dividende.

Nachfolger s. Firma.

Nachfolgerzusatz bei Firma § 22 [8].

Nachfrist Exk. zu § 374 [54] ffg., [68] ffg.; beim Fixgeschäft kein Recht auf N. § 376 [19]; bei Börsenterminsgeschäfte Exk. zu § 376 [7]; zur Einzahlung für Aktionäre § 219.

Nachgründung s. Akt.Ges. sub D VIII; § 207; der Akt.Kommanditges. § 324.
Nachlaß, zu einem N. gehörendes Handelsgeschäft § 27.
Nachlaßforderungen § 27 [30].
Nachlaßgericht, Sicherungsmaßregeln § 27 [19].
Nachlieferung mangelfreier Waare? § 377 [42] ffg.; beim Gattungskauf § 377 [82, 90, 95]; s. Kauf sub V [3].
Nachmann s. Zwischenspediteur; Frachtführer.
Nachnahme durch Spediteur § 408 [18]; auf Frachtgüter §§ 426, 441, 445.
Nachnahmesendung, keine Annahmepflicht des Käufers Exk. zu § 372 [35].
Nachschüsse von Mitgliedern einer Gelegenheitsges. Exk. zu § 342 [29, 69].
Nachtzeit, Leistung zur § 358 [2].
Nachweis s. Rechenschaftspflicht.
Nachweismakler Exk. § 92 [6].
Nachzahlung zu wenig erhobener Eisenbahnfracht § 470.
Namen, bürgerlicher: Zulässigkeit der Führung § 37 [1]; Aenderung des N., Einfluß auf Firmen § 21 [1] ffg.; Schutz gegen unbefugte Firmirung § 37 [12]; N. auf dem Ladenschild Exk. zu § 37 [6].
Namensaktie ein Ordrepapier § 179 [2], § 222 [5]; s. Akt.Ges. sub C I, II; Eintragung und Umschreibung im Aktienbuch § 222 [1], § 223 [1] ffg.; Indossirbarkeit § 363 [30].
Namenslagerschein § 424 [4].
Natürliche Beschaffenheit des Frachtguts § 459 Abs. 4.
Naturalleistungen s. Aktionär.
Naturalia negotii E [34].
Nebenabreden neben Vertragsurkunden § 350 [50] ffg.
Nebengeschäfte, Handelsgeschäft § 343 [3, 6] ffg.;
Nebengewerbe zu Land- und Forstwirthschaft § 3 [3] ffg.
Nebenintervenient, Gesellschafter als § 124 [9].
Nebenleistungen, Verzug Exk. zu § 374, 140 ffg. [145].
Nebenrechte, keine Uebergang durch Indossement eines Ordrepapiers § 364 [4].
negotiorum gestio, Nothverkauf im Interesse des Verkäufers § 379 [18].
Nennbetrag, Aktienausgaben zu höherem oder geringerem Betrage §§ 184, 195, 362, 278.
Nettogewicht § 380.
Nießbrauch, Erlöschen der Firma durch N. § 31 [3].
Nichtkaufmann s. Kaufmann; einzelne Transportgeschäfte eines N. § 451 [4].
Nichtkaufmännische Dienste von Angestellten § 83.
Nichtigkeit der Akt.Ges. § 292, § 309 ffg.; s. Akt.Ges. sub H II; N. der Akt.Kommanditges. § 330 [36]; N. eines Geschäfts wegen Formmangels § 350 [60] ffg.; N. gewisser Vereinbarungen mit Prinzipal §§ 63 ffg. 75, 67, 74, 77; N. von Zeichnungsscheinen 189; von Aktien und Interimsscheinen § 209; von Bestimmungen betr. den Eisenbahnverkehr § 471.
Niederlassung, Verlegung der N. § 31 [1].
Niederlegung des Amtes als Aufsichtsrath § 243 [9]; als Vorstand § 231 [18]; von Waare seitens eines die Offerte ablehnenden Kaufmanns § 362 [18]; N. von Waaren bei Annahmeverzug des Käufers § 373; s. Kauf sub VI.
Nießbrauch an einem Geschäfte § 22 [25]; Folgen in Bezug auf Geschäftsgläubiger und Schuldner § 25 [1]; Form des Vertrages über Einräumung § 350 [27]; des Ehemanns, Erlöschen gegenüber gutgläubigen Dritten § 366 [36].
Normalsätze bei Gewichtsverlust § 460.
Notar, Hinterlegung von Aktien bei N. § 255 [4].
Notarielles, Protokoll der Generalversammlung § 259; s. Form, Beurkundung; Uebertragung einer Namensaktie § 222.
Notifikationen § 37 [20] (s. Veröffentlichung, Bekanntmachung).
Nothverkauf § 379; des Spediteurs § 408 [9].
Nothzurückbehaltungsrecht § 370.
Novation, durch Saldofeststellung § 355 [2]; einer Börsenterminsschuld in Darlehen Exk. zu § 376 [15].
Nummernangabe des Kommissionärs § 384 [18].
Nummerverzeichniß s. Stückeverzeichniß.
Nutzungen beim Wandlungsanspruche § 377 [52].

Oberkellner s. Kellner, Zahlkellner.
Obligationen, Einstellung in die Bilanz § 40 [7]; s. Forderung.
Obligo, ohne, Bedeutung bei Rath Exk. zu § 349 [32].
Offenbarungseid bei Konkurs der o. H.G. § 131 [11].
Offene Handelsgesellschaft.
I. Allgemeines; Errichtung. Begriff § 105 [1] ffg.; Löwengesellschaft § 105 [4]; keine juristische Person § 102 [8]; Handelsgewerbebetrieb § 105 [9] ffg.; Geltung als o. H.G. infolge Eintragung § 105 [14, 22]; Minderjährige, Ehefrauen als Mitglieder § 105 [23]; Rechtsgebilde, die der Mitgliedschaft nicht fähig sind § 105 [19, 23]; unbeschränkte Haftung der Mitglieder § 105 [20]; mehrere Gesellschaften bei Identität der Mitglieder § 105 [25]; Entstehung einer o. H.G. durch Erbgang § 105 [26]; Gesellschaftsvertrag formlos § 105 [27]; Ausnahmen § 105 [27]; Abschluß durch konkludente Handlungen § 105 [29]; ausländische o. H.G. § 105 [31]; Dauer des Gesellschaftsvertrages § 132 [2] ffg.; nicht rechtsfähiger Verein als o. H.G. Exk. zu § 342 [84]; gemeinschaftliche Firma § 105 [17]; eintragspflichtig § 105 [21]; Form der Firma § 19 [1]; Uebergang der Firma einer Akt.Ges. auf o. H.G. § 22 [9]; Handelsbücher § 38 [3]; Zeit, Form der Anmeldung § 106 [1], 108; Inhalt der Anmeldung § 106 [2] ffg., 107; einzutragende Thatsachen §§ 106, 107; Form der Firmenzeichnung Exk. zu § 108; Sitz der o. H.G. § 106 [4]; Errichtung ein Handelsgeschäft? § 343 [24]; Uebergangsfragen § 105 [32], § 107 [6]; Prokura § 116 [7] ffg.; s. auch sub III.
II. Rechtsverhältniß nach Innen, Maßgeblichkeit des Gesellschaftsvertrages § 109 [1] ffg.; Klage auf Aufnahme in Societät § 109 [4]; Beweislast bei dem Gesetze zuwiderlaufender Vereinbarung § 109 [8]; Löwengesellschaft § 105 [4]. Unterschlagung durch Gesellschafter § 111 [5].

Rechte: Ersatzansprüche für Aufwendungen, Reisekosten § 110; Zinsanspruch § 110 [5]; Vorschuß § 110 [7]; Belohnung für Bemühungen § 110 [6]; Geschäftsführung § 114 ffg.; Kontrollrechte § 118 ffg.; Gesellschaftsbeschlüsse § 119; Gewinn- und Verlustbetheiligung, Berechnung § 120 [1] ffg.; Aktiv, Passivsaldo, juristisches Wesen § 120 [7]; Gewinn, Verlustvertheilung § 121; Entnahmen §§ 121, 122; Entnahmerecht bezieht sich nur auf Geld § 121 [11]; vertragliche Bestimmungen über Entnahme § 122 [14]; Verlustantheil ist nicht einzuzahlen § 122 [15]; Eigenthumsrecht der Gesellschafter Exk. zu § 122 [12]; Uebertragung der Gesellschaftsrechte Exk. zu § 122 [21, 29]; übertragbare Gesellschafterrechte Exk. zu § 122 [22, 23]; nicht übertragbare Rechte Exk. zu § 122 [24]; Pfändbarkeit Exk. zu § 122 [27]; einseitige Aufnahme von Socien? Exk. zu § 122 [28]; Unterbetheiligung ebd. [31]; Gesellschafter als Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft § 128 [21] ffg.; Regreß der Gesellschafter § 128 [19].

Geschäftsführung: §§ 114 ffg.; Unterschied von Vertretung § 114 [1]; Umfang, Inhalt der Geschäftsführungspflichten § 114 [3] ffg.; G. sammt und sonders, sammt oder sonders § 115 [1, 6, 8]; Widerspruchsrecht 115 [3] ffg.; richterliches Eingreifen § 115 [9]; Gegenstand der Geschäftsführung § 116; ungewöhnliche Geschäfte § 116 [2] ffg., [12]; Ertheilung und Widerruf der Prokura § 116 [7] ffg.; Entziehung der Geschäftsführung § 117 [1] ffg.; Niederlegung § 117 [7].

Pflichten: Anmeldepflicht, Klagbarkeit § 106 [1]; Zinspflicht wegen verspäteter Einzahlung oder wegen Entnahme § 111; Folgen des Verzuges und unbefugter Verfügungen § 111 [5]; Konkurrenzverbot § 112; Genehmigung des Konkurrenzbetriebes § 112 [4]; Recht auf Schadensersatz oder Eintritt wegen Konkurrenzbetriebes § 113 [1] ffg.; prozessuale Verfolgung § 113 [2]; heimliche Provision § 113 [4]; Geschäftsführung § 114 [2]; Diligenzpflicht. Schadensersatz, Beweislast § 114 [2] ffg.; Exk. zu § 122 [13]: Verjährung s. sub VIII.

Beiträge, Einlagen: Gegenstand der Einlage Exk. zu § 122 [1] ffg.; Umfang der Beitragspflicht Exk. zu § 122 [7] ffg.; Unterschied zwischen Beiträgen und Einlagen Exk. zu § 122 [3]; Auslegungsregel bezüglich Eigenthums an Einlagen Exk. zu § 122 [4]; Illationsakt Exk. zu § 122 [9]; rechtlicher Charakter der Illation ebd. [10].

Uebergangsfragen; § 105 [32], 109 [9], § 120 [8], 121 [6]; Liquidation s. sub VII; Gesellschaftsvermögen sub IV.

III. Rechtsverhältniß nach außen: Wirksamkeit der o. H.G. nach außen § 123; Geltung als o. H.G. in Folge Eintragung § 105 [14, 22]; § 123 [2] ffg.; auch ohne Gewerbebetrieb § 123 [5]; giltiger Gesellschaftsvertrag erforderlich § 123 [6, 8] ffg.; Minderhandelsgewerbe § 123 [6]; Geltung in Folge kaufmännischen Auftretens § 123 [9] ffg., [15] ffg.; Geschäftsunfähigkeit eines Socius § 123 [11]; Firmenzeichnung Exk. zu § 108; juristische Selbstständigkeit der o. H.G. § 124; keine juristische Person § 124 [1, 5]; rechtsfähig § 124 [2]; nicht deliktsfähig ebd.; Schutz durch Ges. betr. den unlauteren Wettbewerb § 124 [2]; Auftreten der G.schaft als Bevollmächtigte § 124 [2]; Stellung im Prozesse § 124 [5] ffg.; Klage gegen die Gesellschafter, Klageänderung § 124 [5], 129 [2]; progreßunfähig § 124 [6]; Mitgliederwechsel § 124 [6]; Prüfung der Legitimation § 124 [7]; Eidesleistung § 124 [9]; Gesellschafter als Zeuge § 124 [9]; als Nebenintervenient § 124 [9]; als Exekutionsintervenient ebd.; widersprechende Erklärungen der Vertreter § 124 [10]; Auflösung, Liquidation während des Prozesses § 124 [11]; Zwangsvollstreckung gegen o. H.G. § 124 [14] ffg.; gegen Gesellschafter § 129 [10]; actio judicati, exceptio rei judicatae § 124 [16] ffg.; Gerichtsstand § 124 [19], § 129 [3]; bei Zweigniederlassungen ebd.; Rechtsverhältniß im Konkurse s. Auflösung sub V; Haftung des Gesellschaftsvermögens s. sub IV; Offenbarungseid § 131 [11].

Stellung der einzelnen Gesellschafter nach außen: Vertretungsbefugniß § 125 [1] ffg.; Gesammtvertretung § 125 [3]; Ausübung der Gesammtvertretung, Beweis der Mitwirkung § 125 [4] ffg.; Unredlichkeit bei Wissen eines Vertreters § 125 [9]; Mitwirkung des Prokuristen § 125 [11] ffg.; Eintragungspflicht bei Ausnahmen von Einzelvertretung § 125 [24]; der Eintragung widersprechendes Verhalten § 125 [24]; Umfang der Vertretungsmacht § 126; insbes. bei außerkontraktlichem Schaden § 126 [2]; bei gerichtlichen Handlungen § 126 [3] ffg.; bei Kollektivvertretung § 126 [4] ffg.; bei Grundstücksangelegenheiten § 126 [7]; Prokuraertheilung § 126 [8]; Beschränkungen der Vertretungsmacht § 126 [9] ffg.; Kontrahiren mit sich selbst § 126 [12], 128 [21] ffg.; Willensmängel des Vertreters § 126 [14]; konkludentes Handeln für Gesellschaft § 126 [15]; Entziehung der Vertretungsbefugniß § 127; Niederlegung der V. § 127 [8]; Namen der Gesellschafter auf Ladenschild Exk. zu § 37; Verantwortlichkeit für Buchführung § 38 [3]; Gesellschafter als Prokurist § 48 [3], 125 [2].

Haftung der Gesellschafter, persönlich, solidarisch § 128; insbes. bei Konkurs und Liquidation § 128 [6, 27]; Aufrechnung § 129 [8]; Exk. zu § 129; Wirkungen des Gesammtschuldverhältnisses § 128 [7—14]; Erfüllungsort § 128 [15]; Regreß § 128 [19]; Pseudogesellschafter § 128 [20]; Eintritt in bestehende Gesellschaft § 130; Einwendungen gegen Gläubiger auf Grund der Solidarhaft § 129 [4] ffg.; insbes. bei Anfechtungs- und Aufrechnungsbefugniß § 129 [6] ffg.; des ausgeschiedenen Gesellschafters § 129 [11] ffg.; Pfändbarkeit, Uebertragbarkeit der Gesellschaftsrechte § 122 [21] ffg.; actio judicati, exceptio rei judicatae aus rechtskräftigen Urtheilen gegen Gesellschaft § 124 [16] ffg.; keine Vollstreckung gegen G.schafter aus Urtheilen gegen Gesellschaft § 124 [15]; aus Konkurstabelle? § 124 [15]; Uebergangsfragen § 123 [20], § 127 [9], § 128 [5].

IV. Das Gesellschaftsvermögen: Illation Exk. zu § 122 [9] ffg.; Eigenthümer Exk. zu § 122 [9] ffg.; Exk. zu § 129 [13]; Aktiv-, Passivsaldo des einzelnen Gesellschafters § 120 [7];

Beiträge, Einlagen s. oben sub II; Unterschrift der Bilanz § 41 [1]; Einstellung der eingebrachten Mitgift der Ehefrau eines Socius in Bilanz § 40 [7]; keine Haftung für persönliche Schulden Exk. § 129; Zugriff bezüglich der übertragbaren Gesellschafterrechte Exk. § 129 [4]; Kompensation Exk. zu § 129 [6] ffg.; Haftung für Schulden des eintretenden Gesellschafters § 130 [7]; s. auch sub II Rechte, sub III und VII.

V. Auflösung: Begriff § 131 [1]; Folgen der Aufl. § 131 [3]; Fortdauer der Geschäftsführungsbefugniß nach Aufl. durch Kündigung § 136; Eintragung, Anmeldepflicht § 143 [31] ffg.; Wirkung der Eintragung und Nichteintragung § 143 [5] ffg.; Aufl. während Prozesses § 124 [11]; Gründe der Aufl. § 131 [4] ffg., § 133; insbes. Beschluß der Gesellschafter § 131 [5] ffg.; Kündigung § 131 [18], 132 [1] ffg.; Ablauf des Gesellschaftsvertrages § 132 [2] ffg.; Beweislast für bestimmte Dauer § 132 [11]; Tod eines Ges. § 131 [15]; Auflösung auf Verlangen eines Theils vor Zeitablauf oder bei unbestimmter Dauer § 133 E.; Unterschied von Anfechtung ebd. und § 133 [23]; Aufl. aus wichtigen Gründen, Begriff § 133 [3]; Beispiele § 133 [12] ffg.; prozessuale Geltendmachung von Aufl.gründen § 133 [5] ffg.; als Einwand? § 133 [6]; neuer Auflösungsgrund, Klageänderung? § 133 [6]; einstweilige Verfügung vor Auflösung § 133 [9]; vorl. Vollstreckbarkeit § 133 [10]; Schadensersatz wegen erforderlich gewordener Aufl. § 133 [11]; Recht auf Aufl. kann nicht ausgeschlossen werden § 133 [20] ffg.; Aufl. einer Gesellschaft von unbestimmter Dauer § 133; Ges. auf Lebenszeit und stillschweigend fortgesetzte Gesellschaften gelten auf unbestimmte Dauer § 134 [2] ffg.; Umwandlung der Abwicklungsgesellschaft in eine o. H.G. § 131 [2]; Rechtsverhältnisse bei Konkurs der Gesellschaft § 131 [8] ffg., § 145 [5]; Fortsetzung nach Beendigung des Konkurses § 144; Offenbarungseid der Gesellschafter § 131 [11]; Konkurs eines Gesellschafters § 131 [16], § 137 [3]; Aufrechnung eines Gesellschafters gegenüber Einlageschuld im Konkurse § 131 [13]; Aufkündigung durch Privatgläubiger eines Gesellschafters § 135 [1] ffg.; Pflichten der Erben einer verst. Ges. § 137 [1] ffg.; Bestimmung des Vertrages zur Abwendung der Aufl bei Tod, Konkurs, Kündigung § 138 [1], [5] ffg.; Verbleiben der Erben in Gesellschaft § 139; Wahlrecht der Erben § 139 [6]; mehrere Erben § 139 [6], [14]; Eintragung als Kommanditist erforderlich § 139 [17]; rechtlicher Zustand bis zur Ausübung des Wahlrechts § 139 [25]; Uebergangsfragen s. letzte Anmerkungen zu §§ 131—135, 138; bezüglich der Erbenstellung § 139 [27].

VI. Austritt und Ausschluß von Socien. Auseinandersetzung. Richterlicher Ausschluß eines Gesellschafters anstatt Auflösung § 140; Voraussetzungen, Klage § 140 [1] ffg.; Ausschließungsgründe § 140 [5]; Ausschl. bei Aufkündigung durch Privatgläubiger § 141 [1] ffg.; bei Konkurs eines Ges. § 141 [3]; Uebergang des Firmenrechts auf die verbleibende Ges. § 141 [2], [5]; Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden Exk. zu § 141; Rechte der verbleibenden Ges. Exk. zu § 141 [2] ffg.; Rechte des Ausscheidenden Exk. zu § 141 [4] ffg., [10]; Zeitpunkt und Art der Berechnung Exk. zu § 141 [5] ffg.; rechtliche Natur des Auseinandersetzungsguthabens ebd. [7]; Cession des Guthabens ebd. [7]; Anfechtung der Berechnung ebd. [8]; Zeit der Auszahlung Exk. zu § 141 [9]; Recht des Ausscheidenden auf Kaution ebd. [9] ffg.; Rechtsverhältniß bei Passivsaldo des Ausscheidenden ebd. [11] ffg.; bei Ueberschuldung der Gesellschaft ebd. [16] ffg.; schwebende Geschäfte Exk. zu § 141 [20] ffg.; Rechenschaftspflicht des Verbleibenden, Abwicklungsgeschäfte ebd. [21] ffg., [26]; Ausschl. und Auseinandersetzung zwischen nur zwei Socien § 142; vertragliche Abwendung der Auflösung für den Fall des Todes, des Konkurses, der Aufkündigung §§ 138, 139; andere Arten der Geschäftsfortsetzung § 138 [4]; Fortsetzung einer durch Beschluß aufgelösten Ges. durch einen Theil der Socien § 131 [7]; dgl. bei Aufkündigung durch Privatgläubiger § 135 [5]; s. sub V Auflösung; Vertheilung nach Liquidation s. sub VII.

VII. Liquidation. Allgemeines: Inhalt und Wesen der L. § 145 [2] ffg.; L. bei Einzelkaufmann (?) § 145 [1]; L. als regelmäßige Folge der Auflösung, nicht bei Konkurs § 145 [5] ffg; Liquidations-, Abwicklungsgesellschaft § 145 [3]; vertragliche Ausschließung der L. § 145 [8] ffg.; Zustimmung des Konkursverwalters, des kündigenden Gläubigers § 145 [10] ffg.; Rechtsverhältniß nach außen bei Ausschl. der Liquidation § 158 [1] ffg.; Recht des kündigenden Privatgl. auf L. § 135 [6]; Eintritt der L. bei schwebendem Prozesse § 124 [11]; Anwendbarkeit der Rechtsnormen für o. H.G. auf die Liquidationsgesellschaft § 156 [1] ffg.; Umwandlung der Abwicklungsgesellschaft in eine o. H.G. § 131 [2]; Anmeldung des Erlöschens § 157 [1], [2]; Liquidatoren, Berufung § 146; durch Majoritätsbeschluß § 146 [1]; Pflicht zur Uebernahme? § 146 [2], [5], [11]; Präsentationspflicht der Erben § 146 [4]; richterliche Ernennung § 146 [6] ffg.; Antragsrecht der Betheiligten § 146 [7]; Abberufung der Liquidatoren § 147 [1] ffg.; Verzicht auf Abberufung erwählter L. § 147 [2]; Recht auf Niederlegung § 149 [38]; Eintragung der Liquidatoren § 148; insbes. bei Streit über die Personen der L. § 148 [1]; Anmeldepflicht § 148 [3]; Wirkung der Eintragung und Nichteintragung § 148 [6]; Anmeldung des Erlöschens der Firma § 157 [1], [2]; Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugniß § 150; regelmäßig nur kollektiv § 150 Einl. u. [1] ffg.; Ausschl. der Kollektivvertretungsbefugniß § 150 [3] ffg.; eintragungspflichtig ebd.; Uneinigkeit der L. § 150 [7]; Unbeschränkbarkeit nach außen § 151 [1] ffg.; Erweiterung der Vertretungsmacht § 151 [4]; L. sind gebunden an einstimmige Anordnungen der Socien § 152 [1] ffg.; Schadensersatzpflicht bei Zuwiderhandlungen § 152 [5]; Firmenzeichnung § 153; weitere Pflichten und Rechte der L. § 148 [7], 149 ffg.; Rechtsstellung gegenüber den Gesellschaftern § 149 [6] ffg.; Verwerthung von Forderungen, Cession § 149 [11]; Veräußerung

von Grundstücken § 149 [11]; Verkauf in Bausch und Bogen § 149 [30]; Anerkenntniß von Forderungen § 149 [12]; Vergleiche § 149 [25]; Eingehung neuer Geschäfte § 149 [15] ffg.; Prozeßvertretung § 149 [20, 33]; Kontrahiren mit sich selbst § 149 [23]; Konkursantrag § 149 [26]; **kein** Recht zur Prokuraertheilung § 149 [28]; zur Verlegung des Sitzes § 149 [29]; zum Verkauf des Firmenrechts § 149 [31], 157 [2]; Maß der Sorgfalt § 149 [31a]; Vergütung § 149 [36]; Eröffnungsbilanz § 154 [1] ffg.; Schlußbilanz § 154 [3] ffg.; Pflicht zur Rechnungslegung § 154 [7]; Vorläufige Vertheilung der entbehrlichen Gelder § 155 [1] ffg.; Antheile der Gesellschafter § 154 [4], 156 [12]; Schlußvertheilung § 155 [7] ffg.; Anmeldung des Erlöschens der Firma § 157 [1] ffg.; Aufbewahrung der Bücher und Papiere § 157 [3]; Benutzung derselben § 157 [8]; Uebergangsfragen § 157 [12].

VIII. Klagenverjährung: Verjährung der Ansprüche wegen Konkurrenzbetriebes eines Gesellschafters § 113 [9]; V. der Ansprüche Dritter gegen Gesellschafter aus Solidarhaft § 159 [1]; besondere Verjährungsfrist für Gesellschaftsschulden der Gesellschaften § 159 [1] ffg.; Beginn der V. § 159 [5] ffg.; Ende der V.frist § 159 [9]; Wirkung der V. § 159 [10]; Abänderung der Frist § 159 [11]; Hemmung der V. § 159 [13]; Unterbrechung § 160; insbes. durch Klageerhebung § 160 [2]; durch Anerkenntniß § 160 [3]; durch Abschlagszahlung des Liquidators § 159 [5]; gegen ausgeschiedene Gesellschafter § 160 [4]; gegen zur Zeit der Auflösung nicht ausgeschiedene Gesellschafter § 160 [5]; Verjährung von Rechtsgeschäften der Liquidationsgesellschaft § 156 [24]; Uebergangsfragen § 160 [8].

Offene Rechnung Exk. zu § 357; Dauer Exk. zu § 357 [3]; Saldoanerkenntniß ebd. [4]; Verjährung ebd. [6]; s. Kontokurrent.

Offene Wagen, Beförderung in § 459.

Offenes Depot s. Bankverwahrungsgeschäft.

Oeffentliche Beglaubigungen der Anmeldungen und Zeichnungen § 12 [1] ffg.

Oeffentliche Subskriptionen von Aktien § 282 [6]; Oe. Versteigerung s. dort; Oe. Vorschriften, die das Recht zum Gewerbebetriebe ausschließen § 7 [1] ffg.; ö. Kassen, Zahlung aus Exk. zu § 372 [56].

Oeffentliches Recht, Bestimmung über Befugniß zum Gewerbebetriebe § 7.

Oeffentlichkeit des Handelsregisters § 9 [1] ffg.

Offerent, Tod, Geschäftsunfähigkeit des O. nach Annahme Exk. zu § 361 [67]; s. Offerte.

Offerte Exk. zu § 361; an Jedermann Exk. zu § 361 [9]; Preisliste als O. ebd. [9]; Gebundenheit des Offerenten Exk. zu § 361 [12, 29]; über ein Grundstück, Form § 350 [15]; Exk. zu § 361; s. Offerent, Annahme, Schweigen.

Ohne Obligo, Bedeutung bei Rath Exk. zu § 349 [32].

Ordentlicher Kaufmann, Sorgfalt § 347 [3].

Ordrepapiere, Namensaktie ist O. § 222 [5]; Uebergang bei Veräußerung des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 303 [16], § 304 [10]; bei Fusion mit sofortiger Verschmelzung § 306 [11]; Zinsen von O. § 353 [3, 8]; handelsrechtliche O. § 363 ffg.; Transportwirkung § 363 [31] ffg., § 365 [10]; Wirkung des Indossaments § 364 [1] ffg.; Einwendung gegen Ordrepapiere § 364 [5] ffg.; kein Uebergang von Nebenrechten durch Indossament § 364 [4]; guter Glaube bei Erwerben § 364 [3] ffg., [13] ffg.; Wirkung der Uebergabe von O. § 365 [10]; Legitimationsprüfung § 365 [7]; Aufgebotsverfahren § 365 Abs. 2; Herausgabepflicht des unredlichen Besitzers § 365 Abs. 1; Prokuraindossament § 365 [14]; Art der Pfandbestellung an § 368 [6] ffg.; Inhalt des Pfandrechtes § 368 [27] ffg.; Realisirung desselben § 368 [60] ffg.; Retentionsrecht wegen Forderungen aus O. § 369 [7]; Realisirung des Retentionsrechtes an § 371 [20] ffg.

Ordnungsstrafverfahren beim Registergericht § 14 [3] ffg.; s. Handelsregister; Akt.Ges. § 319; widerrechtlicher Gebrauch einer Firma § 37; O. gegen Komplementar der Komm. auf Akt. § 325.

Ort der Handelsniederlassung, Anmeldung zum Register § 29 [2]; in demselben Ort bestehende Firma § 30; O. der Vorlegung der Handelsbücher § 46 [4]; des Pfandverkaufs § 368 [40]; des Selbsthilfeverkaufs § 373 [30], 374 [3]; für Untersuchung der Waare zum Zwecke der Mängelanzeige § 377 [21]; s. Erfüllungsort.

Ortschaft, Handelsplatz aus verschiedenen O. § 379 [10]; nicht an Eisenbahn gelegene § 468.

Ortsgebrauch §§ 59, 77, 94, 96, 99, 396, 428; s. Verkehrssitte;

Pacht, Unterschied von Kauf § 1 [36]; Geschäftsübergang durch Pacht § 22 [25], § 25 [1]; Form von Pachtverträgen § 350 [22] ffg.; Milchpacht § 1 [35];

Packhof § 416 [4].

Paginirung s. Handelsbücher.

Papiere s. Handelsbücher; Begleitpapiere.

Papiergeld, Zahlung in P. § 361 [1, 5].

Parlamentarische Regeln in Generalvers. § 256 [13] ffg.; Anfechtung wegen Verletzung § 256 [20] ffg.

Parteiabreden s. Abreden.

Parteifähigkeit, keine der Gelegenheitsges. Exk. zu § 342 [8, 12]; s. offene H.G. Akt.Ges., stille Gesellschaft.

Passagiergut s. Handgepäck, Reisegepäck.

Passiva bei Veräußerung des Geschäfts; Verhältniß zwischen Veräußerer und Erwerber § 22 [21]; zwischen Gläubiger und Erwerber bei Fortführung der Firma § 25 [8] ff.; bei Veränderung der Firma § 25 [22] ffg.; Einstellung in Bilanz § 40 [7].

Patent, Verletzung durch unbefugte Führung § 37 [13]; Gegenstand des Handelsverkehrs § 93 [4]; Ansatz in Bilanz § 261 [31]; Erwerb von P. Handelsgeschäft § 343 [27]; P. Licenzvertrag, Handelsgeschäft? § 343 [27]; Fehlen eines zugesicherten P., wesentlicher Mangel § 377 [36].

Patentanwalt als Handelsmakler § 93 [4].

Pauschalgebühr, Vertheilung in Bilanz § 261 [32] P. des Spediteurs § 413.

Pension von Vorstandsmitgliedern § 231 [21].

Personentransport § 1 [68], §§ 472 ffg.; Rechtsquellen § 472 [1] ffg.; rechtliche Natur des

P.vertrages § 472 [3, 9], Gepäck § 472 [4]; Vertragszwang der Eisenbahn? § 472 [8] ffg.; Platzkarten § 472 [12]; Fahrschein § 472 [13]; Haftpflichtgesetz § 472 [16]; Kleinbahn § 473.

Persönlich haftender Gesellschafter, Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als § 28 [5]; s. offene Handelsgesellschaft, Kommanditges., Kommanditges. auf Aktien.

Pfand, Fortbestand des Pf. nach Saldofeststellung § 356; s. Verpfändung; Gefahr des Unterganges oder Werthsminderung des Pfandes, Anzeigepflicht des Gläubigers § 368 [29]; s. Pfandrecht; Rückgabe bei ungiltigen Börsentermins-, Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [13], [47] ffg.; Aufnahme einer durch Pf. gesicherten Forderung in laufende Rechnung § 356.

Pfändbarkeit des Lohnes von Handlungsgehilfen § 59 [34], § 70 [9], [16]; der Gesellschafterrechte Exk. § 122 [27]; vinkulirter Namensaktien unter Mindestbetrag § 222 Abs. 4; des Anspruches des Zeichners auf Aushändigung der Inhaberaktie § 200 [11]; der Aktie § 222 [3], § 223 [11]; der vinkulirten Namensaktie unter 1000 Mk. § 222 [8]; der Inhaberaktie Exk. zu § 224 [10]; s. Pfandrecht; der Rechte eines st. Ges. § 339 [27]; einzelner Posten des Kontokurrents § 355 [7], [17]; s. Verpfändung; Lohnbeschlagnahme, Aktie.

Pfandbestellung, Handelsgeschäft? § 343 [27]; Arten der Bestellung an beweglichen Sachen § 368 [5] ffg.; an Inhaberpapieren § 368 [8]; an Ordrepapieren § 368 [9]; durch Dispositionspapiere verbriefter Waaren § 368 [14] ffg., [23]; an fruchttragenden Sachen § 368 [32]; s. Verpfändung; Pfandrecht; guter Glaube.

Pfandbriefe, Uebernahme konvertirter § 1 [34].

Pfandrechte, an eigenen Aktien § 226 [5]; Uebergang auf zahlenden Bürgen § 349 [31], [36]; Untergang zu Gunsten des gutgl. Erwerbers § 366 [31]; Wirkungen § 368 [78]; Wartefrist ebd. 79; Erwerb von Pf.; Form § 366 [3]; seitens redlicher Pfandnehmer § 366 [52] ffg.; Gegenstand des Pf. § 368 [1—4]; Sachgesammtheiten § 368 [3], [4]; Inhalt und Wirkungen des Pf. § 368 [27] ffg.; Einrede des Verpfänders § 368 [28], [35 1]); Realisirung des Pfandrechts an Inhaberpapieren ebd. [66]; **Wartefrist § 368;** an Ordrepapieren [67] ffg.; an Dispositionspapieren § 368 [70] ffg.; **irreguläres** Pfandrecht § 368 [72]; Uebergangsfragen § 368 [81]; des Kommissionärs § 397 [1] ffg.; Spediteurs § 410, § 421; des Frachtführers § 440 ffg.; bei Geschäftsveräußerung § 25 [15]; s. Pfändbarkeit; Verpfändung; gesetzliche Pfandrechte § 366 [58] ffg., 368 [73] ffg.; Erwerb derselben bona fide ebd.; s. Pfandbestellung, guter Glaube; s. Pfandverkauf; Pf. des Depotverwahrers Exk. zu § 424 [15]; Rangordnung verschiedener Pfandrechte und Retentionsrechte § 443 [1] ffg., 443 [10].

Pfandschein, Handelsgeschäft § 344 [9].

Pfändung von Gläubigern des Mannes in Geschäftsräumen der Frau E 97; s. Pfändbarkeit; gegen Gelegenheitsgesellschaft Exk. zu § 342 [11] ffg.; des Antheils eines Gelegenheitsgesellschafters ebd. [35]; des Saldos durch Gläubiger § 357; s. o. H.G.

Pfandverkauf bei beweglichen Sachen § 368 [36] ffg.; Frist für § 368 [40] ffg.; Schadensersatz bei Nichtinnehaltung § 368 [42]; Art der Versteigerung § 368 [43] ffg.; bei Vorhandensein eines Börsen- oder Marktpreises § 368 [43]; Ort ebd. [46]; öffentliche Bekanntmachung vorher § 368 [48]; Gold- und Silbersachen ebd. [52]; Wirkungen des rechtmäßigen Pfandverkaufs ebd. 59; des nicht rechtmäßigen ebd. 61 Provision § 368 [27].

Pferdebahn, Eisenbahn § 453 [6].

Pflichtgemäße Sorgfalt s. Sorgfalt.

pignus irreguläre § 368 [72], [80].

Platzagenten s. Handlungsagenten.

Platzgeschäft, Aufbewahrungspflicht, Nothverkauf § 379 [26]; s. Kauf.

Platzkarten § 472 [12].

Policen, indossable § 363 Abs. 2.

Porto, Ersatzanspruch eines Kaufmanns § 354 [6]; s. Kosten, Bestellgeld; Auslagen.

Portier, Haftung des Gastwirths für § 431 [4].

Postanstalten, keine Kaufmannsqualität § 452.

Postmarke, -karte, unechte Inhaberpapiere Exk. zu § 365 [8].

Postvollmacht an einen Gesammtprokuristen § 48 [13]; des Kollektivvertreters einer Akt.-Ges. § 232 [8].

Postwendende Antwort Exk. zu § 361 [40].

Prämie Exk. zu § 348 [7] ffg.; s. Versicherung.

Prämienlose, Verkauf von § 360 [4].

Präsumption für Handelsgeschäfte § 344.

Preis, Bestimmbarkeit Exk. vor § 373 [13—26]; Abweichung von bedungenen Pr., Qualitätsmangel? § 377 [10]; s. Faktura; P.Bestimmung des Kommittenten § 386.

Preisliste Exk. zu § 361 [9]; Bestimmung über Erfüllungszeit Exk. zu § 372 [33], über Erfüllungsort ebd. [28]; über Zahlungsmodalitäten ebd. [49] ffg.

Preismedaillen bei Veräußerung eines Geschäfts gelten als mitveräußert § 22 [17].

Preßdelikte, aktienrechtliche § 318 [12].

Prinzipal s. Fürsorgepflichten, Handlungsgehilfe, H.Lehrling; Tod des Prinzipals § 66 [13], § 77 [8]; Strafvorschriften § 82.

Prioritätsaktien, Schaffung durch Zuzahlung § 290 [7].

Prioritätsobligation § 185 [7]; P. sind kaufmännische Verpflichtungsscheine § 363 [19].

Privatbeamte, Vorstand § 231 [26].

Probe, Engagement auf § 66 [4]; Kauf nach P. Exk. zu § 382 ffg.; Kauf auf P. Exk. zu § 382 [13] ffg.; Kauf zur P. Exk. § 382 [25] ffg.; s. Kauf sub II; Probe der von einem Mäkler verkauften Waare § 96; Entnahme einer Pr. des Lagergutes § 418.

Probezeit von Lehrlingen § 77.

Prokura, Geschäftsfähigkeit des Prokuristen § 48 [3]; Fähigkeit zur Ertheilung § 48 [4]; Form der Ertheilung § 48 [5] ffg.; urkundlicher Nachweis der § 48 [6], [7]; Umfang der Prokura § 49 [1] ffg.; Unbeschränkbarkeit § 50 [1] ffg.; Zeichnung der Prokura § 51; Widerruflichkeit § 52 [1] ffg.; Unübertragbarkeit § 52 [6]; Erlöschen der

§ 52 [7] ffg.; Erlöschen durch Konkurs des Prinzipals § 52 [12]; bei Einstellung des Gewerbebetriebes § 52 [13]; bei Löschung der Firma § 52 [14]; bei Veräußerung des Geschäfts § 52 [15]; Anmeldung der Ertheilung zum Handelsregister § 53 [1]; Zeichnung zur Aufbewahrung bei Gericht § 53 [1]; Anmeldung des Erlöschens § 53 [3]; Folgen der Eintragung § 53 [5] ffg.; Ertheilung und Widerruf der Pr. bei offener Handelsgesellschaft § 116 [7] ffg.; bei Kommanditges. § 164 [4]; Kommanditist kann Prokurist sein § 164 [4] ffg.; Ertheilung durch einen Minderkaufmann § 4 [13]; durch öffentliche Korporation § 36 [2, 7]; Gesammtprokura § 48 [9] ffg.; eigenmächtiges Handeln eines Gesammtprokuristen § 48 [12]; Ermächtigung eines Gesammtprokuristen zu einzelnen Geschäften durch die übrigen § 48 [13]; dgl. durch den Prinzipal § 148 [14]; dgl. durch das Gesetz § 48 [15]; Vertretungsbefugniß des Prokuristen gemeinsam mit Gesellschafter oder Vorstandsmitglied § 50 [5]; mit Vorstandsmitglied einer Akt.-Ges. § 232 [17]; Liquidator darf keine Pr. ertheilen § 149 [29]; s. Vertretungsmacht, Handelsregister; Prokura bei Aktienges. § 238; Ertheilung § 238 [2]; Umfang der Vollmacht § 238 [5] ffg.; Vollmacht gegenüber den Aktionären § 238 [6]; Eintragung § 238 [8]; Haftung der Gesellschaft für Pr. § 238 [12] ffg.; Unzulässigkeit und Erlöschen der Bestellung im Liquidationsverfahren § 298 [11]; bei Akt.-Kommanditges. § 320 [83]; stiller Gesellschafter als Prokurist § 335 [24].

Prokuraindossament von Ordrepapiere § 365 [14].

promptmöglichst, keine fixe Zeitbestimmung § 376 [6].

Propergeschäft, Unterschied von Kommissionsgeschäft § 383 [9].

Prospekte, Vertragsinhalt § 346 [15].

Protokoll der Generalversammlung § 259 [1] ffg.; Inhalt § 259 [3] ffg.

Provision, heimliche der Handlungsgehilfen § 59 [33]; vorbedungene § 65 [1] ffg., [9]; Anspruch eines Kaufmanns für Dienste § 354; von einzelnen Posten des Kontokurrents § 355 [33]; vom Saldo § 355 [37, 38]; nicht erstattungspflichtig bei ungiltigen Börsentermins- und Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [14, 18]; des Kommissionärs § 396, § 394; des Spediteurs § 409 [1] ffg.; s. Handlungsgehilfe; Handlungsagent; Vorstand; Aufsichtsrath.

Prozeß der Firma s. Firma; für und gegen die veräußernde Akt.Ges. § 303 [17], § 304 [9]; gegen durch Fusion untergegangene Akt.Ges. § 306 [11].

Prozeßentscheidung, Maßgeblichkeit für den Registerrichter § 16 [1] ffg.

Prozeßfähigkeit der Handelsfrau E [77].

Prozeßführung, Handelsgeschäft § 343 [27].

Prozeßgericht darf nicht um Eintragung in's Register ersuchen § 16 [1];

Prozeßvertreter bei Regreßklagen der Akt.Ges. § 268 [5] ffg.

Prozeßvollmacht ermächtigt zu Nachfristsetzung Exk. zu § 374 [69] ffg.

Prüfung der Legitimation bei Ordrepapieren § 365 [7]; bei Inhaberpapieren Exk. zu § 365 [2]; Prüfung bei Kauf auf Besicht, auf Probe Exk. § 382 [14] ffg.; s. Rügepflicht.

Prüfungsbericht s. Akt.Ges. sub D V.

Pseudogesellschafter § 128 [20].

Pseudovertreter Exk. zu § 58 [39] ffg.; s. Vertretungsmacht.

Publikation s. Bekanntmachung.

Qualifikation als Aufsichtsrath § 243 [4], 248, als Vorstand einer Akt.Ges. § 231 [10—12], 248.

Qualifizirte Gründung s. Akt.Ges. sub D IV; Kapitalserhöhung § 279.

Qualität von Waaren, erforderliche § 360.

Qualitätsmängel s. Kauf V; Mängel.

Quantitätsmängel § 377 [7].

Quittung, Ueberbringer gilt als zur Empfangnahme der Leistung ermächtigt, Exk. zu § 58 [16] ffg.; keine Vermuthung für Handelsgeschäft § 344 [10]; Form § 350 [14].

Quittungsbogen (Interimsschein) § 179 [5].

Rabatt s. Skonto.

Ramschwaaren, Bemängelung eines Theiles § 377 [142] ffg.

Rangordnung von Pfandrechten, Retentionsrechten § 443 [1] ffg., [10].

Rasuren in Handelsbüchern § 43 [3].

Rath, Handelsgeschäft § 343 [27]; **Exk. zu § 349** [2] ffg.; Haftung ohne Vertragsverhältniß ebd. [6] ffg.; Haftung für Auskunft von Gehilfen und Vertretern ebd. [27, 28]; des Kommissionärs ebd. [12]; Bankier ebd. [13]; Zeitschriften ebd. [14]; Modalitäten der Schadensersatzpflicht ebd. [17] ffg.; Ansprüche der Provision, über die Auskunft ertheilt wird ebd. [26] ffg.; Verjährung ebd. [29]; vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung ebd. [31].

Ratenlieferung s. Theil-, Successiv-.

Ratihabition s. Genehmigung.

Realisirungsverkauf s. Kauf sub VI, s. Fixgeschäft.

Rechenschaftspflicht s. Kontrollrecht; R. des Kommissionärs § 384 [17] ffg.

Rechnung s. laufende, offene.

Rechnungen unter unbefugter Firmirung § 37 [20].

Rechnungsabschlüsse § 42, bei laufender Rechnung § 355.

Rechnungslegung den Geschäftsgläubigern gegenüber bei Veräußerung des Geschäfts § 22 [21]; des Handlungsgehilfen § 59 [31]; ebendesselben bei eigenen Geschäften § 61 [6]; Pflicht des Vorstandes der A.G. § 260 [19].

Rechte s. dingliche, Forderungen, Aktiva.

Rechtsgeschäft eines Kaufmanns, Handelsgeschäft? § 344; Auslegung von R. § 346.

Rechtsirrthum, Exkulpirung § 241 [2]; guter Glauben wegen R.? § 366 [23].

Rechtskraft des Urtheils unter Firmeninhaber s. Firma.

Rechtsnachfolger s. Prozeß, Firma.

Rechtsübung § 346 [8].

Rectaanweisung s. Anweisung.

Rectalagerschein § 424 [4].

Redlicher Erwerb s. bona fides.

Refaktien § 380.

Regeln, parlamentarische § 256 [13].
Reglements der übernehmenden Bahn maßgebend für Frachtvertrag § 432 [5].
Registergerichte s. Handelsregister, Auskunft, Bescheinigung, Beschwerde, Firma, Richter.
Regreß der o. H.Gesellschafter gegen einander § 128 [19]; R. bei Haftung aus Gründung § 202 [23], § 203 [10]; gegen Vormänner des Aktionärs nach Kadizirung § 220; s. Haftung; Schadensersatz; Akt.Ges. sub D VII; Gelegenheitsgesellschaft; des Bürgen gegen Hauptschuldner § 346 [36] ffg.; kein R. gegen Assignanten § 363 [12]; R. der Frachtführer § 432. R.Verlust § 448 [2]; R. der Eisenbahnen § 469 [8];
Reich, Unternehmen des R. § 36; Rechnungsabschlüsse § 42; Uebernahme des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 304; Gewährleistung für eine Akt.Ges. § 180.
Reichsanzeiger, Veröffentlichung des Verlustes von Inhaberpapieren § 367, s. Veröffentlichung.
Reichskassenscheine § 195.
Reihenfolge s. Rangordnung.
Reingewinn der Akt.Ges.; Zahlungen in Folge Nebenverpflichtungen der Aktionäre gelten als R. § 218 [13]; Berechnung der Tantiemen des Aufsichtsraths § 245 [6] ffg.; Ueberweisung an Reservefonds § 262.
Reisegepäck, Haftung der Eisenbahn § 465, 466, 472 [1] ffg.
Reisender s. Handlungsreisender.
Reisespesen § 59 [27].
Reklamation s. Mängel, Rüge, Faktura; s. Kauf sub V; Eisenbahn.
Relative Handelsgeschäfte? § 343 [3].
Religion des Handlungsgehilfen § 62 [6]; des Lehrlings § 76 [17, 19].
Rentenscheine, Erwerb abhanden gekommener trotz Veröffentlichung des Verlustes § 367 Abs. 3.
Rentenschulden bei Geschäftsveräußerung § 25 [14].
Reportgeschäft, in eigenen Aktien § 226 [3].
Reservefonds s. Akt.-Ges. sub G II.
Restaurateur s. Gastwirth, Hotelier.
Retentionsrecht kaufmännisches. Unterschied von dem Zurückbehaltungsrecht des B.G.B. § 369 [1]; Dinglichkeit des R. § 369 [38]; Voraussetzungen des R. § 369 [2] ffg., [39] ffg.; seitens Minderkaufleuten ebd. Cession des R.? § 369 [7]; R. wegen cedirter Forderungen ebd.; R. für Forderungen aus Ordrepapieren und Inhaberpapieren § 369 [7]; Konnexität nicht erforderlich § 369 [10]; Ausnahme nach § 8 Abs. 2 des Depotges. § 369 [10]; Gegenstand § 369 [11] ffg.; kein R. am depositum irregulare § 369 [13]; Beispiele § 369 [15] ffg.; gesetzliches Veräußerungsverbot stehen dem R. entgegen § 369 [17]; guter Glaube gewährt hier keinen Schutz § 369 [17, 20]; Accept des Schuldners kein Objekt d. R. § 369 [18]; Sachen des Gläubigers § 369 [23]; R. an Dispositionspapieren § 369 [29]; Wirkungen gegenüber Dritter § 369 [31]; insbesondere gegenüber späteren gesetzlichen Pfandrechten § 369 [33]; im Konkurse des Schuldners § 369 [36]; gegenüber Pfändungspfandgläubigern; in Konkurrenz mit dem Verfolgungsrecht ebd. [37]; Anspruch auf Herausgabe bei Besitzverlust? § 369 [38]; Ausschluß des R. wegen besonderer Anweisung oder Verpflichtung § 369 [39] ffg.; R. bei Kauf auf Probe § 369 [42]; bei Wechseln ebd. [43, 48, 18]; bei Waaren als Erfüllungsangebot § 369 [43]; an zur Disposition gestellten Waaren ebd. [44]; d. Verwahrers ebd. [45]; des Spediteurs und Frachtführers ebd. [46], § 410 [13], 440 [13]; des Agenten § 369 [48]; des Kommissionärs ebd. [48]; an verpfändeter Waare ebd. [50]; des Lagerhalters § 421 [7]; Rangordnung verschiedener Pfandrechte und Retentionsrechte § 443 [1] ffg., [10]; Abwendung des R. durch Sicherheitsleistung ebd. [51] ffg. Realisirung und Umfang des Retentionsrechts § 369 [55], § 371; Verkauf, Wartefrist § 371 [3] ffg.; Klage auf Gestattung der Befriedigung aus den ret. Objekten § 371 [5] ffg.; Haftung für Zinsen und Vertragsstrafen ebd. [56]; R. im Konkurse des Schuldners § 369 [57]; Verhältniß zu anderen Gläubigern § 369 [31] ffg. [58]; paulianische Anfechtung des R. § 369 [59]; beneficium excussionis realis § 369 [60]; Endigung des R. § 369 [61] ffg.; Folgen des unrechtmäßigen Verkaufs § 371 [9] ffg.; Realisirung des Rechts an Inhaberpapieren und Ordrepapieren § 371 [19] ffg.; an Dispositionspapieren § 371 [23] ffg.; Parteiabrede über Voraussetzungen der Befriedigung § 371 [28]; Eigenthumswechsel an den ret. Gegenständen § 372; R. an Erlös aus dem Selbsthilfeverkauf? § 373 [30]; aus Ansprüchen wegen Qualitätsfehler § 377 [58]; des Handlungsgehilfen § 59 [32]; des Prinzipals ebd. [31]; des Agenten § 369 [48]; s. Handlungsagent; des Aktionärs gegenüber Einlagepflichten § 221 [5]; an eigenen Aktien § 226 [5]; Nothzurückbehaltungsrecht wegen nicht fälliger Forderungen bei Konkurs und fruchtloser Vollstreckung § 370.
Reugeld § 348 Ext.
Revisoren zur Prüfung der Bilanz. Gründungsvorgängen und Geschäftsführung § 266; Entgelt § 266 [3]; Gründungsprüfungsbericht durch R. s. Akt.Ges. sub D V; einer Aktien-Kommandges. § 325, § 327 [2].
Richter, Eingreifen desselben in Geschäftsführung eines Gesellschafters § 115 [9]; Entziehung der Vertretungsbefugniß eines o. H.-Gesellschafters § 127; Mitwirkung des Richters bei Gründung einer Akt.-Ges., s. dort sub D III V VI, insbesondere Leitung der konstituirenden Generalversammlung § 196; Prüfung der Zustimmung zu Naturalleistungen als Aktionärverpflichtung § 210 [7]; Ermächtigung zur Einberufung einer Generalversammlung § 254 [16] ffg.; Ernennung von Revisoren § 266 [15], § 268 [5]; Prüfung der Giltigkeit von Beschlüssen der Generalvers. § 273 [13, 20] ffg.; Ernennung von Liquidatoren der Akt.Ges. § 295 [7]; Mitwirkung bei Pfandverkauf § 368 [44] ffg.; s. Handelsregister.
Rollfuhrunternehmer § 432 [1] Note 1.
Rollgeld Ext. zu § 382 [102].
Rost bei Beförderung auf Eisenbahn § 459.

Rübenzuckerfabriken, Pflicht der Aktionäre zu Naturalleistungen s. § 212.
Rückerstattung von Eisenbahnfracht § 470.
Rückforderung s. Differenzgeschäft, Börsentermingeschäft.
Rückgriff s. Regreß.
Rücklagen bei Tantiemeberechnung des Vorstandes § 237, 245; s. Reservefonds.
Rückprämie Exk. zu § 348 [7] ffg.
Rücksendung, beanstandete, nicht bestellter Waare § 379 [14].
Rücktrittsrecht vom Dienstvertrage, Allgemeines nach B.G.B. § 70 [24] (s. Handlungsgehilfe); vom Kreditkaufe s. dort; s. Kauf sub VI; wegen schlechter Vermögensverhältnisse des Käufers Exk. vor § 373 [28] ffg.; wegen Zahlungsverzuges Exk. zu § 374 [32]; wegen Uebergabeverzuges ebd. [66]; des Dritten wegen Irrthums in der Person des Kommittenten § 383 [21]; R. des Kommittenten wegen nicht Namhaftmachung des Dritten § 384 [33] ffg.; wegen Abweichung vom Auftrage § 385 [6]; beim Fixgeschäft § 376 [9] ffg.; s. Widerruf, Anfechtung; Irrthum kein R. des Kommissionärs wegen Erfüllungsverzug des Kommittenten § 397 [10]; dagegen bei Selbsteintritt § 400 [24]; des Absenders vom Frachtvertrage § 425 [1] § 428.
Rückzahlung der Einlage des Aktionärs unstatthaft § 213 [2] ffg.; der Einlage bei Kommanditges. § 172; s. stille Ges.
Rückzahlungskurs von Obligationen, Einstellung in Bilanz § 40 [7].
Rügepflicht § 377; s. Kauf sub IV, V; bei einseitigen Handelskauf § 377 [154]; des Kommittenten bei Einkaufskommission § 391 [3].

Sacheinlage § 279, § 186.
Sachgesammtheiten, Verpfändung § 368 [3] ffg.; Qualitätsmangel § 377 [143] ffg.
Sachverständiger, Zuziehung zur Untersuchung von Waaren durch Käufer § 377 [13]; s. Kommissionär; durch Frachtführer § 438 [12]; Sackmiethe Exk. zu 382 [99].
Saldo, Feststellung des § 355 [22] ffg.; Wirkung der Feststellung § 355 [2] ffg. [18], [27]; s. Kontokurrent, laufende Rechnung.
Sammeldepot Exk. zu § 424.
Sammelladung § 413.
Satzung s. Statut.
Säumigkeit s. Verspätung, Verzug.
Schadensersatz, Anspruch des Prinzipals bei eigenen Geschäften des Handlungsgehilfen § 61 [2]; des Prinzipals wegen Verletzung seiner Fürsorgepflichten § 62 [7]; bei sofortiger Kündigung wegen vertragswidrigen Verhaltens § 70 [15] ffg.; wegen Ausstellung eines unrichtigen Zeugnisses gegenüber neuem Prinzipal § 73 [5]; des Lehrlings und neuen Prinzipals bei angeblichen Uebergang zu anderem Berufe § 78 [5]; des Lehrlings bei Bruch des Lehrvertrages § 79; des Agenten wegen Pflichtverletzung § 84 [22]; des Civilmaklers Exk. zu § 92 [29]; des Handelsmaklers wegen Verschulden § 98; der offenen Handelsgesellschaft bei außerkontraktlichem Verschulden des Vertreters § 126 [2]; des dritten bei Erwerb eigener Aktien durch die Akt.Ges. § 226 [1]; wegen Uebertretung des Konkurrenzverbotes des Vorstandes einer Akt.Ges. § 236 [8]; des Vorstandes einer Akt.Ges. wegen Pflichtverletzung § 241 [7] ffg.; insbes. Dritter gegenüber § 241 [11] ffg.; dgl. des Aufsichtsraths § 249 [8]; der Aktionäre wegen unbegründeten Antrages auf Bestellung von Revisoren § 267 [5]; der Gesellschafter einer st. Ges. § 339 [10], [21]; außerkontraktlicher Schaden, Haftung des Gelegenheitsgesellschafters Exk. zu § 342 [13]; Schadensersatz bei Verletzung der Sorgfaltspflicht § 347 [11]; Art und Umfang des Ersatzes, Beispiele § 347 [14] ffg.; vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung § 347 [22]; bei Rath, Auskunft, Empfehlung Exk. zu § 349; bei unterlassener Anzeige der Nichtannahme einer Offerte § 362 [20]; s. Kauf sub VI; wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaft, oder arglistig verschwiegener Mängel § 377 [78] ffg.; allgemeiner Anspruch auf Sch. bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [91] ffg.; des übersendenden Verkäufers Exk. zu § 382 [89]; s. Kommissionsgeschäft, Speditionsgeschäft; Frachtgeschäft, Eisenbahn § 453 [15]; §§ 456, 457; Lagergeschäft § 417; s. Fixgeschäft.
Schankwirth muß Namen auf dem Schilde führen Exk. zu § 37.
Scheingeschäft, Differenzgeschäft als Exk. zu 376 [37].
Scheinkaufleute § 54 [4] ffg.; Exk. zu § 5 [1] ffg.; Auftreten im Prozeß unter Firma § 17 [8]; Uebergang der Firma § 22 [1]; das Verhältniß zu Geschäftsgläubigern und Schuldnern § 25 [6] ffg.
Schenkung, an Handlungsgehilfen § 59 [23]; Bestimmung der Generalversammlung über Sch. § 250 [7]; Zusatz in Bilanz § 261 [25]; absichtliche Benachtheiligung durch Sch. § 312 [11]; Sch. als Handelsgeschäft § 343 [27]; Milderung der Haftung bei Sch. § 347 [6]; Form von Sch. § 350 [28]; s. unentgeltlich.
Schiedsgerichtliches Urtheil über Börsen-Differenzgeschäft Exk. zu § 376 [21], [57].
Schiffer, Frachtführer § 425 [1].
Schifffahrt, Eröffnung der Sch., als Zeitbestimmung § 359.
Schlechtgläubigkeit bei Erwerb von Inhaberpapieren, deren Verlust veröffentlicht ist § 367; s. Glaube guter.
Schleppschifffahrtsunternehmer § 1 [71].
Schleppvertrag § 425 [4].
Schlußbilanz der still. Ges. § 340 [8], [14]; s. Bilanz.
Schlußnoten § 94 ffg.; § 104; Handelsgeschäft? § 344 [10]; Abrede der Effektivlieferung bei Differenzgeschäften Exk. zu § 376 [45].
Schlußrechnung für stillen Gesellschafter § 340 [8], [14]; über die Liquidation der Akt.Ges. § 302.
Schnitt des Bankiers § 387 [1].
Schriftform § 350 [42]; s. Form.
Schriftzeichen der Handelsbücher § 43 [1].
Schuldanerkenntniß § 350 [10]; 351; von Börsentermins- und Differenzschulden Exk. z. § 376 [13], [47] ffg.; s. Saldo, Anerkenntniß.

Schulden s. Passiven.
Schuldschein, Beweis der Aushändigung E 60; s. Beweislast; Vermuthung eines Handelsgeschäftes § 344 [11] ffg., [14]; s. Verpflichtungsschein.
Schuldübernahme des Geschäftserwerbers bei Veränderung der Firma § 25 [22] ffg.
Schuldverschreibung auf Inhaber Exk. zu § 365, § 352 [14].
Schuldversprechen, abstraktes § 350 [6] ffg.
Schutzvorschriften für Gläubiger der Akt.Ges. bei Kapitalsherabsetzung § 289; bei Vertheilung des Vermögens im Liquidationsverfahren § 301; im Falle der Veräußerung des Gesammtvermögens der Akt.Ges. § 303 [13] ffg.; im Falle der Fusion § 305 [20], 306 [12] ffg.; bei Auflösung der Akt.Kommand.Ges. § 330 [19], § 334.
Schwebende Geschäfte, Behandlung bei Auseinandersetzung der still. Ges. § 340 [10].
Schweigen = Genehmigung? § 346 [13] ffg.; bei Kauf auf Probe Exk. zu § 382 [20] ffg.; auf Zusendung unbestellter Waare § 377 [158] ffg.; s. Stillschweigen; Annahme; Offerte.
Schwinden, keine Haftung der Eisenbahn § 456 [1] ffg.
Sconto Exk. zu § 359 [13].
Selbsteintrittsrecht § 400 ffg.; s. Kommissionsgeschäft sub III; des Spediteurs als Frachtführer § 412.
Selbsterzeugung, keine Anschaffung § 1 [35].
Selbsthilfeverkauf § 373 s. Kauf sub VI 1 a, b, f beim Spezifikationskauf § 375 [16].
Selbstständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch Frau E [71].
Separatbeschlüsse der Aktionäre bei Kapitalserhöhung § 278 [8]; § 278; bei Herabsetzung § 288 Abs. 3.
S. E. & O. s. Klausel.
Sicherheiten, Fortbestand nach Saldofeststellung § 356; für Börsentermin- und Differenzgeschäfte Exk. zu § 376 [13] ffg., [47] ffg.
Sicherheitsleistung, an Gläubiger der Akt.Ges. b. Kapitalsherabsetzung § 289 [4]; S. z. Abwendung d. Retentionsrechtes § 369 [51] ffg.; Hinterlegung von Aktien §§ 266, 269, 272, 301, 334.
Sicherstellung der Forderung eines Gläubigers im Liquidationsverfahren der Akt.Ges. § 301 [3].
Sicherung des Beweises, Antrag auf S. wegen Mängel der Sache Exk. zu § 379.
Sicherungsrechte, Uebergang auf zahlenden Bürgen § 349 [31], [36] ffg.
Sitte s. Verkehrssitte.
Sitten gute, Pflichten des Prinzipals § 62 [5], [11].
Simultangründung s. Akt.Ges. sub D II.
Sitz, Verlegung des Sitzes einer Akt.Ges. in's Ausland § 292 [14]; einer jur. Person § 33; s. offene Handelsges., Akt.Ges.
Skonto Exk. zu § 359 [13].
„Sofort" zu erfüllen, Bedeutung Exk. zu § 359 [2] ffg.; keine fixe Zeitbestimmung § 376 [6]; s. Entlassung, Kündigung.
societes leonina § 199 [2].
Solidarische Haftnng. Fortbestand nach Saldofeststellung § 356.
Sonderdepot Exk. zu § 424.
Sonderrechte der Aktionäre nicht entziehbar § 250 [8]; auf Abschriftenertheilung § 256 [7]; auf Liquidationsüberschuß § 300 [1].
Sonntag bei Berechnung von Fristen und Terminen Exk. zu § 359 [32].
Sonntagsruhe, Anwendbarkeit der Vorschriften auf Akt.Ges. § 210 [18].
Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes Begriff § 347, § 202 [9]; des Vorstandes einer Akt.Ges. § 241 [1] ffg.; des Kommissionärs; s. Kommissionsgeschäft, Spediteur; Berücksichtigung der Verkehrssitte § 346 [18]; S. von Gesellschaftern § 347 [7]; des übersendenden Verkäufers Exk. zu § 382 [31]; s. Beweislast.
Specieskauf, Qualität der Waare § 360 [5]; s. Abnahmepflicht.
Specifikationskauf § 375; Exk. vor § 373 [25].
Speculationsgeschäft s. Differenz-, Börsentermins-, Fixgeschäft.
Spediteur, Kaufmann § 407 [4]; Speditionsgeschäft.
Speditionsgeschäft.

A. Allgemeines;

Begriff § 407 [1] ffg.; speditionsähnliche Geschäfte § 407 [5], § 415; s. Annoncenspediteur; Gegenstand des Sp. § 407 [6] ffg.; unerlaubte Geschäfte § 407 [25]; Nebenleistungen § 407 [7]; Wirkungen des Sp. Vertrages zwischen Spediteur und Frachtführer § 407 [14]; Verhältniß zwischen Versender und Frachtführer § 407 [16]; zwischen Versender und Spediteur § 407 [18] ffg., § 408 [11]; Widerruflichkeit § 407 [19]; Verhältniß zwischen Spediteur und Empfänger § 407 [23]; zu Käufer und Verkäufer Exk. zu § 382 [51]; Statutenkollision § 407 [21], 408 [21]; Zwischenspediteur § 408 [4], § 411; Unterspediteur § 408 [4]; Konkurs des Versenders § 407 [22]; fixe Spesen § 412; Sammelladungen § 413; Annahme eines Auftrages durch Schweigen § 362 [4].

B. Pflichten des Spediteurs

1. Allgemeines: Maß der Sorgfalt § 408 [1] ffg., [11], [13]; keine Haftung für Zufall § 408 [2]; konkurrirendes Verschulden § 408 [3]; Wahl der Zwischenpersonen § 408 [4]; Haftung für diese § 408 [5]; Haftung für seine Angestellten § 408 [6]; Befolgung der erhaltenen Anweisungen § 408 [14]; bei Gefahr im Verzuge § 408 [15]; Folgen der Pflichtverletzung § 408 [16], § 385 [6] ffg.; Exkulpirungspflicht § 408 [21] ffg.; Verjährung der Ansprüche wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung, Verspätung § 414.

2. im einzelnen:

a) hinsichtlich des Gutes § 408 [7] ffg.; insbes. Empfangnahme, Aufbewahrung, Nothverkauf § 408 [7]; Versendung § 408 [12]; Deklaration § 408 [12]; keine Versicherungspflicht § 408 [12]; Nachnahmepflicht § 408 [18]; Rechenschaftspflicht § 408 [21], § 408 [27]; keine Pflicht zur Anzeige des Zwischenspediteurs § 408 [28]; Pflicht, Auslagen zu machen? § 409 [11]; Sammelverkehr zu wählen? § 413 [14]; Haftung für Verlust, Minderung, Beschädigung, Verspätung § 414; insbes. bei Eisgang, Krieg, Ausfuhrverbot § 414 [5]; Einredenverjährung § 414 Abs. 3;

Haftung für Vorsatz § 414 Abs. 4; im übrigen s. sub A.

C. Rechte des Spediteurs.

a) auf Provision § 409 [1] ffg.; Voraussetzung und Fälligkeit ebd.; zahlungspflichtig ist Versender § 499 [4]; Höhe 409 [5]; Tarife der Verkehrsanstalten § 409 [5]; Verjährung § 409 [6], § 414 [15]; keine Provision bei fixen Spesen § 413 [1] ffg.

b) auf Auslagenerstattung § 409 [7]; insbes. von Zoll § 409 [8]; Verjährung § 409 [10].

c) Zinsanspruch § 409 [12].

d) Pfandrecht, Voraussetzung § 410 [1] ffg.; Gegenstand § 410 [6] ffg.; Pf. der Zwischenspediteure § 411 [1] ffg.; Konkurrenz verschiedener Pfand- und Retentionsrechte § 443 [1] ffg., [10].

e) Retentionsrecht § 410 [13] ffg., § 369 [46].

f) kein Verfolgungsrecht § 410 [15].

g) Selbsteintritt als Frachtführer § 412.

h) Nothverkauf § 408 [9].

i) Rechte bei fixen Spesen, Sammelladungsspedition § 413 [1] ffg.; s. im übrigen sub A.

Speicher, keine Zweigniederlassung § 13 [3].

Sperrjahr bei Kapitalsherabsetzung § 289 [7]; Ausbruch des Konkurses vor Ablauf des Sp. § 291 [7]; im Liquidationsverfahren § 301 [2]; im Falle der Veräußerung des Gesammtvermögens der Akt.Ges. § 303 [13] ffg.; im Falle der Fusion § 305 [20], § 306 [17].

Spielschulden § 350 [9]; Anfechtung des Saldoanerkenntnisses wegen Sp. § 355 [30] ffg.

Sprache der Handelsbücher § 43 [1]; s. Deutsch.

Sprungregreß nach Kaduzirung der Aktien § 220 [2].

Staat, Kaufmannseigenschaft § 36 [10]; Rechnungsabschlüsse § 42; Genehmigung zu Rechtshandlungen einer Akt.-Ges. nach Landesrecht § 235 [10]; zur Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Inhaber Exk. zu § 365 [4]; Eisenbahnfiskus als Kaufmann § 452 [3].

Stadtreisende § 55 [4]; s. Handlungsreisende.

Stammprioritäten, Uebernahme von § 1 [34] a c.

Statut der Akt.Ges. s. dort sub B; Statutänderung der Akt.Kommanditges. § 320 [107].

Steinbruch § 1 [35].

Stellvertretung des Vorstandes einer Akt.Ges. § 242; s. Pseudovertreter; s. Vertretung.

Stempel, anstatt Unterschrift § 350 [35] ffg.

Stempelpflicht bei Aktien und Interimsscheinen § 179 [14] ffg.; bei Aktienübernahme § 179 [10]; Vertragsstempel bei Gründung? § 179 [11]; bei Auflassung, Illationsgeschäft § 179 [18]; bei Genußscheinen Exk. zu § 179 [6]; bei Umwandelung der Aktienart § 183 [6]; bei Umwandelung der Aktiengattung § 185 [8]; bei Aktienzeichnung § 189 [26]; bei Illationsvertrag § 186 [4], [23]; bei Indossirung von Aktien § 222 [20]; keine St. bei an Stelle der aufgebotenen Aktie tretenden Urkunde § 228 [5]; bei der wegen Vernichtung umgetauschten Aktie § 229 [3]; bei Kapitalserhöhung § 278 [19], § 281 [9]; bei Kapitalsherabsetzung § 290 [10]; bei Uebertragung des Vermögens an den alleinigen Aktionär § 292 [12]; bei Veräußerung des Gesammtvermögens einer Akt.-Ges. § 303 [19], § 304 [13]; bei Fusion § 305 [21], § 306 [20]; bei Einlagevertrag des Komplementars einer Akt.Kommand.Ges. § 322 [4]; bei Konsortialverträgen Exk. zu § 342 [79]; bei Börsenterminsgeschäften Exk. zu § 376 [7]; Erstattungspflicht bei ungiltigen Börsenterminsgeschäften Exk. zu § 376 [14]; Freiheit von St. bei Lehrverträgen in Preußen § 76 [16]; Haftung für Kontravention durch Vorstandsmitglied einer Akt.Ges. § 232 [36].

Stenographie, nicht zulässig in Handelsbüch. § 43 [1].

Stichproben bei Waarenuntersuchung § 377 [15]; bei Sachgesammtheiten § 373 [113].

Stichtag s. Fixgeschäft.

Stille Gesellschaft, keine Handelsges. § 335 [1] ffg.; Begriff § 335 [4] ffg.; Personen § 335 [5]; insbes. geschäftsunfähige [25]; st. G. zur Theilnahme an Börsenterminsgeschäften Exk. zu § 376 [11]; stiller Gesellschafter als Zeuge § 335 [10]; Vermögenseinlage § 335 [13], [27] ffg.; Dienste? § 335 [14]; Gewinnbetheiligung § 335 [19], § 336; Verlustbetheiligung § 335 [21], § 336 ffg. Form und Inhalt des Vertrages § 335 [22] ffg., [38]; st. Gesellschafter als Prokurist § 335 [24]; Uebertragung der Gesellschaftsrechte § 335 [26]; Verwendung der Einlage zu ungewöhnlichen Geschäften § 331 [30]; Veräußerung des Geschäfts ebd.; Sorgfalt ebd.; Konkurrenzverbot § 335 [32]; Rechte und Pflichten des Gesellschafters nach außen § 335 [34]; Kundgebung des Gesellschaftsverhältnisses nach außen § 335 [34]; Firma § 335 [34], [35] ffg.; Berechnung von Gewinn und Verlust, Fälligkeit § 337 [1] ffg.; keine Rückzahlung bezogenen Gewinnes § 337 [7]; Kontrollrechte § 338; Auflösung § 339 ffg.; Tod des stillen Ges. § 339 Abs. 2; des Komplementars § 339 [3]; Auflösung von Gesellschaften als Socien § 339 [3] ffg., [11]; Konkurs eines Gesellschafters § 339 [6]; Gesellschaftszweck, Erreichung unmöglich § 339 [8]; Zeitablauf § 339 [9]; Auflösungsbeschluß § 339 [13]; Kündigung § 339 [16] ffg.; Auflösung durch Gläubiger eines Gesellschafters § 339 [26]; Auseinandersetzung nach Auflösung § 340; Schlußrechnung, Schlußbilanz § 340 [8], [14]; schwebende Geschäfte § 340 [10]; Konkurs der stillen Gesellschaft § 340 [17], § 341; Zwangsvergleich § 340 [17]; Anfechtung der Rückzahlung der Einlage oder Verlustbescheinigung durch Konkursgläubiger des Komplementars § 342; Anfechten gegenüber den Erben des stillen Gesellschafters § 342 [9]; Erlaß der Einlage § 342 [10]; Uebergangsfragen § 335 [39] ffg.

Stillschweigen, Saldofeststellung durch § 355 [26]; s. Schweigen.

Stimmenthaltung des Aktionärs § 252 [14].

Stimmenmehrheit bei Akt.Ges. s. dort sub F IV.

Stimmenkauf § 317.

Stimmrecht des Aktien-Legitimationserwerbers Exk. zu § 224 [5]; kein St. der Gesellschaft auf Grund eigener Aktien § 226 [4]; s. Akt.-Ges. sub F III; Unentziehbarkeit § 250 [8]; s. Kommand.Ges. auf Akt. § 320 [46], § 327.

Stoff, Lieferung durch Unternehmer § 381, § 406.

Strafe s. Freiheitsstrafe; gegen Prinzipal, Lehrherrn § 82; gegen Handelsmakler § 103; s. Akt.Ges. sub J; bei Kommand.Ges. auf Akt. § 320 [113], [114]; unbefugte Ausgabe von Schuldverschreibungen auf Inhaber Exk. zu § 365 [4]; nach Börsengesetz Exk. zu § 376 [31]; strafrechtliche Verantwortlichkeit; s. Haftung.
Straße s. Ort, Ortschaft.
Streik entschuldigt nicht Lieferungsverzug Exk. zu § 374 [41].
Streitwerth bei Anfechtung § 271 [15].
Strohmann § 189 [24]; Exk. zu § 224 [3] ffg.; bei Anfechtungsklagen § 271 [11]; Strafbarkeit? § 313 [1], § 317 [6] ffg., § 318 [9].
Stückeverzeichniß, Bedeutung für Eigenthumsübergang § 383 [28]; Uebersendungspflicht § 384 [13].
Stückzinsen, Reservefonds § 262 [15], § 278 [10].
Stundenbuchhalter § 59 [6].
Stundung des Kaufpreises modifizirt Wahlrecht bei Verzug des Käufers Exk. zu § 374 [101]; der Einlage eines Kommanditisten § 172; des Kaufpreises durch Kommissionär § 393; s. Zahlungsfristen.
Subdirektion der Versicherungsgesellschaft § 13 [3].
Subskription öffentliche neuer Aktien § 282 [6].
Substitutionsbefugniß § 58, s. Leute.
Successivgründung s. Akt.Ges. sub D III.
Successivlieferungsgeschäft Exk. zu § 374 [100], [119].
Summendepot Exk. zu § 424.
Summenlagergeschäft § 419 Abs. 3.
Suspension s. Liquidatoren.
Suspensivbedingung s. Aufschiebende.
Syndikat Exk. zu § 342 [1] ffg., [75].

Tagebuch des Handelsmaklers § 101 ffg.
Tagesordnung, Publikation § 256 [4]; Inhalt § 256 [8] ffg., 278 [8], § 288 [15], Revisionsbericht auf T. § 267.
Talon § 213 [12]; kein Gegenstand des Pfandrechts für Kommissionär § 397 [2].
Tantiemen des Handlungsgehilfen § 65 [4] ffg.; des Vorstandes einer Akt.Ges. § 237; des Aufsichtsraths § 245.
Tara § 380.
Tarife von Transportanstalten § 346 [15]; § 409 [5]; Eisenbahn, Ausnahmetarife § 461 [1] ffg., 462, 463.
Taube, keine Formvorschriften für § 350 [41].
Tausch Exk. vor § 373 [2]; T.verträge, Kommissionsgeschäfte? § 383 [6].
Thätlichkeiten des Prinzipals, Handlungsgehilfen §§ 71, 72.
Technische Bureaus § 13 [3].
telquel, Bedeutung der Klausel § 360 [3].
Telegramm, Bestätigung durch Briefe § 347 [3]; Ersatz für vereinbarte Schriftform § 350 [47]; nicht für gesetzliche § 350 [40]; Ablieferung von T. Exk. zu § 361 [4]; Ablehnung durch T. seitens Kommissionärs im Börsenverkehr erforderlich § 383 [39]; T. Gegenstand des Frachtgeschäfts? § 425 [5].
Telegrammadresse, Unterschied von Firma § 17 [28] ffg.; Mitveräußerung § 22 [17]; Mißbrauch § 37 [20].
Telephon, Vertragsschluß durch T. Exk. zu § 361 [24]; Mittheilung durch T. Gegenstand des Frachtgeschäfts? § 425 [5].
Telephonische Erklärung, Ermächtigung dazu § 58 [11].
Termine, Berechnung von Exk. zu § 359 [32]; s. Terminsgeschäfte s. Börsenterminsgeschäfte.
Testamentsvollstrecker, Geschäftsführender, Verantwortlichkeit § 38 [3].
Thatsache, Wirkung der Eintragung und Nichteintragung einer einzutragenden Th. § 15 [1] ffg., § 25 [20] ffg.
Theateragenturen § 1 [73].
Theaterbillet, Beweislast für Zahlung E [61].
Theaterdirektor § 1 [40], § 2 [3].
Theillieferungen, Selbsthilfeverkauf an § 373 [29]; s. Kauf sub V, VI; theilweise Lieferung und t. Mangelhaftigkeit, Besonderheiten der Gewährleistung § 377 [140] ffg.
Theilnahme an anderer Gesellschaft § 112; s. Gewinn, Verlust.
Thiere, Frachtgeschäft über § 425 [3]; Beförderung durch Eisenbahn § 459 [10].
Tod, einer Prozeßpartei § 17 [28] ffg.; Wirkung auf Vollmacht Exk. zu § 58 [71]; des Handlungsgehilfen, Gehaltsanspruch? § 63 [4]; des Prinzipals § 66 [13], § 77 [8]; des Geschäftsherrn bei Agenturvertrag § 92 [8], des Agenten § 92 [9]; eines o. H.Gesellschafters § 131 [15], § 137; eines Kommanditisten § 177; eines Aufsichtsraths der Akt.Ges. § 245 [15] ffg.; des Komplementars einer Akt.Kommand.Ges. § 330 [9]; eines st. Gesellschafters § 339 Abs. 2; des Komplementars einer stillen Gesellschaft § 339 [3]; eines Gelegenheitsgesellschafters Exk. zu § 342 [61]; des Hauptschuldners, Einfluß auf Bürgschaft § 349 [15]; s. Erben.
Tödtung durch Eisenbahn § 472 [16].
Transitgut, Klage und Einreden wegen § 469.
Transport s. Frachtgeschäft.
Transportanstalten, Tarife von Tr., als Vertragsinhalt § 346 [15]; als Frachtführer § 425 [5]; s. Eisenbahn; Frachtgeschäft.
Transportgefahr beim Kaufe Exk. zu § 382 [45] ffg.; beim Kommissionsgeschäft § 384 [29].
Transportkosten Exk. zu § 382 [96].
Transportpflicht der Eisenbahn § 453.
Transportversicherungspolicen, indossabel § 363 Abs. 2.
Transportwirkung von Dispositionspapieren § 363 [31] ffg., § 365 [10]; des Ladescheines § 450.
Tratte, angekündigte Entnahme durch Tr. § 346 [14]; s. Wechsel.
Tresor s. Lagergeschäft.
Treu und Glauben E [18]; Berücksichtigung bei Auslegungen von Willenserklärung § 346 [10].
Trödler § 4 [9].
Trucksystem § 59 [23].

Uebergabe, der Aktie, nothwendig zur Eigenthumsübertragung § 222 [5] Abs. 3; s. Uebergang; s. Orderpapiere § 364 [1]; Ue. erforderlich zur Eigenthumsübertragung an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren § 366 [12]; der Waare bei Kauf auf Probe oder Besicht Exk. § 382 [19]; der verkauften Waaren behufs Eigenthumsübertragung Exk. zu § 382 [55] ffg.; an Transportanstalten ebd. [51]; Kosten der

Ueb. beim Kaufe Exk. zu § 382 [90]; Ueb. des Ladescheins § 450; des Frachtbriefes § 435.
Uebergabeverzug s. Kauf sub VI; Gefahr des Verkäufers Exk. § 382 [50].
Uebergang der Firma auf eine andere Person § 22 [1] ffg.; des Geschäfts durch Pacht oder Nießbrauch § 22 [25]; der Aktienrechte § 222 ffg.; civilrechtliche Verhältnisse zwischen den Kontrahenten bei Aktienübertragung § 223 [9]; Ue einer Forderung auf zahlenden Bürgen § 349 [31], [36]; nicht bei Zahlung eines Kontokurrentpostens § 356 [6]; s. Nebenrecht; Uebergabe; Ue. der Gefahr beim Kaufe Exk. zu § 382 [45] ffg.; dgl. des Eigenthums ebd. [55] ffg.; Ue. von Besitz und Eigenthum beim Kommissionsgeschäft § 383 [27] ffg.; s. Liquidation, Fusion, Veräußerung, Grundstücke, Forderungen, Orderpapiere.
Uebergangsfragen bez. Handelsfrau bei Ehen, welche am 1. Januar 1900 bestehen E [101]; s. bei den einzelnen Rechtsinstituten, letzte Anmerkung; bez. Pfandrechts § 368 [81].
Uebergangsgrundsätze bei Anwendung des Handelsgesetzbuchs überhaupt E [8—11].
Ueberlassung des ganzen Gewerbebetriebes an Dritte, Bestimmung darüber durch Generalversammlung § 250 [7].
Uebernahme der Be- und Verarbeitung von Waaren § 1 [50] ffg.; Akt.Ges. sub D; s. Firmen; Ue. aller Aktien durch Gründer §§ 188, 190, 195, 199; s. Liquidation, Fusion.
Ueberpari s. Emission.
Ueberschreitung s. Vertretung, Kommissionär.
Ueberschuldung der Akt.Ges. § 240 [9], 241.
Ueberschuß bei laufender Rechnung § 355.
Uebersendungskauf § 379 [2] ffg.; Aufbewahrungspflicht, Nothverkauf ebd.; s. Kauf; Kosten der Uebersendung Exk. zu § 382 [90].
Uebersendungspflicht Exk. zu § 372 [6], [35], [37]; Exk. zu § 382 [20] ffg.
Uebertragbarkeit des Gesellschafterantheils Exk. zu § 122 [21]; des Antheils an dem zu erhöhenden Kapitalsvermögen einer Akt.Ges. § 287.
Uebertragung des Aktienrechts §§ 222 ffg.; civilrechtliche Verhältnisse der Kontrahenten § 223 [9]; der Inhaberaktien Exk. zu § 224; der Rechte des Komplementars einer Kommand.Ges. auf Akt. § 320 [51]; des Gesellschaftsrechts an stiller Gesellschaft § 335 [26]; eines Gelegenheitsgesellschafters Exk. zu § 342 [58]; des ganzen Vermögens oder Quote —, Form — § 350 [27]; s. Uebergang, Erwerb, Eigenthum, Besitz, Forderungen; Orderpapiere; Handlungsvollmacht.
Ultimo, bis, keine fixe Zeitbestimmung § 376 [6]; s. Termine.
Umfang s. Prokura, Handlungsvollmacht, Schadensersatz.
„umgehend" s. Annahme.
Umkehrung der Beweislast § 377 [107] ffg.
Umtausch von Aktien wegen Beschädigung § 229; zum Zwecke der Kapitalsherabsetzung § 290 ffg.; U.kommission § 384 [46].
Umwandlung einer Abwickelungsgesellschaft in eine o. H.G. § 131 [2]; der Aktienart § 183; einer Kommanditges. auf Aktien in andere Gesellschaft s. Akt.Ges. sub G.
Umzug, Frachtgeschäft § 425 [3].
unbefugter Austritt aus Lehre § 79; u. Gebrauch einer Firma § 37; Verlassen des Dienstes § 72.
unbestellte Waare, Zusendung § 377 [158] ffg., 379 [28].
Unbewegliche Gegenstände, Erwerb durch Nach-Gründung § 207; s. Grundstücke.
Unbillige Erschwerung des Fortkommens § 74.
Unechte Inhaberpapiere Exk. zu § 365 [8].
Uneigentliche laufende Rechnung Exk. zu § 357.
Unentgeltliche Aufbewahrung, Haftung § 347 [7]; u. Erwerb verpflichtet auch den Gutgläubigen zur Herausgabe § 366 [11], [68]; s. Schenkung.
Unerlaubte Geschäfte als Gegenstand des Speditionsvertrages § 407 [25].
Unfähigkeit eines o. H.Gesellschafters zur Geschäftsführung § 117; zur Vertretung § 127.
Unglück, unverschuldetes des Handlungsgehilfen § 63 [1] ffg., [8], § 72 [8].
Universalsuccession, Aktienerwerb § 222 [12].
Universalversammlung der Aktionäre § 256 [5], [9].
Unleserliche Stellen in Handlungsbüchern § 43.
Unmöglichkeit der Erfüllung von Vorstandspflichten; Rücktrittsrecht § 231 [21] ffg.; U. der Erfüllung als Entschuldigungsgrund für Verzug Exk. zu § 374 [41].
Unredlichkeit der o. Handelsges. bei Wissen eines Vertreters § 125 [9]; des Indossatars eines Ordrepapiers § 364 [14].
Unrichtige Angaben der Gründer § 203.
Unsittlich s. Sitte.
Untheilbarkeit der Aktien § 179; s. Theil.
Unterbetheiligung seitens eines Gesellschafters Exk. § 122 [31].
Unterbilanz der Komm. auf Akt. § 329; s. Bilanz.
Unterbrechung des Prozesses einer o. H.G. § 124 [12] ffg.; s. Verjährung.
Unterfrachtführer § 432, 449.
Untergang zufälliger, schließt das Recht auf Wandelung nicht aus § 377 [52]; Gefahr des U. bei verkauften Waaren Exk. § 382 [39] ffg., [43], [54].
Unterkonsortien Exk. zu § 342 [75] ffg.
Unterlassung, Klage auf U. bei Konkurrenz des Handlungsgehilfen § 61 [5].
Unternehmen, gemeinnütziges § 180 [4]; konzessionspflichtiges der Akt.Ges. § 277 [5].
Unterpari s. Emission.
Unterscheidung der Firmen § 30 [1] ffg.
Unterschlagung von Gesellschaftsvermögen durch Socius § 111 [5]; seitens Kommissionärs § 383 [32].
Unterschrift der Vorstandsmitglieder, einer jur. Person, Zeichnung bei Gericht § 35; Bilanz § 41 [1]; Facsimile bei Aktien § 181; auf Wechseln durch Kollektivvertreter einer Akt.-Ges. § 232 [4]; des Vorstandes einer Akt.Ges. bei Vertretung der Ges. § 233; § 350 [35] ffg.; U. unter Frachtbrief § 426; s. Zeichnung.
Unterspediteur § 408 [4], § 411.
Untersuchung der Waare durch Käufer § 377 [11] ffg.; Kosten der U. § 377 [59]; U. bei Kauf auf Probe oder Besicht Exk. zu § 382 [14] ffg.; durch Kommittenten bei Einkaufskommission § 391 [3].
Untreue § 72.

Unübertragbarkeit der Prokura § 52; der Obliegenheiten des Aufsichtsraths § 246.
Unvollständige Angaben der Gründer § 203.
Unwahre Darstellung der Verhältnisse einer Akt.Ges. § 314.
Unwirksamkeit der Beschränkung von Liquidatoren § 151, von Vereinbarungen bei der Kommanditges. § 172, bei der Akt.Ges. § 186; U. der Zusicherung neuer Aktien § 283.
Urkunde, Vermuthung ihrer Vollständigkeit § 350 [50]; s. Beurkundung.
Urkundenedition § 45 [1].
Urlaub von Vorstandsmitgliedern § 231 [25]; s. Handlungsgehilfe.
Urtheil s. Zwangsvollstreckung, schiedsrichterliches.
Usancen s. Verkehrssitte.

Vater, als Geschäftsführer eines minderjährigen Kaufmanns, Verantwortlichkeit für Buchführung § 38 [3].
Veränderungen in Handelsbüchern § 43; s. Rücktritt.
Verantwortlichkeit s. Haftung.
Veräußerung einer Firma s. Firma; eines Handelsgeschäfts, Form § 22 [12]; Exk. vor § 373 [7]; materielle Wirkungen zwischen Veräußerer und Erwerber § 22 [14] flg.; zwischen Erwerber, Gläubiger und Schuldner § 25 [1] flg., § 28 [9]; keine Einstellung des Betriebes § 27 [21]; Prokurist zur V. nicht ermächtigt § 49 [1]; Folgen der V. für Prokura § 52 [15]; V. vinkulirter Namensaktie unter Mindestbetrag § 222 [4]; V. des Gesammtvermögens einer Akt.Ges. § 303; dgl. an eine öffentliche Korporation § 304; Verkauf beweglicher Sachen und Inhaberpapiere an gutgläubige Dritte § 366 [5] flg., [17] flg.; eines ganzen Vermögens Exk. vor § 373 [7]; s. Uebertragung, Verkauf.
Veräußerungsverbot, gewisse V. erlöschen gegenüber gutgl. Dritten § 366 [69]; gesetzliche V. stehen dem Retentionsrecht entgegen § 369 [17].
Verbindlichkeiten s. Schulden.
Verborgene Mängel § 377 [29].
Verbot des Erwerbes eigener Aktien § 226; V. des eigenen Handelsbetriebes § 60.
Verbrauch zum Zwecke der Waarenuntersuchung durch Käufer § 377 [13].
Verderb von gekauften Waaren, unterwegs § 360 [3]; Nothverkauf wegen drohenden V. § 379; V. des Kommissionsguts § 388; s. Gefahr; V. des Frachtguts § 437 Abs. 2; V. innerer keine Haftung der Eisenbahn § 456 [1] flg.
Vereinbarte Form von Rechtsgeschäften § 350 [33]; der Untersuchungs- und Anzeigepflicht § 377 [30].
Vereine, nicht rechtsfähige V. im Handelsverkehr Exk. zu § 342 [84] flg.; V. mit Kaufmannseigenschaft § 6.
Vereinigungen von Minderkaufleuten § 4 [15]; Exk. zu § 342 [81] flg.; von Aktien in einer Hand § 292 [12]; V. zum Abschlusse von Börsenterminsgeschäften Exk. zu § 376 [11]; Differenzgeschäften ebd. [59]; s. Fusion.
Verfallserklärung s. Kaduzirung.
Verfolgungsrecht Exk. zu § 382 [76] flg.; juristische Natur Exk. zu § 382 [78]; Voraussetzungen ebd. [79] flg.; im Falle des Kontokurrentverkehrs ebd. [82]; Geltendmachung Exk. zu § 382 [89]; Wirkung Exk. zu § 382 [90]; insbes. gegen den Retentionsberechtigten, gegen Spediteur und Frachtführer Exk. zu § 382 [90]; gegen gutgläubige Erwerber ebd.; internationales Privatrecht Exk. zu § 382 [91]; Konkurrenz mit Retentionsrecht § 369 [37].
Verfrachter § 408 [4].
Verfügung, gewisse V. (der Erben, Vorerben, während Schwebens einer Bedingung) unwirksam gegenüber bona fide-Erwerbern § 366 [70]; V. des Absenders über das Gut §§ 433, 447, 455; s. einstweilige.
Vergleiche über Gründerhaftungen § 205; mit einer der Akt.Ges. regreßpflichtigen Person § 270; Schuldanerkenntniß auf Grund von V. § 350 [10]; V. über Schulden aus Börsentermin-, Differenzgeschäfte Exk. zu § 376 [20], [56].
Vergütung der Dienste des Aufsichtsraths § 245; eines Kaufmanns § 354; s. Handlungsgehilfen, Revisionen, Gewährleistung; s. Schadensersatz.
Verjährung der Ansprüche gegen frühere Firmeninhaber § 26 [1] flg.; wenn dieser eine offene Handelsges. oder Kommanditges. § 26 [4]; gegen Einzelkaufmann bei Eintritt anderer in sein Geschäft § 28 [5]; aus Ueberschreitung der gesetzlichen Konkurrenzverbote § 61 [9]; V. der Ansprüche aus Lehrverträgen § 76 [11]; der Ansprüche aus Agenturvertrag § 88 [14]; der Ansprüche des Civilmaklers Exk. zu § 92 [31]; des Handelsmaklers § 99 [6]; der Ansprüche aus den Rechtsverhältnissen der offenen Handelsgesellschaft s. dort VIII; der Ansprüche gegen o. H.Gesellschaft s. o. H.G. sub VIII; der Ansprüche aus Gründungsvorgängen § 206; auf Dividende § 213 [11]; auf Schadensersatz wegen Konkurrenzbetriebs des Vorstandes einer Akt.Ges. § 236 [9]; des Schadensanspruches gegen Organe einer Akt.-Ges. § 241 [17] flg.; gegen Aufsichtsrath § 249 [8]; gegen Komplementar einer Kommanditges. auf Akt. aus Uebertretung des Konkurrenzverbots § 326 [8]; der Vertragsstrafe § 348 [31]; der Ansprüche aus Rath, Auskunft, Empfehlung Exk. zu § 349 [29]; V. der Zinsen § 352 [16]; einzelner Posten des Kontokurrents § 355 [16]; des Saldos § 355 [32]; dgl. bei uneigentlicher laufender Rechnung Exk. zu § 357 [6]; der Ansprüche des Assignatars § 363 [11]; aus Schuldverschreibungen auf Inhaber Exk. zu § 365 [5]; der Gewährleistungsansprüche § 377 [111]; der Einrede aus Gewährleistung § 377 [118]; V. bei Arglist § 377 [130] flg.; V. bei schuldhaft mangelhafter Lieferung § 377 [112], [120]; vertragliche Bestimmung über V. § 377 [151] flg.; der Rechenschaftspflicht des Kommissionärs § 384 [25]; seines Provisionsrechtes § 396 [10]; im Falle des Selbsteintritts des Komm. § 400 [27]; der Ansprüche des Spediteurs § 409 [6]; gegen Spediteur § 414; für und gegen Lagerhalter § 423 [1] flg.; gegen Frachtführer § 439; der Aussprüche aus dem Eisenbahnfrachtvertrag § 470 [1] flg.; s. Einrede.
Verkauf s. Kauf; Veräußerung von Aktien § 223 [3]; börsenmäßiger Verkauf bei Herab-

setzung des Kapitals durch Zusammenlegung von Aktien § 290 [5]; s. Pfandverkauf, Pfandrecht, Nothverkauf; V. durch Kommissionär § 386 ffg.; V. in Läden § 56; Provision des Agenten für V. § 88.
Verkäuflichkeit von Waaren, Vermuthung für § 347 [17].
Verkehrsanstalten, Prospekte von § 346 [15]; s. Eisenbahnen.
Verkehrsmoral E [20].
Verkehrsordnung, revisible Rechtsnorm § 453 [2] ffg.
Verkehrssitte E [19]; Unterschied von Gewohnheitsrecht E [26]; Berücksichtigung bei Auslegung von Willenserklärung § 346 [1] ffg., [9] ffg.; bei Vergütung der Dienste eines Kaufmanns § 354 [6]; bei Ermittelung der Fälligkeit einer Leistung Exk. zu § 359 [9]; der Art und Güte von geschuldeter Waare § 360 [2] ffg.
Verlagsgeschäft § 1 [74]; Gehilfe im § 59 [12]; Form der Verträge § 350 [66].
Verlängerung von Fristen Exk. zu § 359 [27].
Verlegung der Niederlassung § 31 [1].
Verleihung von Aktien § 318.
Verlorene Sachen, Erwerb durch gutgl. Dritte § 366 [44], [50]; Veröffentlichung, Schlechtgläubigkeit § 367; s. Verlust.
Verlust von Orderpapieren § 365 Abs. 2, 366; von Aktien, Interimsscheinen, Kraftloserklärung § 228; von Dividendenscheinen § 228 [6]; von Speditionsgut § 414; von Frachtgut § 429; des Ladescheins § 448 [2]; des Regreßanspruchs des Frachtführers § 442; des Frachtbriefduplikats § 455 [5]; Haftung der Eisenbahn § 456 ffg.; s. verloren.
Verlustigerklärung s. Kaduzirung.
Verlustvertheilung einer Kommand.Ges. auf Akt. § 320 [61] ffg.; bei Gelegenheitsges. Exk. zu § 342 [57]; s. offene Handelsges., stille Ges.
Vermächtniß, Erwerb eines Geschäfts durch V. § 25 [2], § 27 [32].
Vermengung s. Vermischung.
Verminderung s. Herabsetzung.
Vermischung, Eigenthumsübertragung durch V. beim Kommissionär § 283 [36]; von Lagergut § 419.
Vermuthung für Handelsgeschäft § 344; für Verkäuflichkeit § 347 [17]; für Vollständigkeit einer Vertragsurkunde § 350 [50] ffg.; s. praesumptio.
Vernichtung von Ordrepapieren § 365 Abs. 2; s. Verlust.
Veröffentlichung s. Bekanntmachung.
Verpackung, schlechte V. Qualitätsmängel? § 379 [9]; verborgene Mängel wegen unthunlicher Beseitigung der V. § 377 [29]; Beschädigung der V. zum Zwecke der Untersuchung § 377 [13]; Kosten der V. beim Kaufe Exk. zu § 382 [96]; schadhafte V., Haftung der Eisenbahn? § 456 [1] ffg.; Aufschrift auf V. über Gefährlichkeit § 456 [11].
Verpfändung s. Pfändbarkeit; Pfandbestellung, Pfandrecht; V. vinkulirter Namensaktien unter Mindestbetrag § 222 Abs. 4; von Rechten § 350 [19], [29]; V. von Waaren bei Vorhandensein von Transportpapieren § 393 [33].
Verpflegung der Handlungsgehilfen § 62.
Verpflichtungsschein, Begriff, Form § 363 [10] ffg., § 350 [9]; Indossirbarkeit § 363; civilrechtliche Wirkungen § 363 [26] ffg.; Hingabe zur Deckung von Börsentermins-, Differenzschulden Exk. zu § 376 [186], [54]; als Gegenstand des Kontokurrentvertrages § 355 [15].
Verringerung des Gewerbebetriebes, Einfluß auf Firma § 31 [3].
Versagung, offenkundige V. der ehemännlichen Einwilligung zum Handelsbetriebe der Ehefrau E [79], [84].
Versäumung s. Verspätung, Verzug.
Verschlechterung verkaufter Waaren, Gefahr Exk. zu § 382 [39] ffg., [43], [54].
Verschleierung der Verhältnisse der Akt.Ges. § 314 [4].
Verschlossenes Depot Exk. zu § 424.
Verschmelzung s. Fusion.
Verschollenheit des Machtgebers, Wirkung auf Vollmacht Exk. zu § 58 [72].
Verschulden s. Sorgfalt; konkurrirendes § 347 [12], [20]; s. Frachtgeschäft: Eisenbahn § 457 Abs. 3, § 459 [17]; s. konkurrirendes.
Verschweigen, arglistiges von Mängeln § 377 [123] ffg., [127]; s. Schweigen.
Verschwiegenheitspflicht des Handlungsgehilfen § 59 [27] ffg.; des Lehrlings § 76 [23].
Versehen s. Verschulden.
Versendung s. Speditionsgeschäft, Frachtgeschäft.
Versicherung gegen Prämie § 1 [57].
Versicherungsbeiträge, kein Abzug bei kranken Handlungsgehilfen § 63 [6].
Versicherungsgesellschaften, Kapitalserhöhung § 278 [5].
Versicherungspflicht des Verkäufers bei Niederlegung nicht angenommener Waare § 373 [23]; dgl. bei Uebersendung? Exk. zu § 382 [36]; des Kommissionärs? § 390 [5]; des Lagerhalters § 417; keine des Frachtführers § 429 [28].
Versicherungspolice, kein Gegenstand des Pfandrechts für Kommissionär § 397 [2].
Versicherungsvertrag, Handelsgeschäft § 343 [27]; Form § 350 [66].
Verspäteter Eingang einer rechtzeitig abgelassenen Annahmeerklärung Exk. zu § 361 [42]; v. Ablieferung von Speditionsgut § 414; Frachtgut §§ 428, 429 [10], 430 [11]; dgl. durch Eisenbahn § 466.
Verstaatlichung des Unternehmens einer Akt.-Ges. § 304.
Verstärkung des Aufsichtsraths § 243 [5] ffg.
Versteigerung der Aktie nach Kaduzirung § 220 [10]; öffentliche V., Erwerb in § 366 [48], § 368 [22] ffg.; öff. V. des Pfandes vor Fälligkeit bei drohendem Untergang oder Werthminderung § 268 [10]; zur Realisirung des Pfandrechts § 368 [43] ffg.; öffentliche V. beim Selbsthilfeverkauf § 373 [26]; Vorschriften über Mängelhaftung keine Anwendung § 377 [103]; Nothverkauf § 379.
Vertagung der Generalvers. § 196; der Bilanzgenehmigungsverhandlung § 264.
Vertheilung des Liquidationsüberschusses einer Akt.Ges. § 300; s. offene Handelsges., Akt.-Ges., Komm.Ges.
Vertrag, vertragl. Bestimmung über Anzeige-

pflicht u. Gewährleistung § 377 [148] ffg.; V. der Akt.Ges., welche der Zustimmung der Generalvers. bedürfen § 207; dgl. der Akt.Komm.Ges. § 324; s. Abrede.
Vertragsdauer des Handlungsgehilfen § 66 [1].
Vertragsschluß Exk. zu § 361; gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt Annahmeerklärung gegenüber dem anderen Theile Exk. zu § 361 [72]; Uebergangsfragen ebd. [78]; V. durch Leistung in Gemäßheit der Offerte ebd. [56] ffg.; s. Annahme, Offerte, Schweigen.
Vertragsstrafe, für Verzug des zu Naturalleistungen verpflichteten Aktionärs § 212 [11]; s. Konventionalstrafe.
Vertragsurkunde s. Urkunde.
Vertragszwang der Eisenbahn § 453 [9] ffg.
Vertrauensmißbrauch des Handlungsgehilfen § 72.
Vertretbare Sache, Lagergeschäft über § 419; s. genus.
Vertretung, Vertretungsmacht, Wirkungen der Stellvertretung Exk. zu § 58 [2]; Handeln innerhalb der V. Exk. zu § 58 [3]; Handeln im Namen des Machtgebers Exk. zu § 58 [4]; Beweislast ebd. [4]; rechtliche Fähigkeiten, Willensmängel des Vertreters Exk. zu § 58 [5]; guter Glaube des V. § 366 [15]; konkludentes Handeln in fremdem Namen Exk. zu § 58 [7]; Kontrahiren des Vertreters mit sich selbst Exk. zu § 58 [10]; Ermäßigung des Quittungsüberbringers Exk. zu § 58 [16]; Haftung für Versehen des Vertreters Exk. zu § 58 [26] ffg.; Handeln eines nicht bevollmächtigten Mandatars Exk. zu § 58 [35] ffg.; eines Bevollmächtigten im eigenen Namen Exk. zu § 58 [38]; falsus procurator, Pseudovertreter Exk. zu § 58 [39] ffg.; Verhältniß zwischen Vertreter und anderem Theil ebd. [41] ffg.; Genehmigung des Vertreters ebd. [42, 47, 48]; Widerruf bis zur Genehmigung ebd. [44]; Besonderheiten bei Handlungsagenten s. diese; im Verhältniß zwischen Pseudovertreter und anderen Theil ebd. [49] ffg.; Beweislast bei Pseudovertretung ebd. [52]; Haftung des Vertreters ebd. [51] ffg.; Wahlrecht des anderen Kontrahenten bei Pseudovertretung Exk. zu § 58 [58] ffg.; Schadensersatz ebd. [60]; Erlöschen der Vollmacht Exk. zu § 58 [65] ffg.; Erlöschen durch Widerruf der Vollmacht Exk. zu § 58 [70]; durch Tod ebd. [71]; durch Geschäftsunfähigkeit, Verschollenheit ebd. [72]; durch Konkurs ebd. [73]; durch Einstellung des Gewerbebetriebes ebd. [74]; nicht durch Löschung der Firma ebd. [75]; dagegen durch Geschäftsveräußerung ebd. [75]; Niederlegung seitens des Bevollmächtigten ebd. [76]; Wirkung des Erlöschens gegen Dritte nur bei Kennen oder Kennenmüssen ebd. [77]; Wirkungen des Widerrufs zwischen Machtgeber und Vertreter ebd. [78]; Aktienunterzeichnung durch Bevollmächtigte § 181; s. Handlungsvollmacht, Prokura, offene Handelsgesellschaft III, Akt.Ges. sub F I (Vorstand) sub F II (Aufsichtsrath); V. der Aktionäre bei Abstimmung § 252; s. Gehilfe.
Verurtheilung zur Anmeldung § 16 [1] ffg.; s. Zwangsvollstreckung.
Verwahrung s. Lagergeschäft; Pflicht der Eisenbahn bei Ablehnung der Beförderung § 453 [13].
Verwaltungsgericht, Auflösung der Akt.Ges. durch V. § 292 [10].
Verwaltungskosten, in Bilanz § 261 [37].
Verwaltungsrath § 246 [12, 15].
Verwaltungsrecht des Ehemannes, Unwirks. gegenüber gutgl. Dritten § 366 [30].
Verweigerung der Leistung seitens des Bürgen § 349 [16]; der Leistung des Verkäufers bis zur Zahlung Exk. zu § 374 [33]; der Annahme seitens des Empfängers §§ 437, 440; s. Verzug.
Verwendung auf die Sache bei Wandlungsklage § 377 [52] ffg.; Vergütung eines Kaufmanns für V. § 354 [10].
Verzeichniß der Aktionäre §§ 196, 258; der Zeichner neuer Aktien § 284.
Verzicht auf Dienste des Handlungsgehilfen § 70 [25]; auf Ansprüche für Gründungsvorfälle § 205; gegenüber einer der Akt.Ges. regreßpflichtigen Person § 270, § 205; V. auf Schulden aus Börsenterminsgeschäften Exk. zu § 376 [20].
Verzinsung des Aktivsaldos des Komplementars einer Akt.Kommand.Ges. § 320 [67]; einzelner Posten des Kontokurrents § 355 [11]; s. Zinsen.
Verzug des Aktionärs mit Einlage § 218; des Gläubigers, Milderung der Haftung § 347 [6]; Schadensersatz bei V. § 347 [11]; V. des Gläubigers beseitigt Zinspflicht § 353 [10]; V. ändert nicht den Erfüllungsort Exk. zu § 372 [19]; s. Kauf sub VI; des Verkäufers mit Uebersendung, Gefahr Exk. zu § 382 [50]; s. Verweigerung.
Verzugszinsen, neben Konventionalstrafe § 348 [13].
Viehmängel § 382.
Viehtreiber, Frachtführer? § 425 [2].
vis major, s. Frachtgeschäft § 429; Eisenbahn § 456 [5] ffg.
Vollkaufmann, Gegensatz zu Minderkaufleuten s. diese,
Vollmacht s. Vertretung; des Aktionärs bei Abstimmung § 252; Form der V. zu Verträgen über Grundstücke § 350 [15] a. E.
Vollstreckung eines unter Firma ergangenen Urtheils s. Firma, Zwangsvollstreckung.
Voluntär § 59 [7].
Vorausklage, Einrede der § 349 [20] ffg.; s. Einrede.
Voraussehbarkeit des Schadens § 347 [20].
Vorbehalt bei Zahlung an Frachtführer § 438 [7].
Vorbehaltsgut E 72 ffg.
Vorbereitungsgeschäfte § 1 [17], § 29 [8]; Handelsgeschäfte § 343 [14].
Vorläufig vollstreckbare Entscheidung als Grundlage für Eintragung in's Register § 16 [1].
Vorlegung von Handelsbüchern und Urkunden § 45; s. Handelsbücher.
Vormerkung, Eintragung in's Register Exk. zu § 8 [6].
Vormund eines minderjährigen Kaufmanns, Geschäftsführers, Haftung für Buchführung § 38 [3].
Vorname in Firma §§ 18, 19.
Vorprämie Exk. zu § 348 [7].
Vorsatz, kein Ausschluß und Beschränkung der Haftung wegen V. beim Eisenbahntransport

§ 457, 464 ffg., 461 [5]; des Spediteurs § 414; des Frachtführers 430, 438.
Vorschüsse des Handlungsgehilfen § 59 [23]; Zinsen für V. § 354 [10]; für Differenz, Börsenterminsgeschäfte Exk. zu § 376 [16] ffg., [52] ffg.; Gewährung durch Kommissionär § 393; an Kommissionär § 396 [14] ffg.; an Spediteur § 409 [10], 410 [2]; Pflicht des Spediteurs zu § 408 [12].
Vorsitz in außerordentlicher Generalversammlung § 254 [22].
Vorstand einer jur. Person § 35; s. Akt.Ges.
Vortheile, besondere des Aktionärs § 186, § 250 [8]; bei Akt.Kommand.Ges. 322 [3].
Vorzugsaktie § 185; höheres Stimmrecht bei V. § 252 [3].
Vorzugsdividende der Kommanditisten einer Akt.Komm.Ges. § 320 [70].
Vorzugsrechte, Uebergang auf zahlenden Bürgen § 349 [31], [36].

Waaren, bewegliche Sachen, Anschaffung § 1 [36]; Ansatz in Bilanz § 261 [17] ffg.; Art und Güte geschuldeter § 360; Fürsorge für W. bei Ablehnung einer Offerte § 362 Abs. 2; s. Mängel, Uebersendung.
Waarenlager, Angestellte in offenem § 56 [2]; Verpfändung § 368 [3] ffg.
Waarenskonto s. Skonto.
Waarenzeichen, Mißbrauch einer fremden Firma als W. § 37 [25].
Wagen s. offene.
Wahlen, Bestimmung des Statuts einer Akt.-Ges. über W. § 251 [3] ffg.; Stimmenthaltung bei W. § 252 [10]; Anfechtung von W. § 271 ffg.
Wahlrecht bei Verzug; s. Kauf sub VI; bei Spezifikationskauf § 375 [5] ffg.; s. Fixgeschäft, Frist.
Währung, Erfüllungsort maßgebend für § 361 [1] ffg.
Wandelpön § 348 [12], [27] Exk. zu § 348 [7].
Wandelungsklage § 377 [44] ffg.; Voraussetzungen § 377 [32] ffg., [51] ffg.; s. Kauf sub V [3].
Wartefrist bei Pfandverkauf § 368; bei Realisirung des Retentionsrechtes § 371 [15] ffg.
Wechsel, Gegenstand des Kontokurrents § 355 [15], [41]; Retentionsrecht an W. § 369 [43], [48]; unterlassene Zusendung des W. verpflichtet zur Baarzahlung Exk. vor § 373 [41]; Hingabe als Einschuß, Vorschuß, Sicherheit, Zahlung für Börsentermins- und Differenzschulden Exk. zu § 376 [17], [53]; s. Accept, Tratte.
Wechselbürgschaft, nicht civilr. Bürgschaft § 349 [10].
Wechselunterschrift, durch mehrgliedrigen Vorstand einer Akt.Ges. § 232 [4]; Handelsgeschäft? § 344 [10].
Weigerung des Handlungsgehilfen § 72.
Weihnachtsgeschenke s. Schenkungen, Handlungsgehilfen.
Weinhandel, Zahlungsziel E [21].
Weitersendung der Waare durch Käufer, Frist für Mängelanzeige § 377 [28], [30]; s. Weiterveräußerung.
Weiterveräußerung als Handelsgrundgeschäft § 1 [40] ffg.; s. Weiterverkauf.
Weiterverkauf, Beweis der Gelegenheit hierzu bei dem auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagenden Käufer E [60]; s. Weitersendung, Wandelung; Minderung bei Kauf sub V 3; W. ersetzt Eigenthumsannahme? Exk. zu § 382 [56].
Werklieferungsvertrag Exk. vor § 373 [5] ffg., 381.
Werkmeister § 1 [50] ffg.
Werth s. Geldkurs; gemeiner W. des zu ersetzenden Frachtgutes § 430 [3].
Werthansatz in Bilanz § 40 [2]; s. Bilanz.
Werthdeklaration in Frachtbrief § 426 [1] ffg., 429 Abs. 2; bei Eisenbahntransport § 463.
Werthminderung des Pfandes, Anzeigepflicht des Gläubigers § 368 [29].
Werthpapiere § 1 [37] ffg.; Ansatz in Bilanz § 261 [17] ffg.; Sicherheitsleistung durch W. § 289 [4]; betrügerische Einwirkung auf Kurs § 318 Exk.; Verkauf von W.: Eigenschaften § 360 [4]; Inhalt des Pfandrechts an W. § 368 [32]; W. als Gegenstand des Retentionsrechts § 369 [11] ffg.; s. Orderpapiere; W. als Gegenstand des Frachtgeschäfts § 429 [20]; im Eisenbahntransport § 456 [18], 462.
Wettbewerb s. Konkurrenzklausel, K.verbot.
Wette, Anfechtung des Saldoanerkenntnisses wegen W.schulden § 355 [30] ffg.
Widerklagen aus Frachtvertrag § 469.
Widerruf der Bestellung zum Aufsichtsrath § 243 [8]; zum Vorstande § 231; eines Antrages Exk. zu § 361 [11] ffg.; einer Annahme ebd. [18]; einer Anweisung § 363 [6]; des Kommittenten § 405, 383 [23]; verhindert Selbsteintritt § 405 [7] ffg.; W. des Speditionsververtrages § 407 [19]; W. bei der offenen Handelsges. §§ 116, 126; W. der Prokura § 52.
Widerspruch gegen Eintragung in's Register § 16 [3]; gegen Offiziallöschung einer Firma § 37 [8]; gegen Geschäftsführung des Socius bei o. H.G. § 115 [3]; des Kommanditisten § 164 [3] ffg.; gegen Beschlußfassung der Generalversammlung, Aufnahme in's Protokoll § 259 [4]; gegen Löschung einer Akt.Ges. wegen Nichtigkeit von Amtswegen § 309 [15]; des Kommanditisten einer Akt.Komm.Ges. gegen Geschäftsführung § 320 [84]; des Verkäufers gegen Nothverkauf § 379 [21].
Wiederkehrende Leistungen §§ 212, 216, 276.
Willenserklärung, Auslegung von § 346; gegenüber off. Handelsges. §§ 125, 150; gegen Aktiengesellschaft §§ 232, 225.
Wirthe, Prinzipal haftet nicht für ihre Forderungenen gegen Reisende § 55 [3]; Frachtgeschäfte der § 425 [7].
Wissentlich s. falsch, absichtlich, arglistig.
Wochen, Frist von Exk. zu § 359 [23].
Wohlfahrtsfond 262 [25].
Wohnräume der Handlungsgehilfen § 62.
Wohnsitz maßgebend für Erfüllungsort, mehrere Wohnsitze Exk. zu § 372 [15] ffg., [45].
Wucherische Zinsen § 352 [17].

Zahlkellner § 59 [13].
Zahlung, Uebergang von Forderungen durch Z. s. Uebergang, Währung; Z. aus öffentlichen Kassen Exk. zu § 372 [56]; s. Wechsel, Fälligkeit; Z. an Handlungsreisende § 55;

an Agenten § 86; des Empfängers an Frachtführer § 346; s. Quittung.
Zahlungseinstellung, Einfluß auf Retentionspflicht § 370.
Zahlungsfristen, Bewilligung durch Reisende § 55; durch Agenten § 86; s. Stundung.
Zahlungshalber, Hingabe von Wechseln für Differenz- und Börsenterminsschulden Exk. zu § 376 [17, 53].
Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs, Haftung der Gründer für § 202 [16]; Z. der Akt.Ges., Konkursantrag § 240 [9].
Zahlungsverzug s. Kauf sub VI.
Zeichen, Vortragsschluß durch Z. Exk. zu § 361 [21].
Zeichner von Aktien, Haftung im Falle der Heilung von Nichtigkeit der Ges. § 311 [5]; s. Zeichnung.
Zeichnung, die zur gerichtlichen Aufbewahrung bestimmte Z. § 12 [2], § 29 [5], § 35; s. Unterschrift; durch Liquidatoren einer off. Handels-Ges. § 108; dgl. einer Akt.Ges. § 296, § 297 [8]; durch Prokuristen §§ 51, 53; durch Handlungsbevollmächtigte § 57; durch Vorstand §§ 195, 233; Z. der Aktien § 189 ffg., 193, 281, 313.
Zeichnungsschein § 281, § 189; s. Akt.Ges. sub D III; der Akt.Komm.Ges. § 323 [1].
Zeit der Erfüllung §§ 358, 359, Exk. zu § 359; Exk. zu § 372 [23] ffg.; des Selbsthilfeverkaufs § 373 [31]; der Waarenuntersuchung durch Käufer § 377 [13, 16, 21]; der Mängelanzeige § 377 [28]; s. Fälligkeit.
Zeitablauf, Auflösung der Akt.Ges. durch Z. § 292 [4]; der still. Ges. § 339 [9]; s. Auflösung.
Zeitrechnung, Erfüllungsort maßgebend § 361 [1] ffg.; s. Fristen.
Zeitschriften, Rath, Auskunft der Exk. zu § 349 [14].
Zeitungsinserate unter unbes. Firma § 37 [20].
Zeuge, Aufsichtsrath als § 246 Einl. a. E.; Komplementar, Kommanditist als § 320 [8]; st. Gesellschafter als § 335 [10]; o. H.Gesellschafter als § 124 [9].
Zeugniß, Dienstz. des Handlungsgehilfen § 73; s. Handlungsgehilfe; Z. des Handlungslehrlings § 80; Recht des Vorstandes einer Akt.Ges. auf Ertheilung § 231 [32].
Ziegelei § 1 [35], § 2 [3].
Ziegelmeister § 59 [13].
Ziel, Einwand des E [40, 41, 54, 56]; s. Weinhandel.
Zimmermeister s. Bauunternehmer.
Zinsen, Höhe § 352; Z. von dem Aktivsaldo des Komplementars einer Akt.Kommand.Ges. § 320 [67]; bei Wechselschulden § 352 [12]; wucherische 352 [14]; Verjährung § 352 [16]; Z. gelten als mitverpfändet § 368 [32]; Uebergangsfragen § 352 [17]; Zinspflicht des säumigen Aktionärs § 218 [5]; des säumigen Käufers Exk. vor § 373 [40]; Anspruch der Aktionäre auf Z. § 215; s. Akt.Ges. sub C III; Anspruch des Gelegenheitsgesellschafters auf Z.? Exk. zu § 342 [37]; Recht der Kaufleute auf Z. §§ 353, 354 Abs. 2; Z. seit Fälligkeit von Schulden § 353 [5]; von Holschulden § 353 [8]; Exk. zu § 374 [18]; keine Z. bei Verzug des Gläubigers § 353 [10]; Hinterlegung zur Beseitigung der Zinspflicht § 353 [10]; von einzelnen Posten des Kontokurrents § 355 [11, 33]; vom Saldo § 355 [37, 38]; Z. wegen Zahlung vor Fälligkeit? Exk. zu § 359 [10]; Retentionsrecht wegen Z. § 369 [56]; Höhe bei Schadensersatzforderungen Exk. zu § 374 [18].
Zinseszins unzulässig § 353; im Kontokurrentverkehr § 355 [37].
Zinskoupons, Gegenstand des Pfandrechts § 440 [4].
Zinsscheine, Veröffentlichung des Verlustes: Schlechtgläubigkeit bei Erwerb § 367 Abs. 3.
Zoll, Erstattungsanspruch des Spediteurs § 409 [8]; des Lagerhalters § 420.
Zollniederlage, kein Lagerhalter § 416 [4].
Züchtigungsrecht, kein Z. des Prinzipals gegenüber Handlungslehrling § 76 [8].
Zufall, keine Haftung des Spediteurs für § 408 [2]; s. Gefahr, Untergang, Frachtführer; Haftung der Eisenbahn? § 456 [9, 15], 458.
Zug um Zug Exk. vor § 373 [50] ffg.
Zur Dispositionsstellung neben Mängelanzeigen nicht erforderlich § 377 [22]; Z. übersandter Waare verhindert Eigenthumsübergang? Exk. zu § 382 [58] ffg.
Zurückbehaltungsrecht s. Retentionsrecht.
Zurücksendung s. unbestellt, Kauf.
Zurückweisungsrecht des Kommittenten § 384 [33] ffg., 385.
Zurückzahlung s. Rückzahlung.
Zusammenlegung von Aktien, § 290 ffg.
Zusammengehörige Sachen, Qualitätsmängel einzelner Gegenstände § 377 [143] ffg.
Zusammensetzung s. Aufsichtsrath, Vorstand.
Zusätze zur Firma § 18 [7] ffg., § 30 [5].
Zusendung unbestellter Waaren § 377 [158] ffg.; s. Uebersendung.
Zuständigkeit der Generalversammlung § 250; s. Gerichtsstand.
Zustellung an Akt.Ges. § 231 [4].
Zustimmung zur Fortführung einer Firma § 22 [5] ffg.; des ausscheidenden Gesellschafters § 24 [3]; Folgen des Mangels § 25 [5, 12]; des Kollektivvertreters bei offener Handelsges. § 125 [8]; nachträgliche Z. der Kollektivvertreter einer Akt.Ges. § 232 [11].
Zurücksendung s. unbestellt.
Zuwiderhandlungen gegen Fürsorgepflichten s. dort.
Zwang, Einrede des Z. gegen Ordrepapiere § 364 [5]; gegen Saldoanerkenntniß § 355 [29] ffg.; s. Anfechtung.
Zwangskurs, Zahlung bei Zw. § 361 [7].
Zwangsvergleich einer Akt.Kommand.Ges. § 330 [8]; des Komplementars einer still. Ges. § 340 [17], § 341; des Hauptschuldners, kein Einfluß auf Bürgschaft § 349 [18].
Zwangsversteigerung, Erwerb von Grundstücken in Zw. durch Akt.Ges. § 207 [11].
Zwangsvollstreckung in vorbehaltenes Vermögen E 78; gegen offene Handelsgesellschaft § 124 [14] ffg.; s. o. H.G.; gegen Gelegenheitsgesellschaft Exk. zu § 342 [11] ffg., [35]; aus Urtheilen auf Zahlung gegen Lieferung Exk. vor § 373 [53]; aus ausl. Urtheilen wegen Differenzschulden Exk. zu § 376 [24, 59]; s. Firma, Vollstreckung.

Zweck der Generalversammlung, Bekanntmachung § 256.
Zweideutiger Ausdruck § 346 [3].
Zweigniederlassung, Begriff § 13 [3]; Anmeldung zum Register § 33 [15], § 34 [7]; einer Aktiengesellschaft, Eintragung § 201; einer ausl. Akt Ges. § 201 [14] ffg.; Vertretung der Zweigniederlassung § 13 [10]; im Prozeß § 13 [11] ffg.; Maßgeblichkeit des Zweigregisters für den Geschäftsverkehr § 15 [11]; Verjährung gegen einen früheren Inhaber der Z. § 26 [5]; Firma der Z. § 30 [6] ffg.; Wirkung der Herabsetzung der Kommanditisteneinlage gegenüber Gläubigern einer Zw. § 174 [2]; Anmeldung des Vorstandes einer Akt.Ges. § 234; Vertretungsbefugniß des Vorstandes einer Akt.-Ges. § 235 [11]; Einreichung der Bilanz zum Handelsregister der Zw. einer Akt.Ges. nicht erforderlich § 265; Anmeldung und Durchführung der Kapitalserhöhung einer Akt.-Ges. § 286; Kapitalsherabsetzung § 289 [1]; Anmeldung der Liquidation § 296 [4]; Zw. ausl. nichtiger Aktiengesellschaften § 309 [17]; Zw. der Kommanditges. auf Akt. § 320 [32]; Eintragung der Umwandlung einer Akt.-Komm.Ges. § 333 [4].
Zwischenbilanz s. Bilanz.
Zwischenmakler Exk. zu § 92 [27].
Zwischenspediteur § 408 [4]; 411; s. Speditionsgeschäft.
Zwischenzinsen Exk. zu § 359 [10].

Berichtigungen und Nachträge.

I. Zum I. Bande.

(Außer den bereits am Schlusse des I. Bandes befindlichen Nachträgen und Berichtigungen.)

Zu S. 246 Anm. 19 ist zu bemerken, daß durch die Gewerbeordnung in ihrer neuesten Gestalt (vom 26. Juli 1900) die Arbeitszeit der Handlungsgehilfen gesetzlich geregelt ist.

Auf S. 267 Anm. 4 Zeile 15 und 16 muß es statt dieselbe bestimmte Zeit heißen: unbestimmte Zeit.

S. 445 im Texte des § 139 ist in Zeile 6 statt „auf seine Kommanditeinlage" zu lesen: als seine Kommanditeinlage.

S. 548 Zeile 1 muß es heißen: Der Stempel beträgt 2% (Reichsgesetz vom 14. Juni 1900) und in Anm. 16 muß es in Zeile 2 von unten statt $^2/_{10}$ heißen $^3/_{10}$ (Reichsgesetz vom 14. Juni 1900).

S. 549. Zu Anm. 17 siehe jetzt R.G. 45 S. 100.

S. 871 Anm. 4 Zeile 26 muß es statt $^2/_3$ heißen $^3/_4$.

S. 873 Anm. 5 Zeile 2 muß es statt den fälligen Dividendenscheinen heißen: den noch nicht fälligen Dividendenscheinen.

S. 895 Anm. 7 Zeile 2 muß es statt die Liquidationseröffnungsbilanz unterliegt nicht der Genehmigung der Generalversammlung, wohl aber die Jahresbilanz heißen: Die Liquidationseröffnungsbilanz unterliegt der Genehmigung der Generalversammlung (vergl. Anm. 3) und auch die Jahresbilanz.

II. Zum II. Bande.

S. 1051 Anm. 7 Zeile 3 muß es statt 361 heißen 351.

S. 1074 Anm. 22 Zeile 1 muß es statt § 348 heißen § 349.

S. 1155 Anm. 12 Zeile 5 ist zu der Judikatur hinzuzufügen: R.G. 44 S. 159.

Druck von A. Rietz & Sohn, Naumburg a. S