HR 65036 I 1

Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck

Vorwerkswirtschaft zu Wustrow.

~~H. 21.~~ B 2.

2 Bde
€ 150,-

GROSSH. MECKLENB. SCHIFFER-PRÜF.
WUSTROW

Bibliothek der Grossherz. Navigationsschule zu Wustrow i. M.

Das

Handelsrecht.

Bibliothek der Grossherz. Navigationsschule zu Wustrow i. M.

Von

Dr. Heinrich Thöl,

Professor der Rechte zu Göttingen.

Keine Gebühr für Säuberung der Bücherei

Erster Band.

Dritte vermehrte Auflage.

Göttingen 1854.

Verlag der Dieterichschen Buchhandlung.

I/E 62/151

Göttingen,
Druck der Dieterichschen Univ.-Buchdruckerei.
(W. Fr. Käſtner.)

Aus der Vorrede zur ersten Auflage.

Mit dem aufrichtigsten Dankgefühl gedenke ich hier einer besonderen Quelle meiner Arbeit, welche mir im Herbst 1836 von dem berühmten Präsidenten des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands durch das Anerbieten geöffnet ward, die Acten des Gerichtes einzusehen. Während eines wiederholten Aufenthaltes in Lübeck habe ich von den interessantesten in das Handelsrecht einschlagenden Acten mehr als hundert und funfzig genau durchgesehen. Auch für die sorgsame Auswahl derselben bin ich diesem hochverehrten tiefen Kenner des Rechtes, und besonders dem um das deutsche Recht durch seine Abhandlungen so anerkannt verdienten Herrn Oberappellationsgerichts-Rath Dr. Pauli, der mir täglich hülfreiche Hand leistete, dankbar verpflichtet. Manche Sätze in dem Buch verdanken dieser Quelle ihre Entstehung, aber nur selten ist auf dieselbe hingewiesen, weil es meistens bedenklich war, ob das Gericht die in

seinen Entscheidungsgründen ausgesprochenen Rechtssätze auch noch in dieser Fassung, und mit diesem Mehr und Minder, und in diesen Zusammenhang verflochten, als Grund von diesen Folgerungen oder als Folgerung aus diesen Gründen, würde anerkennen wollen. Außerdem verdankt das Buch auch da, wo es selbständiger ist, gewiß nicht wenig von dem Guten, was es etwa hat, dem echt juristischen Geist, der aus jenen Entscheidungsgründen, an Cropps unvergeßliche Meisterschaft häufig erinnernd, mich angewehet hat, so kräftig und frisch, wie reine Seeluft, und der lebendigen Anschauung der Verkehrsverhältnisse, welche sich in jenen Acten, zuweilen in den ungeduldigsten Advocatenschriften am lebhaftesten abspiegeln.

Göttingen im Juny 1841.

Aus der Vorrede zur zweiten Auflage.

Die vorliegende zweite um zwei Bogen vermehrte Auflage ist theilweise eine Umarbeitung der ersten. Den Unterschied zwischen beiden Auflagen wird besonders die Vergleichung folgender Paragraphen zeigen: §. 1. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 11. 12. 13. 24. 25. 26. 27a. 27b. 28. 29. 30. 31c. 31d. 36. 37. 40. 41. 42. Note 9. 44. 51. 54. 55. 67. 71. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 97. 98. 104. 108. 111. 117. 119. 121.

123. 124. 127. Zurückgenommene Meinungen finden sich §. 19. Note 8. §. 24. §. 25. Note 1. §. 50. Note 12. §. 54. Nr. 2. §. 82. Note b. §. 85. §. 104. Die Zahlen der Paragraphen sind, abgesehen von zwei Abschnitten, bei welchen eine gänzliche Umstellung des Textes unvermeidlich war (§. 3—8. §. 24—31d.), beibehalten. So auch sind die Zahlen der Noten, wenn gleich nicht durchweg, doch meistens beibehalten, und dann eingeschobene Noten durch einen Stern oder durch Buchstaben bezeichnet. Ich möchte wünschen, daß der §. 127., welcher den Unterschied der Anweisung und des trassirten Wechsels erörtert, nicht lange unbeachtet bleibe. Was hier als das Characteristische des Wechsels behauptet ist, wird im zweiten Bande seine Rechtfertigung finden.

Rostock im März 1847.

Vorrede zur dritten Auflage.

Die vorliegende dritte Auflage ist um fast sechs Bogen stärker, als die vorige. Die Mehrzahl der Paragraphen hat in den Noten mehr oder weniger zahlreiche Zusätze erhalten, die Sache, die Literatur, die Quellen betreffende. Besondere Aufmerksamkeit ist den Rechtssprüchen der höchsten Gerichte zugewandt worden. Außerdem sind neue Noten und ist neuer Text hinzugekommen. Am meisten angewachsen sind die §§. 6. 11. 24. 25. 26.

38. 41. 54. 55. 82. Nicht zu lang ist die Note 2. des §. 25. S. 98—103., da es gilt, das neue Rechtsinstitut des Contrahirens in fremder Person, wie man es nennen sollte, (die s. g. freie, directe, unmittelbare, Stellvertretung,) als einen innern Widerspruch zurückzuweisen, und die Note 23a. des §. 82. S. 342—347., da die Erörterung der Clausel „Empfang erklärt" keineswegs nur für Bremen, sondern von allgemeinerem Interesse ist. Geänderte Meinungen finden sich §. 24. bei Note 12.; und §. 26. bei Note 5. 6.; und §. 84. bei Note 6. Gänzlich umgearbeitet worden ist der §. 24. (Klagrecht des Principals.), der §. 26. (Haftung des Institor neben dem Principal.), und die Lehre von den Papieren auf Inhaber. An die Stelle des §. 54. sind sieben neue §§. (54a—54g.) getreten, und der §. 55. (Vindication der Papiere auf Inhaber) ist in seiner zweiten Hälfte (nach I. und II.) durch eine ausführliche Erörterung verdeutlicht worden. Die Wichtigkeit des Gegenstandes und die bedenklichen Meinungen Savignys erforderten ein genaueres Eingehen. Für die erst später als der Bogen 16 dem Druck übergebenen §§. 54b—56 ist nicht ausreichend nur ein Bogen offen gehalten worden. Daraus erklärt sich, daß der Bogen 15 und die Seitenzahlen 225—240 wiederholt vorkommen. Neu hinzugekommen ist der §. 85b. (Billigung der Waare und mercantilischer Empfang.) Aufmerksam mache ich noch auf die den Text verdeutlichende Note 7a. des §. 80. (Das Connossement.), und auf

Übersicht des Inhalts des ersten Bandes.

Einleitung.

Erster Theil. Der Handel.

Zweiter Theil. Der Kaufmann.

Erster Abschnitt. Das Recht Handel zu treiben.
Zweiter Abschnitt. Das Etablissement.
Dritter Abschnitt. Das Handelspersonal.
Vierter Abschnitt. Die Handelsgesellschaften.
Abtheilung 1. Die Handelsgesellschaften im Allgemeinen.
2. Die offene Handelsgesellschaft.
3. Die Commanditengesellschaft.
4. Die Actiengesellschaft.
5. Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften.
Fünfter Abschnitt. Die Handelsgehülfin und die Handelsfrau.

Dritter Theil. Die Waare.

Vierter Theil. Die Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Der Kauf und Verkauf.
Abtheilung 1. Der einfache Kauf und Verkauf.
2. Das einfache Prämiengeschäft.
3. Die zusammengesetzten Prämiengeschäfte.
Zweiter Abschnitt. Einzelne Creditgeschäfte.
Dritter Abschnitt. Die Zahlung.
Abtheilung 1. Die directe Zahlung.
2. Das Zahlungsmandat.
3. Das Eincassirungsmandat.
4. Die Cession.
5. Die Anweisung.
6. Die Delegation.
7. Weitere Begebung.
8. Die Scontration.
9. Die Deckung.

Inhalt des ersten Bandes.

Die Aufgabe.

Einleitung.

§. 1. Die Handelswissenschaft.
§. 2. Die Theorie des Handels.
§. 3. Das Handelsrecht. Das römische und deutsche.
§. 4. Das particuläre und gemeine deutsche Handelsrecht.
§. 5. Das allgemeine Handelsrecht.
§. 6. Zeugnisse des allgemeinen Handelsrechts.
§. 7. Die Rechtsquellen. Gesetzliches und gewohnheitliches Handelsrecht.
§. 8. Die Rechtsquellen. Wissenschaftliches Handelsrecht.
§. 9. Collision der Quellen.
§. 10. Competenz der Quellen.
§. 11. Literatur.

Erster Theil.

Der Handel.

§. 12. Eigentlicher Handel.
§. 13. Uneigentlicher Handel.
§. 14. Handelszweige.

Zweiter Theil.

Der Kaufmann.

Erster Abschnitt.

Das Recht Handel zu treiben.

§. 15. Handelsfreiheit.
§. 16. Ausschließliche Rechte Einzelner.
§. 17. Status der Person.
§. 18. Weitere Erfordernisse.

Zweiter Abschnitt.

Das Etablissement.

§. 19. Das Etablissement. Die Rechte und Verbindlichkeiten des Kaufmannes.

Dritter Abschnitt.

Das Handelspersonal.

§. 20. Die Lehre vom Institor.
§. 21. Begriff des Institor.
§. 22. Arten des Institor.
§. 23. Der Principal. Der Institor. Die innere und äußere Seite.
§. 24. Klagrecht des Principals.
§. 25. Haftung nur des Institors und nur des Principals.
§. 26. Haftung des Institor neben dem Principal.
§. 27a. Die institorische Klage. Inhalt derselben.
§. 27b. Voraussetzungen der institorischen Klage.
§. 28. Erste Voraussetzung. Wirklicher Institor.
§. 29. Zweite Voraussetzung. Formeller Zusammenhang.
§. 30. Dritte Voraussetzung. Materieller Zusammenhang.
§. 31a. Inhalt der Procura.
§. 31b. Erkundigungspflicht des Dritten.
§. 31c. Kundmachen der Procura.

§. 31d. Zurücknahme der Procura. Tod des Principals.
§. 32. Mehrere Institoren desselben Principals. Substitution des Institor.
§. 33. Unerlaubte Handlungen des Institor.

Vierter Abschnitt.

Die Handelsgesellschaften.

Erste Abtheilung.

Die Handelsgesellschaften im Allgemeinen.

§. 34. Begriff.
§. 35. Arten.
§. 36. Firma.
§. 37. Klagrecht und Haftungspflicht.

Zweite Abtheilung.

Die offene Handelsgesellschaft.

§. 37b. Begriff. Errichtung.
§. 38. Rechtsverhältniß.
§. 39. Aufhebung.

Dritte Abtheilung.

Die Commanditengesellschaft.

§. 40. Begriff. Errichtung.
§. 41. Rechtsverhältniß.
§. 42. Rechtsverhältniß. (Fortsetzung.)
§. 43. Aufhebung.

Vierte Abtheilung.

Die Actiengesellschaft.

§. 44. Begriff. Errichtung.
§. 45. Verwaltung.
§. 46. Rechtsverhältniß.
§. 47. Aufhebung.

Fünfte Abtheilung.

Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften.

§. 48. Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften.

Fünfter Abschnitt.

Die Handelsgehülfin und die Handelsfrau.

§. 49. Die Handelsgehülfin.
§. 50. Die Handelsfrau.

Dritter Theil.

Die Waare.

§. 51. Creditpapiere.
§. 52. Staatspapiere.
§. 53. Staatspapiere auf Namen.
§. 54. Papiere auf Inhaber.
§. 54a. Papiere auf Inhaber. (Arten. Form. Ausstellungsrecht.)
§. 54b. Papiere auf Inhaber. (Rechtliche Natur.)
§. 54c. Papiere auf Inhaber. (Eigenthum. Gläubigerschaft.)
§. 54d. Papiere auf Inhaber. (Guter und böser Glaube.)
§. 54e. Papiere auf Inhaber. (Vermuthung. Gegenbeweis.)
§. 54f. Papiere auf Inhaber. (Der Besitzer dem Schuldner gegenüber.)
§. 54g. Papiere auf Inhaber. (Übertragung der Forderung.)
§. 55. Vindication der Papiere auf Inhaber.
§. 56. Amortisation der Papiere auf Inhaber.

Vierter Theil.

Die Handelsgeschäfte.

Einleitung.

§. 57. Einleitung. Insbesondere Anerbieten und Acceptation.
§. 58. Schrift. Gesetzlich. Insbesondere die Gültigkeit bedingend.
§. 59. Schrift. Gesetzlich. Die Klagbarkeit bedingend.
§. 60. Schrift. Verabredet.
§. 61. Erfordernisse der Schrift.
§. 62. Punctation.

Erster Abschnitt.

Der Kauf und Verkauf.

Erste Abtheilung.

Der einfache Kauf und Verkauf.

§. 63. Die Waare.
§. 64. Kaufpreis.
§. 65. Kaufpreis. (Berechnung, Verzinsung.)
§. 66. Kaufpreis. (Aufgeld und Abgeld.)
§. 67. Consens.
§. 68. Baarkauf. Creditkauf. Pränumerationskauf.
§. 69. Baarkauf. Creditkauf. Pränumerationskauf. (Fortsetzung. Stillschweigende Meinung, insbesondere den Eigenthumsübergang betreffend.)
§. 70. Tagskauf. Lieferungskauf.
§. 71. Handel auf Besicht.
§. 72. Kauf nach Probe.
§. 73. Übergang der Gefahr. (Perfection, die Waare anlangend.)
§. 74. Übergang der Gefahr. (Gehörige Ausscheidung.)
§. 75. Übergang der Gefahr. (Perfection, den Kaufpreis anlangend.)
§. 76. Übergang der Gefahr. (Bedingter Kauf. — Ausnahmen.)
§. 77. Bereithalten und Verwahren.
§. 78. Übergabe und Empfang.
§. 79. Übergabe und Empfang. (Kaufmännisches Zeichen.)
§. 80. Übergabe und Empfang. (Das Connossement.)
§. 81. Ausantworten und Abnahme.
§. 82. Empfangbarkeit der Waare. (Gewährleistung des Verkäufers.)
§. 83. Empfangbarkeit der Waare. (Recht des Käufers.)
§. 84. Empfangbarkeit der Waare. (Untersuchung und Anzeige.)
§. 85. Empfangbarkeit der Waare. (Sorge und Beweis.)
§. 85b. Empfangbarkeit der Waare. (Billigung. Mercantilischer Empfang.)
§. 86. Klage auf die Preisdifferenz.

§. 87. Klage auf die Preisdifferenz. (Zulässigkeit der Klage.)
§. 88. Speculationsgeschäft und Realisirungsgeschäft.
§. 89. Realisirungsgeschäft.
§. 90. Verbindung mehrerer Kaufgeschäfte.

Zweite Abtheilung.

Das einfache Prämiengeschäft.

§. 91. Wahlrechte.
§. 92. Arten und Zahlung der Prämie.
§. 93. Rechtliche Natur.

Dritte Abtheilung.

Die zusammengesetzten Prämiengeschäfte.

§. 94. Zweiprämiengeschäft.
§. 95. Das zweischneidige Prämiengeschäft.
§. 96. Das Stellgeschäft.
§. 97. Der Schluß auf fest und offen.
§. 98. Das Nochgeschäft.
§. 99. Das Wandelgeschäft.

Zweiter Abschnitt.

Einzelne Creditgeschäfte.

§. 100. Der Credit.
§. 101. Kaufmännische Empfehlung.
§. 102. Das Differenzgeschäft.
§. 103. Das Heuergeschäft.
§. 104. Die Assecuranz auf Conjunctur.
§. 105. Die Assecuranz von Loosen.
§. 106. Die Assecuranz des Credits. (Selbstassecuranz.)
§. 107. Die Assecuranz des Credits. (Kaufmännische Bürgschaft.)
§. 108. Der Creditauftrag.
§. 109. Der Creditauftrag. (Fortsetzung.)
§. 110. Die Verpfändung von Creditpapieren.
§. 111. Das Darlehen.

Dritter Abschnitt.

Die Zahlung.

§. 112. Einleitung. Compensation.

Erste Abtheilung.

Die directe Zahlung.

§. 113. Baarzahlung.

Zweite Abtheilung.

Das Zahlungsmandat.

§. 114. Form und Annahme.
§. 115. Erfüllung.
§. 116. Revalirung
§. 117. Contreordre und Ablehnung.
§. 118. Anderweitiges Verhältniß.

Dritte Abtheilung.

Das Eincassirungsmandat.

§. 119. Das Eincassirungsmandat.

Vierte Abtheilung.

Die Cession.

§. 120. Die Cession.

Fünfte Abtheilung.

Die Anweisung.

§. 121. Begriff. Form.
§. 122. Geschäftsgang. Begründung der Rechtsverhältnisse.
§. 123. Assignant und Assignat.
§. 124. Assignant und Assignatar.
§. 125. Assignat und Assignatar.
§. 126. Assigniren auf Schuld.
§. 127. Kaufmännische Anweisung. Anwendung des Wechselrechts auf Anweisungen.

Sechste Abtheilung.

Die Delegation.

§. 128. Begriff.
§. 129. Die Rechtsverhältnisse.
§. 130. Delegant und Delegat.
§. 131. Delegat und Delegatar.
§. 132. Delegant und Delegatar.

Siebente Abtheilung.

Weitere Begebung.

§. 133. Weitere Cession, Assignation, Delegation.

Achte Abtheilung.

Die Scontration.

§. 134. Character.
§. 135. Geschäftsgang.
§. 136. Juristische Auffassung.

Neunte Abtheilung.

Die Deckung.

§. 137. Arten.
§. 138. Mandiren auf Schuld.
§. 139. Mandiren auf Baarfonds.
§. 140. Mandiren auf Credit, auf gedeckten Credit.

Die Aufgabe.

Das Handelsrecht stellt die dem Handel angehörenden Rechtsinstitute dar. Es bestimmt theils die Rechtsverhältnisse der Privatpersonen zu einander, Privathandelsrecht, theils die Rechtsverhältnisse zwischen der Staatsgewalt und den Unterthanen, Öffentliches Handelsrecht, theils die Rechtsverhältnisse mehrerer Staaten zu einander, Handelsvölkerrecht. — Das vorliegende Werk wird das Handelsrecht nicht in seinem ganzen Umfang darstellen. Die mögliche Aufgabe verfolgt es in folgender Beschränkung. Es wird das Handelsrecht nur als Privatrecht[1] darstellen, und dieses nur als deutsches Recht und dieses wiederum nur als gemeines Recht. Die Aufgabe ist demnach Darstellung des gemeinen deutschen Privathandelsrechts. Um diese Aufgabe zu erfüllen, muß aber das particuläre deutsche und das außerdeutsche Handelsrecht, und zwar beides vorzugsweise soweit als es ein allgemeines Handelsrecht bildet, mitbeachtet, und die eigentliche Handelswissenschaft fortwährend in die Darstellung verwebt werden. Wegen der Wechselwirkung dieser verschiedenen Rechte auf

1) Unter dem Handelsrecht ist fortan immer nur Privatrecht verstanden.

einander ist die in diesem Zusammenhang gearbeitete Darstellung des gemeinen deutschen Handelsrechts von selbst zugleich ein Hülfsmittel, das particuläre deutsche Handelsrecht zu erkennen und zu verstehen. Um die gestellte Aufgabe zu verdeutlichen, sind zuvor mehrere Fragen zu beantworten. Was ist Handelsrecht, also was ist Handel? Was ist Handelsrecht, was Handelswissenschaft? Was ist deutsches Handelsrecht? Was particuläres, gemeines, allgemeines Handelsrecht? Was gesetzliches, gewohnheitliches, wissenschaftliches Handelsrecht? In welchem Verhältniß steht dieses verschiedenartige Recht zu einander? Welche Hülfsmittel bietet die bisherige Darstellung des Handelsrechts? Diesen Begriffen und Fragen ist die Einleitung gewidmet. Der Begriff des Handels ist in dieser nur angedeutet (§. 1.), aber ausreichend, um die weitere Einleitung zu verstehen. Denn die Feststellung und genauere Entwickelung desselben beruht schon auf eigenthümlichen Rechtssätzen des Handelsrechts und eröffnet daher die Darstellung des letzteren in einem ersten Theil. Auf dem Handel beruht nun zunächst das Dasein eines Kaufmannes, einer Waare, eines Handelsgeschäftes. Dieses Dreifache ist daher zunächst weiter zu besprechen, die Waare natürlich nur soweit, als die Waarenkenntniß eine Rechtskenntniß ist. Hiernach wird sich die auffallend gefundene Eintheilung in den vorigen Auflagen und der gegenwärtigen rechtfertigen: Erster Theil. Der Handel. Zweiter Theil. Der Kaufmann. Dritter Theil. Die Waare. Vierter Theil. Die Handelsgeschäfte.

Einleitung.

§. 1.

Die Handelswissenschaft.

Der Handel, der eigentliche und uneigentliche, vermittelt ohne Verarbeitung zwischen dem Producenten und dem Consumenten. Der eigentliche Handel ist ein Gewerbe, welches diese Vermittelung durch Kaufgeschäfte und Tauschgeschäfte bewirkt. Diesem Handel, dem eigentlichen Handelsgewerbe, gehören die Begriffe Kaufmann, Waare, eigentliches Handelsgeschäft an. Der uneigentliche Handel besteht aus Rechtsgeschäften, welche theils durch den eigentlichen Handel hervorgerufen und ihm behülflich und förderlich, theils unabhängig von ihm jene Vermittelung bewirken, er besteht aus den uneigentlichen Handelsgeschäften, und ist theilweise ein Gewerbe, theilweise kein Gewerbe. Den Handel in dem einen wie andern Sinn[1] kann man nach

1) Das Wort Handel hat noch andere Bedeutungen. Es bezeichnet den Waarenumsatz und auch den übrigen Handelsverkehr, demnach auch den gesammten Handelsverkehr. Vgl. unten §. 12. Nr. V. Es bezeichnet ferner Rechtsgeschäft überhaupt, und auch einzelne Rechtsgeschäfte, nicht bloß Kauf, sondern Rechtsgeschäfte sehr verschiedener Art; man denke an: guter Handel, Kaufhandel, Tauschhandel, Handel nach Probe, Handel auf Besicht, — Lieferungshandel, Pferdehandel, — Prämienhandel, Actienhandel, Windhandel, Wechselhandel.

verschiedenen Seiten hin und auf verschiedene Art auffassen. Man kann ihn auffassen nach seinem Subject, seinem Gegenstande, seinem Zweck, seinem Getriebe, seiner Wirkung. Und zwar mit vorzugsweiser Berücksichtigung der Zeit, des Orts, seiner kaufmännischen, politischen, juristischen Natur, man kann ihn also auffassen historisch, statistisch, geographisch, theoretisch, politisch, juristisch, wie gesagt, vorzugsweise auf die eine oder andere Art, denn es versteht sich, daß die eine Art die andere nicht ausschließt, vielmehr kann die eine Auffassungsweise eine Seite der andern seyn. Nach allen diesen Beziehungen hin ist er dargestellt worden in mehr oder minder ausführlichen Werken, von denen einige sämmtliche oder doch die meisten, andere nur einzelne Beziehungen beachten. — Das Gebiet der Handelswissenschaft im weitern Sinn ist von unermeßlichem Umfang, indem es sämmtliche Kenntnisse begreift, welche für die Betreibung und Regierung des Handels bedeutend sind[2]. 1. Einen Theil desselben nimmt

---

2) Es gehört hierher von neueren Werken insbesondere 1. Handbuch für Kaufleute, oder Übersicht der wichtigsten Gegenstände des Handels und Manufakturwesens, der Schiffahrt und Bankgeschäfte, mit steter Beziehung auf National-Ökonomie und Finanzen. Nach dem Englischen des Dictionary, practical, theoretical and historical, of Commerce and commercial Navigation, by J. R. Mac Culloch, in alphabetischer Ordnung frei bearbeitet und mit den nöthigen Anmerkungen und Zusätzen versehen von C. F. E. Richter. Zwei Bände. Stuttgart und Tübingen 1834. Dazu ein Supplementband, bearbeitet nach der zweiten Auflage des Dictionary u. s. w. von L. R. Schmidt. Stuttgart und Tübingen 1837. — 2. A. Schiebe, Universallexikon der Handelswissenschaften, enthaltend die Münz-, Maaß- und Gewichtskunde, das Wechsel-, Staatspapier-, Bank- und Börsenwesen, das Wichtigste der höhern Arithmetik, der Contorwissenschaft,

das Handelsrecht ein. Es faßt den Handel von der juristischen Seite auf, d. h. insofern er Rechtsverhältnisse erzeugt, und stellt daher die dem Handel angehörenden Rechtsinstitute dar. Andere Theile, welche man unter eigenen Namen ausgesondert und dargestellt hat, sind 2. Die Waarenkunde[3]. 3. Die Maaßkunde, und

---

Waarenkunde und Technologie, der Handelsgeschichte, Handelsgeographie und Statistik, des Seewesens, der Staatswirthschaft und Finanzwissenschaft, des Handelsrechts u. s. w. Herausgegeben im Verein mit Dr. Bender u. s. w. u. s. w. Drei Bände. Leipzig 1837-1839. — Im Übrigen findet sich eine ausgesuchte Literatur der Handelswissenschaft im weitern Sinn bei Kaufmann Propädeutik zur Kameralistik und Politik. Bonn 1833. §. 298., und bei Baumstark Cameralistische Encyclopädie. Heidelberg und Leipzig 1835. S. 447. 620., und die vollständigste, doch auf die letzten hundert Jahre und auf Deutschland beschränkt, in folgendem durch das Materienregister besonders brauchbaren Werk: Bibliothek der Handlungswissenschaft, oder Verzeichniß der vom Jahre 1750 bis zu Anfang des Jahres 1845 in Deutschland erschienenen Bücher über alle Theile der Handlungskunde und deren Hülfswissenschaften, des Buchhaltens, der Correspondenz, des Geldwesens, Rechnens, Handlungs- und Wechselrechts. Zuerst herausgegeben von Enslin. Zweite Auflage von W. Engelmann. Mit einem Materienregister. Leipzig 1846. Am bedeutendsten ist, auch für die ältere und die außerdeutsche Literatur, der Katalog der Commerz-Bibliothek in Hamburg. Hamburg 1841. in groß 4. Er ist durch den hamburger Brand sehr selten geworden. Erste Fortsetzung. 1844. Zweite Fortsetzung. 1847. Dritte Fortsetzung. 1850.

3) Wenn man sagt: „die Waarenkunde bestehe aus einer Verbindung von Lehren der Naturgeschichte, Physik, Chemie, Landwirthschaftslehre, und Technologie", so sind dabei nicht nur diejenigen Waaren übersehen worden, deren Beurtheilung (nach Güte und Brauchbarkeit) Kenntniß der Firmen oder des Staatscredits und juristische Kenntnisse verlangt: die Creditpapiere, sondern auch

4. die Gewichtskunde. 5. Die Geldkunde[a], welche entweder nur das baare Geld als Münzkunde, oder auch die Surrogate desselben, entweder nur den Wechsel, als Wechselkunde oder auch Papiergeld, Actien, und Staatspapiere beachtet[b]. 6. Die Handelsgeschichte und 7. die Handelsstatistik[5]. Die Geschichte des

---

noch manche andere, wie Bücher, Gemälde, Kupferstiche, Alterthümer, Raritäten. Die Literatur der Waarenkunde ist unübersehlich. Sie ist, so weit die Waarenkenntniß eine juristische Kenntniß ist, im Verfolg dieses Werkes zu finden. Vgl. unten §. 51—56. und die weiter unten folgende Erörterung der am Schluß des §. 51. genannten Creditpapiere.

a) K. H. Rau Grundsätze der Volkswirthschaftspolitik. 3te Ausg. 1844. §. 249—268. F. Noback Lehrbuch der Handelswissenschaft. 1851. §. 20—54. F. C. von Savigny das Obligationenrecht. Bd. 1. 1851. §. 40—48. S. 403—506.

b) Ad 3. 4. 5. Das bedeutendste Werk ist: Vollständiges Taschenbuch der Münz-, Maaß- und Gewichtsverhältnisse, der Staatspapiere, des Wechsel- und Bankwesens und der Usanzen aller Länder und Handelsplätze. Nach den Bedürfnissen der Gegenwart bearbeitet von Christian Noback und Friedrich Noback. Leipzig 1850. 1851. Zwei starke Bände, mit durchlaufenden Seitenzahlen; Seite 1—1907.

4) Die Literatur giebt Bender engeres Handelsrecht S. 1—6., und W. Roscher Grundriß zu Vorlesungen über die Staatswirthschaft. Göttingen 1843. §. 41. S. 90—93. Beizufügen ist derselben besonders: von Gülich geschichtliche Darstellung des Handels, der Gewerbe und des Ackerbaues. 5 Bde mit Tabellen. Jena 1830—1845. Das bedeutendste, wenn gleich nur einen Theil der Geschichte des Handels umfassende Werk: G. F. Sartorius urkundliche Geschichte des Ursprungs der deutschen Hanse. Herausgegeben von J. M. Lappenberg. Zwei Bände. Hamburg 1830. Vgl. auch Mittermaier deutsches Privatrecht. Aufl. 6 oder 7. Bd. 2. §. 530.

5) Es gehört hierher 1. der zweite Band von Beawes lex

Handels stellt den Handel dar in seiner Entwickelung nach der Zeitfolge, wo dann der Endpunct dieser Entwickelung von selbst den Zustand des Handels in dieser letzten Gegenwart schildert; der Handel kann aber auch ausschließlich als ein gewordener Zustand einer bestimmten Gegenwart dargestellt werden, Statistik des Handels. Diese fällt mit der Zeit in das Gebiet der Geschichte zurück. Die Geschichte und die Statistik, wie überhaupt, so auch des Handels, kann eine allgemeine oder eine besondere seyn, und im letztern Fall den Handel sogar nur eines einzelnen Kaufmanns, oder den Handel sogar nur mit einer einzelnen Waare[6] darstellen. 8. Die Handelsgeographie[7]. Sie beschreibt die Erdoberfläche, die ganze oder einen Theil derselben, soweit die Kenntniß derselben für die Betreibung des Handels bedeutend ist. 9. Die Handelspolitik[8]. Sie prüft und beurtheilt den

---

mercatoria or a complete code of commercial law. ed. VI. by Chitty. London 1813. — 2. A. Soetbeer über Hamburgs Handel. Hamburg 1840. — Erste Fortsetzung. A. u. d. T. Statistik des hamburgischen Handels, 1839. 1840. 1841. Hamburg 1842. — Dritter Theil. A. u. d. T. Statistik des hamburgischen Handels 1842. 1843. 1844. Hamburg 1846. — 3. Das unten Note 7. angeführte Werk von v. Reden. — 4. Das unten §. 6. Note 1. angeführte seit 1847 erscheinende Handels-Archiv.

6) Hierher gehört das bibliopolische Jahrbuch, welches seit 1836 zu Leipzig erschienen ist.

7) Das Hauptwerk ist: W. F. von Reden allgemeine vergleichende Handels- und Gewerbs-Geographie und Statistik. Berlin 1843.

8) Viel über sie geben, von Werken über nur einzelne Fragen abgesehen, die Motive zu den Handelsgesetzentwürfen, die Discussionen der Gesetzgebungscommissionen, und die Werke über Staatswirthschaft, und über Polizeiwissenschaft. Wegen der viel-

Handel aus dem Gesichtspunct des öffentlichen Interesse, also nach seiner heilsamen oder verderblichen Wirkung für dieses, damit er diesem gemäß regiert, nämlich emporgebracht, aufrechterhalten, befördert, gehemmt, verändert werde, durch Ergreifen oder Nichtergreifen von positiven Maaßregeln, wohin nicht nur Verfügungen und Gesetze, sondern auch Völkerverträge gehören. Sie beachtet daher auch vorzugsweise das Handelsrecht; besonders um der Gesetzgebung vorzuarbeiten. Sie ist demnach die Lehre von der Regierung des Handels. 10. Die Theorie des Handels. Von dieser wird im folgenden §. die Rede seyn.

---

fachen Benutzung im Folgenden mache ich hier namhaft: K. H. Rau Grundsätze der Volkswirthschaftslehre. Heidelberg. 5te Ausg. 1847. K. H. Rau Grundsätze der Volkswirthschaftspflege. Heidelberg 1828. 2te Ausg. unter dem Titel: Grundsätze der Volkswirthschaftspolitik. Heidelberg 1839. 3te Ausg. 1844. K. H. Rau Grundsätze der Finanzwissenschaft. Heidelberg. 3te Ausg. Erste Abtheilung. 1850. Zweite Abtheilung. 1851. Die drei Werke auch unter dem Titel: Lehrbuch der politischen Ökonomie Bd. I. II. III. erste Hälfte und zweite Hälfte. Für eine Übersicht vgl. Rau Vwpolitik §. 229—316., und dessen Artikel Handelspolitik in der allgemeinen Encyclopädie von Ersch und Gruber S. 121—126. Es gehört hierher auch Büsch Darstellung der Handlung Bd. 1. Buch 5. Bd. 2. Zusatz 85—92, so wie theilweise K. Murhard Theorie und Politik des Handels. 2 Bde. Göttingen 1831. und H. F. Osiander über den Handelsverkehr der Völker. 2 Bde. Stuttgart 1840. 2te Aufl. 1842., und Mohl die Polizeiwissenschaft. 2 Bde. 1832. 1833. 2te Aufl. 1845. und W. Roscher Grundriß zu Vorlesungen über die Staatswirthschaft. Göttingen 1843. Ältere Schriften sind verzeichnet bei Pardessus cours de droit commercial ed. III. Bd. 1. Paris 1825. S. 32—34. Nr. 165—193., neuere bei Roscher Grundriß §. 56—60. S. 144—150.

§. 2.
Die Theorie des Handels.

Die Theorie des Handels begreift die Handelswissenschaft im engern Sinn, und die Lehre von der kaufmännischen Klugheit. 1. Unter dem Namen der Handelswissenschaft, also in einem engern Sinn, aber dem eigentlichen, ist ein Theil jener allgemeinen Handelswissenschaft vielfach bearbeitet worden, auch unter andern Namen, wie z. B. Handelslehre, Theorie des Handels, System des Handels. Darstellung der Handlung, ohne daß die Schriftsteller sich deutlich des Gegenstandes und mithin der Grenzen ihrer Aufgabe bewußt waren, denn selbst wenn sie dieselbe anfangs bezeichnen, so ist sie doch hinterher entweder überschritten, oder nicht vollständig erfüllt. Man braucht seltener für das Ganze den Ausdruck, obgleich er nicht unpassend wäre, Handels-Wesen, als daß man die einzelnen Theile mit dem letztern Wort bezeichnet, und demnach spricht vom Gesellschaftswesen, Kaufwesen, Creditwesen, Zahlungswesen, Wechselwesen, Scontrowesen, Bankwesen, Maklerwesen, Commissionswesen, Transportwesen, Speditionswesen, Fuhrwesen, Seewesen, Frachtwesen, Rhedereiwesen, Bodmereiwesen, Assecuranzwesen, Markt- und Meßwesen, Börsenwesen, Contorwesen, zu welchem insbesondere die kaufmännische Correspondenzführung, die kaufmännische Buchführung, und die kaufmännische Rechenkunde gezählt werden. Man sieht: es ist darauf abgesehen, das Verfahren der handeltreibenden und der ihnen Hülfe leistenden Personen, die ganze Geschäftsthätigkeit derselben, die Verhältnisse, welche sie in dieser ihrer Eigenschaft zwischen sich unter einander, so wie zwischen sich und Andern begründen, zu schildern, und nicht bloß dieses, sondern auch die

dem Handel dienenden Einrichtungen und Anstalten zu beschreiben, es spricht sich in der Ausführung der Gedanke aus, daß man die Art und Weise der Betreibung des Handels, mit einem Wort das Getriebe des Handels darstellen wolle. Hierin und nur hierin sollte man denn auch die Aufgabe der Darstellung setzen, daher aber auch die Contorkunde, wenigstens die erwähnten drei Zweige derselben der Handelswissenschaft zuzählen. So aufgefaßt befriedigt die Handelswissenschaft zugleich ein Bedürfniß des Handelsrechts, da sie die eigentliche Unterlage desselben bildet. Sie liefert dem Handelsrecht den Stoff zu der rechtlichen Beurtheilung, das Thatsächliche, den Thatbestand*. Aber damit sie diesen Zweck erreiche, und weil das Thatsächliche selbst theilweise schon juristischer Natur ist, so darf der Darsteller des juristischen Blickes und Urtheiles nicht entbehren, und daher sind theilweise ihre Beobachtungen und Mittheilungen ungenügend, und ihre Urtheile unrichtig, denn sie giebt, von Nichtjuristen dargestellt, nur das, was diesen bedeutend erscheint, und daher nicht alles das, was für den Juristen wirklich Bedeutung hat, und giebt dasjenige davon, was juristisch ist, in dem Licht, oder vielmehr Dunkel einer unjuristischen Anschauung. Daher kann und muß die Handelswissenschaft von dem Juristen ergänzt und berichtigt werden. Die Handelswissenschaft läßt sich im Allgemeinen, nämlich ohne andere, als nur ausnahmsweise Berücksichtigung von Subject, Gegenstand, Ort darstellen, wegen des vielen Gemeinsamen, was die Art und Weise der Betreibung des Handels in allen diesen Beziehungen hat[1]. 2. Die

*) Meine Einleitung in das deutsche Privatrecht. 1851. §. 32.

1) Die bedeutendsten deutschen Werke sind von Ludovici, zuerst 1756; May, zuerst 1763; Jung, zuerst 1785; Beck-

Lehre von der kaufmännischen Klugheit handelt von der klugen, das heißt zweckgemäßen, Einrichtung der Verfahrungsweise der handeltreibenden, auch wohl der ihnen Hülfe leistenden Personen. Es fehlt, sie zu bezeichnen, an einem hergebrachten Namen; gegen den Namen Privathandelspolitik werden die Kaufleute weniger, als die Gelehrten einwenden. Sie wird als Lehre nur zu erlaubten Zwecken erlaubte Mittel an die Hand geben, aber der kaufmännischen Klugheit gehören auch die Practiken an, denen die besondere, dem redlichen Kaufmann fremde Moral, daß selbst der schlechte Zweck die schlechten Mittel heilige, unterliegt, welche unter Anderm auch Mittel, die Gesetze zu umgehen, erfindet. Abgesehen davon, daß sie in vielfacher Hinsicht ihrer Natur nach oder sonstiger Rücksichten wegen keine Aufzeichnung oder Mittheilung leidet, und daher oft Geheimniß einzelner Kaufleute oder Rechtsgelehrten ist, so ist eine allge-

---

mann 1789; Büsch, zuerst 1792; Leuchs, zuerst 1804; Buse 1807; Krüger, zuerst 1816; Bleibtreu 1830. Als ein Ganzes hat die Handelswissenschaft wohl zuerst bearbeitet Jaques Savary le parfait négociant, zuerst Genève 1675, dann öfter und an verschiedenen Orten edirt, 1713 die 7te Ausgabe; im Folgenden ist die genfer Ausgabe von 1752 in fol. benutzt. Sie ist der 5te und 6te Band des dictionnaire universel de commerce von dem Sohn Philemon Louis Savary und dessen Bruder Jaques Savary. Außer diesem Werk ist besonders zu beachten der erste Band von Beawes lex mercatoria or a complete code of commercial law. ed. VI. by Chitty. London 1813. Büsch Darstellung der Handlung. Dritte Ausgabe von Norrmann. 2 Bände. Hamburg 1808. Bleibtreu Lehrbuch der Handelswissenschaft. Carlsruhe 1830. Friedrich Noback systematisches Lehrbuch der Handels-Wissenschaft, Leipzig 1851.

meine, separate Darstellung derselben schon deshalb nicht möglich, weil sie fast jedes Glied der Handelswissenschaft durchdringt, und daher die letztere wiederholen würde, daher findet sich denn auch das Meiste derselben nur in zerstreuten Bemerkungen, besonders in den Werken über Handelswissenschaft und Handelsrecht, dargestellt oder angedeutet[2]. Aber einzelne Theile der Handelswissenschaft lassen sich allerdings vorzugsweise aus diesem Gesichtspunct bearbeiten, wie dies denn auch vielfach geschehen ist. Am ersprießlichsten für das Handelsrecht würde die Darstellung der kaufmännischen Klugheit in Betreff der Abschließung der einzelnen Handelsgeschäfte seyn, nämlich die Betrachtung der letztern von Seiten der kaufmännischen Speculation. Bei dieser Auffassung liegt die Frage zum Grunde, warum gerade dieses oder jenes Geschäft, und warum es so und nicht anders abgeschlossen wird, was durch dasselbe erreicht werden soll und kann, und was man bei demselben wagt. Erst diese Seite führt in vieler Beziehung zur richtigen juristischen Würdigung der Verhältnisse, nämlich auf die eigentliche Meinung der Contrahenten. In dieser ihrer Bedeutung für das Handelsrecht ist die kaufmännische Speculation noch nicht allgemein erkannt und beachtet[3].

§. 3.

Das Handelsrecht. Das römische und deutsche.

Das Handelsrecht stellt die dem Handel angehörenden

---

2) Viel enthält davon Marperger getreuer Handelsdiener. Nürnberg und Leipzig 1715, z. B. S. 448—474, und Marperger wohl unterwiesener Kaufmanns Jung. Nürnberg 1715.

3) Die kaufmännische Speculation ist zuerst mit einiger Vollständigkeit entwickelt in meinem Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.

Rechtsinstitute dar. Es besteht aus einer unendlichen Menge einzelner Rechtssätze[1]. Diese sind nicht zusammenhangslos, aber je schärfer man jeden einzelnen Rechtssatz für sich hinzustellen versucht*, um so tiefer dringt man in ihren Zusammenhang ein. Durch einen solchen Versuch, welcher die Zahl der Rechtssätze nicht vermehrt, sondern zeigt, nimmt die Einfachheit des Rechtes, welches nun einmal bei den gegenwärtigen verwickelten Lebensverhältnissen nicht einfach ist noch seyn kann, keinen Schaden. Die Aufgabe ist beschränkt auf die Darstellung des deutschen Handelsrechts. Dieses wird hier verstanden als das in Deutschland geltende Handelsrecht. Dieses deutsche Handelsrecht ist theils fremdes, in Deutschland recipirtes, nämlich römisches Recht, theils einheimisches Recht, deutschen Ursprungs, deutsches in diesem engern Sinn. Das in Deutschland geltende Handelsrecht beruht auf dem römischen Recht in zweifacher Art. 1. Einmal enthält es eine Menge handelsrechtlicher Sätze, welche

---

1) Nicht einer dieser Rechtssätze wird dadurch gefunden, daß man sagt, sie beruhten alle auf dem guten Glauben, auf Treu und Glauben, auf der bona fides, auf der bonne foi, auf dem kaufmännischen Credit. In diesen vieldeutigen Worten ist ein Rechtssatz, den man irgend anwenden könnte, also auch ein Princip, nicht enthalten. Nicht eine Frage kann aus ihnen mit Sicherheit entschieden werden. Man stelle eine Frage, — sie müßte nun sofort entschieden seyn. Vgl. auch Göschel zerstreute Blätter. Bd. 2. S. 85. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 118. Über die Bedeutung von Treu und Glauben für die Entwickelung eines wissenschaftlichen Rechts vgl. unten §. 8. und für die Auslegung der Handelsgeschäfte unten §. 57. Nr. 8.

*) Hierfür ist zunächst die Eintheilung der Rechtssätze in berechtigende, begriffsentwickelnde und verneinende zu beachten. Vgl. meine Einleitung in d. d. Pr. R. §§. 33—40.

gegenwärtig gültig sind[2]. Das römische Handelsrecht ist gültig wie das römische Recht überhaupt, seine Gültigkeit beruht auf einem allmäligen Anwachsen seiner Geltung, es ist recipirt worden durch die Praxis, durch die Anwendung, die es gefunden, es ist dadurch unser Recht geworden[3]. Der Zustand der Reception ist kein fertiger, wie er es auch nie war, noch fortwährend wird recipirt und ausgestoßen. Es, soweit es gültig ist, mit einem Stoß fortschaffen wollen, ist ein unhistorisches und unpractisches Bemühen[4]. 2. Ferner hat der Umstand, daß das römische Recht die Grundlage unserer ganzen juristischen Bildung und Anschauung ist, und daß es in den Materien des allgemeinen Privatrechts, welche in das (specielle) Recht des Handels einschlagen[5], mit nur geringen Modificationen unser heutiges gemeines Recht bildet, die Folge, daß das römische Recht durchweg das deutsche Handelsrecht durchdringt, und auch dies ist gar nicht beklagenswerth[6]. Wer das Handelsrecht ohne fortwährendes tiefes Eingehen auf das römische Recht bearbeiten wollte, würde außer dem Zusammenhang des wirklich geltenden Rechtes stehen. — Das römische Recht ist ein *gemeines* deutsches Recht. Das deutsche Handelsrecht in dem Sinne deutschen Ursprungs ist entweder particuläres oder gemeines deutsches Recht.

2) Eine Darstellung des *römischen* Handelsrechts giebt Pardessus collection de lois maritimes. Bd. 1. 1828. S. 53—132.

3) Vgl. unten §. 9. und meine Einleitung in d. d. Pr. R. §. 25. und §. 69.

4) Vgl. Puchta Pandekten. §. 7.

5) Wohin insbesondere die Lehre vom Wesen der Rechte, von der Ausübung und dem Schutz der Rechte, vom Besitz, und die Lehre von den Verträgen gehört.

6) Vgl. Kent Vol. I. Lecture XXIII. Die drei letzten Seiten.

§. 4.

Das particuläre und gemeine deutsche Handelsrecht.

Das in Deutschland geltende Handelsrecht ist also entweder gemeines römisches oder deutsches Recht in dem Sinn deutschen Ursprungs. Dieses deutsche Handelsrecht ist entweder gemeines oder im Gegensatz von diesem particuläres Recht [1]. Diese Begriffe, obgleich dem Handelsrecht nicht eigenthümlich, bedürfen einer Erläuterung. Der Gegensatz setzt zuvörderst mehrere Rechtsgebiete voraus. Ein Rechtsgebiet, d. h. ein Gebiet, welches Rechtsquellen hat, unterscheidet sich dadurch von andern Rechtsgebieten, daß es seine besondere, d. h. ihm allein angehörende Rechtsquelle hat. Ein Rechtsgebiet kann überdieß aus mehreren, also kleineren, Rechtsgebieten, von welchen jedes seine besondere Rechtsquelle hat, bestehen. Wenn dieses der Fall ist, so nennt man das auf einer Rechtsquelle beruhende Recht des ganzen Gebietes ein gemeines Recht dieser kleineren Rechtsgebiete, dieser Theile, aus welchen es besteht, und nennt im Gegensatz davon das Recht, welches jedes dieser kleineren Rechtsgebiete kraft seiner besondern Rechtsquelle hat, ein particuläres Recht dieses Gebietes. Demnach ist das gemeine Recht gültig für ein Gebiet, welches in Gebiete des Particularrechts zerfällt, kraft einer Rechtsquelle; es ist gültig für die kleineren Gebiete des Particularrechts, weil sie Theile des Ganzen sind, für welches es gültig ist. Demnach setzt der Begriff des gemeinen Rechts mehrere Rechtsgebiete, und daß diese überdieß einer und derselben gemeinsamen Rechtsquelle unterliegen, voraus.

1) Der Ausdruck particuläres Recht, Particularrecht, hat noch andere Bedeutungen. Vgl. auch unten §. 5.

Das Recht, welches nach einer Auffassungsweise ein gemeines Recht ist, kann nach einer andern ein particuläres Recht seyn, weil ein Rechtsgebiet in kleinere Rechtsgebiete zerfallen und zugleich Theil eines größern Rechtsgebietes seyn kann. Das gemeine Recht verliert dadurch, daß seine Gültigkeit für einige der kleineren Gebiete durch das particuläre Recht derselben ausgeschlossen ist, nicht seinen Character als gemeines Recht für die übrigen Gebiete, sei auch nur eines übrig, es gilt für dieses als für den Theil eines Ganzen, und nicht als particuläres Recht. Es giebt ein gemeines Provinzialrecht, ein gemeines Landrecht, ein gemeines deutsches Recht, ein gemeines europäisches Recht. Das gemeine deutsche Handelsrecht ist demnach ein Handelsrecht, welches für ganz Deutschland auf einer Rechtsquelle beruht, es ist gültig für alle Rechtsgebiete, welche Deutschland bilden. Zu ihm verhalten sich die deutschen Stadtrechte und Provinzialrechte und Landrechte als Particularrechte. Zu dem gemeinen europäischen Handelsrecht verhält sich selbst das gemeine deutsche Recht, und verhalten sich die außerdeutschen Landesrechte, z. B. das französische, neapolitanische, päpstliche, spanische, portugiesische, holländische, ungrische, englische Handelsrecht als Particularrecht. Seine größte Bedeutung hat das gemeine Recht dadurch, daß es das particuläre Recht ergänzt, wo es diesem an Rechtssätzen fehlt, es ergänzt die Lücken des Particularrechts. Ein in der Form des Particulargesetzes erscheinender Rechtssatz ist seinem Inhalt nach zuweilen gemeines Recht, aber die Form macht ihn durchweg zu einem particulären Recht, er ist particulär befestigt. Daher bleibt er particulär gültig, wenn gleich er als gemeinrechtlicher aufhört. Es ist für die Findung des gemeinen Rechts bedeutend, daß ein

gemeinrechtlicher Rechtssatz in einem Particulargesetz versteckt seyn kann. — Von dem gemeinen Recht ist zu unterscheiden das allgemeine Recht, von der gemeinrechtlichen Gültigkeit eines Rechtssatzes oder eines Rechtsinstitutes für ein Gebiet, z. B. für Deutschland, die allgemeine particularrechtliche Geltung eines solchen in einem Gebiet, z. B. in Deutschland.

§. 5.
Das allgemeine Handelsrecht.

Von dem gemeinen Recht ist zu unterscheiden das allgemeine Recht. Auch dieses gilt in einer Mehrzahl von Rechtsgebieten. Aber es beruht für sie nicht auf einer Rechtsquelle, sondern auf eben so vielen particulären Rechtsquellen, als es eben Rechtsgebiete sind. Es macht nicht einen Gegensatz zum particulären Recht, es ist particuläres Recht. Es ist nur durch die Particularrechte und nur in ihnen vorhanden. Es ist eine Zusammenstellung, ein Aggregat, eine Statistik, von mehreren Particularrechten, insofern sie einen und denselben Rechtssatz, oder ein und dasselbe Rechtsinstitut enthalten. Die Übereinstimmung kann in einzelnen, oder vielen, oder fast allen, oder allen Particularrechten des Gebietes, dessen Particularrechte man eben durchsucht, einer Provinz, eines Landes, Deutschlands, Europas, des ganzen Erdballs sich finden. Das allgemeine Handelsrecht stellt die Rechtssätze dar, welche sich bei allen oder doch bei vielen Handel treibenden Völkern und Staaten (entweder der ganzen Erde, oder Europas, oder Deutschlands) übereinstimmend vorfinden. Diese Allgemeingültigkeit eines Rechtssatzes beruht also auf vielen particulären Rechts-

sätzen. Dennoch ist sie für das gemeine deutsche Handelsrecht, auch für das gemeine europäische Handelsrecht bedeutend, weil diese übereinstimmenden Gesetze und Gewohnheiten großentheils Rechtssätze enthalten, welche nur Folgerungen aus der Natur der Sache sind, und weil der lebendige Handelsverkehr überall, wie gleiche Einrichtungen und Bedürfnisse, so auch gleiche Rechtsansichten schafft. Er bringt die Glieder eines Volkes und die Völker, seien sie örtlich von einander noch so entfernt, in eine beständige Geschäftsverbindung, und erzeugt in dem gesammten Handelsstande ein lebendiges Bewußtsein des dieselbe beherrschenden Rechts, eines und desselben Rechts. Unmerklich und immer deutlicher und fester geht auch die Rechtsansicht, welche in den Gesetzen des einen Landes scharf und bestimmt ausgesprochen ist, in das Bewußtsein anderer Völker über, indem es hier die alten Ansichten abrundet, berichtigt, ergänzt, erweitert, und auch ganz neue schafft. Das ursprünglich fremde Recht wird in unmerkbaren Übergängen auch ein einheimisches Recht, und wird dann durch die Gesetzgebung auch hier gegen Anfechtung gesichert. Das particuläre deutsche, wie das außerdeutsche Handelsrecht hat daher auf die Entstehung und Ausbildung auch des gemeinen deutschen, wie auch des gemeinen europäischen Handelsrechts vielfach eingewirkt, so daß es für die Findung und das Verständniß dieses zwiefachen gemeinen Rechts nicht entbehrt werden kann. Das allgemeine deutsche und außerdeutsche Handelsrecht dient dazu, die Erkenntniß des Wesens eines Rechtsinstitutes zu erleichtern, die aus einer wissenschaftlichen Entwickelung resultirenden Rechtssätze des gemeinen Rechts, also das wissenschaftliche gemeine Recht als richtig zu belegen, und das gemeine Gewohnheitsrecht, die gemeinen deutschen und

europäischen Handelsüsancen, zu finden, denn das allgemeine Recht ist nicht selten ein particulär befestigtes gemeines Recht. Hieraus erhellet, daß das deutsche Handelsrecht in vielen Sätzen nicht lediglich ein deutsches, sondern auch ein europäisches oder selbst ein Handelsrecht des ganzen vom Handel belebten Erdballs ist [1].

§. 6.

Zeugnisse des allgemeinen Handelsrechts.

Das allgemeine Handelsrecht besteht theils aus particulärem deutschen, theils aus außerdeutschem Handelsrecht. Die Zeugnisse für die einzelnen particulären Handelsüsancen, die deutschen wie außerdeutschen, sind nirgends gesammelt. Weit ergiebiger ist für das allgemeine Handelsrecht das gesetzliche Handelsrecht [1]. Dabei ist, was

1) Vgl. Fremery études S. III. IV. und chap. II. S. 12 — 21.

1) Eine Sammlung der Quellen für das gesammte Handelsrecht fehlt. Sammlungen der sämmtlichen Handelsgesetze, der deutschen und außerdeutschen, sind versucht worden.

1. Begonnen ward eine solche Sammlung von Georg Friedrich von Martens. Er wollte eine Auswahl geben, und zwar der Gesetze aller europäischen Staaten seit der Mitte des 17ten J. H., geordnet nach dem Inhalt. Es ist aber nur der erste Theil erschienen, welcher die französischen Rechtsquellen liefert.

Gesetze und Verordnungen der einzelnen europäischen Mächte über Handel, Schifffahrt und Assecuranzen seit der Mitte des 17ten Jahrhunderts. Mit einigen erläuternden Anmerkungen von Georg Friedrich von Martens. Erster Theil. Frankreich. — Göttingen 1802. in 8.

Der zweite Band sollte auf Spanien und Portugal sich beziehen, der dritte auf England. Die Vorarbeiten bezogen sich aber schon auf alle europäischen Staaten.

das Verhältniß des allgemeinen bürgerlichen Rechts, insbe-

---

2. Hernach war von Pardessus viel zu erwarten. Ludwig XVIII. befahl durch eine Decision vom 19. Juni 1822., daß eine Sammlung der derzeit geltenden Handelsgesetze Europas veranstaltet werden sollte, und beauftragte mit derselben Pardessus. Besonders war es auf Wechselrecht, Seerecht und Concursrecht abgesehen. Die Sammlung sollte vom 18ten J. H. beginnen, weil die wenigsten geltenden Handelsgesetze älter sind, als das 18te J. H. Pardessus hat die Arbeit längst begonnen, wie er in seiner collection de lois maritimes I. S. 15. bemerkt. Wie weit ist sie gediehen?

3. Sodann erschien eine Sammlung von Saint-Joseph. Der Titel des Werkes ist:

Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de Commerce français. Ouvrage contenant le texte des Codes et des Lois commerciales des états suivants: Amérique du Sud, Anhalt, Autriche, Bade, Bavière, Brême, Brunswick, Danemark, Deux-Siciles, Espagne, Etats de l'Eglise, Etats Unis, Francfort, France, Grande-Bretagne, Grèce, Haïti, Hambourg, Hanovre, Hesse-Electorale, Hollande, Hongrie, Iles Ioniennes, Lombardie, Lubeck, Malte, Mecklenbourg, Mexique, Nassau, Norwège, Parme, Prusse, Portugal, Russie, Sardaigne, Saxe, Saxe-Weimar, Suède, Suisse (cantons), Toscane, Tunis, Turquie, Valachie, Wurtemberg. Par M. Anthoine de Saint-Joseph. Paris 1844. In großem 4.

Das Werk theilt nur zwei Originaltexte mit: den französischen Code de commerce nebst der französischen Falliten-ordnung von 1838. (S. 1—129), und das sardinische Handelsgesetzbuch in dem französischen Text (dasselbe hat auch einen officiellen italienischen Text), soweit es vom französischen Code de commerce abweicht (S. 327—339). Alle übrigen Texte sind in einer französischen Übersetzung mitgetheilt, welche aber theilweise den Urtext so sehr entstellt insbesondere durch vielfache Auslassungen, daß man nie wird umhin können, das Original oder eine zuverlässigere Über-

sondere eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu dem

---

setzung zu benutzen. Das Werk zerfällt in zwei Abtheilungen. — 1. Die erste Abtheilung (S. 1—133) enthält die Concordance. Die Vergleichung erstreckt sich aber nur auf neun Texte, nämlich auf acht Handelsgesetzbücher: das französische, spanische, holländische, portugiesische, ungrische, russische, preußische (im allgemeinen Landrecht) und das von Bilbao, und auf den Entwurf eines H. G. B. für Württemberg; bei der Gerichtsbarkeit (S. 124) ist noch eine mexikanische Verordnung herbeigezogen. Die Vergleichung giebt aber nicht die einzelnen Artikel, welche zusammen gehören, d. h. dieselbe Frage betreffen, ungetrennt auf einem Platz, sondern stellt in neun Spalten große Abschnitte neben einander, und zwar so, daß bei jedem Text dessen eigene Artikelfolge beibehalten ist. Die Vergleichung der einzelnen Artikel innerhalb dieser Abschnitte, also die eigentliche Arbeit, bleibt mithin dem Leser. So sind z. B. in Betreff der Handelsgesellschaften auf 24 Seiten gegen 800 Artikel zusammengestellt, aber die wirklich zusammengehörenden Artikel stehen seitenweit von einander, so daß nicht verglichen, sondern nur das zu vergleichende Material vorgeführt ist. Aber nicht vollständig, denn das zu Vergleichende steht außerdem da, wo man es nach der Überschrift nicht immer sucht. Ein Homeyer liefert andere Concordancen. Die concordance als solche ist also entbehrlich. — 2. Die zweite Abtheilung des Werkes (S. 137 — 405) mit der Überschrift: Codes et Lois non compris dans la concordance, theilt außer dem erwähnten sardinischen H. G. B. den Text einer Menge von nicht französischen Handelsgesetzen in französischer Übersetzung mit. Sie wird dem größeren Theil nach für deutsche Juristen werthlos seyn. Denn die meisten Texte sind Wechselordnungen, welche mit Ausnahme der copenhagener von 1681, die in Siegels corp. jur. camb. sich findet, und der von Parma, sämmtlich und zwar im Original und in deutscher Übersetzung in Meißner Codex der europäischen Wechselrechte stehen (cöthener, dessauer, österreichische,

Handelsgesetzbuch betrifft, zu beachten, ob in Handelssachen

---

baierische, württemberger, augsburger, bremer, braunschweiger, dänische, frankfurter, hamburger, hannoversche, rostocker, leipziger, altenburger, gothaische, weimarsche, rudolstädter, schwedische, baseler, St. Galler, waadtländer, züricher). Was außerdem von deutschen Gesetzen mitgetheilt ist, wird wohl kein deutscher Jurist nach dieser französischen Übersetzung benutzen wollen, auch schwerlich, um das amerikanische, frankfurter, englische, lübecker und malteser Recht kennen zu lernen, mit den in französischer Übersetzung gegebenen Excerpten aus den Werken von Kent, Bender, Chitty, Pöhls, Miltitz, und aus dem Compendio di diritto maltese (S. 300—311. 315. 316.) sich begnügen. — 3. Aus beiden Abtheilungen bleibt hiernach übrig: Die Übersetzung des spanischen, portugiesischen, holländischen, ungrischen, russischen, bilbaischen (sämmtlich in der concordance S. 1—133), neapolitanischen Handelsgesetzbuches (S. 189—195), des päpstlichen in den vom Code de commerce abweichenden Artikeln (S. 196. übrigens sind die Abweichungen vom Code de commerce weit zahlreicher, als hier angegeben ist), und in derselben Beschränkung des griechischen (S. 255. 256.) und des Handelsgesetzbuches von Haiti (S. 257. 258.), und der ionischen Inseln (S. 285—288), und des lombardisch venetianischen Königreichs (S. 289—293) und der Walachei S. 403—405); ferner die Übersetzung einiger andern Verordnungen, welche sich beziehen auf Dänemark (Seerecht 1683, Fallitenordnung S. 177—188), die vereinigten Staaten (Seerecht, Fallitenordnung S. 210—218), Luxemburg (Gerichtsbarkeit S. 299), Malta (Fallitenordnung S. 311—315), Norwegen (Wechselrecht S. 324), Parma (Wechselrecht S. 324. 325.), Schweden (Seerecht, Fallitenordnung S. 364—376), Türkei (verschiedene Materien S. 400—402). Die Übersetzung aller dieser Texte wird aber selbst für den, welchem die Originale nicht zugänglich sind, an Bedeutung verlieren, weil sie, wie bemerkt, unzuverlässig ist. — Gänzlich anderer Ansicht über die Bedeutung des Werkes ist

jenes die Regel und dieses nur Ausnahme seyn soll, wo

Mittermaier in einer anpreisenden Anzeige in der kritischen Zeitschrift für R. W. und Gesetzgebung des Auslandes Band 16. 1844. S. 174—186. Eben so verkehrt ist Morstadts (Commentar über das Handelsrecht 1849. S. 12) Bezeichnung des Werkes als „dankwürdigste Frucht eines ächten Riesenfleißes" und seine Bemerkung: „Enthält die synoptische Zusammenstellung von 44 extragallischen Handelsrechtsnormen mit dem Code de c." Nach einer Anzeige von Mittermaier in der angeführten Zeitschrift Bd. 23. S. 442—448. ist eine neue Ausgabe des Werkes Paris 1851. erschienen, welche „eine Berichtigung und Ergänzung der in der ersten Auflage mitgetheilten Gesetze" und eine Übersetzung der deutschen Wechselordnung nebst einer Critik derselben von Herrn St. Joseph enthält, auf welche Mittermaier (nach dem, was er davon mittheilt, mit großem Unrecht) großes Gewicht legt.

4. Eine neuere Sammlung ist von Leone Levi. Der Titel des Werkes ist:

Commercial Law, its principles and administration; or, the mercantile Law of Great Britain compared with the Codes and Laws of Commerce of the following mercantile countries: Anhalt, Austria, Baden, Bavaria, Belgium, Brazil, Bremen, British Colonies, British Guiana, Brunswick, Canada, China, Denmark, East Indies, France, Frankfort, Greece, Guernsey, Hamburgh, Hanover, Hayti, Hesse Electorate, Hindustan, Holland, Hungary, Jonian Islands, Lombardy, Louisiana, Lubeck, Lucca, Luxemburg, Malta, Mecklenburg, Mexico, Modena, Nassau, Norway, Normandy, Papal States, Parma, Portugal, Prussia, Russia, Sardinia, Saxe-Coburg-Gotha, Saxe-Weimar, Saxony, South America, St. Lucia, Sweden, Switzerland (Cantons), Spain, Tunis, Turkey, Tuscany, Two Sicilies, United States, Wallachia, Wurtemburg, and the institutes of Justinian. By Leone Levi. Vol. I. London MDCCCL. In großem 4.

Ganz irreführend durch Ungenauigkeit und Übertreibungen ist

dann also die Analogie von diesem vor jenem zurücktritt[2],

Mittermaiers Anzeige dieses Werkes in der angeführten Zeitschrift Band 23. S. 442. 448—455. Bei der Angabe des Titels heißt es: London 1850. 51. 2 vol., während doch der Titel lautet: Vol. I. London 1850. und auf der letzten Seite (368), steht: End of the first volume. Ein weitergehender Text hat bei der Anzeige nach dem Inhalt derselben nicht vorgelegen. Innerhalb sechs Zeilen (S. 450) ist die Rede von zwei Bänden des Werkes, von volume 1, von der zweiten Abtheilung, und von dem zweiten Theil. Die Ausdrücke Band, volume, Theil, sind offenbar für Part gebraucht, die Benennung zweite Abtheilung für den Text über Handelsgesellschaften ist ohne Sinn. Der Verfasser hat das Werk in zwei Parts getheilt, von welchen Part I von S. 1—176 und Part II von S. 177—368 gehen soll, was nur aus der table of contents (S. XXIII) zu ersehen ist, da die Seitenzahlen durchlaufen. Eine für Part II bestimmte Vorrede (Preface), welche drei Blätter einnimmt und die Seitenzahlen V—X hat, (es mag wohl Part II in einigen Exemplaren ein besonderes Titelblatt haben), ist in dem mir vorliegenden in Edinburgh gebundenen Exemplar zu Anfang des Werkes, unmittelbar nach der zu Part I gehörenden Vorrede, welche die Seitenzahlen VII—XIV führt, eingeheftet. (Titelblatt und Dedicationsblatt und ein Blatt, welches den Plan des Werkes angiebt, sind als S. I—VI behandelt). Dann folgt S. XV—XVIII ein Schreiben des Verfassers an den Prinzen Albert (welches, der Industrieausstellung gedenkend, den Vorschlag enthält, ein einheitliches Handelsgesetzbuch für die ganze civilisirte Welt — a national and international Code of Commerce among all civilized countries — zu veranstalten), und dann das im Auftrag des Prinzen Albert von C. Grey abgefaßte (den Vorschlag nicht gutheißende) Antwortschreiben, welches die Seitenzahlen XI. XII. führt, wohl im Anschluß an die Vorrede zu Part I, für welches aber in der table of contents auf Seite XIX (und XX) verwiesen ist; sodann S. XXI—XXXII Table of Contents und Index of Cases, und Table of Authorities. Der eigentliche Text des Buches hat folgende Materien: P. 1—8. History of

oder ob das umgekehrte Verhältniß seyn soll, wo dann

Commerce. P. 9—36. Present State of Commercial Law. P. 37—60. The law on Merchants, Minors, Married Females, and Aliens. P. 61—70. The Law on Books of Commerce. P. 71—175. The Law on Partnership. P. 177—248. The law on Principal and Agent. P. 241 (sic!) — 360. The Law on Contracts. P. 361—368. Index. — Das Werk ist als Concordanz eben so werthlos wie das von St. Joseph, weil bei jedem Text dessen eigene Artikelfolge beibehalten ist, so daß nur das zu vergleichende Material vorgeführt ist, und mithin die eigentliche Arbeit dem Leser bleibt. Wenn man die Originaltexte in ihren besondern Exemplaren neben einander legt, so hat man ganz dasselbe, nur nicht in der englischen Übersetzung. Ein solches Nebeneinander ist keine Vergleichung. Der Werth des Werkes liegt vorzüglich, wenn nicht ausschließlich in der Mittheilung des englischen und schottischen Rechts. Von den ihm noch übrig bleibenden Materien hebt der Verfasser hervor: Bills of Exchange — Shipping — Insurance — Bankruptcy — Commercial Jurisdiction — Tribunals of Commerce — Law on Mortgage.

5. Die bedeutendste Sammlung der neuern Gesetze und Verordnungen ist folgende:

Handels-Archiv. Sammlung der neuen auf Handel und Schifffahrt bezüglichen Gesetze und Verordnungen des In- und Auslandes, so wie statistischer Nachrichten über den Zustand und die Entwickelung des Handels und der Industrie in der preußischen Monarchie. Nach amtlichen Quellen. Herausgegeben im königlichen Handelsamt zu Berlin. Redigirt von K. Delbrück. J. Hegel. Berlin 1847. Auf dem Titel späterer Jahrgänge steht statt in der preußischen Monarchie: in Deutschland und dessen Absatzgebieten; und statt Handelsamt: Ministerium für Handel, Gewerbe und öffentliche Arbeiten. Seit 1850 sind die Herausgeber: von Viebahn und Saint Pierre.

2) So beim Code de commerce (Ausgabe Paris 1808. S. V.) — beim Codigo commercial Art. 1. — beim Wetboek v. K. Art. 1.

die letztere vortritt[3]. I. Das deutsche gesetzliche Handelsrecht. In Deutschland ist das meiste particuläre Handelsrecht in einzelnen Ordnungen[4] enthalten, namentlich in Meß-, Markt-, Makler-, Wechsel-, Concurs-, Assecuranz-Ordnungen. Nur drei mit dem Streben nach Vollständigkeit und systematisch abgefaßte eigentliche Handelsgesetzbücher haben wir in Deutschland: 1. Für Preußen das allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten in Buch II. Titel 8. Abschnitt 7—14. §. 475—2464[5]. 2. Für diejenigen deutschen Länder, in welchen das französische Recht gilt, den Code de commerce. 3. Für Baden den Anhang des Code Napoleon als Landrecht für das Großherzogthum Baden vom 3. Februar 1809. Dieser „Anhang von den Handelsgesetzen" ist der Code de commerce mit vielen Zusätzen und Änderungen. Das österreichische Gesetzbuch ist nicht auch Handelsgesetzbuch. II. Das außerdeutsche gesetzliche Handelsrecht. Das gesammte Privathandelsrecht, oder doch der größte Theil desselben[6] ist für folgende außerdeutsche Länder in folgenden* Handelsgesetzbüchern enthalten[7].

---

3) Badisches Handelsrecht Art. 1.

4) Diese werden später angeführt werden.

5) Auf diesen Theil des Landrechts haben eingewirkt Sieveking, Moller, Gädertz und Büsch. Büsch Darstellung der Handlung I. S. 605—607. — Über den Stand der Handelsgesetzgebung in Preußen vgl. Gelpcke Zeitschrift für Handelsrecht. Heft 3. S. 205—210.

6) Die Gesetze, welche sich auf einzelne Theile des Handelsrechts, z. B. Wechselrecht, Seerecht, beschränken, werden später angeführt werden.

*) Es werden hier nur diejenigen genannt, welche für das vorliegende Werk durchweg benutzt worden sind.

7) Es gehört hierher: Kritische Zeitschrift für Rechtswissen-

1. Frankreich. Code de commerce[8]. 648 Articles. Gilt seit dem 1. Januar 1808. Er ist auf die unter Ludwig XIV. und Colbert abgefaßte ordonnance de commerce von 1673, und ordonnance de marine von 1681 gebauet, welche er oft nur wiederholt[9]. Er liegt den folgenden Handelsgesetzbüchern mehr oder weniger zum Grunde.

2. Königreich beider Sicilien. Codice per lo regno delle due Sicilie. Parte quinta. Leggi di eccezione per gli affari di commercio[10]. Gilt seit dem 1. September 1819[11].

---

schaft und Gesetzgebung des Auslandes in Verbindung mit den Herren . . . . herausgegeben von Mittermaier und Zachariä (später R. v. Mohl und Warnkönig). Erster Band. Heidelberg 1829. Seitdem ist jährlich ein Band erschienen.

8) CODE DE COMMERCE, ÉDITION DES ARCHIVES DU DROIT FRANÇAIS, CONFORME, POUR LE TEXTE, A L'ÉDITION OFFICIELLE. PARIS 1808. — Deutsche Übersetzungen: Französisches Handels-Gesetzbuch. Nach der officiellen Ausgabe des Code de Commerce übersetzt. Mit zur Seite stehendem Original-Text, den wichtigsten darin berührten Gesetzstellen, und einer nach den Reden der Staats-Räthe über diesen Gegenstand bearbeiteten Einleitung versehen. Hamburg 1808. — Napoleons I. Kaisers der Franzosen, Königs von Italien und Protectors des Rheinbundes Handelsgesetzbuch. Nach der Französischen Originalausgabe verdeutscht mit einer Einleitung und einigen erklärenden Anmerkungen auch einem vollständigen Sachregister herausgegeben von D. Christian Daniel Erhard. Dessau und Leipzig 1808.

9) Eine Auswahl der französischen Handelsgesetze seit der Mitte des 17. J. H. enthält von Martens Gesetze und Verordnungen. Theil 1. — Die beiden ordonnances sind dort abgedruckt S. 49—68 und S. 68—163. — Ein Register nach den einzelnen Artikeln des Code, welches die älteren Gesetze, an die derselbe sich angeschlossen, nachweiset, hat Pardessus cours de droit commercial V. S. 343—358.

3. Kirchenstatt. Regolamento provvisorio di commercio. 608 Articoli. Und Editto del primo Giugno 1821. 44 Articoli[12]. Beide gelten für den ganzen Kirchenstaat seit dem 1. July 1821[13].

4. Spanien. Código de Comercio[14]. 1219 Articulos[15]. Gilt seit dem 1. Januar 1830[16].

---

10) Folgende Ausgabe ist von mir benutzt: CODICE PER LO REGNO DELLE DUE SICILIE. PARTE QUINTA. LEGGI DI ECCEZIONE PER GLI AFFARI DI COMMERCIO. QUINTA EDIZIONE UFFIZIALE. NAPOLI 1838. — Übersetzung: französische in St. Joseph Concordance S. 189—193; englische in Leone Levi commercial Law.

11) Eine kurze Darstellung von Capei, Advokaten in Florenz, in der Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 3. 1831. Nr. II. S. 52—74. Über die Verschiedenheiten zwischen dem neapolitanischen und dem französischen Handelscodex.

12) REGOLAMENTO PROVVISORIO DI COMMERCIO FINORA VIGENTE NELLE PROVINCIE DI SECONDA RICUPERA E MODIFICATO SECONDO LE PRESCRIZIONI DELL' EDITTO DEL PRIMO GIUGNO 1821. DELL' EMO E REVMO SIGNOR CARD. SEGRETARIO DI STATO. *Da osservarsi in tutto lo Stato Pontificio fino alla pubblicazione, ed attivatione del nuovo Codice di Commercio.* ROMA MDCCCXXI.

13) Vgl. den Aufsatz von Arndts: Über die neueste Gesetzgebung im Kirchenstaate. In der Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 8. 1836. Nr. XII. S. 251—266. und Bd. 9. 1837. Nr. III. S. 77—115.

14) Ich kenne drei Ausgaben. Die eine hat den Titel: Código de Comercio, decretado, sancionado y promulgado en 30 de Mayo 1829. Edicion oficial. De Real órden. Madrid. Oficina de D. E. Aguado, Impresor de la Real Casa. Sie ist in Duodez, hält 515 Seiten und ein Blatt Druckfehler, und hat einen Stempel, der die Worte enthält: EDICION OFICIAL DEL CODIGO DE COMERCIO. Die andere weicht ab durch Codigo (nicht ó) und durch die Worte: Madrid oficina de D. L. Amarita 1839. Sie ist ferner in klein Octav, hält 366 Seiten und hat jenen Stempel nicht. Beide Ausgaben haben

5. Portugal. Codigo Commercial Portuguez[17]. 1860 Artigos. Gilt seit dem 18. September 1833. Durch Vollständigkeit, Umsicht und Schärfe alle andern Handelsgesetzbücher übertreffend[18].

---

stellenweise eine verschiedene Interpunction und Orthographie. Die dritte hat genau den Titel der erstgenannten, ausgenommen, daß es nach Madrid heißt: En la oficina de D. Leon Amarita 1829. und hat einen gleichen Stempel. Sie ist aber in groß Octav und hält 330 Seiten. — Deutsche Übersetzung: Spanisches Handels-Gesetzbuch. Nach der amtlichen Madrider Ausgabe übersetzt von F. C. Schumacher. Hamburg 1832. Französische Übersetzung in St. Joseph Concordance S. 1—128. Englische Übersetzung in Leone Levi commercial Law. — Eine Darstellung dieses Handelsgesetzbuches von Mittermaier: in der Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 2. 1830. Nr. XXIV. S. 482—488. und Bd. 3. 1831. Nr. III. S. 74—88. Die versprochene Fortsetzung fehlt.

15) Er hat zur Grundlage den Code de commerce, dessen Ordnung er befolgt, und das sehr vollständige Handelsgesetzbuch von Bilbao, dem großentheils die ältere französische Gesetzgebung zum Grunde liegt. Vgl. die in der vorigen Note citirte Darstellung von Mittermaier und Pöhls Seerecht. Thl. 2. S. 379.

16) Dieses Datum auf die Auctorität von Mittermaier (Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 2. S. 483). Das Publicationspatent, welches dem Código voraufgeht und folgt, bestimmt den Anfangstermin der Geltung nicht.

17) CODIGO COMMERCIAL PORTUGUEZ. LISBOA 1833. Eine andere Ausgabe: Porto 1836. — Eine deutsche Übersetzung mir unbekannt; eine französische in St. Joseph Concordance S. 1—132; eine englische in Leone Levi commercial Law. — Eine kurze Anzeige desselben von Pinheiro in der Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 8. 1836. S. 470—474. Die hier versprochene umständliche Darstellung des Codigo fehlt.

18) Der Codigo ist ausgearbeitet mit Berücksichtigung des preußischen Landrechts, des niederländischen, französischen, italienischen, spanischen Handelsgesetzbuches, des englischen, schottischen,

6. Holland. Wetboek van Koophandel[19]. 923 Artikels. Gilt seit dem 1. October 1838[20].

---

russischen Rechts, und der deutschen Particularrechte, außerdem der alten Seerechte. So berichtet der Verfasser José Ferreira Borges (nicht Berges).

19) WETBOEK VAN KOOPHANDEL. OFFICIELE UITGAVE. 'S GRAVENHAGE. 1838. — Register op het W. v. K., door twee Regtsgeleerden vervaardigd. 's Gravenhage. 1839. — Deutsche Übersetzung: Holländisches Handels-Gesetzbuch von 1838. Nach der amtlichen Ausgabe übersetzt von F. C. Schumacher. Hamburg 1840. Französische Übersetzung in St. Joseph Concordance S. 1—121. Englische Übersetzung in Leone Levi commercial Law. — Das Publicationspatent vom 10. April 1838 ist in der officiellen Ausgabe, wie sie mir vorliegt, nicht enthalten, die angeführte deutsche Übersetzung theilt dasselbe mit.

20) Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich der Niederlande war bereits im Jahr 1826 erschienen, nach der Vorrede zu der gleich zu nennenden Übersetzung in der Haager Staatszeitung, und unter dem Titel: Wetboek van Koophandel voor het Koningrijk der Nederlanden. Er ist auf das ältere niederländische Recht, welches besonders auf Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch sich stützt, und auf den Code de commerce gebauet. Eine deutsche Übersetzung desselben: Handelsgesetzbuch für das Königreich der Niederlande nach der amtlichen Bekanntmachung in der Haager Staatszeitung von 1826, übersetzt von Fr. Chr. Schumacher. Mit einer Vorrede von P. D. W. Tonnies. Altona 1827. Nach der Trennung Belgiens von Holland im Jahr 1830 ward er für Holland neu revidirt. Diese Revision ist in dem Staatsblad van het Koningrijk der Nederlanden mitgetheilt, und zwar die des ersten Buches als Wet van den 23. December 1834, houdende veranderingen in het eerste boek van het wetboek van koophandel, in dem Staatsblad von 1834. Nr. 41—44. 46—48. (Nicht weiter, und nicht ganz soweit geht die Darstellung des Dr. Asser, Advocaten zu Amsterdam: Das neue niederländische Handelsgesetzbuch von 1835, in der Zeitschrift für R.

7. Ungarn. XV—XXII und XXIX. Gesetzartikel des ungrischen Reichstages 1839 bis 1840[21]. Es sind 784 in den Zahlen nicht durchweg fortlaufende §§[22].

8. Rußland. Handelsgesetzbuch. 2589 Artikel[23].

W. und Gg. des Auslandes Bd. 8. 1836. Nr. XVII. S. 343—358. und Bd. 9. 1837. Nr. II. S. 40—77.), und die des zweiten Buches als Wet van den 25. April 1835, houdende veranderingen en wijzigingen in het tweede boek van het Wetboek van Koophandel in dem Staatsblad von 1835. Nr. 11—13. 15—17. Soweit das zweite Buch Titel 4. incl. Die weiteren Nummern des Staatsblattes sind mir nicht zu Gesichte gekommen.

21) Gesetzartikel des ungrischen Reichstages 1839 bis 1840, nebst dem Wechselrechte und den übrigen Creditgesetzen für das Königreich Ungarn. Übersetzt und mit den nöthigen Erläuterungen versehen von Joseph Orosz. Preßburg 1840. Eine französische Übersetzung in St. Joseph concordance S. 1—131; eine englische in Leone Levi commercial Law.

22) Die im Text angeführten Gesetzesartikel handeln von folgenden Materien. XV. Wechselrecht. I. Theil. Materielles Wechselrecht. II. Theil. Das Rechtsverfahren in Wechselsachen. XVI. Von den Handelsleuten. Kapitel 1. Von dem Entstehen der Handlungen. Kap. 2. Von den Handlungsbüchern. Kap. 3. Von den wechselseitigen Rechtsverhältnissen während des Bestehens der Handlungen (hier kommt vor: Handelspersonal. Kauf. Commission. Spedition). Kap. 4. Von dem Erlöschen des Handlungsrechts. XVII. Von den Rechtsverhältnissen der Fabriken. XVIII. Von den Rechtsverhältnissen der zu gemeinschaftlichem Erwerbe eingegangenen Gesellschaften. XIX. Von den Handels-Gremien und Sensalen. XX. Von den Frachtfahrern. XXI. Von der Intabulation der Schuldforderungen zur Erlangung der Priorität. XXII. Von dem Concurse. XXIX. Von den Juden. — Die Gesetzartikel betreffen also, abgesehen vom Seerecht, die meisten Materien des Handelsrechts.

23) Dieses Handelsgesetzbuch ist nebst den (von dem Fabrikgewerbe handelnden) ersten 331 Artikeln der Verordnung über

England hat kein Handelsgesetzbuch, auch wenig geschriebenes Recht. Das wissenschaftliche Recht und die Praxis sind die Hauptquelle, und dabei hat schon eine richterliche Entscheidung die größte, aber nicht unumstößliche Auctorität. Das amerikanische Recht beruht meistentheils ebenfalls auf der Wissenschaft und den richterlichen Entscheidungen.

§. 7.

Die Rechtsquellen. Gesetzliches und gewohnheitliches Handelsrecht.

Die Entstehungsgründe, die Quellen, des Handels-

---

das Fabrik- und Handwerksgewerbe, und den (von der Reichscommerzbank und den Comptoiren derselben handelnden) Artikeln 585—991 der Verordnung über die Reichs-Creditanstalten, welche drei Gesetze den eilften Band des aus 15 Bänden bestehenden russischen Reichscodex (Sswod sakónow), dessen zweite Ausgabe vom Jahr 1842 allein in legalem Gebrauch ist, bildet, in folgendem Werk enthalten.

Das Handelsgesetzbuch des russischen Reiches (Ausgabe von 1842) nebst den Verordnungen über das Fabrikgewerbe und über die Reichs-Commerzbank mit den Ergänzungen und Nachträgen bis zum 31. December 1847. Aus dem Russischen übersetzt von F. v. Schultz. Riga und Leipzig 1851. Inhalt des Handelsgesetzbuches. Buch 1. Recht zum Handel. Buch 2. Wechselordnung. Institor. Handelsgesellschaft. Buch 3. Seerecht. Schiff. Rheder. Schiffer. Schiffsvolk. Befrachtung. Schutz (Convoi u. s. w.). Bodmerei. Haverei. Seeassecuranz. Buch 4. Handelsgerichte und Handelsproceß. Concurs. Buch 5. Consulate. Börsen. Petersburger Stadtambaren (d. i. Niederlagen). Wrake (Prüfen und Sortiren). Innungen. Handelsbücher. Makler und Notare. Dispacheure. Maaße und Gewichte. Märkte. — Warum schreibt der Übersetzer auf dem Titel: Handelsgesetzbuch und im Werke selber stets Handelsordnung?

rechts sind die unmittelbare Rechtsüberzeugung des Handelsstandes (des Volkes, d. h. dieser Volksabtheilung) oder der Juristen, die Gesetzgebung und die Wissenschaft. Diesen Rechtsquellen entspricht das Gewohnheitsrecht, das gesetzliche (promulgirte) Recht, das wissenschaftliche Recht. Die Rechtsquellen sind natürlich dieselben für particuläres wie für gemeines Recht. 1. Das gesetzliche deutsche Handelsrecht ist meistentheils particuläres, fast gar nicht gemeines deutsches Recht. Denn in den Reichsgesetzen sind der handelsrechtlichen Bestimmungen sehr wenige enthalten. 2. Das gewohnheitliche deutsche Handelsrecht ist theils ein particuläres, theils ein gemeines deutsches Recht, es ist schwer zu sagen, ob mehr dieses oder jenes. Das Gewohnheitsrecht[1], als Handelsrecht gedacht, das gewohnheitliche Handelsrecht, ist weit mehr ein Volksrecht, eine Handelsüsance, beruht nämlich weit mehr auf einer Rechtsüberzeugung des Handelsstandes, als daß es ein Juristenrecht[2], oder ein Recht der gerichtlichen Praxis wäre. Das letztere allein ist ein Gewöhnungsrecht, nämlich aus der Gewohnheit entstanden. Die Handelsüsancen[3] sind nicht nur eine sehr ergiebige Quelle

1) G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht. Zwei Theile. Erlangen 1828. 1837. F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. Berlin 1840. Meine Einleitung in d. d. Pr. R. §. 51—54.

2) Also ein Volksrecht durch Vertretung. Die Juristen sind die natürlichen Vertreter der Nation in rechtlichen Dingen.

3) Büsch über Handlungsüsancen in Büsch und Ebeling Handlungsbibliothek Bd. I. S. 241—271. 660—681. Motive S. 295. zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg. Stuttgard 1840. Die oft für Handelsüsancen angeführte Schrift von Mantzel (Quistorp) de jure ex usu vulgo von der Usance. Rostochii 1744. nimmt auf das

des Privathandelsrechts, sondern auch die ursprüngliche, und daher Grundlage der Handelsgesetze *, welche in vielen Sätzen nur aufgezeichnete Üsancen sind. Die Voraussetzungen, unter welchen eine Handelsüsance aus der Gewohnheit, dem usuellen Verfahren, dem Börsengebrauch, erkannt wird, sie entsteht nicht erst aus demselben, sind im gemeinen deutschen Handelsrecht nicht eigenthümlicher Art [4]. Daher muß 1. dem constant wiederholten Verfahren die Überzeugung, daß es rechtlich nothwendig sei, und nicht z. B. eine bloße Artigkeit [5] unterliegen. Daher ist 2. die Möglichkeit einer Handelsüsance, insofern sie dem gesetzlichen Recht widerstreiten würde, mit der Unterscheidung zu beurtheilen, ob das letztere nur dispositiver, vermittelnder, Natur ist, wo sie immer möglich ist, und also derogirt [6], oder absoluter, gebietender, Natur ist, wo sie dann nicht möglich ist, wenn ein solches gesetzliches Recht nur gesetzlich abänderlich ist. Daher ist aber auch 3. die s. g. Usualinterpretation wirklich zweifelhafter Gesetze gültig [7]. Auch die Nothwendigkeit und

---

Handelsrecht gar nicht besondere Rücksicht. Vgl. auch Rechtsfälle Th. 3. Heft 2. No. V.

*) Eine Anzahl von hamburger Üsancen, den Getraidehandel betreffend, sind, um die Gesetzgebung anzuregen, zusammengestellt von Soetbeer über Hamburgs Handel. Erste Fortsetzung. Hamburg 1842. S. 169—172.

4) Particularrechte verlangen Anerkennung der einzelnen Üsance durch ein Gesetz, welches sich auf sie beruft. z. B. österr. allg. bürgerl. Gesetzbuch §. 10. Fischer österr. Handelsrecht §. 5.

5) Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte Bd. II. S. 516—518.

6) Jacobsen handelsrechtliche Abhandlungen S. 120—138. vgl. mit dem Archiv für das Handelsrecht II. S. 177—198.

7) Pöhls Wechselrecht Th. II. S. 407.

die Art der Nachweisung einer Handelsüsance unterliegt den allgemeinen Regeln von dem s. g. Beweise eines Gewohnheitsrechts, d. h. von dem Verfahren, wie eine Parthei dem Richter die Mittel der Erkenntniß des Gewohnheitsrechts zu verschaffen hat. Daher bedarf es 1. der Nachweisung, wie selbst der Berufung, nicht, wenn die Existenz der Handelsüsance dem Richter bereits bekannt ist, in welchem Fall er nicht darf sie unbeachtet lassen[8]. Daher ist es 2. nicht unerläßlich nothwendig, dem Richter einzelne Fälle der Übung der behaupteten Üsance nachzuweisen, damit sie die Grundlage des richterlichen Schlusses auf die Existenz eines Rechtssatzes werden, sondern es kann dieser dargethan werden auch durch die schlechtweg[9] auf die Existenz der Handelsüsance gerichtete Aussage von glaubwürdigen Personen, welche dem Kreise derer, unter welchen die Üsance bestehen soll, angehören oder auch nur nahe stehen. Denn von einander verschiedene Classen unter den Volksgliedern bilden, um nur einige zu nennen, die Kaufleute, die Makler, die Fuhrleute, die Schiffer, die Assecuradeure, die Wechselnotare, die Dispacheure, und doch kann das generelle Zeugniß von Personen aus der einen Classe eine Üsance der andern Classe beweisen. Danach beurtheilt sich die Beweiskraft[10] der kaufmännischen Pareres in der gewöhnlichen Form[11] über die Existenz einer Handelsüsance. Daß die

---

8) Rechtsfälle I. S. 163—183.

9) Puchta Bd. 2. S. 125—146.

10) Büsch Darstellung I. S. 613. Bender engeres Handelsrecht S. 421. 422.

11) Wir Unterschriebene erklären hiedurch, daß ein Wechsel-Brief, welcher den 16. Febr. 1732. auf 8 Wochen nach dato ausgestellet ist, und den 12. April fällig geworden, den 23. dar-

Aussage allgemein ohne Angabe einzelner Übungsacte ist, nimmt ihrer Glaubwürdigkeit nichts, denn daraus folgt noch nicht, daß dem Aussteller die wirkliche Übung gänzlich, auch im Allgemeinen, unbekannt geblieben ist, und ihm also die unmittelbare Kunde des Rechts nicht zugeschrieben werden kann[12]; daß sie einfach schriftlich ist, wo sie mündlich und beschworen seyn könnte, hindert die vollkommene Glaubwürdigkeit derselben nicht[13]; daß sie häufig, ja regelmäßig, nur von Freunden der Parthei herrührt, und leichtsinnig und unüberlegt abgegeben wird, und daß andere Pareres die Üsance leugnen, sind Umstände, welche, wenn sie im einzelnen Fall wirklich behauptet und dar-

---

auf, weil dieser der letzte Discretions-Tag gewesen, hat protestiret werden müssen, dieweil die in hiesiger Wechsel-Ordnung und deren 17 Articulo benennte zwölf Discretions-Tage, innerhalb welchen zu protestiren ist, also genommen, und nach hiesiger Praxi gerechnet werden, daß der Verfalltag und die folgenden eilf Tage die zwölf folgende Discretions-Tage ausmachen, innerhalb welchen protestiret werden müsse. Daß dieses also die hiesige Usance seye, solches haben wir mit eigenhändiger Unterschrift zu bezeugen ohnermangeln wollen. Hamburg den 28. May 1732. Nun folgen die Firmen von 19 Handlungshäusern, und sodann: In testimonium subscribo et subsigno requisitus Hamburgi d. 30. Maji 1732. (L. S.). Maximilian. Preus. Not. Publ. Caesareus. — Entnommen aus L'Estocq's Erläuterung des allgemeinen und preußischen Wechselrechts 1762. S. 166.

12) Puchta a. a. O. Bd. 2. S. 144. 145.

13) So nimmt man auch gar keinen Anstand, die unbeeidigte Literatur unter Umständen für ausreichend beweisend zu halten. Anderer Meinung die früheren Auflagen mit Berufung auf Puchta a. a. O. Bd. 2. S. 142. und den Grund, daß eine Bedingung der Glaubwürdigkeit bei Zeugen wie auch bei Sachverständigen die Beeidigung sei. Dieser Grund trifft hier nicht zu. Vgl. meine Einleitung in d. d. Pr. R. §. 52. 53.

gethan werden, vom Richter natürlich nicht unbeachtet zu lassen sind, sie können die Glaubwürdigkeit des Parere gänzlich aufheben. Daher kann 3. die Existenz einer Handelsüsance auch aus einem Rechtssprichwort, welches unter den Kaufleuten gegenwärtig gangbar ist, erkannt werden, nur freilich bedeutet ein solches dann wenig oder gar nichts, wenn es, statt zu erklären, erklärt werden muß.

§. 8.

Die Rechtsquellen. Wissenschaftliches Handelsrecht.

Die Wissenschaft* ist eine Rechtsquelle. Sie stellt Rechtssätze heraus, welche bis dahin fehlten, erzeugt also Recht. Diese Rechtssätze werden gefunden und nachgewiesen durch eine wissenschaftliche Entwickelung, sie bilden das wissenschaftliche Recht. Für einen Rechtssatz, der einer solchen inneren Begründung fähig ist, hat eine nackte communis opinio, ein sogenanntes Juristenrecht, bei dessen Aufstellung man nur Stimmen zählt, nicht Gründe wägt, gar keine Bedeutung, mag man es auch mit dem Namen: die herrschende Ansicht, die Meinung bewährter Rechtslehrer, der angenommene Grundsatz, die lebendige Rechtsidee, u. dgl. belegen. Auch ist es irrig, wenn man, wie es wohl geschieht, ein Verhältniß aus bestimmten Grundsätzen, und aus denselben ein anderes eben so beurtheilt, und dann, statt zu sagen: dieselben Grundsätze führen zu derselben Entscheidung, die eine Entscheidung durch Berufung auf die Analogie der andern zu unterstützen meint. Doch hat allerdings die Meinung angese-

*) Über das wissenschaftliche Recht ausführlicher in meiner Einleitung in d. d. Pr. R. §. 55—57. und §. 58—65.

hener Juristen und der Gerichte, wenn sie keine Gründe beibringt, eine bedeutende Auctorität, aber immer nur durch die Vermuthung, daß sie richtige Gründe für sich habe, sie muß der bessern Einsicht weichen. Wenn die Meinung Gründe beibringt, so kann sie geprüft werden, und es entscheidet nun nicht das Gewicht der Stimme, nur das ihrer Gründe. Das wissenschaftliche Recht ist einer inneren Begründung fähig, und verlangt sie, es ist construirbar, deducirbar. Von einem construirten wissenschaftlichen Recht ist ein motivirtes Gewohnheitsrecht zu unterscheiden, die Entwickelung eines Rechtssatzes reicht oft nicht aus zu jenem, aber zu diesem. Die Wissenschaft findet nun Rechtssätze aus rechtlichen und aus factischen Grundlagen. 1. Ersteres ist der Fall, wenn sie aus den einzelnen gesetzlichen oder gewohnheitlichen Rechtssätzen den höheren Rechtssatz, das Princip, findet, und wenn sie aus seinem Rechtssatz seine Consequenzen zieht, ihn also in kleinere Rechtssätze verkleinert, die seine Anwendbarkeit detailliren, also den Reichthum des Thatbestandes, welchen er in sich schließt, darstellen. Die Analogie ist Consequenz aus dem Princip. Die Wissenschaft findet hiernach Rechtssätze aus andern Rechtssätzen, aus Rechtsgründen, entweder durch Abstraction oder durch Deduction. 2. Ferner findet die Wissenschaft Rechtssätze aus factischen Grundlagen, aus der Natur der Sache, der Verhältnisse, der Institute, des Thatbestandes, also aus dem Factischen. Aus diesem folgt ein Rechtssatz zuweilen mit Nothwendigkeit. Zu diesem Factischen gehört insbesondere der Wille und der Zweck und das Verfahren der Contrahenten bei einem Vertrag, überhaupt der Interessenten bei einem Rechtsgeschäft. Nicht der besondere Wille (Zweck, Verfahren) Einzelner, sondern der all-

gemeine Wille der Gesammtheit, der eben das ausmacht, was, wie man es ausdrückt[1], die Natur der Sache, das Wesen der Verhältnisse, mit sich bringt. Ein großer Theil des Handelsrechts besteht aus solchen aus der Natur der Sache folgenden Rechtssätzen. — Das wissenschaftliche Recht ist zwar nicht nothwendig, aber doch fast ausnahmslos ein Recht der Juristen in dem Sinn, daß es fast nur Rechtskundige von Beruf sind, welche es herausstellen, auch pflegt, wenn Nichtjuristen ausnahmsweise versuchen, Rechtssätze und Rechtsinstitute zu construiren, die Entwickelung, wie das Resultat nicht befriedigend auszufallen. Die Nichtjuristen leisten unter im Übrigen gleichen Voraussetzungen regelmäßig noch weniger, als die schlechten Juristen von Beruf. Dies gilt auch von dem Handelsrecht, weil es mit allem übrigen Recht im Zusammenhang steht. Die Kaufleute, überhaupt die Handeltreibenden[2], entbehren einer zusammenhängenden Rechtskenntniß. Niemand kennt aber natürlich besser als sie das Kaufmännische der Verhältnisse, das ganze Handelswesen, den ganzen Thatbestand des Handels. Diese Kenntniß ist dem Juristen für die Entwickelung des Handelsrechts theilweise unentbehrlich, er kann sie, soweit sie es ist, leichter erwerben, als der Kaufmann eine ausreichende Rechtskenntniß erlangen kann. Der Jurist kann demnach der Belehrung des Kaufmanns nicht entbehren,

---

1) Man nennt dies nicht selten den guten Glauben, Treu und Glauben. Vgl. z. B. Büsch Darstellung der Handlung. Bd. 1. S. 608. 609. §. 6. Nicht zu verwechseln mit dem guten Glauben in dem Sinn des concreten Willens bestimmter Contrahenten. Vgl. unten §. 57. Note 19. *.

2) Unter dem Kaufmann sind im Verlauf dieses §. überhaupt die Handeltreibenden verstanden.

eine Belehrung, welche vollständiger und zusammenhängender und richtiger auf vielfache andere Art, als durch die Sitzungen gemischter Handelsgerichte, welche aber deswegen nicht zu verwerfen sind, zu erlangen steht. Der Kaufmann hält aber auch zum Rechtsspruch nicht selten sich ganz befähigt. Was aber der Kaufmann im Gefühl überwiegender Sachkenntniß mit bestechender Zuversicht von der Natur der Sache, von zweifelloser Absicht der Contrahenten, von alter unerschütterlicher Handelsüsance spricht, darf der Jurist nicht zu willig und gläubig, und nicht ohne Prüfung aufnehmen. Der Tact eines verständigen, bewanderten Geschäftsmannes trifft freilich oft sicherer das Rechte, als eine juristische Exposition ohne Fundament und Halt, und seine Stimme ist ein gewichtiges Zeugniß. Aber dem Juristen bleibt, wenn der Geschäftsmann lehrt, immer die Aufgabe, daß er mißtrauisch das Zusammengefaßte zergliedere, das Vereinzelte in die gehörige Beziehung setze, die fehlenden Gründe erforsche und ergänze, die gegebenen juristisch auffasse, abrunde, erweitere, das Zufällige, Gewöhnliche von dem sondere, was nothwendig, und die äußere Erscheinung von dem, was das wahre Wesen ist. Das Handelswesen gehört dem Beruf des Kaufmanns, das Handelsrecht dem Beruf des Juristen an [3].

§. 9.

Verhältniß verschiedener Rechtssätze zu einander.

Der Vorrang einer Rechtsquelle vor einer andern,

3) Vgl. auch Asser: Bemerkungen über die Handelsgerichte, in der Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 9. 1837. Nr. XXIX. S. 451—465.

m. a. W. der Vorrang eines Rechtssatzes vor einem andern aus dem Grunde, weil der eine, nicht aber der andere ein gesetzlicher oder ein gewohnheitlicher oder ein wissenschaftlicher ist[1], ist für das Handelsrecht kein eigenthümlicher. Eben so wenig ist die Frage, aus welchen andern Gründen ein Rechtssatz vor andern Rechtssätzen den Vorzug habe, für das Handelsrecht eigenthümlich zu entscheiden. Nichts Besonderes gilt demnach für den Fall eines Widerstreites zwischen gemeinem und particulärem Recht, — es tritt, wenn das gemeine Recht nicht absolutes sondern subsidiäres ist, die Regel ein: Stadtrecht und Landrecht bricht gemeines Recht, — und eines Widerstreites zwischen älterem und neuerem Recht[2]. Was die Anwendung des römischen Rechtes betrifft, so ist zwar zunächst darauf zu achten, ob das römische Recht das zu beurtheilende Institut kennt, in welchem Fall die Anwendung seiner Rechtssätze möglich ist. Wie weit das anwendbare römische Recht aber wirklich anzuwenden sei, also die Frage nach seiner Gültigkeit läßt sich nicht durch eine Regel beantworten, weil sie eine historische ist[3]. Entscheidend ist vielmehr, ob das römische Recht die Praxis, die Anwendung, für sich hat, und selbst in diesem Fall wird es durch eine entgegenstehende (wie particuläre, so) gemeine Handelsüsance ungültig. Die Darstellung des gegenwärtigen gültigen Handelsrechts hat eben die Aufgabe, im Einzelnen nachzuweisen, wie weit das römische Recht Gültigkeit hat. Ein wissenschaftliches Recht, wel-

1) Meine Einleitung in d. d. Pr. R. §. 67. 68.
2) A. a. O. §. 70.
3) Vgl. oben §. 3. und meine Einleitung in d. d. Pr. R. §. 69. No. II. und §. 25.

ches vom gültigen römischen Recht abweichende Sätze enthielte, ist gar nicht denkbar, denn die Abweichung, zu welcher die wissenschaftliche Entwickelung gelangt, beruht entweder auf einer rechtswidrigen Grundlage, nämlich darauf, daß das Wesen des Rechtsinstitutes, aus welchem jene Sätze abgeleitet sind, eben nicht nach dem bestehenden Recht, sondern z. B. nach Gründen der Zweckmäßigkeit, bestimmt worden ist, oder sie zeigt, daß das römische Recht bei der Aufstellung einzelner Rechtssätze nicht consequent verfahren ist, wodurch aber diese Rechtssätze an ihrer wirklichen Gültigkeit nicht verlieren können.

§. 10.

Competenz coordinirter Rechtssätze.

Über die Frage: nach den Handelsgesetzen welches Ortes der Richter ein streitiges Recht zu bestimmen hat? entscheiden die allgemeinen Grundsätze von der s. g. Collision coordinirter Rechtssätze[1]. Die Schwierigkeit dieser Lehre steckt aber anderwärts, als wo sie gewöhnlich gesucht wird. Wenn man als Princip hinstellt, daß die Gesetze des Domicils entscheiden, und die zweifache Ausnahme beifügt, daß man zuweilen andern Gesetzen freiwillig sich unterwerfen darf, oder nothwendig sich unterwerfen muß, so zeigt eben die letztere Ausnahme, daß die Gesetze des Domicils und die gewählten, für das con-

1) Die Literatur braucht hier nicht angegeben zu werden. Die Werke von Story 1834, Burge 1838, und Rocco 1838, sind angezeigt in der Zeitschrift für R. W. und Gg. des Auslandes Bd. 7. 1835. Nr. XI. S. 228—249. Bd. 11. 1839. Nr. XVIII. S. 267—289. Die im Text aufgestellten Grundzüge sind genauer entwickelt in meiner Einleitung in d. d. Pr. R. §. 71—85.

crete Verhältniß recipirten Gesetze nicht zunächst zu beachten sind, sondern daß dies die Gesetze der Ausübung sind, nämlich die Gesetze des Richters, dessen Schutz die Partheien anrufen. Auf diese Gesetze wäre also wohl mit größerm Recht das Princip zu stellen. Daß nun der zufällige Umstand, wo das Recht zur Ausübung kommt, den entscheidenden Rechtssatz bestimmt, ist kein Einwand gegen die Richtigkeit des Princips, schon weil er auch die Ausnahme als unrichtig beweisen würde. Der Richter hat zunächst seine Gesetze anzuwenden, d. h. die Gesetze, welche in seinem Gerichtssprengel gültig sind. Diese Gesetze hat er anzuwenden auf alle Personen, für welche sie gegeben sind, welches nur Einheimische oder nur Fremde, oder Einheimische und Fremde seyn können, und auf alle Sachen, Handlungen, Rechtsgeschäfte, Verhältnisse, für welche sie gegeben sind, welches geschehen seyn kann mit oder ohne Berücksichtigung des Umstandes, ob die Personen, welche zu diesen Sachen, Handlungen, Rechtsgeschäften, Verhältnissen in Beziehung stehen, Einheimische oder Fremde sind. Welches nun der Sinn, die Meinung, eines Gesetzes in allen diesen Beziehungen ist, wie weit der Umfang der Anwendung, der verbindenden Kraft, eines Gesetzes sich erstreckt, nämlich für welche Personen und für welche Fälle es gegeben ist, dieses herauszufinden, ist der allein schwierige Punct, weil die Gesetze über diese Frage sich meistentheils nicht aussprechen. Der Richter darf und muß die Anwendung nur insofern unterlassen, als seine Gesetze es wollen, und dieses ist, wenn die anzuwendenden Gesetze nur dispositiver, vermittelnder Natur sind [2], eben nach dieser Natur derselben dann der Fall,

2) Bei jedem Rechtssatz ist besonders zu untersuchen, ob er dieser Natur sei.

wenn die Partheien nach ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung [3] andere Gesetze für ihr Rechtsverhältniß recipirt haben. Absolute Gesetze dagegen kommen immer zur Anwendung, ohne daß es auf die Absicht, sich ihnen unterwerfen oder nicht unterwerfen zu wollen, ankommt, wenn die Voraussetzungen ihrer Anwendung vorhanden sind. Wo dieses nicht der Fall ist, da fehlt es soweit für die Entscheidung des Rechtsstreites dem Richter an einem ihm gegebenen Gesetz, und es steht also dann nichts entgegen, daß er nach fremden Gesetzen entscheidet, und zwar nach denjenigen, nach welchen das streitige Recht des Fremden oder des Einheimischen bereits als ein anderwärts z. B. im Domicil, am Contractsort, begründetes Recht sich herausstellt. Nur insofern kann also von der allenthalben zu respectirenden Wirksamkeit eines wohlerworbenen Rechts die Rede seyn. Die Schwierigkeit der Lehre liegt also nicht in der Auffindung des Gesetzes, welches zunächst zu beachten ist, denn dieses kann für den Richter kein anderes, als sein Gesetz seyn, sondern in der Nachweisung, ob dieses Gesetz über das streitige Recht eine Bestimmung enthält, oder ob es die Bestimmung anderen, fremden Gesetzen, und welchen überlassen will. Dies ergiebt sich auch daraus, daß alle Schwierigkeit gehoben ist, wenn der Richter in seinen Gesetzen eine Bestimmung über diese Frage, eine Theorie über den Conflict verschiedener Gesetze vorfindet; denn man wird doch nicht behaupten wollen,

---

3) „oder gesetzlicher Annahme (Vermuthung)." Dieser Zusatz in den vorigen Auflagen war zu streichen, denn was man vermutheten Willen nennt ist der Inhalt eines Rechtssatzes, welcher dem Privatwillen nachgiebt. Vgl. meine Einleitung in d. d. Pr. R. §. 74. Note 3.

daß auch die, fast gar nicht aufgeworfene Frage, welches Gesetzes Theorie über den Conflict anzuwenden sei, zunächst nach den Gesetzen des Domicils der Partheien, — und welcher Parthei? — zu beantworten sei. Jede Bestimmung über den Conflict der Gesetze ist nur eine Bestimmung, wie die einheimischen Gesetze zu verstehen seien. — Im Obigen ist unsere Frage nur in der Bedeutung aufgefaßt, welche sie für die Entscheidung eines Rechtsstreites hat, sie wird aber natürlich auch für die Schließung eines Rechtsgeschäftes bedeutend, doch läßt sich nicht immer voraussehen, nach welchen Gesetzen dieses später werde beurtheilt werden. Übrigens gilt, was in der obigen Darstellung von den Gesetzen gesagt worden ist, überhaupt von allen auch den nicht gesetzlichen Rechtssätzen.

§. 11.
Literatur.

Das Privathandelsrecht ist in folgender Weise dargestellt worden. 1. In Commentaren, welche zunächst den Text der Quellen interpretiren, dabei aber auch oft nebenbei viel Anderes berühren. 2. In Werken nach einer selbstgewählten Ordnung. Sie umfassen entweder das gesammte Handelsrecht, oder einzelne größere Theile desselben, und zwar als selbständige Werke oder als Theil einer Darstellung des deutschen Privatrechts. Hieher gehören auch die Entwürfe, welche der Gesetzgebung vorarbeiten. 3. In mehr oder weniger ausführlichen Erörterungen einzelner Fragen, welche bald allgemeiner bald specieller gestellt und beantwortet sind. Sie erscheinen in der Form von Abhandlungen, namentlich Dissertationen, von Rechtssprüchen (Urtheilen, Präjudizien), von Gutach-

ten auf geschehene Anfrage. Diese sind ertheilt von Juristenfacultäten oder Schöppenstühlen, von einzelnen Juristen, von einzelnen oder mehreren Kaufleuten. 4. Einzelne handelsrechtliche Fragen sind auch gelegentlich bei der Darstellung des gemeinen oder des particulären Rechts erörtert worden.

Im Folgenden sind nur die bedeutenderen Schriften angeführt.

Die Literatur des gesammten Handelsrechts ist am vollständigsten zusammengestellt bei Pardessus cours de droit commercial. éd. III. Band 1. S. 3—232; gegen die Locirung der einzelnen Schriften läßt sich freilich mancherlei einwenden. Die Literatur, deutsche und außerdeutsche, auch der einzelnen Rechtssätze findet sich am vollständigsten in Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. Siebente Auflage. Zweiter Band. Regensburg 1847.

Commentare, welche der Ordnung der Quellen folgend, sie erläutern.

Das Handelsgesetzbuch der Königlich Preußischen Rheinprovinzen, übersetzt und erläutert von C. A. Broicher und F. F. Grimm. Köln am Rhein 1835.

Der Text des Buches hätte, da er nur eine Übersetzung des Code de commerce ist, im Folgenden gern uncitirt bleiben können, er ist aber wegen der Erläuterungen, die sich in den Noten an denselben anschließen, gleich nach dem Code de commerce citirt worden, unter dem Titel: Rheinisches Handelsgesetzbuch.

Das französische Civilgesetzbuch und Handelsrecht, erläutert aus Urtheilen der französischen Gerichtshöfe, Gesetzen und andern Quellen. Nach Code civil (et de commerce) annotés des dispositions interprétatives, modificatives et applicatives, par J. B. Sirey et L. M. de Villeneuve, und bis auf die neueste Zeit fortgesetzt. Für das Großherzogthum Baden mit steter Rücksicht auf Gesetze, Verordnungen und Entscheidungen der Gerichtshöfe dieses Landes, bearbeitet von Wilhelm Thilo. Karlsruhe. Erster Band. 1838. Von Art. 1—892. Zweiter Band. 1839. Von Art. 893—2281. Dritter Band, ent-

haltend das erläuterte Handelsrecht und Ergänzungen des erläuterten Civilgesetzbuches. 1841.

Selbständige Werke, welche nach einer selbstgewählten Ordnung das gesammte Handelsrecht darstellen.

Benvenuti Stracchae, aliorumque clarissimorum jurisconsultorum, de mercatura, cambiis, ... navibus . . . . decisiones et tractatus varii. Nova editio. Amstelod. 1669. Eine andere Ausgabe Coloniae 1622. hat den Titel: De mercatura decisiones et tractatus varii, in quibus omnium authorum praecipue Benvenuti Stracchae . . . . tractatus librique continentur; sie stimmt mit jener Ausg. überein, hat aber nicht, wie sie, als Anhang die beiden Tractate Stracchas de assecurationibus und de proxenetis.

Die in dem Werk enthaltenen Abhandlungen der andern Autoren betreffen entweder gar nicht, wenigstens nicht vorzugsweise, das Handelsrecht, oder sind, mit Ausnahme von **Santerna de assecurationibus**, unbedeutend. Das Werk von **Straccha** geht von S. 340—562.

Johann Marquard tractatus politico juridicus de jure mercatorum et commerciorum singulari. Francofurti 1662 in fol.

Die eigentliche Darstellung des Handelsrechts geht von S. 1—572, dann folgt im Anhang von S. 13—744 eine Sammlung von handelsrechtlichen Documenten, welche meistentheils das Völkerrecht des Handels betreffen.

Ansaldi de Ansaldis discursus legales de commercio et mercatura. Genevae 1698.

Das Werk bedarf keiner besondern Erwähnung im Einzelnen, wenn man das Werk von **Casaregis** zur Hand hat, da dieser fortwährend auf **Ansaldus** Rücksicht nimmt. Beide Werke erhalten dadurch eine besondere Lebendigkeit, daß die Theorie sich immer an einen vorweg erzählten Rechtsfall anlehnt. Das Werk von Ansald theilt gelegentlich einzelne Rechtssprüche mit.

Josephi Laurentii Mariae de Casaregis discursus legales de commercio. Tomi II. ed. II. Florentiae 1719.

Das Werk ist bei weitem bedeutender als die drei vorhin aufgeführten. Die Fragen, welche einer Lehre angehören, sind aber oft weit von einander getrennt. Es sind viele **decisiones** z. B. der **rota** zu Pisa, Florenz, u. s. w. gelegentlich mitgetheilt. — Als Anhang zu tom. I. das **Consolato**, zu tom. II. **Weytsen de avariis.**

P. J. Marperger neu eröffnetes Handelsgericht, oder wohl bestelltes Commercien-Collegium. Hamburg 1709. in 4.

G. F. v. Martens Grundriß des Handelsrechts. 3te Ausg. Göttingen 1820.

J. H. Bender Grundsätze des deutschen Handlungsrechts; bis jetzt 2 Bände. Bd. 1. 1824: das engere Handelsrecht. Bd. 2. 1828 in 2 Abtheilungen das Wechselrecht. Das Seerecht ist versprochen.

F. Fischer Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts mit Ausschluß des Wechsel- und Seerechts. Prag 1828. Dritte Auflage, bearbeitet von J. Ellinger. Wien 1848.

M. Pöhls Darstellung des gemeinen deutschen und des hamburgischen Handelsrechts. Bd. 1. 1828 das engere Handelsrecht. Bd. 2. in 2 Theilen 1829 das Wechselrecht. Bd. 3. in 4 Theilen 1830—1833. das Seerecht. Bd. 4 in 2 Theilen das Assecuranzrecht.

F. G. v. Bunge Darstellung des heutigen russischen Handelsrechts, mit Rücksicht auf die deutschen Ostseeprovinzen. Riga 1829.

Dies vortreffliche Buch schließt leider das Wechselrecht und das Seerecht von der Darstellung aus.

K. E. Morstadt Commentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs. Kritisch-pragmatisch: auf der Basis des (mitabgedruckten) Grundrisses von Martens. Erster Theil: das Ganze betreffend, außer dem Wechselbrief- und dem Seefracht-Wesen. Heidelberg 1849.

C. H. L. Brinckmann Lehrbuch des Handelsrechts mit Ausschluß der Lehren des Wechsel-, See- und Assecuranzrechtes. Heidelberg 1853.

So der Titel. Es sind aber erst 2 Lieferungen erschienen, zusammen 25 Bogen.

J. M. Pardessus cours de droit commercial. éd. III. 5 Bände. Paris 1825 und 1826.

Ich führe nur diese Auflage an, weil nur sie von mir benutzt ist. Es ist eine fünfte in 6 Bänden erschienen. Mit diesem Werk steht ein deutsch geschriebenes Buch von A. Schiebe: Lehrbuch des Handelsrechts mit Ausnahme des Seerechts. Leipzig 1838. in Verbindung. Das Buch nennt sich auf dem Titel: frei bearbeitet nach Pardessus,

und im Vorwort S. XI. heißt es: mein Manuscript ist nach der vierten Auflage des Werkes des Herrn Pardessus umgearbeitet worden, am Schluß des Vorworts S. XII. wird aber das Buch eine deutsche Bearbeitung des französischen Originals genannt. Danach scheint jenes Manuscript auf der Grundlage einer früheren Ausgabe des Werkes von Pardessus ausgearbeitet, und nach der vierten Auflage umgearbeitet zu seyn. Abgesehen von den Anmerkungen des Verfassers, welche als Noten unter dem Text stehen, ist das Buch lediglich eine Übersetzung. Eine Bearbeitung des französischen Werkes ist es nach der Art dieser Anmerkungen, welche überdies verhältnißmäßig nicht zahlreich sind, schlechterdings nicht zu nennen, am wenigsten eine Bearbeitung für das deutsche, oder gar, was auch wohl nicht die Meinung des Übersetzers ist, zu einem deutschen Handelsrecht, dessen Quellen ja auch ganz andere sind, als die Darstellung des französischen Handelsrechts durch Pardessus. — An das erwähnte Buch schließt sich als Fortsetzung an das von Schiebe übersetzte Seerecht von Pardessus, welches den dritten Band des cours d. d. c. ausmacht.

José da Silva Principios de Direito Mercantil, e Leis de Marinha, para uso da Mocidade Portugueza, destinada ao Commercio, divididos em oito tractados elementares. Lisboa. Tomo I. 1828. — II. 1818. — III. 1817. — IV. 1819. — V. 1828. — VI. 1819. — VII. 1819. folio.

Nur diese sieben Bände kenne ich. Ist der achte, welcher, nach der Übersicht im ersten Bande, da Economia Politica handeln würde, erschienen? Und erklären sich die Jahrszahlen vielleicht aus verschiedenen Auflagen? Die Titelblätter bemerken nichts der Art. Der Inhalt der sieben Bände ist folgender. I. Do Seguro Maritimo. II. Do Cambio Maritimo. III. Das Avarias. IV. Das Letras de cambio. V. Dos Contractos Mercantis. VI. Da Policia dos Portos, e Alfandegas. VII. Dos Tribunaes, e Causas de Commercio. — Das Werk enthält ein reiches Detail, wobei das römische Recht vielfach benutzt, wenn auch nicht immer ausdrücklich angeführt ist. Vieles von dem, was im fünften Bande abgehandelt ist, der das Handelsrecht, welches nicht Wechselrecht und Seerecht ist, enthält, ist aber eigentlich nicht Handelsrecht, und übergeht die Seiten, welche diesem angehören, oft ganz, so namentlich bei den Handelsgesellschaften. Das Werk ist noch besonders interessant für die Erklärung des Codigo commercial; daß es auf diesen Einfluß gehabt, würde man schon aus der Vergleichung beider Arbeiten abnehmen können, wenn es nicht ohnehin (Mittermaier in der Vorrede S. IX. zu Schiebes Lehrbuch des Handelsrechts nach Pardessus) versichert würde.

J. W. Smith a compendium of mercantile law. London. 1834. Second edition. London 1838.

Die zweite Auflage ist eine vermehrte und verbesserte. Ein anderes englisches Werk kenne ich nur aus flüchtiger Ansicht: Woolrych treatise on the commercial law of England. London 1829.

James Kent commentaries on american law. New York 1826. Vier Bände. Zweite Ausgabe. 1832.

Es gehört dem Handelsrecht an: In volume I. Lecture XX—XXII. und von Lect. XXIII. S. 481. 482. 506—508 (Rechtsquellen). In volume II. von Lect. XXXIV. S. 261—263 (Marktverkäufe), von Lect. XXXVI. S. 306—315, und Lect. XXXIX—XLI. (Kauf, andere Vorträge, Commissionshandel). In vol. III. Lect. XLII—L. (Das Seerecht und das Wechselrecht). — Da mir von der zweiten Ausgabe nur die beiden letzten Bände zu Gebote sind, so ist der erste und zweite Band nach der ersten, der dritte und vierte nach der zweiten Ausgabe citirt worden. — Ein anderes Werk: Kent practical treatise on commercial and maritime law. Edinburgh 1837. soll, wie mir versichert worden ist, nur ein Nachdruck des obigen Werks seyn.

E. Cesarini principii del diritto commerciale secondo lo spirito delle leggi pontificie. 12 Bände. Roma 1827—1836.

Der Verfasser will, wie er ausdrücklich bevorwortet (S. IX. X.), nicht nur die leggi pontificie, d. h. besonders das regolamento provvisorio, ihrem Geist nach darstellen, sondern ein allgemeines europäisches Handelsrecht, seinen unwandelbaren Grundzügen nach geben, verbunden mit der Anwendung, daß er aus ihnen jene Gesetze erläutere. Dabei nimmt er fortwährend Bezug auf das römische Recht, ohne jedoch eigentlich tief einzugehen.

A. Fremery études de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçans. Paris 1833.

Man findet nicht selten, auch in von Martens Grundriß S. 10, unter den Werken über Handelsrecht angeführt: Carolus Molinaeus tractatus commerciorum et usurarum, redituumque pecunia constitutorum et monetarum. Parisiis 1555. in 4. auch in andern Ausgaben. Allein sehr Weniges, und das ist nicht bedeutend, von dem hier Abgehandelten, trifft ausschließlich das Handelsrecht.

Darstellungen des gesammten Handelsrechts als eines Theiles des deutschen Privatrechts.

J. F. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Achte Auflage, herausgeg. v. C. L. Runde. Göttingen 1829.

Dazu als Commentar: W. A. F. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. Zehn Bände. Stuttgart 1796 — 1823.

K. F. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht. Vierte Ausgabe. Göttingen 1836. Fünfte Ausgabe 1845.

C. J. A. Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Sechste Ausgabe. Zwei Bände. Regensburg 1842. 1843. Siebente Auflage. Zwei Bände. 1847.

G. Phillips Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts. Zweite Auflage. Zwei Bände. Berlin 1838. 1839. Dritte Auflage 1846.

R. Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. Bonn 1834.

Von der zweiten Auflage ist der erste Band 1840 erschienen, welcher das Handelsrecht nicht enthält.

J. H. Hillebrand Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels- und Lehnrechts. Leipzig. 1849.

C. F. Gerber System des deutschen Privatrechts. Vierte Auflage. Jena 1853.

Bluntschli Deutsches Privatrecht. Zwei Bände. München 1853. 1854.

H. G. P. Gengler Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Erlangen 1854.

Es fehlt noch die versprochene Schlußlieferung, welche etwa zehn Bogen enthalten soll.

F. Bluhme Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte. Erste Abteilung. Äußere Encyclopädie. Zweite vermehrte und verbesserte Ausgabe. Bonn 1854. Auch unter dem Titel: Übersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen. Zweite Abteilung. Auch unter dem Titel: System des in Deutschland geltenden Privatrechts mit Einschluß des Civilprocesses. Bonn 1852.

Die §§. 530 — 552 bilden nur einen kleinen Theil von dem hieher gehörenden Inhalt des bedeutenden Werkes.

Grundrisse, welche das gesammte Handelsrecht als einen Theil des deutschen Privatrechts umfassen.

C. F. Dieck Geschichte, Alterthümer und Institutionen des

deutschen Privatrechts im Grundriß mit beigefügten Quellen Halle 1826.

F. Ortloff Grundzüge eines Systems des teutschen Privatrechts mit Einschluß des Lehnrechts. Jena 1828.

W. T. Kraut Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechts nebst beigefügten Quellen. Zweite Ausgabe. Göttingen 1839. Dritte Ausgabe. 1845.

Entwürfe, um der Legislation vorzuarbeiten, das gesammte Handelsrecht betreffend.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Würtemberg mit Motiven. Zwei Theile. Theil 1. Entwurf. Theil 2. Motive. Stuttgard 1839. 1840.

Das Werk ist von dem Obertribunalrath von Hofacker, welchem „der Auftrag ertheilt ward, ein Gutachten in Form eines Gesetzentwurfes auszuarbeiten." (Vorwort des K. Justiz-Ministerium). Es ist im Folgenden natürlich nur aus dem Gesichtspunct einer wissenschaftlichen Arbeit angezogen worden. Zu vgl. H. F. Osiander der Entwurf zu einem neuen H. G. B. für Würtemberg vom practischen Gesichtspunct beleuchtet. Tübingen 1844.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Deutschland. Von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Commission. Erste Abtheilung. Frankfurt a. M. 1849.

Der Entwurf zerfällt in fünf Titel: 1. Kaufleute und Handelsgeschäfte. 2. Form der Verträge, Beweismittel in Handelssachen überhaupt, Handelsbücher insbesondere. 3. Handelsgesellschaften. 4. Börsen und Makler. 5. Commissionär, Spediteur, Frachtführer. — Eine beachtenswerthe Critik, aber nur der beiden ersten Titel und der ersten funfzehn Artikel des dritten Titels, hat geliefert Brinckmann im Archiv für die civilistische Praxis Bd 32. Nr. XV. S. 356 — 400. Bd. 33. Nr. IV. S. 67 — 100. Bd. 34. Nr. VII. S. 151 — 173. Seine positiven Ansichten in der Critik des ersten Titels sind so lange unprüfbar und unbrauchbar, bis er den Begriff des von ihm fortwährend gebrauchten Wortes Waare aufstellt. Übrigens ist der sinnlose Zusatz auf S. 7 Z. 4 v. u. des Entwurfes: „alsdann ..... Überwiegende ist." ohne Vorwissen der Commission später eingefügt worden. — An der Berathung über die Abschnitte: Von den Börsen. Vom Spediteur. Vom Frachtführer. habe ich keinen Theil genommen.

Sammlungen von Abhandlungen, die das gesammte Handelsrecht umfassen.

Archiv für das Handelsrecht, herausgegeben von einigen hamburgischen Rechtsgelehrten. 2 Bände. Hamburg 1818 u. 1820.

F. J. Jacobsen neue Sammlung handelsrechtlicher Abhandlungen. Altona 1823.

Heise und Cropp juristische Abhandlungen. 2 Bände. Hamburg 1827 und 1830.

Rechtsfälle aus dem Gebiete des Handelsrechts und deren Entscheidungen durch das Hamburgische Handelsgericht. Aus Dr. C. W. Ascher's Monatsschrift für „Politik und Handel" besonders abgedruckt. Hamburg. Bd. 1. u. 2. 1836. Bd. 3. in 4 Heften 1837.

Zipffell Kaufmanns Complementariat (in dessen Tractatus von Wechselbriefen. Frankfurt und Leipzig 1701. S. 325—544).

Das Werk gehört der Sache, freilich nicht dem Titel nach hieher und nur hieher. Es werden in demselben, angeschlossen an die einzelnen Worte einer überfüllten Generalhandelsprocura und Proceßvollmacht, wie sie öfters, z. B. auch in Marperger Handelsdiener S. 59—70 sich findet, Fragen aus vielen Materien des Handelsrechts besprochen.

Archiv für das preußische Handels- und Wechsel-Recht. Herausgegeben von H. Gräff. Breslau. Bd. 1. Heft 1. 1844. Heft 2. 1845. Heft 3. 1846.

Zeitschrift für Handelsrecht mit Hinblick auf die Handelsrechts-Praxis in Preußen, und auf die Grundsätze des Königl. Obertribunals zu Berlin in Handelssachen. Von W. Gelpcke. Berlin. Heft 1. 2. 1852. Heft 3. 1853.

Sammlungen von Rechtssprüchen, das gesammte Handelsrecht betreffend.

1. Rotae Genuae de mercatura et rebus ad eam pertinentibus decisiones ..... praesertim de iis, quae in Praxi quotidiana ut plurimum occurrunt. Editio III. Francofurti 1612. in 4. (Die praefatio, welche zugleich die Dedication ist, und eben so das letzte Blatt haben aber die Jahrszahl 1592, und nennen beide einen andern Verleger, als das Titelblatt, so daß es scheint: diese s. g. dritte Auflage sei keine eigentliche Auflage).

Es sind Entscheidungen der rota zu Genua, sie haben aber weit weniger als solche Werth, als wegen der ausführlichen Entscheidungsgründe, welche eine Menge von Fragen berühren, die man nach der

kurzen Bezeichnung jeder decisio, es ist das Buch in 215 decisiones getheilt, und oft auch nach dem summarium nicht erwartet. Der ganze Inhalt des Werkes findet sich auch bei Straccha de mercatura. Amstelod. 1669. S. 1—339. und Coloniae 1622. auch S. 1—339.

2. Sammlung der Entscheidungs-Gründe des Ober-Appellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck in bremischen Civilrechtssachen. Statt der Abschrift für bremische Theilnehmer der Sammlung als Manuscript gedruckt. Erster Band, enthaltend die Jahrgänge 1842, 1843, 1844, 1845. Bremen 1846. Zweiter Band, enthaltend die Jahrgänge 1846, 1847, 1848, 1849, 1850. Bremen 1851.

3. Auswahl handelsrechtlicher Streitfälle, verhandelt vor dem Handelsgericht der freien Hansestadt Bremen, nebst den von dem Handelsgericht und den höheren Gerichten abgegebenen Erkenntnissen und Entscheidungsgründen. Bremen 1851.

4. Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck, in hamburgischen Rechtssachen, nebst den Erkenntnissen der früheren Instanzen. Erster Band, die Erkenntnisse vom 1. Februar 1843 bis zum 31. December 1847 enthaltend, nebst Sachregister. Hamburg 1849. Zweiter Band. Erste Abtheilung. Erkenntnisse aus den Jahren 1848 bis 1851 enthaltend. Hamburg 1852. Zweite Abtheilung. Erkenntnisse aus dem Jahr 1852 enthaltend. Hamburg 1853. Dritte Abtheilung. Erkenntnisse aus dem Jahre 1853 enthaltend. Hamburg 1854.

Der erste Band ist ursprünglich erschienen in fünf Heften 1843. 1845. 1847. 1849. 1849. Diese Hefte so wie die drei Abtheilungen des zweiten Bandes haben durchlaufende Seitenzahlen.

5. Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen, mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der früheren Instanzen. Herausgegeben von Dr. Joh. Jac. Römer. Erster Band. Erstes Heft. Frankfurt a. M. 1854.

6. Gerichtliche Entscheidungen in Wechsel- und Mercantilsachen nach dem bayerischen Wechsel- und Mercantilrecht und Processe und der augsburger Wechselordnung. Aus den Acten des k. Wechsel- und Mercantilgerichts München gesammelt und mit k.

Allerhöchster Bewilligung herausgegeben v. L. Posset. München 1844.

7. Sammlung einiger nürnbergischen Handelsrechts-Gewohnheiten. Dargestellt durch Auszüge von Beschlüssen und Entscheidungsgründen betreffender Erkenntnisse. Von G. A. Nürmberger. Nürnberg 1846.

Diese Schrift und zwei andere desselben Verfassers (über die nürnb. W. O. und die nürnb. H. G. O.) sind auch zusammen unter dem Titel erschienen: Sammlung von Beiträgen und Anmerkungen zu practischer Erläuterung nürnbergischer Handels-Wechsel-Rechte und Gewohnheiten. Nürnberg 1846.

8. Rechtssprüche und Gutachten der Juristen-Facultät zu Rostock. Berlin 1846.

9. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von J. A. Seuffert. Sechs Bände. München 1847—1853. Band 7. Heft 1. 1854.

10. Hieher gehören auch das Archiv für das Handelsrecht, und die Rechtsfälle aus Aschers Monatsschrift, so wie das in Marseille seit 1820 erschienene Journal de jurisprudence commerciale et maritime, und das Archiv von Gräff, und die Zeitschrift von Gelpcke.

Andere Sammlungen von Rechtssprüchen sind aufgeführt in meiner Einleitung in d. d. Pr. R. §. 21.

Sammlungen von Gutachten, das gesammte Handelsrecht betreffend.

1. Reichlicher hat kein Einzelner handelsrechtliche Gutachten ertheilt, als Jaques Savary, geboren 1622, Kaufmann bis 1658, dann mehrere Ämter bekleidend, gestorben 1690. Man nannte ihn in Frankreich l'oracle du commerce, und die ordonnance de commerce von 1673, auf deren Inhalt er den größten Einfluß hatte, le Code Savary. Gesammelt edirt sind seine Gutachten unter dem Titel: Parères, ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce. Sie bilden in der dritten Ausgabe von 1752 (die erste: 1688) den 2ten Theil (363 Seiten) des parfait négociant, neue Ausgabe. fol. 1752. Auch in dem ersten Theil des letzteren sind einige Pareres von Savary enthalten. Dieser Savary ist nicht zu verwechseln mit seinem Sohn Jaques Savary, von welchem der

Plan und die Grundlage des dictionnaire universel de commerce, zuerst 1723 in 2 Fol. Bänden, herrührt. Vgl. Jacob Savary und seine beiden Söhne; in der neuen Handlungsbibliothek. Bd. 1. 1799. S. 50—71.

2. P. J. Marperger zulänglicher Vorrath unterschiedlicher Responsorum und kaufmännischer Pareres. Hamburg 1709. auch als Anhang zu dem neu eröffneten Handelsgericht.

Das Werk enthält theils responsa des Savary im Auszug und deutsch aus dessen Parères und dessen parfait négociant, theils bloße Rechtsfälle (casus) ohne alle Entscheidung, theils responsa von einzelnen Juristen (Strycke, Zipffell), theils responsa von Juristenfacultäten (Leipzig, Rostock, Frankfurt, Halle), theils eigentliche Pareres, nämlich Gutachten von mehreren Kaufleuten, theils Entscheidungen rein theoretisch ohne Anfrage, theils wirkliche sententiae, Urtheile. Es bezieht sich auf das ganze Handelsrecht, aber freilich am meisten auf Wechselrecht und am wenigsten auf Seerecht, wovon nur Assecuranzrecht S. 255. 256.

Literatur des Handelsrechts einzelner Staaten.

Über die Literatur des Handelsrechts von Österreich, Preußen, Sachsen, den freien Städten, Frankreich und England ist zu vgl. Bender engeres Handelsrecht §. 21, und, so wie auch von den Niederlanden, Spanien, Portugal, Neapel, dem Kirchenstaat, Rußland und Nordamerika Mittermaier Privatrecht Aufl. V, §. 25. Note 17—20. 22. 28—37. §. 44. Note 3; Aufl. 6. §. 25. Note 21—24. 27. 33—45. §. 44. Note 3 und überhaupt Pardessus cours. I. S. 180—217.

Erster Theil.

Der Handel.

§. 12.

Eigentlicher Handel.

Der eigentliche Handel, das Gewerbe des Kaufmannes, macht eine Sache dadurch, daß er sie unverarbeitet umsetzt, macht sie durch ein eigentliches Handelsgeschäft zur Waare. Ihm und nur ihm gehören die Begriffe Kaufmann, Waare, eigentliches Handelsgeschäft an*. I. Der eigentliche

Der Handel. Straccha. S. 340—354. Bender §. 7. Pöhls §. 1. Pardessus cours I. S. 225—252. 326—336. (vgl. auch S. 252—302). Rau in der allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber s. v. Handel. S. 80—88.. Büsch Darstellung der Handlung I. S. 3—5. 121—155. 172—183. Entwurf e. H. G. B. für Deutschland. S. 1—34. Brinckmann im Archiv f. civ. Praxis. Bd. 32. S. 356—400.

*) Brinckmann Handelsrecht S. 1—5. dreht sich bei seinen Begriffen von Handel, Handelsgeschäft, Waare, Kaufmann, im Cirkel. Er erklärt Kaufmann durch Handelsgeschäft (§. 5), Handelsgeschäft durch Handel (§. 2 Nr. II.), Handel durch Umsatz von Waaren (§. 2 Nr. I.), und Waare durch Handelsumsatz (§. 4). Weiter gelangt er nicht. Auch gegen das Einzelne ist viel zu erinnern, z. B. daß einem Handelskauf die Absicht des Gewinnes nicht wesentlich sei (§. 2. Note 1).

Handel[1] ist der Umsatz von Sachen in wesentlich unveränderter Form, als Gewerbe betrieben. Es ist erforderlich 1. Umsatz — d. h. Anschaffung und Veräußerung (gewöhnlich Kauf und Verkauf, seltener Tausch) mit Beziehung auf einander, indem bei der einen immer die andere beabsichtigt wird. Also Kauf um Verkauf, oder Verkauf um Kauf folgen zu lassen. Von dem Umsatz ist der Absatz d. h. das bloße Verkaufen zu unterscheiden, eben so wie das bloße Kaufen. Der Handel vermittelt zwischen dem Producenten und dem Consumenten. Es ist erforderlich 2. Umsatz in wesentlich unveränderter Form — d. h. es muß dieselbe Sache veräußert werden, welche angeschafft ward, also diese nicht zu einer neuen verarbeitet. Dieses Merkmal unterscheidet den Handel von der Anschaffung und dem Absatz des Landwirths, des Fabrikanten, des Handwerkers, überhaupt des verkaufenden Producenten[2]. Zertheilen eines Ganzen ist nicht

---

1) Die Sprache sagt für Handelsgewerbe u. Handelsbetrieb statt Handel auch Handlung, u. braucht den letzten Ausdruck auch für das handeltreibende Subject, sie sagt die Handlung X, die Handlung X & Z, gleichbedeutend wie die Firma X & Z.

2) Daher treibt der Fabrikant, wenn er auch, statt an den Kaufmann abzusetzen, den Consumenten erwartet oder aufsucht, nicht Handel, wie Rau in der allg. Encyclopädie s. v. Handel S. 81 meint, er hat auch streng genommen neben dem Gewinn, den die Erzeugung abwirft, nicht noch einen Gewinn aus dem Tausch, denn es ist hier nur ein Gewinn aus der Erzeugung durch den Absatz des Erzeugten. Der gewöhnliche Sprachgebrauch tadelt freilich einen Fabrikanten und Landwirth, der das Product, ehe er zum Verkauf sich entschließt, erst lange an sich hält, mit dem Ausdruck: daß er auch den Kaufmann spiele und speculire. Daher ist das ausschließliche Recht des Staats Pulver, Brandtwein, Taback, Salz zu gewinnen und zu ver-

Verarbeiten, am gewöhnlichsten ist es beim Kleinhandel. Es ist erforderlich 3. Umsatz ohne Verarbeitung *als Gewerbe betrieben* — d. h. als anhaltende Nahrungsquelle betrieben, wodurch die Absicht des Gewinnes (Speculation) als dem Handel wesentlich ausgesprochen ist. Die Absicht, nicht der Gewinn, also die *Speculation*, nicht das Gelingen derselben ist wesentlich. Die Speculation erwartet Unterschied der Preise, der Anschaffung und der Veräußerung der Sache an verschiedenen Orten oder zu verschiedenen Zeiten, also es wird speculirt auf *Verschiedenheit* oder auf *Änderung* der Preise, bei der Änderung entweder aufs *Steigen* oder aufs *Sinken* der Preise. Der Preis bildet sich nach dem Verhältniß zwischen Nachfrage und Angebot, nach der *Conjunctur*. Der Ort, wo beide zusammenkommen, ist der *Markt*. Die abgeschlossene Speculation hat durch ihre Realisirung Einfluß auf die Conjunctur, und daher auf ihren eigenen Ausgang. Der Unterschied der Preise ist der *Gewinn* aus dem einzelnen Geschäft. Der Preis der Anschaffung besteht aber nicht allein aus dem Einkaufspreise und dessen Zinsen, und den andern auf nur diese Waare verwandten Kosten (z. B. Transport, Assecuranz), und deren Zinsen, also nicht allein aus den directen Kosten der Waare, sondern auch aus einem Theil der allgemeinen Handelskosten und deren Zinsen, d. h. derjenigen Kosten, die nicht direct durch ein einzelnes Geschäft und gerade durch dieses, sondern die durch die Gesammtheit aller einzelnen Geschäfte, durch die Betreibung des Handelsgewerbes, veranlaßt werden; diese Kosten wer-

---

kaufen (.... Salzmonopol, oder regal) nicht mit Baumstark Encyclopädie §. 483. als ein Handelsmonopol aufzufassen.

den hauptsächlich gegeben durch die Anschaffung, Erhaltung und Werthverminderung von Gebäuden und Transportmitteln, so wie durch den Lohn des gesammten Handelspersonals. Es darf aber auf ein einzelnes Geschäft selbst der aus andern Geschäften erwachsene Verlust nicht, um so weniger der bloße Risiko repartirt werden, obgleich alle Verlüste anzuschlagen sind, wenn der Gewinn aus der ganzen Handlung (Handelsgewerbe) berechnet werden soll, ein solcher kann aber natürlich erst dann sicher und genau bestimmt werden, wenn die Handlung niedergelegt worden ist. Der Unterhalt der Familie ist nicht zu beachten, weil er aus dem Handelsgewinn zu bestreiten ist. — Die auf Gründe zurückgeführte Vorausbestimmung, die Vorausberechnung, des Gewinnes heißt Calculation. — Nach dem Obigen kann jedes Handelsgeschäft ein Speculationsgeschäft genannt werden, ein sich selbst nicht klarer Sprachgebrauch braucht aber diesen Ausdruck in einem engern Sinn, eine feste Grenze hat man, wenn man den letzteren auf die Geschäfte bezieht, bei denen auf die Änderung des Preises (Steigen oder Sinken) speculirt wird. II. Kaufmann. Wer das Gewerbe des eigentlichen Handels treibt ist Kaufmann. Mit dem Kaufmann ist nicht zu verwechseln der, welcher, ohne Kaufmann zu seyn, kaufmännische Rechte hat. Umgekehrt giebt es Kaufleute, welchen die kaufmännischen Rechte theilweise fehlen. III. Waare. Insofern eine Sache als Gegenstand des eigentlichen Handels in Betracht kommt, heißt sie Waare. Keine Sache ist an sich eine Waare. Als Waare, d. h. als Gegenstand des Handels, kann jede Sache gedacht werden, die man anschaffen und veräußern kann und darf. Denn ohne diese factische und juristische Möglichkeit kann das Gewerbe wohl bezweckt, aber nicht betrieben werden.

Dahingegen ist es gleichgültig, ob sie oder ob sie nicht 1. einer regelmäßigen und mehrseitigen Nachfrage unterliegt [3], 2. einer solchen unterliegen kann [4], 3. zum Bedarf Vieler gehört, 4. im Eigenthum von Niemanden und daher Jedem leicht erlangbar, 5. leicht verderblich und daher schwer aufbewahrbar ist, 6. einen wechselnden Preis hat [5]. Denn die fünf ersten Umstände wirken nur auf die Vortheilhaftigkeit des Betriebes, und der letztere nur auf die Richtung der Speculation, keiner auf die Möglichkeit des Betriebes. Eine Sache, die noch in den Händen des Producenten ist, ist Product, Fabricat, Handwerkskram, sie wird erst Waare, wenn sie in den eigentlichen Handel gekommen ist. IV. Eigentliches Handelsgeschäft. Die einzelnen Geschäfte, d. h. Verträge, deren Summe das Gewerbe des eigentlichen Handels eines Individuums, also des Handelsgewerbes eines Kaufmannes bildet, sind eigentliche Handelsgeschäfte. Ein eigentliches Handelsgeschäft ist ein solcher Vertrag, der in Verbindung mit andern Verträgen das Handelsgewerbe eines Kaufmannes bildet [6]. Danach beurtheilt sich, ob

---

3 und 4) Anders, aber unrichtig, Wilda und Brackenhöft in Weiskes Rechtslexicon. Bd. 6. S. 46. Bd. 5. S. 42.

5) Auf die vier letztgenannten Umstände legt Gewicht Büsch Darstellung der Handlung. Bd. 1. S. 121 — 126.

6) Dies bestreitet Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 705, nach ihm soll jeder Speculationskauf eines Jeden ein Handelsgeschäft seyn, und natürlich ein eigentliches, denn nur von einem solchen redet ja unser §. 12. im Gegensatz des §. 13. Allein wenn ein Weinhändler einen Diamantschmuck speculirend (um ihn theurer wieder zu verkaufen) kauft, so ist der Kauf kein eigentliches Handelsgeschäft, weil dieser Kauf den Käufen seines Gewerbes nicht zugerechnet werden kann. Nach Parti-

ein einzelner Kauf oder Verkauf als ein eigentliches Handelsgeschäft aufzufassen ist, dies kann nur durch Vergleichung mit andern Verträgen heraus gestellt werden. Als eigentliches Handelsgeschäft kann nur ein Kauf oder Verkauf, oder ein Tausch gelten. Daß ein Geschäft ein Handelsgeschäft sei, muß gemeinrechtlich der, welcher es behauptet, beweisen[a]. Nach Particularrechten streitet eine Vermuthung für das Daseyn eines Handelsgeschäftes[b].

V. Die Gesammtheit der eigentlichen Handelsgeschäfte ist gleichbedeutend mit Waarenumsatz, auch Handel genannt. Dieser ist ein Theil des Handelsverkehrs. Der (gesammte) Handelsverkehr, auch Handel genannt, ist die Gesammtheit der eigentlichen und der uneigentlichen, gewerblichen und nicht gewerblichen, Handelsgeschäfte[7]. Er ist ein Theil des Rechtsverkehrs, d. h. der Gesammtheit aller Rechtsgeschäfte.

---

cularrechten ist er aber ein uneigentliches Handelsgeschäft. Vgl. unten §. 13.

a) Die für eine gemeinrechtliche Vermuthung von Brinckmann Handelsrecht §. 2. Note 9. angeführten Stellen sind gar nicht zutreffend.

b) In Betreff der Handelsfrau: Preuß. L. R. §. 490. — Codigo commercial. Art. 19. 25. — In Betreff eines eigenen Wechsels: Code de comm. Art. 638. — In Betreff jeder Verbindlichkeit unter Kaufleuten: Hamburger H. G. O. Art. 10. — Bremer H. G. O. §. 19. — Codice Sicil. Art. 3. — Vgl. Entwurf e. H. G. B. für Deutschland S. 25. 26.

7) Wenn man sagt, der Handel zwischen zwei Gebieten sei im Großen aufgefaßt ein Tausch, indem Gütermengen gegen einander aus und einwandern, so übersieht man, daß dieser factische Tausch juristisch, wenn nicht ausschließlich, doch größtentheils auf lauter Kaufgeschäften beruht, indem nur selten einzelne Tauschgeschäfte unterlaufen.

§. 13.

Uneigentlicher Handel.

Dem eigentlichen Handel steht zur Seite der uneigentliche Handel. Dem Kaufmann können nämlich für seinen Umsatz wichtig seyn ein Handelspersonal; eine Societätsverbindung; leichte Zahlungsarten: Assignation, Delegation, Wechsel, Banken; Empfehlungen; Darlehen; Bürgschaften; Hülfspersonen für den Abschluß der Geschäfte: Makler, Commissionair; Hülfspersonen für den Transport zu Lande und zur See: Spediteur, Fuhrmann, Schiffer; durch den Seetransport wird hervorgerufen: Bau, Kauf, Verkauf, Ausrüstung, Reparatur von Schiffen, Rhederei, Dienst von Schiffer und Schiffsvolk, Befrachtung, Passagiercontract, Lootsendienst, Haverei, Bergung, Bodmerei, Seeassecuranz. Alles dieses setzt den Kaufmann zu Nichtkaufleuten und Nichtkaufleute unter einander in rechtliche Beziehungen, welche die Particularrechte als Handelsgeschäfte, Handelsverhältnisse, Handelssachen, kaufmännische Handlungen, Mercantilsachen, Mercantilschuldsachen, ausdrücklich bezeichnen[1]. Sie machen von

1) Leipziger Handelsgerichtsordnung von 1682. Art. II. — Das preußische Landrecht II. 8. 7. §. 475 — 2464. giebt keine Bezeichnung von Handelssachen, die allg. Gerichtsordnung Tit. 30 §. 2. verweiset für die Competenz der Handelsgerichte auf deren besondere Reglements. — Nürnberger Handelsgerichtsordnung von 1804. §. 8. (Nürmberger Sammlung von Beiträgen zur Erläuterung der nürnberger H. G. O. Nürnberg 1846.). — Baierische Verordnung vom 5. März 1804 und 31. Januar 1806. (Meißner Codex der Wechsel-Rechte. Bd. 1. S. 197. 198). — Code de commerce. Art. 631—638. — Rheinisches Hgb. Art. 631—638. — Badisches Handelsrecht Art. 1. 1a. 1b. — Hamburger Handelsgerichtsordnung vom 15ten December 1815. (in Anderson Sammlung Bd. 2. S. 207 ff.) Art. 9—13. —

dieser Bezeichnung insbesondere die Competenz der Handelsgerichte, und die Entscheidung nach dem Handelsgesetzbuch abhängig. Es deutet die Bezeichnung auf Rechtsgeschäfte, meistens Verträge, welche der Umsatz des Kaufmannes hervorruft, und welche sämmtlich Hülfsmittel sind, damit derselbe leichter, umfangsreicher, und sicherer von Statten gehe[2]. Ein Theil derselben bildet nie, ein anderer immer, ein dritter zuweilen ein Gewerbe. Alle diese Rechtsgeschäfte sind in einem uneigentlichen Sinn Handelsgeschäfte, sind uneigentliche Handelsgeschäfte. Man kann sie, weil sie nicht selten unter dem Ausdruck Handel mitbefaßt werden, bezeichnen als uneigentlicher Handel. Dieser uneigentliche Handel ist in den meisten Particularrechten noch, bald mehr bald weniger, erweitert worden, indem sie jene Bezeichnung auch bei andern Rechtsgeschäften haben, welche sich nicht mehr durch einen allgemeinen Gedanken zusammenhalten lassen. So wird für ein Handelsgeschäft erklärt: der Ankauf von Sachen, um sie verarbeitet wieder zu ver-

---

Regolamento provvisorio. Art. 601—608. — Der Código de comercio Art. 1199—1203 bezeichnet für die Competenz der Handelsgerichte, Handelssachen u. s. w. durch: über welche in diesem Codex verfügt ist, bezeichnet aber in Art. 359. 360. noch besonders die kaufmännische Käufe und Verkäufe. — Eben so der Codigo commercial Art. 1029. Art. 11. 34. 35. 92. 95. 504. — Wetboek v. K. Art. 2—5. Vgl. auch Cesarini Bd. 10. S. 53—72.

2) Die leipziger Handelsgerichtsordnung v. 1682. Art. II. hebt dieses deutlich hervor: alle Sachen, ... die von Merkanz, Handlung und Wechsel herkommen, dieselbe angehen, und davon dependiren ... in Summa alle Sachen, die in Kaufmanns-Handel und Wandel bestehen, und davon herrühren.

kaufen [5], doch soll auf den Landwirth und Handwerker diese Bestimmung oft nicht bezogen werden; der Verkauf des Handwerkers, wenn er auf den Absatz in ganzen Parthien arbeitet [4]; jede Unternehmung von Fabriken, Manufacturen, Lieferungen [5]; der Ankauf von Sachen um den Gebrauch derselben zu vermiethen [6]; jede Unternehmung von Versteigerung [7], oder in Versteigerungsgewölben [8]; jede Unternehmung von [9] (in [10]) öffentlichen Schauspielen; ein einzelnes nicht gewerbshalber abgeschlossenes Umsatzgeschäft [11].

---

3) Code de commerce Art. 632. — Rheinisches Hgb. Art. 632. — Badisches H. R. Art. 1. — Hamburger H. G. O. Art. 10. — Codice Sicil. Art. 3. — Regolamento Art. 602. — Código de comercio Art. 359. — Codigo commercial Art. 92. — Wetboek v. K. Art. 3. — Bremer H. G. O. Art. 18.

4) Badisches H. R. Art. 1 a.

5) Code de commerce Art. 632. — Rheinisches Hgb. Art. 632. — Badisches H. R. Art. 1. — Hamburger H. G. O. Art. 10. — Codice Sicil. Art. 3. — Regolamento Art. 601. — Bremer H. G. O. Art. 18. — Vgl. Entwurf e. H. G. B. für Deutschland. S. 12.

6) Code de commerce Art. 632. — Rheinisches Hgb. Art. 632. — Badisches H. R. Art. 1. — Codice Sicil. Art. 3. — Regolamento Art. 602. — Wetboek v. K. Art. 3.

7) Code de commerce Art. 632. — Rheinisches Hgb. Art. 632.

8) Badisches H. R. Art. 1.

9) Code de commerce Art. 632. — Rheinisches Hgb. Art. 632.

10) Badisches H. R. Art. 1 a.

11) Code de commerce Art. 632. — Rheinisches Hgb. Art. 632. — Badisches H. R. Art. 1. — Código de comercio Art. 2.

§. 14.

Handelszweige.

I. Groß- und Kleinhandel[1]. Der Unterschied bestimmt sich nach der Art des Verkaufes der Waaren. Wer in größeren Quantitäten der Zahl, des Maaßes, oder des Gewichtes verkauft, treibt Großhandel, ist Grossist, wer in kleineren, treibt Kleinhandel (Handkauf), ist Detaillist. Das Relative des Begriffes von groß und klein macht die Grenzbestimmung im einzelnen Fall äußerst schwierig, und das Recht schwankend, weil nur das richterliche Ermessen hier entscheiden kann. Im Zweifel kann auch Folgendes leiten: 1. Der Detaillist verkauft regelmäßig sofort an die Consumenten, der Grossist regelmäßig an solche, welche mit dem Erkauften Handel treiben. 2. Er verkauft bei offenem Laden, dies ist bei dem Grossisten selten. Am entscheidendsten ist 3. Er verkauft so klein als der Bedarf des Consumenten verlangt. Nach Particularrechten bildet die Eintragung in die Handelsmatrikel die Grenze. Besondere Formen des Kleinhandels sind: 1. Feilbieten in offenem Laden. Kramhandel. 2. Umherziehen mit dem Waarenvorrath. Hausirhandel[2]. 3. Aufkaufen der Waaren von vielen einzelnen Verkäufern; so der Höckerhandel, der besonders eßbare Producte des Landmanns, und der Trödelhandel, der gebrauchte Sachen umsetzt. Der Grossist ist mitunter zugleich Detaillist, und hat dann Personal, Waarenlager, Handelsbücher, und Anderes doppelt. II. Binnenhandel, auswärtiger Handel (Aus- und Einfuhrhan-

---

1) von Bunge §. 14—20.

2) Rau Vwpolitik §. 290—292. Fischer österr. Handelsrecht §. 72—82.

del), Zwischenhandel, Activ- und Passivhandel. Der Handel vermittelt zwischen dem Producenten und dem Consumenten. Er vermittelt zwischen dem einheimischen Producenten und dem einheimischen Consumenten (Binnenhandel, inländischer Handel), oder zwischen dem einheimischen Producenten und dem ausländischen Consumenten (Ausfuhrhandel), oder zwischen dem ausländischen Producenten und dem einheimischen Consumenten (Einfuhrhandel), oder zwischen dem ausländischen Producenten und dem ausländischen Consumenten (Zwischenhandel, Transitohandel). Bei dem Binnenhandel wandert die umgesetzte Waare in einem bestimmten Gebiet, in welchem sie producirt und consumirt wird. Bei dem auswärtigen Handel wandert sie aus einem Gebiet, in welchem sie producirt ist, in ein anderes, in welchem sie consumirt wird, sie wandert so durch Ausfuhrhandel und Einfuhrhandel. Wandert sie aus dem einen Gebiet in das andere nicht in Folge eines directen Handelsverkehres, zwischen diesen Gebieten, sondern durch Vermittelung eines Kaufmannes in einem dritten Gebiet, so ist in Beziehung auf dieses letztere Gebiet der Handel Zwischenhandel. Dieser kann Propre-handel oder Commissionshandel seyn. Der Zwischenhandel ist also ein modificirter auswärtiger Handel. Er heißt auch Transitohandel, obgleich die Waare selbst nicht nothwendig durch dieses Gebiet passiren muß. Wenn sie aber dieses Gebiet passirt, so kann man dann den Zwischenhandel sehr passend Transitohandel nennen. Umgekehrt macht der bloße Transito, die bloße Durchfuhr, da er kein Handel ist, keinen Transitohandel, mögen die Güter ohne Aufenthalt durch das Gebiet gehen (eigentliche Transitogüter), oder von einem Spediteur des

letzteren empfangen und befördert werden (Speditionsgüter). — Gleichbedeutend mit Ausfuhrhandel und Einfuhrhandel braucht man, weil jener Forderungen, dieser Schulden gegen das Ausland begründet, auch, in einer Bedeutung des Wortes, Activhandel und Passivhandel. In einer zweiten Bedeutung ist der Ausfuhrhandel sowohl wie der Einfuhrhandel für ein Gebiet entweder Activhandel oder Passivhandel, je nachdem es zu dem für den Handelsverkehr mit einem andern Gebiet erforderlichen Aufwand von Capitalien und Kräften mehr oder weniger als dieses hergiebt, nämlich zunächst, denn es wird der Aufwand hinterher durch Verkaufspreis, Fracht u. s. w. vergütet[3]. III. Landhandel und Seehandel. Insofern die Waare zum Zweck des Umsatzes über die See transportirt wird, oder der Transport auf dem Lande oder einem Binnenwasser (Seen, Flüssen, Kanälen) geschieht, ist der Handel entweder Seehandel oder Landhandel.

---

3) Über Binnenhandel vgl. Rau Vwlehre §. 409—411. Vwpolitik §. 285—296. — Über Aus- und Einfuhrhandel: Rau Vwlehre §. 412—431. Rau Vwpolitik §. 297—309. — Über Zwischenhandel: Rau Vwlehre §. 432—434. Rau Vwpolitik §. 310—315. Büsch Darstellung I. S. 149. 150. — Über Activ- und Passivhandel: Rau Vwlehre §. 415. 416. Büsch Darstellung I. S. 153. 154.

Zweiter Theil.

Der Kaufmann.

Erster Abschnitt.

Das Recht Handel zu treiben.

§. 15.

Handelsfreiheit.

Das gemeine Recht giebt als Regel einem Jeden die Befugniß, Handel zu treiben, die Regel ist also Handelsfreiheit. Von der Handelsfreiheit (Kauf und Verkauf als Gewerbe) ist zu unterscheiden die Kauffreiheit, wie auch die Verkauffreiheit. Sowohl diese als jene ist zuweilen ausgeschlossen durch ein absolutes oder beziehungsweises Nichtdürfen oder Müssen[1]. Die

---

Das Recht Handel zu treiben. Cesarini Tomo I. S. 9—53. von Bunge §. 13—86. 107 116. 130. und S. 235—240.

1) Beispiele. Kaufen muß man absolut bei der Salzconscription, muß man relativ bei Gewerbsregalien. Verkaufen darf man nicht an die todte Hand; dem Fabrikanten ist der Detailverkauf seiner Fabrikate oft verboten, so im preuß. L. R. §. 415; verkaufen muß man in Folge von Expropriationsgesetzen. Ein Einfuhrverbot verbietet nicht das Kaufen vom Auslande, sondern nur das Einführen, ein Ausfuhrverbot

Handelsfreiheit ist beschränkt 1. durch ausschließliche Rechte Einzelner, oder 2. durch den status einer Person, oder 3. durch positive Erfordernisse.

§. 16.
Ausschließliche Rechte Einzelner.

A. Die Handelsfreiheit ist beschränkt entweder durch Rechte des Staates, oder durch Rechte von Privatpersonen. I. Durch Rechte des Staates. Dies ist der Fall bei dem Handelsregal, wenn lediglich dem Staat der Handel in gewissen Beziehungen zusteht. Dann ist soweit aller Handel einer Privatperson ausgeschlossen. Das Recht ist als niederes Hoheitsrecht verleihbar; demnach kann die Ausübung desselben in den Händen von Privatpersonen seyn. Mit dem Handelsregal sind diejenigen Rechte des Staates nicht zu verwechseln, welche nur die Kauffreiheit, oder nur die Verkauffreiheit ausschließen, durchgehend oder beziehungsweise; sie können folgeweise auch die Handelsfreiheit aufheben oder beengen[1]. II.

---

nicht das Verkaufen an das Ausland, sondern nur das Ausführen, aber beide vermindern das Kaufen und Verkaufen. Die letztere Wirkung haben auch Einfuhrzölle und Ausfuhrzölle, indem sie das Einführen und Ausführen vertheuern.

1) Die Gewerbsregale (Staatsmonopole auf Erzeugung oder Verfertigung von z. B. Brennholz, Taback, Zucker, Brandtwein, Salz, Schießpulver, Spielkarten) — vgl. Rau Finanzw. I. S. 169—216. — weisen jeden Käufer an einen bestimmten Verkäufer, den Staat oder die von diesem Beliehenen. Und zwar entweder ausschließlich oder mit beschränkter anderer Wahl, nämlich je nachdem die Einfuhr für Rechnung von Privatpersonen verboten, oder, sei es frei, sei es besteuert, gestattet ist, und je nachdem derselbe Betrieb den Unterthanen entzogen, oder das Recht desselben und des Verkaufes eben dieser Objecte bevorzugten Personen ausnahmsweise gestattet ist. Der

Durch Rechte von Privatpersonen. Ein ausschließliches Recht des Handelsbetriebes steht in Hinsicht auf bestimmte Waaren, oder eine bestimmte Art des Betriebes, oder nach bestimmten geographischen Richtungen hin, oder ohne alle solche Beschränkung, entweder einem einzelnen Kaufmann oder mehreren Kaufleuten zu. Diese mehreren stehen entweder einzeln mit gänzlich gesondertem Interesse, oder sie sind verbunden durch einen gemeinschaftlichen Handelsbetrieb in einem Interesse Aller, oder nur durch gemeinschaftliche Schützung ihres ausschließlichen Rechts neben mehrfachem Betrieb in gesondertem Interesse der Einzelnen. Danach ist die Handelsfreiheit beschränkt 1. durch ein Handelsmonopol eines Einzelkaufmannes. 2. Durch Handelsprivilegien mehrerer Einzelkaufleute. 3. Durch die Handelsprivilegien der Handelsgesellschaften, insbesondere mancher großen Actiengesellschaften *. 4. Durch die Handelsprivilegien der Handelsgilden [2]. Die Handelsgilden kommen unter sehr ver-

---

Kaufmann ist also nicht als solcher (weil er wieder verkaufen will), sondern mitbeschränkt. Also keine Beschränkung der Handelsfreiheit. — Das Handelsregal stellt sich meistens nur so, daß der Staat das Monopol des Ankaufes von den ersten Erzeugern, des Inlandes oder auch des Auslandes hat, also er im Inlande der erste Käufer und an das Inland der erste Verkäufer ist, so daß zwar auch ein Handel der Privaten gestattet ist, aber der Kaufmann kann nicht aus der ersten Hand, des Inlandes nicht oder überhaupt nicht, kaufen. Dies gilt aber auch von jedem Käufer. Also keine Beschränkung der Handelsfreiheit.

*) Vgl. unten §. 44. Note 7.

2) Marquard S. 359—380. passim. Marperger Handelsgericht S. 226—231. Westphal I. S. 135—146. Bender §. 26. 27. Pöhls §. 21. 22. von Bunge §. 21—28. Über

schiedenen Namen vor[3]. Sie vereinigen alle Kaufleute eines Ortes[4], oder nur einzelne Classen derselben[5]. Die Aufnahme in dieselben ist an bestimmte Erfordernisse gebunden: Großjährigkeit, Bürgerrecht, christliche Religion, Nichtadel, eheliche Geburt, unbescholtener Ruf, man darf nicht bereits Mitglied einer andern Innung seyn[6]. — Alle diese Privilegien müssen ihrer Existenz und ihrem Umfang nach genau bewiesen werden, und der Umfang ist daher, wo er durch Auslegung zu bestimmen ist, strict auszulegen. Es ist darauf zu achten, ob die nicht Privilegirten, namentlich die Unzünftigen, nur vom Handel, ob dann nur vom Großhandel, oder nur vom Kleinhandel, ob auch von den Hülfsgewerben des Handels ausgeschlossen sind, oder ob auch der Fabrikant und Handwerker in der Art, seine Fabrikate und seinen Handwerkskram abzusetzen, oder gar der Consument in der Wahl seines Verkäufers beschränkt ist, oder ob die Unzünftigen

---

das Historische: Wilda das Gildenwesen im Mittelalter. Berlin 1831, wo ein eigner Abschnitt: Die Kaufmannsgilden.

3) Korporation der Kaufmannschaft. Kaufmannsinnung. Kaufleutecompagnie. Kaufmannsgilde.

4) So bei der „Korporation der berliner Kaufmannschaft". Das Statut für dieselbe von 1820. in Schuncken das preußische Handels- u. Wechselrecht. Elberfeld 1821. Bd. 1. S. 493—526.

5) Vgl. Dreyer Einleitung zur Kenntniß der lübecker Verordnungen. Lübeck 1769. S. 75. 76.

6) Daß die Gilde das Interesse der gesammten Kaufmannschaft oder dieser Classe derselben vertritt, Eigenthum oder Verwaltung von Sachen und Anstalten hat, durch Älteste und anders benannte Vorsteher verwaltet wird und auftritt, und noch viele andere Rechte einer universitas genießt, mag hier angedeutet werden, gehört aber nicht weiter hieher.

nicht vom Handel, sondern nur[7] von dem Genuß der kaufmännischen Rechte ausgeschlossen sind.

§. 17.

Status der Person.

B. Status der Person*. Manchen Classen von Personen ist der Handel gesetzlich verboten. Die ratio des Verbotes muß entscheiden, ob das Verbot nur die eigentliche Betreibung eines Handelsgewerbes oder auch den Abschluß einzelner Gewinngeschäfte, und auch die nur geldweise Theilnahme an einer fremden Handlung (etwa mit Commanditengeld) ausschließt. Verboten ist der Handel nach gemeinem Recht 1. den Geistlichen[1]. 2. Den Soldaten[2]. Nach Particularrechten 3. dem Adel[3]. 4.

---

7) So das berliner Statut §. 2. 3.

*) Straccha S. 369—373. Marquard S. 51—59. 68—111. Martens §. 11. 12. Bender §. 30—41. Pöhls §. 19. 20. 23—30. Mittermaier §. 535. 536. Eichhorn §. 387. No. I. Pardessus cours I. S. 302—325. von Bunge §. 61—81.

1) Den Geistlichen. Nov. 123. cap. 6. — cap. 6 X. ne clerici vel monachi secularibus negotiis se inmisceant (3. 50.) — cap. 15. 16. X. de vita et honestate clericorum (3. 1.) — can. 1. C. 14. qu. 4. — can. 9. dist. 88. — Der Grund des Verbotes ist: daß weltlicher Gewinn nicht anständig für den Geistlichen sei, und ihn in Betreibung seiner Amtsgeschäfte störe. Das erste Citat bei Martens §. 11. Note 6.: c. 9. ne clerici vel monachi secularibus negotiis se inmisceant. ist, obgleich vielfach abgeschrieben, unverständlich.

2) Den Soldaten. L. 15. C. de re militari (12. 36.) L. 31. C. de locato et conducto (4. 65). Der Grund des Verbotes ist: der Soldat brauche stete Waffenübung und müsse immer schlagfertig seyn.

3) Dem Adel. Vgl. Martens §. 11. Note a. Dem ist

Den Juden[4]. 5. Den Civilbeamten[5]. 6. Den Maklern, wenigstens in Ansehung der Artikel, in denen sie makeln[6]. 7. Dem Schiffer[7]. 8. Den Minderjährigen*. Gemeinrechtlich steht der Befugniß des Minderjährigen, Handel zu treiben, nichts entgegen, sobald der Curator zustimmt[8]. Der Curator kann seine Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend geben, und braucht in die

---

beizufügen: Der Großhandel ist nicht unter der Würde des Adels erster Classe. Österr. Hofdecret v. 1781. Fischer österreich. Handelsrecht §. 24. Gengler deutsches Privatrecht §. 43. Note 4. — Über die L. 3. C. de commerciis et mercatoribus (4. 63.) vgl. mit Vorsicht Bender §. 31. und Glück XVI. S. 155. — So weit der Handel zünftig ist, ist die Aufgebung oder Aufhebung des Adels in der Regel resp. Bedingung oder Folge der Aufnahme in die Zunft.

4) Den Juden. Vgl. auch Marperger Handelsgericht S. 231—233. Oft sind sie nur deshalb vom Handel ausgeschlossen, weil dieser zünftig ist, oder das Ortsbürgerrecht verlangt (Fischer österr. Handelsrecht §. 22. und §. 12.). Der ihnen gestattete Handel ist aber zuweilen auf bestimmte Gegenstände, Plätze, und Zeitfristen beschränkt, und sind sie auf manche Art den christlichen Kaufleuten nachgesetzt.

5) Den Civilbeamten, z. B. in Österreich. Fischer österr. Handelsrecht §. 24. Gemeinrechtlich soll dies seyn nach Gengler deutsches Privatrecht §. 43. Note 3. Allein die Verbote in Betreff der Geistlichen und der Soldaten sind nicht auszudehnen, und der J. R. A. von 1654 §. 141. schließt nur die Cammer-Gerichts-Verwandten vom Handel aus.

6) Den Maklern. Speciell auch für die Güterbestätter ausgesprochen in Württemberg. Hiervon mehr unten bei der Lehre von den Maklern.

7) Dem Schiffer. Hiervon unten beim Seerecht.

*) Vgl. Brinckmann Handelsrecht §. 19.

8) Durch diesen Zusatz erledigt sich das Bedenken (Pöhls §. 29), daß der minor sich nicht verpflichten könne.

einzelnen Handelsgeschäfte nicht zu consentiren, sobald er in die Betreibung des Handels überhaupt consentirt hat. Der Minderjährige darf, soweit er als Kaufmann betrachtet werden kann, also in Hinsicht auf seine Handelsgeschäfte, die in integrum restitutio nicht ansprechen[9]. Dies findet sich auch in vielen Particularrechten bestimmt, entweder direct[10], oder es folgt von selbst aus der von der Regel, daß der Minderjährige wechselunfähig seyn solle, gemachten Ausnahme, daß der minderjährige Kaufmann wechselfähig seyn solle, eine Ausnahme, welche sich häufig[11], aber keinesweges immer[12] findet. 9. Den Weibern[13]. 10. Den Institoren[14].

9) Aus dem römischen Recht (L. 24 D. de minoribus (4. 4.) L. 1. C. qui et adversus quos in i. r. n. p. (2. 42.)) läßt sich nur entnehmen, daß der Richter mit der Ertheilung der Restitution zurückhaltend seyn muß; es streiten aber innere Gründe für die Ausschließung der Restitution. Vgl. Weber natürliche Verbindlichkeit §. 64. Note 7.

10) Österreichische W. O. von 1763. Art. VII. — Code de commerce Art. 2. 6. 114. Code civil Art. 487. — Rheinisches Hgb. Art. 2. 6. 114. — Regolamento Art. 2. 3. 6. 108. — Código de comercio Art. 4. — Codigo commercial Art. 5. 15—17.

11) Bremer W. O. von 1712. Art. 71. — Braunschweiger W. O. von 1715. Art. V. — Sächsisches Mandat von 1724. §. V. (Meißner Codex der Wechselrechte I. S. 346). — Hamburger Verordnung vom 4. September 1732. No. 1. (Meißner a. a. O. S. 920). — Frankfurter W. O. von 1739. §. 9. — Schwarzburgrudolstadter W. O. von 1755. §. 9. 13. — Würtemberger W. O. von 1759. §. 9. — Cöthensche W. O. von 1802. Art. 3. 5. — Hannov. W. O. von 1822. §. 3.

12) Altenburger W. O. von 1750. Viertes Kapitel §. 1. — Dessauische W. O. von 1822. §. 2.

13) Den Weibern. Die Wittwen von Kaufleuten sind dann meistens ausgenommen. Vgl. z. B. Fischer österr. Handels R. §. 20.

§. 18.

Weitere Erfordernisse.

C. Die Particularrechte fordern außerdem für das Recht, Handel zu treiben, 1. das Staatsbürgerrecht[1]. 2. Das Ortsbürgerrecht[2]. 3. Sittliches Wohlverhalten[3]. 4. Nachweis der persönlichen Fähigkeit, einer Handlung vorzustehen, namentlich von Handelskenntnissen (daher gehöriger Erlernung)[4], und 5. eines gehörigen Handelsfonds[5]. 6. Commercielle Verdienste um den Staat*.

---

14) Den Institoren. Der Institor darf nicht für eigene Rechnung Handel treiben, noch bei einem dem Geschäft des Principals gleichen Geschäft associirt seyn, unter dem Präjudiz, daß ihn aller Verlust trifft, der Gewinn dem Principal zu Gute kommt (Código de comercio Art. 180. Preuß. L. R. §. 523—525.), oder sonst noch Handelsgeschäfte für andere Handelsleute besorgen (Badisches H. R. Art. 7. c.). Als gemeines Recht stellen dies mit Unrecht auf Bender §. 45. und Brinckmann H. R. §. 13. Note 1. (letzterer lediglich auf die Natur der Sache sich berufend, obgleich er §. 7. Note 12. sagt, daß diese keine Rechtsquelle sei); auch die Unterscheidung von Pöhls §. 35, ob er in denselben Handelszweigen, wie der Principal Geschäfte mache, oder nicht, ist nur politisch zu rechtfertigen.

1) Staatsbürgerrecht. Vgl. z. B. Código de comercio Art. 18—20. — Codigo commercial Art. 31—33.

2) Ortsbürgerrecht. Haubold königl. sächsisches Privatrecht. Aufl. 3. Leipzig 1847. §. 413.

3) Sittliches Wohlverhalten. So in Österreich. Fischer österr. Handelsrecht §. 21.

4) Persönliche Fähigkeit. So in Österreich. Fischer §. 25. 26. aber kein Examen. Hofcammerdecret von 1804. Über Examina handelt Marperger Handelsdiener. S. 400—420.

5) Handlungsfonds. Hierüber sehr ausführliche Vorschriften in Österreich. Fischer §. 28—38.

*) Fischer §. 26.

7. Örtliches Bedürfniß. 8. Das Lösen eines Gewerbscheines[6]. 9. Besondere Erlaubniß des Staates[7]. 10. Einzeichnung in die Handelsmatrikel[8].

Zweiter Abschnitt.

Das Etablissement.

§. 19.

Das Etablissement. Die Rechte und Verbindlichkeiten des Kaufmannes.

I. Wem keine der angegebenen Beschränkungen entgegensteht, der hat die Handelsbefugniß als ein ihm für seine Person zustehendes Recht[1]. Sie erlischt[2] nach den Particularrechten durch Nichtausübung binnen einer bestimmten Zeit; durch Concurs; zur Strafe; durch Tod, doch geht sie oft auf die Wittwe, so wie auf die Kinder

---

6) Gewerbschein. Fischer österr. Handelsrecht §. 9. 45—50. 83—86. von Bunge russisches Handelsrecht §. 107—116.

7) Erlaubniß des Staates. Preuß. Ld. R. §. 476.

8) Einzeichnung in die Handelsmatrikel. Código de comercio Art. 1. 11—16. — Codigo commercial Art. 4—11. — Ungrischer XVI. Gesetzartikel. §. 1—11. — Vgl. Brinckmann Handelsrecht §. 16. Die Einzeichnung in die Handels- oder Wechselmatrikel, um wechselfähig zu seyn, ist nach Art. 1. der allg. d. W. O. unpractisch.

1) Es ist ein seltener Fall, daß sie ihm als dem Eigenthümer oder Besitzer eines Hauses zusteht, daß sie also nicht eine persönliche, sondern eine radicirte ist. Über Ausdehnung auf die Familie vgl. von Bunge §. 42—45.

2) Straccha S. 432. — Ungrischer XVI. Gesetzartikel §. 57—60.

des Verstorbenen über. II. Ausgeübt wird sie zunächst dadurch, daß die Betreibung des Handelsgewerbes begonnen wird, daß man sich etablirt[3]. Das Etablissement geschieht regelmäßig durch Öffnung eines Handelslocals, welches den örtlichen Mittelpunct des Handelsbetriebes bildet, und wo der Kaufmann persönlich oder vertreten zu finden ist; es wird aber auch zuweilen ohne ein festes Local das Gewerbe betrieben. Der Ort des Handelsetablissements ist nicht zu verwechseln mit dem Domicil des Kaufmannes, welches der örtliche Mittelpunct der Gesammtheit seines Vermögens und seiner Rechtsverhältnisse ist; — ein Kaufmann kann sein Handelsetablissement auswärts haben, und er kann auch neben seinem Hauptetablissement am Wohnort ein auswärtiges Nebenetablissement haben. Das Handelsetablissement allein begründet daher für den Ort, wo es ist, nicht das forum domicilii*, sondern nur ein forum contractus, oder ein forum gestae administrationis. Daher hat denn auch eine Handelsgesellschaft nicht ein besonderes Domicil an dem Ort, wo das Handelsetablissement ist, denn sie ist nicht eine juristische Person, sondern gegen jeden Gesellschafter ist, da er als ein individuelles Rechtssubject haftet, nach seinem Domicil das forum domicilii zu bestimmen. III. An das Etablissement knüpfen die Particularrechte besondere Rechte und Verbindlichkeiten des Kaufmannes. Die Darstellung muß sich hier auf

3) Wer zu dem Etablissement Geld herschießt, steht, wenn er sich nicht Pfandrechte an dem Verlag (L. 5. §. 11. D. de tributoria actione 14. 4.) bedingt, nicht besser, als die übrigen Gläubiger. L. 5. §. 17. D. eod.

*) So auch Kierulff Civilrecht S. 126. 127., den mit Unrecht Brinckmann H. R. §. 23. Note 1. für seine entgegengesetzte Meinung anführt.

die gröbsten Züge beschränken. Weil diese Rechte und Verbindlichkeiten dem status des Kaufmannes angehören, und daher mehr als Rechte und Verbindlichkeiten des Handelsstandes aufzufassen sind, so ist auch das als Recht des Kaufmannes überhaupt aufzuführen, was unter Umständen dem Einzelnen eine drückende Last seyn kann. I. Als Rechte des Kaufmannes treten in den Particularrechten besonders folgende Institute hervor: 1. Wechselfähigkeit. 2. Recht auf höhere Zinsen. 3. Gerichtsstand vor dem Handelsgericht. 4. Privilegirte Beweismittel: Handelsbuch, Verklarung, Parere, Maklernotiz. 5. Erscheinen auf der Börse, auf dem Scontroplatz. 6. Wegfallen der Rechtswohlthaten der Minderjährigen und der Weiber. 7. Unterwerfung unter den Handelscodex[4]. Es dürfen diese Rechte immer als kaufmännische Rechte bezeichnet werden, auch wo sie nicht ausschließlich dem Kaufmann, sondern auch andern privilegirten Personen beigelegt[5], und auch wo sie einzelnen Classen von Kaufleuten abgesprochen sind[6], denn jene Erweiterung oder diese Einschränkung sind als Unregelmäßigkeiten zu betrachten. II. Als Verbindlichkeiten des Kaufmannes führen die Handelsgesetzbücher[7] Folgendes auf: 1. auf die gehörige Weise

4) Über sehr eigenthümliche Rechte der russischen Kaufleute: von Bunge §. 29—36.

5) Nach preußischem Landrecht haben die Apotheker hinsichtlich ihrer Bücher und der Wechselausstellung die Rechte der Kaufleute (§. 473. 474.), und die Unternehmer der Fabriken . . . (§. 483.), so wie die Schiffsrheder . . . . (§. 484.) kaufmännische Rechte. Vgl. auch §. 718—728.

6) Das preußische Ld. R. §. 486. sagt: Krämer in Dörfern und Flecken, Hausirer, Trödler, und gemeine Victualienhändler haben nicht die Rechte der Kaufleute.

7) Code de commerce Art. 8—17. 65—70. (Pardessus

Alles zu veröffentlichen, was zur öffentlichen Kunde kommen muß; namentlich das Handlungsetablissement nebst der Firma, die Ehepacten, die Handelssocietätsverträge, die Procuren der Institoren. 2. Aufnahme eines Inventars und Wiederholung derselben zu bestimmten Zeiten. 3. Genaue Buchführung und Rechnungsführung, und zeitweise Ziehung der Bilanz. 4. Aufbewahrung eine bestimmte Zeit lang der Handelsbücher und der Correspondenz, nämlich der empfangenen Briefe im Original, der abgesandten im Copiebuch. IV. Der Kaufmann kann mehrere Handlungsetablissements mit getrenntem Handelsverlag haben[8]. Er kann das Handelsgewerbe allein oder

---

cours. I. S. 337—380). — Rheinisches Hgb. Art. 8—17. 65—70. — Badisches H. R. Art. 8—17. 65—70. — Código de comercio Art. 21—61. — Codigo commercial Art. 208—240. — Wetboek v. K. Art. 6—13. — Entwurf für Württemberg Art. 12—59. und Motive S. 32—77. Fischer österreichisches Handelsrecht. §. 28—44.

8) Noback H. W. §. 172. Die Meinung, daß dann die Fonds der verschiedenen Etablissements (Contore, Bureaus, Waarenlager) für die Befriedigung der Gläubiger zu trennen seien, weil die verschiedenen Gläubiger einem verschiedenen Fonds den Credit geben, wird mit Unrecht auf L. 5. §. 15. 16. D. de tributoria actione (14. 4.) gegründet. Denn die Entscheidung dieser Stellen beruht darauf, daß der dominus nur peculiotenus haftet. Wenn aber heutzutage ein Kaufmann mehrere Handelsetablissements hat, so will er und wollen die Gläubiger (vgl. auch §. 1. I. quod cum eo (4. 7.) und Gaji instit. comment. IV. §. 70.), daß er mit seinem ganzen Vermögen, gleichviel wo es sei, und worin es bestehe, einem jeden Gläubiger hafte. So ist entschieden der Wille im Handelsverkehr. Eine beschränktere Haftung muß auf einen besondern Willen im einzelnen Fall zurückgeführt werden. Gegen die Separation ist auch das OAG. d. v. fr. St. D. Vgl. überhaupt

mit Zuziehung eines Handelspersonals betreiben. Er kann es für alleinige Rechnung, oder mit Andern auf gemeinschaftliche Rechnung betreiben.

Dritter Abschnitt.

Das Handelspersonal.

---

§. 20.

Die Lehre vom Institor.

Die wichtigsten Personen des Handelspersonals sind die Institoren. Man kann die Quellen[1], und die Li-

---

Hagemann practische Erörterungen Bd. 7. S. 314 — 316. Strube rechtliche Bedenken. Ausgabe von Spangenberg. Bd. 3. No. 772. S. 431. 432. Elvers Themis Bd. 1. Heft 3. S. 533—535. Für die Separation ist Brinckmann H. R. §. 63. — Mehrere Handlungsetablissements können ein mehrfaches Domicil begründen. L. 5. L. 17. §. 13. D. ad municipalem et de incolis. (50. 1.)

1) Frankfurter Reformation von 1611. lit. 23. §. 9. 10. Frankfurter Wechselordnung von 1739. §. 1—4. 12. — Lüneburger Stadtrecht tit. 24. Von Factoren (bei Pufendorf obs. IV. S. 699. 700.). — Preußisches Landrecht §. 497—553. Von Factoren und Disponenten; von Handlungen und Lehrlingen. — Badisches Handelsrecht. Von Handlungs-Verwaltern und Dienern. — Código de comercio Art. 173—202. De los factores y mancebos de comercio. — Codigo commercial. Art. 141—169. 874. 899. 902. 922—928. Dos feitores e caixeiros. — Da acção institoria. — Ungrischer XVI. Gesetzartikel. §. 24—33. 48—51.

teratur[2] des neueren Rechts, welches vorzugsweise, fast ausschließlich den kaufmännischen Institor im Auge hat, unterscheiden von den Quellen[3], und der Literatur[4] des römischen Rechts, welches den Institor überhaupt, und daher auch den kaufmännischen Institor beachtet, obgleich in der Anwendung beide Rechte nicht zu trennen sind. So umsichtig aufgefaßt, und so detaillirt durchgeführt, wie im römischen Recht ist die Lehre nirgends, auch ist kaum ein Satz des letzteren unsern heutigen Verhältnissen widerstrebend. Da das Institut des römischen Rechts ganz das unseres heutigen Verkehrs und Rechts ist, so leidet

---

2) Pöhls §. 32—42. Bender §. 43—50. Mittermaier §. 537. Fischer österreichisches H. R. §. 117—124. Motive zu Art. 60—88. des Entwurfs für Württemberg S. 77—101. Cesarini Tomo III. S. 47—71. von Bunge §. 87—96. da Silva Tomo V. cap. XIII. S. 23—26. cap. XXII. S. 54. Der Abschnitt bei Kent Vol. II. Lecture XLI. Of principal and agent (ed. I. S. 477—508) betrifft den Commissionär, leidet aber fast durchgängig auch auf den Institor Anwendung.

3) Dig. De exercitoria actione (14. 1.) De institoria actione (14. 3.) Cod. De institoria et exercitoria actione (4. 25).

4) Hulderici ab Eyben diss. de constitutione et juribus factorum seu institorum (resp. Schumacher). Gissae 1659. Disputatio altera de factoribus (resp. Gloxin). Gissae 1671. Beide in ab Eyben scripta . . . de jure civili. Argentorati 1708. — Casaregis II. disc. 71. S. 117—125. disc. 78. passim. S. 144—149. — Glück XIV. S. 178—198. 235—266. — Weiske sceptisch practische Behandlung einiger civilrechtlichen Gegenstände. Leipzig 1829. Abhandlung 2. Bestimmung der Grenzen der institorischen Klage. S. 41—54. — Kritz Pandectenrecht Bd. 1. S. 288—347. — Unterholzner Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen. Bd. 1. S. 413—419. Weitere Literatur: Glück a. a. O. S. 185. 235.

das römische Recht durchweg Anwendung. Selbst an Orten, wo das römische Recht ignorirt werden muß, wird man im Wesentlichen immer auf die römischen Sätze hinauskommen. Von neueren Gesetzen hat nur das preußische und das spanische, und mit diesem übereinstimmend das portugiesische Recht, alle drei mit Trennung der innern und äußern Seite des Institorenverhältnisses, die Lehre im Zusammenhang und in einiger Ausführlichkeit gegeben, so tief wie das römische Recht geht aber keines ein, auch haben jene drei Rechte das Characteristische des Institor, und wie mannichfaltig er im Verkehr erscheint, dunkel gefühlt, obgleich nirgends ganz deutlich und scharf gedacht. Das französische Recht schweigt über den Institor, eben so der niederländische Entwurf und das holländische Gesetzbuch; das badische Handelsgesetzbuch hat einen kleinen etwas geründeten Abschnitt. Nur einzelne magere Sätze hat das lüneburger Stadtrecht, und das frankfurter, und die Wechselordnungen, welche des Institor („Factor") erwähnen. In allen Rechten kann die Lehre vom Schiffer vielfach für das Allgemeine des Institorenverhältnisses benutzt werden, denn sie entwickelt oft nur an diesem einen Institor Grundsätze, die allgemeiner gedacht sind, oder gedacht werden dürfen.

§. 21.

Begriff des Institor.

Der Institor betreibt für Rechnung eines Andern ein Gewerbe, oder eine Gattung, Classe, Reihe, Branche, von Geschäften, welche zu einem Gewerbe gehören. Es ist also nicht ein einzelnes Geschäft, sondern ein Geschäftsgebiet (Geschäftskreis), dem er vorsteht. Er ist ein Ge-

werbsverwalter. Die Verwaltung besteht aber wesentlich darin, daß die Geschäfte, welche er macht, Rechtsgeschäfte sind, daß er contrahirt, d. h. hier entweder obligirt, oder zahlt, oder eincassirt[1]. Der Institor hat wesentlich einen juristischen Character[2]. So auch die Particularrechte[3]. Das römische Recht hat eine Menge verschiedenartiger Institoren aufgeführt, ohne den Begriff des Institor hinzustellen, aber allen Fällen liegt der Gedanke unter: der Institor vertritt contrahirend einen Gewerbsmann, für dessen ganzes Gewerbe oder einen Zweig desselben. Daß er in Kost und Lohn, oder in Kost oder Lohn stehe, ist dem Institor nicht wesentlich[4]. Die Beziehung auf das Gewerbe unterscheidet den Institor von

1) So allgemein wird das Wort contrahere in der L. 11. §. 6. D. h. t. genommen. Vgl. die folgende Note.

2) Man könnte zweifeln, ob nicht auch diejenigen zum Gewerbspersonal gehörenden Personen, welche nur arbeiten, ohne contrahiren zu dürfen, institores genannt worden seien, vielleicht nur ein Wortstreit. Die Entscheidung ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen aus l. 16. D. h. t. und aus l. 1. §. 2. D. de exercitoria actione, aber ganz entschieden ergiebt sich die Verneinung aus L. 11. §. 6. D. h. t. Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur, cum magis hic custodis sit loco, quam institoris.

3) Dem Institor ist characteristisch die Berechtigung, zu contrahiren, auf den Umfang derselben kommt es nicht an, und ein Geschäftsgebiet. Preußisches Landrecht. §. 497. 501. 502. 511. — Código de comercio. Art. 173. 187—191. — Codigo commercial Art. 141. 154—158. — Das badische Handelsrecht 7 a. sagt sehr eng: Handlungsverwalter oder Handlungsvorgesetzter (Factor, Director), ist nur derjenige, der . . . mit dem allgemeinen Auftrag zur Besorgung aller . . . Handelsgeschäfte angestellt ist.

4) Vgl. unten §. 23.

einem Mandatar, welcher eine generelle Vollmacht erhalten hat, welchem eine Gattung von Geschäften aufgetragen ist. Als den Hauptfall nennt das römische Recht: der Institor besorgt einen Handel, Kauf und Verkauf, dies in der Regel in einem Handelslocal [5]. Es denkt also als den bedeutendsten Institor einen kaufmännischen Institor. Einen solchen haben auch die meisten Stellen des römischen Rechts im Auge, ja ein eigener Titel ist lediglich einem einzelnen kaufmännischen Institor, dem Schiffer, gewidmet. Doch sind die Grundprincipien keine andern bei dem kaufmännischen Institor, als bei jedem andern Institor, aber die Verschiedenheit der factischen Verhältnisse, welche die Schifffahrt, der Handel, und andere Gewerbsthätigkeit hervorrufen, bewirkt in der Anwendung verschiedene Resultate, welche als verschiedenartige Regeln über das Institorenverhältniß aufgefaßt werden können. Wer einem Handelsgewerbe (im engern oder weitern Sinn), ganz, oder, indem er eine einem Handelsgewerbe angehörende Gattung von Geschäften betreibt, theilweise, für fremde Rechnung vorsteht, der ist ein kaufmännischer Institor [6]. Derjenige, für dessen Rech-

5) Daß dieses der Hauptfall, zeigt die Wendung der L. 3. h. t.: man solle nicht glauben, daß es der einzige Fall sei; und daß in der L. 18. h. t. nur dieser Fall genannt wird. Sie lautet: Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur, quique sine loco ad eundem actum praeponitur.

6) Wir haben kein Wort, das, wie das römische institor, allgemein alle Arten der Gewerbsverwalter umfaßt, auch kein allgemeines, um den kaufmännischen Institor zu bezeichnen. Denn das Wort: Factor, Handlungsvorsteher, Disponent, Geschäftsführer, Complementar, Procuraträger, Procurist, Agent, Bevollmächtigter, bezeichnet, wenn auch mehrere, doch nicht alle Arten desselben.

nung seine Verwaltung geht, ist der Principal, der Chef, der Herr [7].

§. 22.
Arten des Institor.

Folgende Personen gehören zu den kaufmännischen Institoren. 1. Der Disponent einer Handlung, der die ganze Handlung leitet. 2. Der Handlungsdiener in seinen mannichfaltigen Abstufungen [1]. Er besorgt im Dienst nur eines Principals am Platz die laufenden Geschäfte, für Gehalt, oder unentgeltlich, oder noch zuzahlend (Volontair). Soweit dies Rechtsgeschäfte sind, ist er Institor. Daher ist der Ladendiener (Gewölbe-, Waarendiener), der Börsendiener, der Cassirer [2], der Besorger des Zolles [3] ein Institor; nicht aber ist es der Buchhalter, wie der Correspondenzführer (Correspondent); ob der Contorbediente (Commis), so wie der Lagerdiener (Lagermeister)

---

7) Um diesen, als solchen, zu bezeichnen, fehlt es dem römischen Recht an einem allgemeinen Namen, es umschreibt ihn gewöhnlich: qui institorem praeposuit.

1) P. J. Marperger getreuer und geschickter Handelsdiener. Nürnberg und Leipzig 1715. Es gehört hieher, in das Handelsrecht, nur S. 28—95 (Contractsformulare zwischen Principal und Diener), und S. 504 — 576 (von dem Recht der Kaufmannsdiener). Das Buch enthält viele Dinge, welche man rechte Allotria nennen kann. F. Noback der Kaufmann als Lehrling, Commis und Principal. Zweiter Band. Der Commis. Leipzig 1844. Archiv für das Handelsrecht II. Nr. 26. S. 510—521. Pöhls §. 43. 44. Mittermaier §. 538.

2) So auch preuß. L. R. §. 551. Vgl. da Silva Tomo V. cap. XXII. S. 54.

3) Büsch Darstellung I. S. 173. von Bunge §. 92.

es sei, läßt sich im Allgemeinen nicht sagen. 3. Der Lehrling [4] ist ein Handlungsdiener mit einem besonderen Zweck, nämlich Erlernung der Handlung, d. h. der Betreibung des Handelsgewerbes. 4. Die sogenannten Reisenden (commis voyageurs), welche zur Besorgung einer Gattung von Rechtsgeschäften ausgesandt werden [5]. Eine Art derselben sind 5. die Cargadeurs, welche eine Schiffsladung für deren Zwecke begleiten [6]. 6. Der correspondirende Rheder. 7. Der Schiffer. 8. Der Fuhrmann. 9. Der Maklergehülfe [7]. Nicht ist Institor, wer nur für die factische Betreibung eines Gewerbes und nicht für die juristische (vermittelst Rechtsgeschäfte) angestellt ist [8]. Mithin nicht, vorausgesetzt, daß er so beschränkt angestellt ist, der Factor einer Zuckerfabrik [9], der Markthelfer [10].

4) In P. J. Marperger wohlunterwiesener Kaufmanns Jung. Nürnberg 1715. ist das Juristische des Verhältnisses sehr wenig berührt. S. 67—112. enthält Dienstcontracte. Sonst viele Allotria. F. Noback der Kaufmann als Lehrling, Commis und Principal. Erster Band. Der Handels-Lehrling. Leipzig 1842. Pöhls §. 45. Bender §. 52—54.

5) Das preuß. L. R. §. 551 sagt sehr eng: Handlungsbediente, die auf Messen und Märkte verschickt werden, sind . . . . als Factore anzusehen.

6) Büsch Darstellung I. S. 185—187. Hieher gehören auch die Verhältnisse, welche der Codigo commercial Art. 826—839 bespricht.

7) Seuffert Archiv Bd. 6. Nr. 57.

8) Vgl. oben §. 21. Note 2.

9) Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 163.

10) Seuffert Archiv Bd. 6. Nr. 244. Die hier mitgetheilten die institorische Klage abweisenden und nicht vielmehr auf Beweis erkennenden Erkenntnisse der sächsischen Gerichte sind nicht zu billigen. In den vom Kläger behaupteten Thatsachen lag die Anstellung des Markthelfers als eines Institor. Vgl. unten §. 28.

§. 23.

Der Principal. Der Institor. Die innere und äußere Seite.

I. Principal kann[1] seyn Mann oder Weib[2], Hausvater oder Hausſohn, Freier oder Sclave*, und jeglichen Alters. Doch muß ein Pupill auctoritate tutoris die Handlung, z. B. die Rhederei, betreiben[3], oder den Institor anſtellen[4], ſonſt haftet er nur ſoweit er bereichert iſt[5], und ein Minor hat nach vorheriger causae cognitio die in integrum restitutio[6]. Steht der Principal unter fremder Gewalt, ſo haftet ſein Gewalthaber aus den Contracten des Inſtitor eben ſo, wie aus den eigenen Contracten des Sclaven oder Hausſohnes Statt gehabt hätte. Dem Fall der ignorantia ſteht hier als nur ein Fall der der voluntas und der scientia entgegen[7], nur beim Rheder iſt es anders[8]. Hat der Ge-

---

1) L. 1. §. 16. 19. 21. D. de exercitoria actione.

2) L. 7. §. 1. D. h. t. L. 4. C. h. t.

*) Die Erwähnung des Sclaven iſt hier auffallend gefunden. Sie gehört aber in den Zuſammenhang der Darſtellung und iſt nicht unpractiſch, beſonders weil dem Sclaven der Hausſohn in mancherlei Beziehungen, die theilweiſe erſt zu finden ſind, gleichſteht.

3) L. 1. §. 16. D. de exercitoria actione.

4) L. 9. D. h. t.

5) L. 10. D. h. t.

6) L. 11. §. 1. D. h. t. Vgl. hiemit oben §. 17. Note 9.

7) Vgl. L. 1. §. 3. D. de tributoria actione. (14. 4.) L. 1. §. 20. D. de exercitoria actione. At institorum non idem usus est.

8) Iſt der Rheder in fremder Gewalt, ſo haftet ſein Gewalthaber aus den Contracten, die der Schiffer als ſolcher, oder der Rheder als ſolcher abſchließt, für die ganze Schuld eben ſo, als wäre er ſelbſt der eigentliche Rheder, wenn die

walthaber des Principals selbst mit dem Institor contrahirt; so ist ihm die Contractsklage gegen den Institor offen, und gegen die etwaigen andern Principale [9], jedoch steht, soweit er selbst den Principal zu vertreten hat, derselben die exceptio doli entgegen [10]. II. Der Institor kann [11] seyn männlichen oder weiblichen Geschlechtes, Hausvater oder Haussohn, frei oder Sclave, und zwar eigener Sclave des Principals [12], oder fremder, namentlich des dritten Contrahenten [13], und jeglichen Alters *, also ein Knabe oder ein Mädchen im Gegensatz von Erwachsenen. III. Was die innere Seite [14] des Institorenverhältnisses, nämlich das Verhältniß zwischen Principal

---

Rhederei mit seinem erklärten Willen betrieben wird; wenn dagegen nur mit seinem Wissen oder ohne sein Wissen, so haftet er nur in der Maaße wie überhaupt der dominus oder paterfamilias aus den Handlungen seines servus oder filiusfamilias. L. 1. §. 19—23. D. d. exercit. act. (In §. 22. deutlicher so: vel servo volente vicarius ejus peculiaris navem exercuit). L. 6. pr. D. eod. „Si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo quasi tributoria: si ignorante de peculio actio dabitur."

9) L. 5. §. 1. 2. D. de exercitoria actione.

10) Quia petit quod redditurus est.

11) L. 7. §. 1. 2. L. 8. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de exercitoria actione. — Codigo commercial. Art. 923.

12) Die Freilassung, ohne Abrufung, ändert nichts. L. 19. §. 1. D. h. t.

13) L. 11. §. 8. L. 12. D. h. t. L. 5. pr. D. de exercitoria actione. von Savigny System Bd. 2. S. 418—429.

*) Dies ist genau genommen nicht richtig. Vgl. unten §. 27 a. Note 2.

14) Preußisches Landrecht. §. 522—529. Código de comercio Art. 180. 195—202. Codigo commercial. Art. 148. 162—169.

und Institor betrifft, so kann, wenn nicht ein persönliches Gewaltverhältniß, nämlich 1. Sclavenverhältniß [15], oder 2. Haussohnverhältniß [16] besteht [17], vorliegen 3. ein Mandat [18], oder 4. eine locatio conductio [19], oder 5. ein Innominatcontract [20], oder 6. eine negotiorum gestio [21]. Der letzte Fall ist selten, regelmäßig wird der Institor angestellt, praeponitur. Der eigenen Anstellung steht es gleich, wenn mein Procurator, Tutor, Curator einen In-

---

15) §. 2. I. quod cum eo qui (4. 7.)

16) §. 2. I. und pr. I. eod. L. 7. §. 1. L. 19. §. 2. D. h. t.

17) Ist ein fremder Sclave (Haussohn), oder der eines socius der Institor, so haftet der Gewalthaber desselben dem Principal nach den allgemeinen Grundsätzen. z. B. L. 23. §. 1. L. 24. D. pro socio (17. 2.).

18) L. 1. D. h. t. „vel mandati." L. 1. §. 18. D. de exercitoria actione.

19) Und zwar wohl als operarum. L. 11. §. 8. L. 12. D. h. t. L. 1. §. 18. L. 5. pr. D. de exercitoria actione.

20) So wenn der Institor als Gehalt Antheil am Gewinn hat, oder eine Provision in Procenten des Erfolges erhält. Casaregis I. disc. 29. No. 8. S. 166. Ein solches Institorenverhältniß bezeichnen die Ausdrücke accommenda und resp. implicita, welche in italienischen Handelsstädten üblich waren. Casaregis l. c. No. 4—9. 18. 19. S. 165—167. Sie sind definirt in den genueser Statuten von 1589, und kommen auch schon in früheren italienischen Statuten vor. von Martens Ursprung des Wechselrechts. S. 26. und Anhang. S. 18 Note. Auch noch jetzt bezeichnet in der deutschen Handelssprache der Ausdruck Commandite ein zweites Handlungsetablissement eines Kaufmanns, das er durch einen Institor, unter des letzteren oder unter seinem Namen verwalten läßt. Vgl. auch noch unten die Commanditengesellschaft. — Über den salarirten Institor vgl. Cesarini III. S. 66—69.

21) L. 1. D. h. t. „vel negotiorum gestorum."

stitor anstellt [22], oder wenn ich die von einem Andern für meine Rechnung geschehene Anstellung genehmige [23]. IV. Die äußere Seite des Institorenverhältnisses ist die bei weitem bedeutendere, nämlich die Stellung des Principals und des Institor zu dritten Personen, mit welchen der Institor contrahirt hat. Daß er contrahirt, ist der häufigere Fall, der seltenere, daß er zahlt oder eincassirt, daher ist im Folgenden, eben so wie im römischen Recht nur der erstere Fall ins Auge gefaßt worden.

§. 24.

Klagrecht des Principals.

I. Das römische Recht. Die Klage aus dem vom Institor geschlossenen Contract erhält der Principal auf verschiedene Weise. Wenn der Institor Sclave oder Haussohn des Principals ist, so ist durch dieses Verhältniß dem letzteren die Klage erworben [1]. Wenn ein unabhängiger Freier oder eines Andern Sclave oder Haussohn, so hat der Principal gegen den Institor oder resp. dessen Gewalthaber die Contractsklage oder Quasicontractsklage auf Cession der Klage [2]. Aber auch nur durch diese Ces-

22) L. 5. §. 18. D. h. t. — Codigo commercial Art. 923. Ist der Procurator: omnium rerum, so geht auch gegen ihn die institoria actio. L. 6. D. h. t. Denn er ist als solcher auch der rechte Beklagte statt meiner. L. 1. §. 2. D. de procurator. (3. 3.)

23) L. 7. pr. D. h. t.

1) L. 1. D. h. t. „acquisitis sibi actionibus."

2) L. 1. D. h. t. „vel mandati, vel negotiorum gestorum." L. 1. §. 18. D. de exercitoria actione „aut ex locato . . . . aut . . . mandati." L. 5. pr. D. eod. Über die von Kritz

sion erhält, nicht schon an sich hat der Principal die Klage[3]. Dies gilt ausnahmslos, wenn der Institor in eigenem Namen contrahirt hat. Eine Ausnahme tritt in einem Fall unter der Voraussetzung ein, daß er im Namen des Principals contrahirt hat. Im Nothfall, wenn die Cession factisch oder juristisch nicht zu erlangen ist, wohin der Fall gehört, daß der Institor in Concurs gefallen ist, steht dem Principal ohne Weiteres die Klage zu[4], vorausgesetzt, daß der Institor mit Bezugnahme auf den Principal, also formell für dessen Rechnung contrahirt hat[5], kurz: im Namen des Principals contrahirt

---

Pand. R. I. S. 320. geläugnete Möglichkeit der negotiorum gest. actio vgl. L. 7. pr. D. h. t. L. 9. D. de negot. gest. (3. 5.)

3) So ist es deutlich gesagt in L. 49. §. 2. D. de a. vel a. poss. (41. 2.) . . actio domino . . . invito procuratore non datur, sed . . . cedere cogitur. L. 1. 2. D. h. t. L. 1. §. 18. D. de exercit. act. L. 45. pr. §. 5. D. mandati (17. 1.) Nicht entgegen ist L. 13. §. 25. D. de A. E. V. (19. 1.) Vgl. unten Note 6. Der Satz, daß der Principal das Klagerecht nicht ohne erklärten Willen (Cession) des Institor hat, entspricht dem Interesse des Institor, welcher nun wegen seines Regreßanspruches an den Principal Sicherheit hat, was um so bedeutender ist, da ja der Institor zur Erfüllung des Contractes verpflichtet ist. Dies übersieht, wer den Satz albern heißt, wie Morstadt H. R. S. 90 Note 112, der überdies eine Einschränkung nennt, was eine Erweiterung ist.

4) L. 1. 2. D. h. t. „si modo aliter rem suam servare non potest." L. 5. D. de stipul. praetoriis (46. 5.). Über die Stelle: Mühlenbruch a. a. O. S. 140. Note 277. — Lüneburger Stadtrecht tit. 24. (Pufendorf obs. IV. S. 699).

5) Dies ist die in den Titeln de exercitoria und de institoria actione durchherrschende Voraussetzung. Wenn diese Voraussetzung fehlt, hat der Principal auch selbst im Nothfall nicht eine utilis actio, ungeachtet des materiellen Zusammenhanges

hat*. Nach einer andern Meinung soll unter dieser Voraussetzung auch ohne Noth[6], nach wieder einer andern auch ohne diese Voraussetzung und auch ohne Noth[7] eine actio utilis für den Principal begründet seyn. Daß unter dieser Voraussetzung der Institor gar nicht, sondern

---

des Contractes mit seinem Willen, weil dann der Institor den Contract für eigene Rechnung geschlossen hat. Der Schuldner kann sich dann von der Klage des Institor nicht durch die Berufung befreien, daß er dem Principal erfüllt habe. Ganz anders, wenn jene Voraussetzung da ist, hier hat der Institor erwähnt, daß er den Contract für Rechnung des Principals schließe, und daß also die Forderung, wenn auch formell ihm, dem Institor, erworben, doch dem Principal zu Gute kommen solle. Hier ist für den Fall der Noth die utilis actio gerechtfertigt.

*) Vgl. unten §. 29. Text zu Anfang, und Note 1. und §. 25. Note 1.

6) So Pöhls H. R. §. 39. Note 4. wegen L. 13. §. 25. D. de A. E. V. (19. 1.). Allein diese Stelle setzt das Requisit des Nothfalls voraus. Vgl. Mühlenbruch Cession. Aufl. 3. S. 140. 145. 146. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 390. Note 34.

7) Also auch dann, wenn der Vertreter suo nomine contrahirt hat. So Seuffert Pandektenrecht Aufl. 3. §. 338. Note 2. mit Berufung auf den Satz, daß, wo ein Recht auf die Cession bestehe, es der wirklichen Cession nicht bedürfe, sondern eine utilis actio zustehe. Allein dieser von Savigny Obligationenrecht Bd. 1. S. 243—249 behauptete Satz ist keinenfalls in dieser Allgemeinheit zuzugeben; bei der Aufstellung desselben ist das doppelte Bedenken nicht erwogen, daß die Sicherheit des Verkehrs unter demselben leidet, und aus welchem Grunde denn gerade für die Cession der Satz bestehen solle, daß, was man von Rechtswegen fordern könne, man von Rechtswegen bereits habe, indem die zu fordernde Erfüllung der Verbindlichkeit als geschehen fingirt werde?

nur der Principal berechtigt werde, ist unzweifelhaft nicht römisches Recht[8]. Den Principal treffen, mag er mit wirklich cedirter Klage oder utiliter klagen, denn er klagt auch im letztern Fall aus der Person des Institor, alle Einreden, die den Institor getroffen hätten[9], und die bereits entstanden waren, bevor er dem Schuldner direct gegenüber trat. Dieses gilt bei der utilis actio auch unter der Voraussetzung, daß man bei wirklicher Cession als die Zeit, von welcher an der Schuldner den Cessionar und nicht mehr den Cedenten als seinen Gläubiger anzusehen hat, schon den Moment ansieht, wo der Schuldner die Cession nur überhaupt weiß[10], denn wohl die Wissenschaft der Cession, nicht aber die der Principalschaft und der andern die actio utilis begründenden Verhältnisse, giebt dem Schuldner Gewißheit, daß der Principal wirklich Willens sei, mit ihm in ein unmittelbares Verhältniß zu treten. II. Das heutige Recht. Heutzutage erhält, wenn der Institor in eigenem Namen contrahirt hat, weil dann das römische Recht entscheidet, der Principal die Klage nur durch Cession, und auch im Nothfall ist es nicht anders[11]. Wenn der Institor im Namen des Principals contrahirt hat, so steht abweichend vom römischen Recht ohne Weiteres dem Principal und lediglich ihm die Klage zu[12]. Dieses allein dem Principal zuste-

8) So auch Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 385. 386.

9) L. 143. l. 175. §. 1. D. de R. J.

10) Über die Unzulässigkeit dieses Moments: Mühlenbruch Cession S. 492 ff.

11) Vgl. oben Note 5.

12) Daß die Klage ohne Weiteres dem Principal zustehe, wird von Manchen schlechthin als Praxis behauptet. So Glück

hende Klagrecht auf Erfüllung folgt aus der ihm allein obliegenden Pflicht der Erfüllung[13], für welche ein zweifelloser Rechtssatz besteht[14]. In Folge dieses Rechtssatzes ist h. z. T. zu unterscheiden die Vollmacht zur Schließung des Contractes, und die Vollmacht die Erfüllung zu fordern und anzunehmen, und die Vollmacht die Erfüllung gar einzuklagen; von diesen Vollmachten ist nicht eine schon in der andern enthalten[15]. Der Institor hat aber regel-

---

Bd. 14. S. 198. 266. Mühlenbruch Cession Aufl. 3. S. 147 und Note 296. 297. Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck in Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 13.

13) Dies ist der allein richtige Grund für jenes Recht. Mit Unrecht wird, um es zu begründen, behauptet, daß dies bereits römisches Recht sei (vgl. oben Note 6. und 7.); so wie daß nach heutigem Recht eine s. g. directe Repräsentation möglich sei (vgl. unten §. 25. Note 1. 2.); so wie daß nach römischem und heutigem Recht kein Unterschied zwischen einem Stellvertreter und einem Nuntius erfindlich sei (vgl. unten §. 25. 26.).

14) Vgl. unten §. 26. 27 a.

15) Das Daseyn und der Umfang der Vollmacht ist nach römischem Recht gänzlich gleichgültig in drei Beziehungen, nämlich für das Recht und die Verbindlichkeit des Institor und das Recht des Principals aus dem vom Institor geschlossenen Contract, und erheblich nur für die Verpflichtung des Principals aus dem Contract. Nach heutigem Recht ist Beides erheblich in allen diesen vier Beziehungen, indem nunmehr der Vollmachtwille es ist, welcher die Rechte zwischen den drei bei dem Contract betheiligten Personen (Principal, Institor, Drittem) bestimmt. Durch den feststehenden Satz, daß den Contract, welchen der Eine schließt aber mit dem Willen und im Namen eines Andern, nur dieser Andere verpflichtet ist zu erfüllen, ist der Contract, was die Erfüllung betrifft, nunmehr in der hauptsächlichsten Beziehung (Pflicht zur Erfüllung) ein Contract nur des Vertretenen geworden, und daher entspricht es dem Interesse des Vertretenen und widerspricht es

mäßig neben der ersten Vollmacht auch die zweite, und auch nicht selten die dritte. III. Übrigens ist im Vorstehenden (I. und II.) vorausgesetzt, daß der Institor contrahirt hat. Anders ist es, wenn er nur den Willen des Principals mitgetheilt hat, als Nuntius[16]. Dann ist der Contract zwischen dem Principal und dem Dritten geschlossen, mithin nur der Principal und gar nicht der Institor aus demselben berechtigt.

§. 25.

Haftung nur des Institor und nur des Principals. Zwei auszuscheidende Fälle.

Der Institor kann, wie nach römischen Recht, so auch heutzutage[1] nur mit einer zweifachen Wirkung contra-

---

nicht dem Interesse des Vertreters, daß er in der andern Beziehung (Recht auf die Erfüllung) auch wie ein Contract nur des Vertretenen behandelt werde.

16) Vgl. hierüber unten §. 25.

1) In der ersten Auflage ist von folgender Unterscheidung ausgegangen worden. Der Institor kann heutzutage contrahiren entweder schlechtweg in eigenem Namen oder in eigenem Namen mit Bezugnahme auf den Principal, oder im Namen des Principals. Das Letztere, das Contrahiren in fremdem Namen, nach römischem Recht ungültig, ist heutzutage gültig. Im ersten Fall ist nur der Institor, und gar nicht der Principal, im dritten Fall nur der Principal und gar nicht der Institor, aus dem Contract berechtigt und verpflichtet. Im zweiten Fall ist der Institor und auch der Principal, dieser institoria actione, aus dem Contract verpflichtet, berechtigt ist aus demselben nur der Institor, der Principal wird es nicht anders, als wie er es auch im ersten Fall werden würde. Diese Unterscheidung ist in der zweiten Auflage aufgegeben. Übrigens war der Unterschied zwischen

hiren, entweder so, daß nur er, oder so, daß er und

Contrahiren im Namen eines Andern, und im eigenen Namen mit Bezugnahme auf einen Andern, welcher der Form nach auf mancherlei Art vorkommt, nicht darin gesetzt worden, daß, wer in fremdem Namen contrahire, nur als Nuntius, als bloßes Instrument handle. Denn der Nuntius contrahirt nicht, er begründet nicht durch seinen Willen die Obligatio, er thut weiter nichts, als daß er, nicht anders wie ein Brief, einen fremden Willen mittheilt, erklärt. Wer in fremdem Namen contrahirt, begründet durch seinen Willen die Obligatio. Der Unterschied war vielmehr dahin verstanden worden, daß bei dem Contrahiren in fremdem Namen der Contrahent zwar auch, wie bei dem Contrahiren in eignem Namen mit Bezugnahme auf einen Andern, durch seinen Willen die Obligatio begründen, nicht aber sich selbst durch sie obligiren wolle, und daß dies heutzutage statthaft sei. Es ist dies aber nicht nur nach römischem Recht, sondern auch nach heutigem Recht unstatthaft, weil es einen innern Widerspruch in sich enthält. Vgl. Puchta Pandekten §. 273. 275. Wer contrahirt, ist stets als Contrahent aus dem Contract verpflichtet, es ist unmöglich, daß er es nicht sei. Demnach besteht kein rechtlicher Unterschied zwischen Contrahiren in eigenem Namen mit Bezugnahme auf einen Andern und Contrahiren in fremdem Namen. Es sind nur zwei Fälle zu unterscheiden: Contrahiren mit und ohne Erwähnung, daß es für fremde Rechnung geschehe, mit andern Worten: in fremdem und in eigenem Namen. Vgl. auch unten §. 29. Es wird aber behauptet (Ruhstrat im Archiv für die Praxis des im G. H. Oldenburg geltenden Rechts. Bd. 1. Heft 1. 1843. S. 60): „wir kennen jetzt eine freiere Repräsentation, indem jetzt der Geschäftsführer, wenn er will, als bloßes Instrument handeln kann, ohne sich selbst zu obligiren." Soll dies heißen, wer als bloßes Instrument verfahre, obligire sich nicht, so ist das bereits römisches Recht, soll es heißen, man könne heutzutage als bloßes Instrument contrahiren, ohne sich zu obligiren, so ist das zu läugnen, weil es einen innern Widerspruch enthält. Vgl. die folgende Note.

der Principal aus dem Contract verpflichtet wird. Dieser Wirkung entspricht die Form, daß er ohne Bezugnahme oder mit Bezugnahme auf den Principal contrahirt. Daß nur der Principal und nicht der Institor obligirt werde, ist unmöglich[2], wenn der Institor

---

2) Die Hauptstelle: L. 11. D. de O. et A. (44. 7.) .... ex nostro contractu .... ex nostra persona obligationis initium. Nach römischem Recht kann man der Form nach in eigenem Namen und in fremdem Namen gültig contrahiren. Vgl. die vorige Note, und unten §. 29. Note 1 und Text dazu. Das Contrahiren in fremdem Namen hat für den Contrahenten vollständig die Wirkungen des Contrahirens in eigenem Namen, es treten aber noch Wirkungen aus dem Contract hinzu, indem auch der, in dessen Namen contrahirt worden ist, verpflichtet wird. Was die Wirkungen eines Contractes betrifft, so liegt also in dem alieno nomine auch stets das suo nomine; das alieno nomine ist ein suo nomine mit Erweiterung. Den Wirkungen nach giebt es also nicht erstens ein suo nomine und zweitens ein alieno nomine, welches nicht ein suo nomine ist, sondern erstens ein einfaches suo nomine und zweitens ein suo nomine mit Erweiterung auf eine andere Person, welches erweiterte suo nomine das alieno nomine ist. So das römische Recht. Im heutigen Recht hat das Contrahiren alieno nomine nicht alle Wirkungen des suo nomine. Wer contrahirt, gleich viel ob in eigenem oder fremdem Namen, contrahirt stets in eigener Person. Das heißt: die Person, welche durch ihren Contractswillen zuerst einen Contract begründet, und keine andere, ist der ursprüngliche Contrahent, der Contract entsteht durch ihre Person und in ihrer Person. Ein Contrahiren in fremder Person ist unmöglich. Dennoch wird es von Einigen als möglich behauptet, unter dem Namen: directe Stellvertretung, — unmittelbare Stellvertretung, — die freie Stellvertretung in unbeschränkter Anwendung (Savigny S. 57), — die unbedingt freie Stellvertretung mit vollständiger und ausschlieslicher Einwirkung auf den Vertretenen

contrahirt, d. h. durch seinen Willen die Obliga=

(Savigny S. 68), — die freie Stellvertretung ohne jegliche Schranken (Buchka S. 252). Statt Stellvertretung auch Repräsentation. Ruhstrat im oldenburger Archiv (s. die vorige Note und Ruhstrat im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 30. 1847. S. 340—355. Buchka die Lehre von der Stellvertretung 1852. Dernburg in der kritischen Zeitschrift f. d. gesammte R. W. Bd. 1. 1853. S. 1—21. Brinz kritische Blätter civilistischen Inhalts. Nr. 2. 1852. von Savigny Obligationenrecht Bd. 2. 1853. §. 53—60. S. 16—88. Scheurl in der kritischen Überschau der deutschen Gg. und R. W. Bd. 1. 1853. S. 315—338. Ruhstrat über Savignys Lehre von der Stellvertretung. Oldenburg 1854. Da nach dieser Meinung von zwei den Contract wollenden Personen die eine gänzlich in die andere aufgehen, einschwinden, soll, so möchte der Ausdruck Contrahiren in fremder Person sich empfehlen, da er ein intensiveres Contrahiren in fremdem Namen sprechend andeutet. Der Kern dieser Meinung ist: Es ist möglich, daß X einen Vertrag schließt, welcher nie und nimmer sein Vertrag, sondern stets und immer der Vertrag eines Andern ist; es ist möglich, daß der ursprüngliche Contract des Einen der ursprüngliche Contract des Andern ist. Es soll eine Person ganz und gar in eine andere Person verschwinden, in sie aufgehen. Welche Person soll einschwinden? Soll es gelten, als sei der Titius der Sempronius, oder als sei der Sempronius der Titius? Es soll gelten, darüber sind die Anhänger der directen Stellvertretung einig, nicht als sei der Contrahent der Mandant, sondern „als sei der Mandant der Contrahent." Wenn der Mandant ein Christ und der mandatarische Contrahent ein Jude ist, so ist also der Contrahent ein Christ. Diese Meinung enthält einen innern Widerspruch. Es soll möglich seyn, daß durch den ursprünglichen Contractswillen des Einen statt dieses Einen ein Anderer der ursprüngliche Contrahent ist; es soll möglich seyn, daß der ursprünglich eigene Contract ein ursprünglich fremder, der ursprünglich fremde ein ursprünglich eigener ist; mein

tio begründet, vielmehr kann diese dritte Wirkung nur

Contrahiren in fremder Person soll also begründen einen fremden Contract durch meinen eigenen Contract aber ohne meinen eigenen Contract, indem mein ursprünglich eigener Contract vollständig und ausschlieslich der ursprünglich eigene Contract eines Andern ist. Diesem Widerspruch entzieht die Meinung sich mit Worten durch die Behauptung, daß der Contract ursprünglich eben gar nicht vom Mandatar, sondern vom Mandanten geschlossen werde, weil der speciellere Wille des Mandatars in dem allgemeineren Willen des Mandanten enthalten, und somit nur ein hingetragener, ein überbrachter Wille des Mandanten sei. In Wirklichkeit bleibt aber der Widerspruch, weil bei dieser Behauptung der Unterschied übersehen wird zwischen einem allgemeinen für die Entstehung eines präcisen Contractes nicht ausreichend vollständigen Willen und einem dazu ausreichend concreten Willen, also einem präcisen Contractswillen. Der präcise Contractswille, durch welchen allein der Contract entstehen kann und entsteht, ist ursprünglich beim Mandatar, und erst in Folge des fremden präcisen Contractswillens entsteht in dem Mandanten ein eigener präciser Contractswille. Der innere Widerspruch jener Meinung von der Statthaftigkeit des Contrahirens in fremder Person ist hiernach klar. Denn es ist unmöglich, daß ein Contract, welcher ursprünglich lediglich durch den präcisen Contractswillen des Einen entsteht, gar nicht der Contract dieses Einen, des Contrahenten, desjenigen, ohne dessen Contractswillen gar kein Contract entstanden seyn würde, ist, sondern der ursprüngliche eigene Contract eines Andern ist.

Savignys Hauptgrund, neben einigen aber nicht beweisenden Stellen des römischen Rechts, ist die Bedeutung des Boten, des nuntius, indem er behauptet, daß zwischen einem Boten und einem Stellvertreter, welcher im Namen des Vertretenen auftrete, unterhandle und abschließe, gar kein Unterschied sei, und daß auch noch Keiner den Begriff des nuntius genau bestimmt habe (S. 60. 61). Was die erstere Behaup-

dann eintreten, wenn er bloß den Willen des Principals

---

tung betrifft, so begründet Savigny sie durch nichts Anderes, als daß er vier Fälle schildert, in welchen die Bedeutung des Boten sich so steigert, daß er ist 1. unwissend und willenlos; 2. wissend aber willenlos; 3. nicht völlig willenlos, nämlich wollend in Betreff des Preises; 4. noch weniger willenlos, nämlich wollend in Betreff des Preises und unter mehreren ihm bezeichneten Sachen (Pferden) wählend, und nun es für „unbestreitbar", für „unbedenklich" erklärt, daß alle diese verschiedenen Fälle juristisch eine ganz gleiche Natur haben S. 58. 59; was aber nicht zuzugeben ist. Weiter geht Savigny in der Steigerung nicht, sondern bleibt bei diesen allerersten Schritten stehen, und schließt daran zunächst nur den Satz: Mein auf mannichfaltige Entschlüsse gerichteter Wille, zwischen welchen der Stellvertreter die Wahl haben soll, ist ja noch immer mein Wille, und der Stellvertreter erscheint der andern Partei gegenüber als der bloße Träger meines Willens (S. 59); und folgert hieraus, einige Zeilen weiter, den ganz allgemeinen Satz: Es ist also gleichgültig, ob der Stellvertreter in dem Geschäft mehr oder weniger selbstthätig erscheint. Hierbei ist aber übersehen, daß schon in dem Fall, wo der Stellvertreter unter den sechs ihm von mir bezeichneten Pferden wählt, er nicht meinen Contractswillen lediglich mittheilt, sondern durch seinen auf ein bestimmtes Pferd gehenden Willen meinen allgemeinen Willen zu einem präcisen Contractswillen individualisirt, daß er also durch seinen Willen mir erst diesen bestimmten Contractswillen macht, daß ich also einen eigenen präcisen Contractswillen erst in Folge des Contractswillens meines Bevollmächtigten, also erst in Folge des fremden Willens erhalte. Durch meinen zu einem Contract viel zu allgemeinen Willen entsteht ein für einen Contract ausreichend concreter fremder Wille, und erst in Folge dieses fremden Contractswillens entsteht nun bei mir ein eigener Contractswille. Der Stellvertreter ist der Erzeuger dieses meines Willens und nicht der bloße Träger dieses meines bei Ertheilung der Vollmacht noch gar nicht

mittheilt, also als Nuntius verfährt. Dieser dritte Fall

---

vorhandenen Willens. Würde der Stellvertreter dem Pferdeverkäufer seine Vollmacht vorzeigen: „Herr X ist von mir beauftragt, von Ihren sechs Pferden eines nach seiner Wahl für meine Rechnung zu kaufen," so würde der Pferdehändler sogleich ersehen, daß der X nicht einen bei mir fertigen Kaufwillen lediglich mittheilt, sondern daß aus seinem Willen der bestimmte Kaufvertrag entstehen soll. Dies wird Alles noch klarer werden, wenn man die Vollmacht so allgemein denkt, daß dem Bevollmächtigten sogar die Wahl der Person des Contrahenten, und des Preises, und des Gegenstandes, und sogar der Art des Contractes überlassen ist, oder gar einen Institor oder gar einen procurator omnium rerum denkt. Die von Savigny in der Literatur vermißte Begriffsbestimmung des Boten ist im Gegensatz des Procurator im Text dieses unseres §. 25. präcise gegeben, und ist hier der Bote keineswegs „in geringschätziger Art nur beiläufig erwähnt und abgefertigt." Der Bote ist ein Mensch, der nur einen fremden Willen mittheilt, und daher kann ein Kind es seyn, der Procurator begründet durch seinen Willen die Obligation. Wenn der Wille der Mittelsperson erforderlich ist, so ist sie nicht Bote, sie trägt nicht meinen Willen, sie erzeugt mir einen Willen. Es ist doch ein großer Unterschied zwischen den beiden Fällen: Die obligatio wird begründet allein durch meinen Willen und meine Willenserklärung, und auf den Willen der Mittelsperson kommt nichts an, sie ist nur das Mittel für meine Willenserklärung; und: Die obligatio wird begründet allein durch den Willen und die Willenserklärung der Mittelsperson (danach bestimmt sich z. B. wann und wo und ob mündlich oder schriftlich contrahirt worden ist), und dieser fremde Wille und Willenserklärung ist einem von mir allgemeiner gefaßten und erklärten Willen entsprechend, ich habe aus dem Grunde einer allgemeinen Willenserklärung diesen concreten fremden Willen als meinen eigenen concreten Willen gelten zu lassen.

Ruhstrats Grund ist ein zweifacher. Erstens „allge-

ist gar nicht selten und wird oft mit dem Fall, daß der

---

meine Volksüberzeugung." Allein von einer solchen kann nur in Betreff einfacher practischer Rechtssätze die Rede seyn, nicht in Betreff dieser Frage, deren Tragweite nur einem geübten juristischen Auge übersehbar ist. Zweitens, daß h. z. T. unzweifelhaft der Stellvertreter jeden Contract unbedingt auf den Namen des Principals stellen könne (S. 351—355). Allein dies ist dann eben nicht unzweifelhaft, sondern unmöglich, wenn darunter verstanden werden soll nicht ein Contrahiren in fremdem Namen, sondern ein Contrahiren in fremder Person, also ein Contrahiren mit der Erklärung gewollter directer Repräsentation. Ob diese Erklärung gültig sei, hängt davon ab, ob dieser Wille gültig sei, und dies ist nicht der Fall.

Die practischen Schwierigkeiten, welche die Construction des neuen Rechtsinstitutes bietet, werden von Ruhstrat und von Savigny nicht bemerkt, weil sie es unterlassen, durch Eingehen in das Detail den innern Bau des Rechtsinstitutes zu zeigen. Dasselbe gilt von Scheurl, welcher es vermeidet „auf die weitern practischen Folgerungen einzugehen" (S. 337). Buchka, welcher genauer eingeht, steigert sich so in Widersprüchen, daß er die directe Repräsentation immer mehr wegraisonnirt, und sachlich aufhört, ein Vertheidiger derselben zu seyn. Auch Dernburg, der ins Detail eingeht, endigt (S. 17—21) mit Widersprüchen, und Brinz giebt die unmittelbare Stellvertretung, die er für das heutige Recht als statthaft behauptet (S. 35), am Schluß wieder auf (S. 42). Dernburg hat freilich auch einige nach dem Satz, daß der Mandant der Contrahent sei (S. 3 und 19), consequente Sätze, z. B. daß trotz des Mandatars error in corpore der Kaufvertrag gültig ist, wenn nur der Mandant und der Verkäufer über das corpus consentiren (S. 18. lit. b. S. 20. lit. a.). Aber wohin führt dieser consequente Satz? Der Mandant und der Verkäufer wollen beide den Kauf und Verkauf des Grauschimmels Hercules, der Mandatar hat aber den Apfelschimmel Hercules verstanden, und bewilligt als Kaufpreis 20 Louisd'or, während er für den Grauschimmel höchstens

Institor contrahirt, verwechselt. Es sind also drei Fälle zu unterscheiden. 1. Der Institor contrahirt mit Bezugnahme auf den Principal. 2. Der Institor contrahirt ohne Bezugnahme auf den Principal. 3. Der Institor theilt nur den Willen des Principals mit. Der zweite und dritte Fall gehört gar nicht in die Lehre vom Institor, weil in beiden Fällen der Institor gar nicht als Institor auftritt, denn der Institor soll contrahiren und als Institor contrahiren [3]. Diese beiden auszuscheidenden Fälle beurtheilen sich nach allgemeinen Grundsätzen. 1. Der eine auszuscheidende Fall. Der Institor contrahirt ohne Bezugnahme auf den Principal. Er contrahirt, wie man es nennt [4], schlechtweg in eigenem Namen. In diesem Fall ist nur der Institor aus dem Contract verpflichtet [5]. Er hat den Contract für eigene Rechnung geschlossen, und daher ist sein Contrahent weder verpflichtet, sich an den Principal verweisen zu lassen, noch berechtigt gegen diesen. 2. Der andere auszuscheidende Fall. Der Institor theilt nur den Willen des Principals mit. In diesem Fall ist der Contract zwischen dem Principal und dem Dritten geschlossen, mithin nur der Principal, nicht der Institor, aus demselben verpflichtet [6]. Der Institor als Nuntius steht kraft der

---

zwölf bewilligt haben würde. So ist also der Grauschimmel für zwanzig gültig gekauft!

3) Daher wird dieser beiden Fälle fast gar nicht in den Titeln de exercitoria actione und de institoria actione gedacht. Es wird fast ausnahmslos die Form vorausgesetzt, durch welche die exercitoria und institoria actio begründet wird.

4) Vgl. unten §. 29. zu Anfang.

5) Und berechtigt. Hierüber oben §. 24.

6) Und berechtigt. Hierüber oben §. 24.

actio doli für das Interesse ein, wenn der Wille des Principals ihm nicht so, wie er ihn mittheilt, mitgetheilt worden ist. Ob der Institor, welcher mit wörtlicher oder sonst erkennbarer Bezugnahme auf den Principal aufgetreten ist, contrahirt hat, oder nur als Nuntius ministrirt hat, ist zunächst nach den Umständen zu entscheiden, welche bald deutlich auf das erstere, bald deutlich auf das letztere hinweisen. Im Zweifelsfall, der voraussetzt, daß die Entstehung des Geschäftes des Willens des Institor nicht bedarf, kann er nicht als Contrahent gelten, weil sein ihn verpflichtender Wille eben zweifelhaft ist. 3. Zu erörtern bleibt der Fall, daß der Institor mit Bezugnahme auf den Principal, und überdies materiell so contrahirt, daß er und der Principal verpflichtet wird, d. h. der Fall, daß die institorische Klage begründet ist[7].

§. 26.

Haftung des Institor neben dem Principal.

Aus dem Contract, welchen der Institor geschlossen hat, ist der Institor immer verpflichtet. Aber anders nach heutigem, als nach römischem Recht. I. Das römische Recht. 1. Erster Fall. Wenn der Institor den Contract in eigenem Namen schloß, so ist nur er aus dem Contract verpflichtet[1]. 2. Zweiter Fall. Wenn er ihn so schloß, daß die institorische Klage gegen den Principal rechtlich begründet ist, dann ist er und der Prin-

7) Diesem Fall stehen außer den beiden erwähnten Fällen noch zwei andere, in welchen sie nicht begründet ist, gegenüber: Daß der Contrahent gar nicht Institor ist, und daß der Institor materiell ungehörig contrahirt. Hierüber §. 27. b.

1) Vgl. oben §. 25. Nr. 1. und unten §. 29. Note *.

cipal aus dem Contract verpflichtet, und der Dritte hat die Wahl [2], ob er den Principal oder den Institor belangen will [3]. Wenn er im zweiten Fall den Institor belangt, so hat dieser alle auf seine Persönlichkeit zu gründenden Einreden [4], nicht mehr und minder, als im ersten Fall. In beiden Fällen ist der Institor gleichmäßig zur Erfüllung des Contractes verpflichtet und haftet er dafür mit seinem Vermögen. Er kann also auch im zweiten Fall weder die Klage noch die Execution von sich abwenden und an den Principal verweisen [5], durch die Berufung, daß die institorische Klage gegen den Principal rechtlich begründet sei [6], ja auch überdies (voraussichtlich) factisch wirksam seyn werde. Diese Erfüllungsverbindlichkeit des Institor, für welche er mit seinem Vermögen haftet, führt von selber dahin, daß er unbedingt nicht nur für das

---

2) Anders natürlich, wenn die Verbindlichkeit des Principals hinterher wieder wegfällt, wie z. B. wenn der Institor die Verbindlichkeit des Principals novirend übernimmt. L. 13. §. 1. D. h. t.

3) L. 1. §. 17. L. 1. §. 24. L. 5. §. 1. D. de exercit. act. L. 17. §. 1. L. 19. pr. D. de institoria actione. Lüneburger Stadtrecht Tit. 24. (Pufendorf IV. S. 699) Preußisches Landrecht §. 541. 544. 545. Código de comercio. Art. 179. Codigo commercial. Art. 147.

4) Z. B. das Senatusconsultum Macedonianum, das S. C. Vellejanum, die restitutio ob minorem aetatem. Vgl. den folgenden §. 27. a.

5) Ruhstrat im oldenburger Archiv Bd. 1. 1843. S. 42—46; und im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 30. 1847. S. 341—346.

6) Nicht entgegen ist L. 20. D. h. t.: cum id (nämlich den Schuldschein) institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset. Vgl. Ruhstrat im oldenburger Archiv Bd. 1. S. 45. 46.

Daseyn und den Umfang der von ihm angegebenen Vollmacht, sondern auch für die Solvenz des Principals einsteht. Von dieser Verbindlichkeit soll zwar der Principal den Institor befreien [7], er kann es aber nicht, wenn nicht der Gläubiger will [8]. Daß der Institor nur so lange ausklagbar sei, als er noch als Institor fungirt, im Amte ist [9], ist auch für den zweiten Fall nicht zuzugeben. Übrigens ist in beiden Fällen, soweit der Institor gezahlt hat, der Principal, soweit der Principal gezahlt hat, gleichviel, ob in eigenem oder des Institor Namen, der Institor liberirt [10]. II. Das heutige Recht. 1. Wenn der Institor den Contract in eigenem Namen schloß, so ist nur er aus dem Contract verpflichtet [11]. Wenn er ihn so schloß, daß die institorische Klage gegen den Principal rechtlich begründet ist, dann ist nicht er, sondern

---

7) Denn es liegt im Willen des Mandatsvertrages, daß durch den Contract nur der Mandant berechtigt und verpflichtet werde, was nicht direct, sondern nur durch Cession und Novation ermöglicht werden kann. Dem Recht des Principals, daß er Gläubiger werde, entspricht das Recht des Institor, daß er aufhöre, Schuldner zu seyn. So L. 45. pr. §. 5. D. mandati (17. 1.).

8) L. 45. §. 2. D. mandati (17. 1.) si nolit creditor .... cavere tibi debeo, defensurum te.

9) Die gewöhnliche Meinung ist dafür (Glück XIV. S. 196. 257. Thibaut II. §. 525.), wegen der L. 20. D. h. t. „... Lucio Titio (Principal) defuncto sine herede, bonis ejus venditis, ... nec aequitatem conveniendi eum (institorem) superesse: cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset; und wegen L. 67. D. de procuratoribus (3. 3). Beide Stellen sind aber nicht beweisend.

10) L. 1. §. 24. D. de exercitoria actione.

11) Vgl. oben §. 25. Nr. 1 und unten §. 29 Note *.

nur der Principal zur Erfüllung des Contractes verpflichtet. Er kann aus dem Grunde, daß gegen den Principal die institorische Klage rechtlich begründet ist, den Gläubiger an den Principal verweisen. Über die Art dieser Verweisung [12] sind die Ansichten verschieden, und ist die Praxis unsicher. Nach einer Meinung kann er die Execution an den Principal verweisen [13], er muß zu diesem Zweck nachweisen, daß er als Institor und den Principal bindend contrahirt habe, bis dahin geht die Execution [14] gegen ihn. Nach einer andern Meinung kann er die Klage von sich durch eine exceptio doli abwenden [15]. Diese Meinung ist die richtige, aber genauer so zu verstehen. Die Klage auf Erfüllung des Contractes ist gegen den Institor lediglich durch den Contract nicht begründet, wenn er diesen im Namen des Prin-

12) Die Schwierigkeit der Frage, wie heutzutage die Haftung des Principals und des Institor im Proceß sich ausgleicht, ob dieser die Klage oder erst die Execution an den Principal verweisen kann, oder wie sonst, ist dadurch nicht erledigt, daß man, wie Ruhstrat im oldenburger Archiv Bd. 1. S. 59—62, den Institor als bloßes Instrument betrachtet. Denn die Voraussetzung für die Frage ist, daß der Institor nicht dieses, was er allerdings seyn kann, sei, sondern daß er für Rechnung des Principals Contrahent sei, und es ist nicht zuzugeben, daß ein Contrahent kann ein bloßes Instrument seyn wollen. Vgl. oben §. 25. Note 2.

13) Glück XIV. S. 196. 257. Note 58. Thibaut II. §. 525. Preußisches L. R. §. 542. Código de comercio. Art. 177. Codigo commercial. Art. 145.

14) Bei einer Wechselklage der Personalarrest. Cropp Gutachten. S. 25. 26.

15) Mühlenbruch Cession ed. III. S. 147. Note 297. Vgl. besonders ab Eyben. diss. posterior. cap. IX (scripta S. 304 — 306).

cipals geschlossen hat. Denn dann hat er erklärt, daß er für fremde und nicht für eigene Rechnung contrahire, er hat den Dritten auf den Credit des Principals verwiesen, besser: die Pflicht der Erfüllung ist als eine nur vom Principal gewollte und gesollte contractlich festgestellt worden. Wird gegen den Institor lediglich aus dem Contract auf Erfüllung geklagt, so ist zu seiner Befreiung die Behauptung und der Beweis dieser Form der Contractsabschließung erforderlich und genügend. Der Gläubiger ist nunmehr zunächst darauf beschränkt, die institorische Klage gegen den Principal anzustellen. Der Institor ist nur verpflichtet, dafür einzustehen, daß die institorische Klage *rechtlich* gegen den Principal begründet ist[16]. Wenn und soweit sie nicht begründet ist, also der als Institor Contrahirende nicht als Institor legitimirt war und deshalb den Principal nicht verpflichtet, *gilt* er als Contrahent für eigene Rechnung. Hieher gehört der Fall, daß er gar nicht Institor ist, also gar nicht legitimirt, und der Fall, daß er nur nicht soweit, wie er contrahirt, legitimirt ist. Hiernach ist die Klage gegen den Institor auf Erfüllung (oder das Interesse wegen Nichterfüllung) des von ihm im Namen des Principals geschlossenen Contractes erst durch den Umstand begründet, daß in einem mit dem angeblichen oder wirklichen Principal unter Adcitation des oder Litisdenunciation an den Institor geführten Proceß die institorische Klage aus dem Grunde mangelnder Bevollmächtigung des Institor abgewiesen worden ist. Dieser Umstand gehört zum Klagfundament und ist daher vom Gläubiger zu behaupten

16) Nicht auch dafür, daß sie factisch wirksam sei. Für die Solvenz des Principals haftet er nur aus besondern Gründen: Versprechen (del credere, unten §. 107), dolus.

und zu beweisen [17]. Es versteht sich übrigens, daß nunmehr der Institor, aus dem Contract, aus welchem er zur Erfüllung verpflichtet ist, auch berechtigt ist auf die Erfüllung [18]. Die Verpflichtung des Institor aus dem Vermögen des Principals zu erfüllen, soll durch den Umstand begründet seyn, daß er die factische Möglichkeit hat, aus dem Vermögen des Principals zu erfüllen [19]. Durch diesen Umstand allein ist sie aber nicht

---

17) Auch ohne daß dieser Umstand eingetreten ist, kann die Klage auf Erfüllung gegen den Institor versucht werden, in der Hoffnung, er werde einräumen, daß die Voraussetzung für die institorische Klage, die Bevollmächtigung, überhaupt nicht oder nicht ausreichend vorhanden sei.

18) In §. 24. ist ihm daher auch nur das Klagrecht abgesprochen worden.

19) Diese Ansicht, nur in anderer Fassung (wenn er Vermögen des Principals in Händen hat, unter seiner Verwaltung hat, soweit ihm die Mittel zu Gebote stehen), hat z. B. Glück Bd. 15. S. 330. 331, und haben die Entscheidungsgründe eines Erkenntnisses des O. A. G. zu Dresden (Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 279), des O. A. G. zu Jena (Seuffert Archiv Bd. 6. Nr. 33), und des O. A. G. zu Lübeck (Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 201). Die Worte in den lübecker Entscheidungsgründen: Nach heutigem Gerichtsgebrauch ganz ausgemacht, daß Klage darauf, daß er dem andern Contrahenten, insofern ihm die Mittel dazu zu Gebote stehen, Zahlung aus dem Vermögen des Mandanten zu verschaffen habe, sind nach dem Zusammenhang und den Citaten nicht dahin zu verstehen, daß er nach Kräften dafür Sorge trage, daß der Mandant zahle, sondern dahin, daß er aus dem Vermögen des Mandanten zahle. Thibaut Pand. Aufl. 8. §. 525. ist in unpräciser Fassung (Befriedigung verschaffe für befriedige) offenbar derselben Ansicht. Göschen Vorlesungen §. 534, öfters citirt, äußert gar nicht eine eigene Meinung.

begründet[20]. Es muß hinzukommen, daß er zu der Erfüllung und deren Ermöglichung in der Weise, wie sie als vorhanden vom Gläubiger behauptet wird, vom Principal Auftrag erhalten und daß er diesen Auftrag angenommen hat. Dieser dreifache Umstand gehört zum Klagfundament. Aus diesem zwischen dem Principal und Institor geschlossenen Vertrage steht dem Gläubiger ein

---

20) Wenn die Ansicht (vgl. die vorige Note) so allgemein verstanden werden soll, wie sie sich ausspricht, so würde der Institor verpflichtet seyn, gleichviel, worin die Erfüllung und worin das in den Händen des Institor befindliche Vermögen des Principals besteht. Soll er aber wirklich, z. B. um eine Geldschuld bezahlen zu können, vom Weinlager des Principals à tout prix verkaufen, und um den versprochenen Wein rechtzeitig liefern zu können, da der zugesagte neue Vorrath noch nicht bei ihm angelangt ist, mit dem für den Principal eincassirten Gelde, welches er vermittelst eines Wechsels (Rimesse) einsenden sollte, Wein am Platz à tout prix einkaufen? Und zu einer solchen Verfügung über das Vermögen des Principals soll er verpflichtet, und der Gläubiger, daß sie geschehe, berechtigt seyn, lediglich aus dem Grunde, daß er factisch so verfügen kann? Die factisch mögliche Verfügung über das Vermögen des Principals darf nicht dem Principal gegenüber eine widerrechtliche seyn. Es ist mithin der Wille des Principals erforderlich, also sein Auftrag zu dieser Verfügung, erforderlich aber nicht genügend, weil der Institor ihm nicht zu gehorchen hat, mithin ist auch der Wille des Institor erforderlich, dieser muß also den Auftrag angenommen haben. Erst dieser Vertrag zwischen dem Principal und Institor bestimmt, in welcher Weise der Institor über das Vermögen des Principals verfügen darf, um die eigene Handlung der Erfüllung vornehmen zu können, bestimmt also, ob der Institor neben der factischen Möglichkeit auch die rechtliche Möglichkeit der Erfüllung hat.

Klagerecht zu [21]. Wie ferner ein ausdrückliches dem Gläubiger gegebenes Versprechen des Institor, daß er erfüllen wolle, nicht selten vorkommt, so enthalten auch die Umstände zuweilen deutlich ein stillschweigendes derartiges Versprechen. Es ist dann aber darauf zu achten, ob er nur aus dem Vermögen des Principals, oder ob er mit seinem Vermögen zu erfüllen versprochen hat. Mit Unrecht wird behauptet, daß gegen den Institor eine Klage des Gläubigers zu dem Zweck begründet sei, damit er ihn „zur Belangung," „zur wirksamen Belangung" des Principals in den Stand setze [22]. Denn der Gläu-

---

21) Diesen Satz darf man als einen Satz der Praxis in den viel zu allgemeinen und unpräcisen Sätzen der Schriftsteller und Urtheilsverfasser finden.

22) Diese Ansicht findet sich in einem Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom Jahr 1844 (Hamburger Sammlung Bd. 1. Nr. 23. S. 195—206). Wer mandatario nomine contrahire, verpflichte sich stillschweigend, den Gläubiger zu einer Klage gegen den Principal in Stand zu setzen (S. 200). Erkannt (S. 198): „schuldig, diejenigen Thatsachen und Verhältnisse, durch welche er seine Bevollmächtigung zur Abschließung des Contractes begründen zu können glaubt, vollständig und speciell darzulegen, auch die sämmtlichen darüber vorhandenen Beweismittel anzugeben, und insofern solche ihm zu Gebote stehen, dem Kläger mitzutheilen, namentlich die sich hierauf beziehende Correspondenz (mit dem Mandanten) zu ediren" (S. 198. 199). Die Entscheidungsgründe sind nicht schlagend. Auch Seuffert Pandektenrecht Bd. 2. §. 338. Nr. 3. stellt den Satz auf: der Mandatar sei verpflichtet, alle ihm zu Gebote seienden zur wirksamen Belangung des Mandanten dienlichen Behelfe dem Gläubiger an Handen zu geben. Dieser Satz ist in keiner einzigen der Note 9 citirten Stellen zu finden, und dem römischem Recht, welches den Mandatar zur Erfüllung verpflichtet, auch offenbar nicht entsprechend.

biger bedarf zur Anstellung der institorischen Klage gar nicht und zur Durchführung des Processes nicht nothwendig der Mitwirkung des Institor; überdies kann die etwa erforderliche nicht direct erzwungen werden. Daher fehlt es dem Gläubiger an der Möglichkeit, die Verpflichtung des Institor auf bestimmte Handlungen zurückzuführen, mithin an einem bestimmten Petitum; einem allgemein gehaltenen Petitum gegenüber kann aber der Institor stets ausweichend sich erklären [23]. Nur insofern und insoweit ist eine Klage möglich, als der Institor durch ein besonderes Versprechen zur Auslieferung bestimmter Beweismittel sich verbindlich gemacht hat.

---

23) Das Petitum könnte nur ganz allgemein darauf gestellt werden, daß der Institor Alles dasjenige wörtlich und thatsächlich dem Gläubiger mittheile, womit dieser die Verpflichtung des Principals aus dem Contract begründen solle. Da aber der Gläubiger ohne besonderes Versprechen gar nicht auf etwas Bestimmtes ein Recht hat, sondern sich mit dem Wenigsten begnügen muß, was der Institor für ausreichend erklärt, so muß er sich auch mit dem, wenn auch erdichteten, Einwand genügen lassen, daß nur eine mündliche Vollmacht ertheilt worden sei, oder der Versicherung, daß es nicht einmal seiner Erklärung über die Art der Vollmachtsertheilung (ob ausdrücklich, stillschweigend, mündlich, schriftlich) und den Inhalt der Vollmacht und die vorhandenen Beweismittel bedürfe, indem der Principal die ertheilte Vollmacht überall nicht oder doch im Proceß nicht, bei welchem er schon secundiren wolle, in Abrede stellen werde. Auch kann er dieser Versicherung mit Recht hinzufügen, z. B. daß er nicht unnützerweise seine Vollmachtsurkunde zu ediren brauche, deren er zu seiner Legitimation bei andern Contrahirlustigen nicht entbehren könne, oder die er versandt habe und nicht ohne Mühe und Kosten herbeischaffen könne.

§. 27. a.

Die institorische Klage. Inhalt derselben.

Aus dem Contract, welchen der Institor geschlossen hat, kann möglicherweise der Principal verpflichtet seyn. Gegen diesen kann die Contractsklage als institoria actio begründet seyn. Der Principal haftet, wenn er haftet, als wenn er selbst contrahirt hätte [1] *. Deshalb kann er vollkommen verpflichtet seyn, wenn gleich der Institor nur unvollkommen verpflichtet ist [2], wie weil er als Pupill ohne den Tutor contrahirt [3], oder als filiusfamilias die exceptio Scti Macedoniani [4], oder als minor die in integrum restitutio [5], oder als Weib, oder gar Ehefrau des Principals, die Ausflüchte der Intercedentin hat [6]. Der Principal haftet dem Dritten, wenn er aus dem

---

1) L. 1. D. h. t. L. 5. §. 3. D. de tributoria actione (14. 4). Beispiele: L. 17. pr. L. 5. §. 15. 16. D. h. t.

*) Dieser Satz ist aber nicht so zu verstehen: als wenn nur er und gar nicht der Institor contrahirt hätte.

2) Wenn der Institor gar nicht verpflichtet ist, z. B. weil er ein Kind ist, so kann auch nicht der Principal aus dem Contract des Institor verpflichtet seyn, weil ein solcher fehlt. Es ist aber möglich, daß der Contract des Institor als Mittheilung eines nuntius aufrecht erhalten werden kann. So ist vielleicht L. 8. D. h. t. plerique pueros puellasque tabernis praeponunt, zu verstehen; oder es sind hier infantes gar nicht gemeint.

3) L. 7. §. 2. D. h. t.

4) L. 7. §. 11. D. de Scto Macedoniano (14. 6.)

5) L. 3. §. 11. L. 4. L. 23. D. de minoribus (4. 4.)

6) Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 1. S. 2. 3. L. 7. §. 1. D. h. t.

Contract haftet, für die ganze Schuld [7], und mit seinem ganzen Vermögen [8]. Also beschränkt sich die Haftung an sich nicht auf die Größe des Handlungsfonds [9]. Anders freilich dann, wenn der Dritte versprach, mit dem Credit nur des Handlungsfonds sich begnügen zu wollen [10]. Dies geschieht stillschweigend, wenn der Dritte sich auf das Geschäft einläßt, indem er weiß, oder gilt [11], als wisse er, daß der Principal nur diesen Fonds diesen Gläubigern hat verhaften wollen [12].

§. 27. b.
Voraussetzungen der institorischen Klage.

Die institorische Klage ist unter drei Voraussetzungen begründet. 1. Ein Institor muß contrahiren. 2. Der

---

7) §. 2. I. quod cum eo (4. 7.). L. 5. §. 2. D. h. t. L. 13. §. 2. D. h. t. „an pro portione mercis, an vero in solidum? Et ... ait ... in solidum."

8) Denn dies ist die bei jedem Schuldner sich zunächst von selbst verstehende Haftung.

9) Die für diese Beschränkung angerufene L. 1. §. 20. D. de exercit. actione spricht von der auf die merx peculiaris eines in potestate stehenden Principals gerichteten tributoria actio, bei der die Beschränkung Folge der besonderen Verhältnisse ist.

10) Merci magis quam ipse credidit. L. 5. §. 15. D. de tributoria actione (14. 4.).

11) Nämlich wegen unterlassener Erkundigung unter Umständen, welche den Willen beschränkter Haftung wahrscheinlich machen, und also zu jener auffordern. L. 19. D. de R. J.

12) L. 5. §. 15. 16. D. de tributoria actione. (14. 4.). Die Stelle hat nicht ein Institoren-, sondern ein Peculienverhältniß, aber sie trifft wegen des allgemeinen Gedankens, der ihr unterliegt. Unsere heutige kaufmännische Ansicht ist über den Satz außer Zweifel. Daher die beschränkte Haftung bei Actiengesellschaften, Schiffsparten.

Institor muß als Institor, d. h. mit Bezugnahme auf den Principal contrahiren. 3. Der Contract muß dem Willen des Principals wirklich oder vermuthlich entsprechen. In Betreff dieser dritten Voraussetzung liegt dem Dritten, d. h. dem Contrahenten des Institor, eine eigenthümliche Erkundigungspflicht ob. Wenn und soweit die institorische Klage nicht begründet ist, ist immer der wirkliche oder angebliche Institor mit seinem Vermögen dem Dritten verhaftet. Soweit der Institor gar nicht als Institor contrahirt, contrahirt er für eigene Rechnung. Soweit der als Institor Contrahirende nicht als Institor legitimirt war und deshalb den Principal nicht verpflichtet, gilt er als Contrahent für eigene Rechnung[1]. Hieher gehört ein zweifacher Fall[2]. Wenn und soweit die institorische Klage nicht begründet ist, kann auch der Principal verpflichtet seyn. Diese Verpflichtung kann möglicherweise zum Vollen, oder zu einem Theil dessen, was der wirkliche oder angebliche Institor versprach, auf die Bereicherung gegründet werden. Die Möglichkeit und der Umfang dieser Verpflichtung bestimmt sich danach, ob und wieweit dem wirklichen oder angeblichen Institor gegen den Principal die mandati

---

1) Die beiden vorstehenden Sätze sind von Mittermaier ed. 6. §. 537. Note 27. 28. dahin mißverstanden, als sei in ihnen behauptet: der contrahirende Institor könne entweder als Institor oder als Contrahent beklagt werden. Sie sagen aber, daß er immer als Contrahent haftet, daß er aber zuweilen als Contrahent für eigene Rechnung haftet, und zwar entweder, weil er wirklich so contrahirt, oder, weil er als so contrahirend gilt.

2) Vgl. oben §. 26.

oder negotiorum gestorum actio zusteht, oder doch[3] zustehen würde[4]. — Die drei Voraussetzungen sind nun zu erörtern.

§. 28.

Erste Voraussetzung. Wirklicher Institor.

Erste Voraussetzung der institorischen Klage. Ein Institor muß contrahirt haben. Der Institor ist dies entweder durch seine Anstellung oder ohne solche durch den Willen des Principals. Unter der Anstellung werden hier Umstände verstanden, welche nach rechtlicher[1] Vorschrift Jemand als Institor eines Andern bezeichnen. Dahin gehört der bedeutende Satz des römischen Rechts: Jede in einem Handelslocal angestellte Person darf von dem Publicum als Institor angesehen werden[2]. Die Anstellung, ohne daß eine weitere Bekanntmachung erforderlich ist[3], genügt, daß der Contract den Principal

3) Nämlich wenn er nicht wäre, was er zufällig ist: Haussohn des Principals.

4) L. 3. §. 2. D. de in rem verso (15. 3.). Vgl. vor Allen Ruhstrat a. a. O. S. 25 — 36. 47 — 54. 59.

1) Auf die bloße Börsenmeinung, wenn sie nicht zugleich ein Gewohnheitsrecht enthält, kommt nichts an. Nicht entgegen steht L. 3. pr. D. de Seto Macedoniano. (14. 6.)

2) Dies folgt daraus, daß es des Verbotes jeglicher Contractsabschließung bedarf, wenn eine in einem Handelslocal angestellte Person nur bloß als custos gelten soll. L. 11. §. 6. D. h. t. Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur: cum magis hic custodis sit loco, quam institoris. L. 47. pr. D. de peculio. (15. 1.) Quotiens in taberna ita scriptum fuisset, cum Januario servo meo geri negotium veto: hoc ... consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur.

3) Dies folgt daraus, daß, wenn der angestellte Institor

verpflichte, sie gilt wie eine von diesem geschehene Anmeldung. Und zwar ist der Angestellte dem ganzen Publikum gegenüber als Institor legitimirt, es möchte denn die Procura kundlich auf einen Theil des Publikums nicht oder nur bezogen sein[4]. Der Angestellte muß abgemeldet werden, wenn er nicht als Institor gelten soll[5]. Wenn es an der Anstellung und am Willen (Anstellung in einem andern Sinn) des vermeintlichen Principals fehlt, so ist die institorische Klage nicht begründet. Der Dritte wird daher nachforschen, ob der, welcher sich für den Institor ausgiebt, dieses wirklich sei. Er wird, wenn nicht schon die Umstände den Institor nachweisen, sich die Procura zeigen lassen, und will er ganz sicher gehen, beim angeblichen Principal nachfragen. Denn wer gar nicht Principal ist, wird dadurch allein, daß er dafür ausgegeben, irrthümlich oder dolos, und gehalten worden ist, nicht verpflichtet. Die Täuschung, der Betrug, etwa durch falsche Vollmacht, falsche Zeugen, wenn auch noch

---

nicht soll contrahiren dürfen, dies Nein publicirt werden muß. L. 11. §. 2. D. h. t. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere: sed, si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum, qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione.

4) L. 11. §. 5. D. h. t. sed et si denunciavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri: nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum: vel certis hominibus permittere.

5) Abgemeldet dem Einzelnen, daraus dann die exceptio: si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet L. 17. §. 4. D. h. t., — oder dem Publikum L. 11. §. 2. D. h. t. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur. Vgl. auch §. 31. d. Note 2.

so glaubliche, ist dem Dritten begegnet, gespielt, der angebliche und vermeintliche Principal braucht als solcher diesen Zufall nicht zu prästiren [6]. Doch kann er hierzu aus einem andern Grunde verpflichtet seyn, nämlich weil er dolos oder culpos die Täuschung herbeigeführt hat, dieses entspricht allgemeinen Grundsätzen. Daß er sie nicht abgewandt hat, obgleich er sie kannte, verpflichtet ihn nach allgemeinen Grundsätzen nicht, denn zu einem positiven Thun ist Niemand dem Publikum verpflichtet, und daß die besondere Rücksicht auf den Gewerbsverkehr hier einen besondern Rechtssatz hervorgerufen, läßt sich nicht beweisen. Wo nach dem Particularrecht die Anstellung des Institor, d. h. hier der Wille des Principals, durch ihn verpflichtet zu werden, dem Publikum bekannt gemacht werden soll [7], da muß der Dritte, will er sicher gehen, dieser Bekanntmachung nachforschen.

§. 29.

Zweite Voraussetzung. Formeller Zusammenhang.

Zweite Voraussetzung der institorischen Klage. Formelle Beziehung des Geschäftes auf das Geschäftsgebiet. Es ist wichtig, wie beim Abschluß des Contracts verfahren ist. 1. Der regelmäßige Fall, wie er auch in vielen Stellen des römischen Rechts erscheint, war offenbar, und ist noch jetzt der, daß der Dritte beim

---

6) Dies beweiset auch L. 5. §. 10. D. h. t.: .... fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, nämlich wenn der discipulus, welcher contrahirte und dann entfloh, als bloßer Verwalter des Geschäftes im Innern zurückgelassen war, im Gegensatz von sin vero quasi institor, teneri eum. Vgl. unten §. 33. Note 4.

7) Vgl. unten §. 31. c.

Abschluß um das Institorenverhältniß weiß, und durch die Erklärung des Institor darum weiß. Der Institor präsentirt sich als Institor, er contrahirt mit Bezugnahme auf den Principal, mit Hinweisung auf den Principal, unter der Angabe, daß er für Rechnung des Principals contrahire, unter Gebrauch des Namens seines Principals, unter Gebrauch der Firma seines Hauses, er stellt den Contract auf den Namen des Principals, er contrahirt im Namen des Principals, oder wie man es ausdrücken will. Zu dieser Art des Contrahirens, also zu dem Contrahiren in fremdem Namen macht den Gegensatz das Contrahiren in eignem Namen[1]. Jener wörtlichen Hinweisung steht es gleich, wenn die Umstände, unter welchen er contrahirt, der Art sind, daß sie nach rechtlicher Vorschrift deutlich genug darauf hinweisen, daß er Institor ist, und als solcher contrahirt. In dieser wörtlichen oder in den Umständen liegenden Hinweisung ist stillschweigend die Erklärung des Institor enthalten, daß der Principal durch das Geschäft so verpflichtet werden solle und wolle, als habe er selbst es geschlossen. Der Dritte hat also beim Abschluß den Principal, auch diesen oder nur diesen, als den Verpflichteten im Auge. Und diese Hinweisung ist dem Dritten insofern bedeutend, als er sonst nicht, den Institor überwachend, nachforschen und beurtheilen kann, ob der Contract zu dem Gewerbe, das

---

1) Es ist kein Unterschied zwischen Contrahiren in fremdem Namen und in eigenem Namen mit Hinweisung auf einen Andern, für dessen Rechnung contrahirt werde. Contrahiren in eigenem Namen drückt das Negative aus, daß man contrahire, ohne in fremdem Namen zu contrahiren. Dies ist auch die Bedeutung des römischen Sprachgebrauchs: suo nomine und alieno nomine. Vgl. auch oben §. 25. Note 1.

der Institor ganz oder theilweise verwaltet, in materiellem Zusammenhang stehe oder stehen könne. Denn er muß abgeleugnetenfalls beweisen, daß der Contract dem Geschäftsgebiet des Institor entspricht [2], also auch, wenn dies nur unter Voraussetzungen der Fall ist, daß die Voraussetzung vorhanden war [3], oder doch wenigstens beweisen, daß er glauben durfte [4], jener entspreche und

2) L. 13. pr. D. h. t. Ein servus merci oleariae praepositus hatte Geld geborgt, der creditor konnte nicht beweisen, mercis gratia eum accepisse (was er, ohne Grund zu haben, geglaubt hatte), er verlor diesen Proceß.

3) So war denn auch in der L. 7. pr. D. de exercitoria actione der Contract mit Bezugnahme auf diese Voraussetzung geschlossen worden. Der zu einer Schiffsreparatur Geld aufborgende Schiffer cavit se in refectionem navis eam accepisse (zu solchem Zweck allerdings, aber nicht schlechtweg ist der Schiffer berechtigt, ein Darlehn aufzunehmen), und es heißt von dem Gläubiger: creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet, — — illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus: quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse. Dem steht nicht entgegen die L. 1. §. 9 eod., wo derselbe Fall, Aufborgen zu einer Schiffsreparatur, unterliegt, und es doch nur heißt: der exercitor haftet dem creditor, si (magister) hac lege accepit quasi in navem impensurus, und haftet nicht, si hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit. Denn die allgemeine Fassung der hervorgehobenen Worte ist aus der specielleren Fassung in der Frage ad reficiendam zu specialisiren. Ofilius hatte bloß den Gegensatz zwischen ohne Bezugnahme und mit Bezugnahme im Auge, und brauchte so das Speciellere der Bezugnahme nicht so scharf hervorzuheben.

4) Daß mitunter dieser Beweis genügt, wird sich aus §. 31. c. 31. d. von selbst ergeben.

diese sei vorhanden. Die Hinweisung ist also bedeutend, dem Institor und dem Dritten, damit unzweifelhaft der Principal aus dem Contract, also zum Vollen verpflichtet werde. Fehlt es an der Hinweisung auf den Principal nicht, so ist die Form gleichgültig, wie der Institor die etwaige Urkunde über den Contract unterzeichnet, ob zunächst mit seinem und dann (darunter oder rechts) des Principals Namen, oder zunächst mit des Principals und dann seinem Namen[5]. 2. Ist aber der erwähnte regelmäßige Fall eine wesentliche Voraussetzung für die Haftungsverbindlichkeit des Principals? Ist die letztere dennoch begründet oder fehlt sie, wenn der Institor ohne solche Hinweisung (auf eigenen Namen) den Contract schloß? Die Frage sieht ab von einer etwa stattgehabten Verwendung, denn sie geht nur auf die Haftung aus dem Contract. Die richtige Ansicht ist folgende. Für diese Haftung ist das nach dem Willen des Principals und des Institor vorhandene wirkliche Verhältniß der Vertretung nicht hinreichend, sondern es ist nothwendig, daß der Dritte den Principal bei dem Abschluß im Auge gehabt hat[6]. Doch genügt auch dieses nicht, er

5) So sind auch die Particularrechte auszulegen, z. B. die augsburger W. O. Vgl. unten Note 16. Es wird wohl keines sich finden, welches auf diese Form Gewicht legt.

6) Der Dritte muß beim Abschluß des Contractes den Principal im Auge gehabt haben. So auch Mühlenbruch Cession ed. III. S. 143. und S. 147. Note 296. Entscheidender, als die Gründe, welche Gensler im Archiv für die civil. Praxis Bd. 1. S. 393—395, und als die Stellen, welche Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 388. Note 82. anführt (L. 6. §. 1. L. 31. pr. D. de negot. gestis. L. 10. §. 5. D. mandati. L. 13. C. si certum petatur (4. 2.)), wo auch weitere Literatur sich findet, ist aber §. 1. I. quod cum eo, qui in aliena potestate (4. 7.):

mochte nur wissen, daß der Institor Institor sei, oder

„fidem domini sequi videtur", vgl. mit §. 8. eod. und L. 1. §. 3. L. 5. §. 1. D. quod jussu. (15. 4.), und besonders die L. 1. §. 9. D. de exercitoria actione. Das Factum, welches hier Ofilius beurtheilt, ist: der Schiffer borgt zur Schiffsreparatur, hat also, als er contrahirt, den Willen, das Geld zu dem Zweck zu verwenden, verwendet es aber, hinterher den Willen ändernd, nicht. Die Frage ist also: haftet der Rheder aus dem Contract? Es wird nun unterschieden, wie er contrahirt hat, entweder erstens angebend, daß er für das Schiff contrahire, dann haftet der Rheder, oder zweitens nicht angebend, daß er für das Schiff contrahire, dann ist es umgekehrt. Daß er, soweit verwandt wäre, hafte, was unzweifelhaft ist, spricht Ofilius nicht aus, weil die Frage auf dieses Factum nicht gestellt war. Die Entscheidung, daß im zweiten Fall die Haftung aus dem Contract wegfalle, beruht also darauf, daß der Schiffer seine Institorenqualität verschweigt. Diese Art der Contractsschließung ist eben seine Prellerei gegen den Dritten, den er, ungeachtet er verwenden will, insofern prellt, als er ihn mit dem Beweise der Verwendung belastet, beruht also nicht auf einer zu der Art der Contractsschließung noch hinzukommenden anderweitig zu denkenden fraus. Sonst hätte ja auch Ofilius den dritten Fall, daß diese fraus fehle, der doch so nahe lag, gar nicht entschieden, und wie kann es für die Haftung des Principals einen Unterschied machen, ob das Factum, welches dasselbe bleibt, nämlich die Art der Contractsschließung, noch von besonders bösen Gedanken des Institor begleitet ist. Es ist also gar kein besonderes Gewicht auf die Worte ab initio consilium cepit fraudandi creditoris zu legen, sie sind nicht entscheidend, sondern nur beschreibend, denn die zwei Fälle unterscheiden sich auch noch so: Der Schiffer, welcher ja, als er contrahirt, den Willen hat, das Geld in das Schiff zu verwenden, prellt entweder hinterher, indem er diesen redlichen Willen unredlich ändert, und dann prellt er den Rheder, oder er prellt gleich anfangs, also mit redlichem Willen gegen den Rheder, prellt also den Gläubiger. Den

selbst, daß er dieses Geschäft als Institor schließe, sondern es ist nothwendig, daß der Institor (oder statt seiner gesetzlich der Zusammenhang der Umstände [7]) bei diesem Contract auf den Principal hinwies, sich als Institor präsentirte, also die Rücksichtnahme auf den Principal nicht bloß eine zwar beiderseitige, aber vereinzelte, sondern eine zweiseitige, vertragsmäßige, war [8]. Hierin ist theils

---

Worten quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris correspondiren die Worte si ... mox mutavit voluntatem, welche also auch lauten können: si mox consilium cepit fraudandi exercitoris. Es erhellt also, daß, wenn der Dritte, das Institorenverhältniß nicht wissend, contrahirte, der Principal ihm aus dem Contract nicht haftet, gleich viel ob dieses Nichtwissen auf einem arglistigen Verschweigen des Institor beruht, oder nicht. Diese Voraussetzung, das Wissen, ist in unbedingt sprechenden Stellen für subintelligirt anzunehmen (vgl. Cropp l. c.), als das Regelmäßige und Redliche. So wird in L. 28. pr. D. quibus modis ususfr. (7. 4.) der übersehene Fall des ungehörigen Verfahrens noch schnell nachgeholt: sed si locasset suo nomine. Eben so in L. 9. §. 1. D. locati (19. 2.).

7) Vgl. Código de comercio. Art. 178. — Codigo commercial. Art. 146.

8) Dies ergiebt sich 1. aus allgemeinen Grundsätzen. Das Geschäft, welches der Institor auf eigenen Namen ohne Hinweisung auf den Principal schließt, erscheint der äußeren Form nach lediglich als ein eigenes Geschäft des Institor. Die bloße Übereinstimmung der Willen des Principals, des Institors, und des Dritten, daß es, weil es materiell der Gewerbsverwaltung, also dem Principal angehört, als ein wie vom Principal selbst geschlossener Vertrag gelten solle, und dieses ist der Gesichtspunct, aus welchem das römische Recht die Haft des Principals begründet, macht es nicht zu einem solchen, weil durch die bloße Übereinstimmung der Willen ohne hinzukommende Erklärung, das beiderseitige Wollen ist noch keine (zweiseitige) Einwilligung, noch nicht ein Vertrag entsteht. Es liegt also in

ausgesprochen, theils folgt daraus: Der Contract muß, wenn der Principal aus dem bloßen Contract haften soll, als hätte er selbst contrahirt, 1. mit Bezugnahme auf das dem Institor anvertraute Geschäftsgebiet abgeschlossen seyn, der Dritte muß dieses beweisen[9]; 2. und, wenn der

---

Betreff des Principals gar kein Vertrag vor. Ein dem Gläubiger nicht ausgesprochener Wille ist für die Begründung einer obligatio gar kein Wille, und daher ist es juristisch unmöglich, daß der Dritte ohne Erklärung den Willen des Principals und des Institor weiß. Er kann daher den, wenn auch hinterher erdichteten Einwand, daß der Principal oder der Institor Gründe gehabt, das Geschäft dem Dritten gegenüber als ein eigenes Geschäft des Institor zu behandeln, gar nicht beseitigen. Dazu kommt 2. daß die Note 6 erwähnte L. 1. §. 9. de exercitoria actione für die Haftung des Principals aus dem bloßen Contract die Unterscheidung macht, ob der Institor erklärt hat, oder nicht, daß er als Institor contrahire, es heißt: si hac lege accepit, si hoc non expresserit, und nicht: si scivit creditor, si nesciverit creditor. Und wie läßt sich annehmen, daß der Jurist so unjuristisch auf die Erklärung oder Nichterklärung seine Entscheidung gründete, wenn es lediglich auf das Wissen oder Nichtwissen ankam? — Andere Stellen freilich, welche man herbeiziehen möchte, sind nicht entscheidend, weil sie nur das eine Requisit, des materiellen Zusammenhanges des Geschäfts mit dem Geschäftsgebiet, im Auge haben (z. B. L. 5. §. 11. D. h. t. vgl. mit L. 1. §. 7. D. de exercitoria actione), oder nur das andere Requisit, des Wissens, ohne hervorzuheben, worauf dieses beruhen müsse (z. B. L. 7. §. 1. D. de exercitoria actione. L. 7. pr. eod., in welcher letztern Stelle es freilich an der Erklärung nicht fehlte). Dagegen hat L. 7. §. 2. eod. die beiden Requisite: scire debere, und si in hoc crediderit.

9) Daher haftet, wenn nicht einmal eine solche allgemeine Bezugnahme bewiesen werden kann, der Principal aus dem Contract nicht. L. 13. pr. D. h. t. s. oben Note 2.

Contract von der Art ist, daß er nur unter Voraussetzungen dem Geschäftsgebiet entspricht, so muß auch mit Bezugnahme auf diese Voraussetzung der Contract abgeschlossen seyn[10], und es genügt nicht, daß der Institor den Contract als Institor dieses Principals abgeschlossen hat, ohne daß der weiteren Beziehungen gedacht worden ist[11]. — Ist diesen Bedingungen nicht genügt, so ist die institorische Klage nicht* begründet[12], gleichviel, ob und was der Dritte von dem Institorenverhältniß glaubte,

10) Vgl. oben Note 3.

11) Dem steht nicht entgegen die L. 13. pr. D. h. t., denn der Jurist hat nur die Frage im Auge, ob, und entscheidet sie dahin, daß nicht die zweite Klage durch die processualische Consumtion ausgeschlossen sei (vgl. Keller Litis Contestation §. 69. Savigny System Bd. 6. S. 457. 458.), wie weit und aus welchen Gründen sie Erfolg haben werde, entscheidet er nicht.

*) So auch, nämlich daß im Namen des Principals contrahirt seyn muß, O. A. G. zu Lübeck (Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 200. 201. (1844). S. 616. 617. (1846). O. A. G. zu Dresden (Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 279). O. A. G. zu Oldenburg (Seuffert Archiv Bd. 1. Nr. 193). Anderer Ansicht ist mit Unrecht Savigny Obligationenrecht Bd. 2. S. 61—66. Diese Ansicht, welche in dem gerade auszuscheidenden Fall (§. 25. Nr. 1), daß der Vertreter in eigenem Namen contrahirt, die institorische und quasiinstitorische Klage für begründet hält, während es nur die actio de in rem verso ist, hat nicht bedacht, daß es nun gänzlich an einer Form des Contrahirens fehlt, vermittelst welcher der Auftraggeber außer allem Contractsverhältniß zu dem Dritten bleiben kann.

12) Daher ist im Zweifel die institorische Klage nicht begründet, sondern nur der Institor tenent. So auch der Codigo commercial. Art. 925. Mit andern Worten: ein Vertrag gilt zunächst als in eigenem Namen geschlossen. So auch O. A. G. zu Oldenburg (Seuffert Archiv Bd. 1. Nr. 193).

oder wußte, wenn anders hier juristisch ein Wissen denkbar wäre, und ob der Institor die Hinweisung auf den Principal, um den Dritten zu prellen, oder ohne solche Absicht unterließ, und ob er die Verwendung für den Principal beabsichtigte oder nicht[13]. Hiermit stimmen denn auch viele Particularrechte überein, sie sprechen entweder im Allgemeinen aus, daß der Principal nur hafte, wenn mit Erwähnung seiner, wenn in seinem Namen[14], so wie, daß nur der Institor hafte, wenn schlechtweg auf seinen, des Institors, Namen der Institor contrahirt habe[15], oder sie sprechen es in der Anwendung aus, daß, wenn der Institor eine Wechselverpflichtung auf sich und nicht auf den Principal stelle, er nicht mit des Principals Namen zeichne[16], nur er verhaftet werde[17].

---

13) Vgl. auch Casaregis II. disc. 78. No. 7—16.

14) Nürnberger Reformation von 1564. Titel XVIII. Gesetz III. Es soll „ain bestelter handelsdiener oder Factor in namen und von wegen derselben Gesellschaft handeln". — Vgl. auch Kent Vol. II. S. 492. 493. Cesarini Tomo III. S. 51. 57.

15) So stellt die Regel das spanische und das portugiesische Handelsrecht auf das bestimmteste hin, aber hinterher kommt die sie aufhebende Ausnahme: es möchte denn das Geschäft für Rechnung des Principals gemacht seyn. Código de comercio. Art. 176—179. Codigo commercial. Art. 144—147. 924.

16) Der Institor, der also generellere Vollmacht, Procura, hat, unterschreibt mit P. P., wer bloß specielle Vollmacht für dieses Geschäft hat, mit per. So wird es an manchen Orten beobachtet. Archiv für das H. R. II. S. 516. Aber keineswegs überall. Augsburger W. O. von 1778. Kap. III. §. 12. „Wenn ein Gewalthaber, es möge die Frau oder ein Bedienter seyn, acceptirt, so setzet er per Procura N. N. und schreibet seinen eigenen Namen darunter."

17) Leipziger W. O. von 1682. §. 23.

§. 30.

Dritte Voraussetzung. Materieller Zusammenhang.

Dritte Voraussetzung der institorischen Klage. Materieller Zusammenhang des Geschäftes mit dem Geschäftsgebiet. Der Principal wird verpflichtet, wenn der Contract dem Zweck der Anstellung entspricht[1], also der Procura, welche der Institor entweder ausdrücklich oder stillschweigend, entweder generell oder detaillirt, erhalten. Nicht aber wird er verpflichtet, wenn der Contract der Procura widerspricht[2]. Doch leidet dieser Satz eine Modification dahin, daß unter Umständen das ge-

---

Hamburger W. O. von 1711. Art. 8.
Braunschweiger W. O. von 1715. Art. VIII.
Jeversche W. O. von 1725. §. 13.
Frankfurter W. O. v. 1739. §. 12. (Reform. Tit. 23. §. 9. 10.)
Würtemberger W. O. von 1759. Zweites Kapitel §. 7.
St. Gallensche W. O. von 1784. Titel III. §. 7.
Augsburger W. O. von 1778. Drittes Kapitel §. 12.
Österreichische W. O. von 1763. Art. XXVIII.
Baiersche W. O. von 1785. §. 13.
Züricher W. O. von 1805. §. 2. 5.
Dessauer W. O. von 1822. §. 14.

1) §. 2. I. quod cum eo. (4. 7.) „Exercitoria ... institoria tunc habet locum, cum ... quid cum eo ejus rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit." L. 5. §. 11. D. h. t. „Non omne ... obligat eum, ... sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus est, contractum est, i. e. dumtaxat ad id, ad quod eum praeposuit." So auch L. 2. C. h. t. „ex causa cui praepositus fuit." und L. 3. C. h. t. „ejus negotii causa quod per eum exercebatur."

2) L. 5. §. 12. D. h. t. L. 1. §. 12. D. de exercitoria actione „praepositio certam legem dat contrahentibus, — — — modum egressus (magister) non obligavit exercitorem." — Codigo commercial. Art. 926.

glaubte Verhältniß einer gewöhnlichen, nicht das wirkliche einer außergewöhnlichen Procura, entscheidet zum Vortheil des Dritten. Also immer ist für die institorische Klage wesentlich, daß der Contract entweder dem besondern Zweck der Anstellung dieses Institor, oder dem allgemeinen (gewöhnlichen) Zweck der Anstellung eines derartigen Institor entspricht. Der Contract muß entsprechen, nämlich im materiellen Zusammenhang zu dem Geschäftsgebiet des Institor wirklich oder möglicherweise stehen, dahingegen auf des Institors Benutzung desselben für das letztere, die Verwendung, kommt es nicht wesentlich[3], und auf seinen Willen, zu verwenden, gar nicht an. Die Verpflichtung des Principals wird also einmal begründet und bestimmt durch seinen wirklichen Willen[4]. Daher ist die institorische Klage begründet, wenn der Principal das von dem Institor als solchem abgeschlossene Geschäft speciell auf seinen Credit genommen hat[5], es liegt darin eine Ratihabition. Ein wiederholtes Ratihabiren hat nicht die Verbindlichkeit, auch

3) L. 1. §. 8. 9. L. 7. pr. D. de exercitoria actione.

4) Ferner durch seinen vermuthlichen Willen. Hiervon unten §. 31. b.

5) Denn dadurch ist die Beziehung dieses Geschäftes auf dieses Geschäftsgebiet anerkannt. L. 19. §. 2. D. h. t. Tabernae praepositus a patre filius, mercium causa mutuam pecuniam accepit: pro eo pater fidejussit: etiam institoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fidejubendo negotio tabernae miscuerit; vielleicht zum Überfluß, vielleicht mit Nutzen, um factischen oder juristischen Schwierigkeiten des Processes zu entgehen. L. 5. §. 13. D. h. t. L. 7. §. 2. D. de exercit. act. — Anders nimmt die L. 19. D. cit. Kritz Pand. R. I. S. 335. Vgl. preußisches Landrecht §. 508—510. Código de comercio. Art. 178. Codigo commercial. Art. 146.

fernere gleiche Geschäfte zu vertreten, zur Folge, doch kann es bedeutend seyn für die Annahme, wie weit der Institor seiner Stellung nach gehen durfte, und soweit dem Principal auch für die Zukunft präjudicirlich werden[6]. Daher bedarf die besondere Erweiterung der durch den allgemeinen Zweck der Anstellung eines derartigen Institor gegebenen Procura nicht der Anmeldung, damit die institorische Klage begründet sei, weil der Principal immer in Gemäßheit der wirklichen Procura haftet, die öffentliche Anmeldung kann aber mehr Kunden herbeiziehen. Daher entsteht zunächst die Frage nach dem Inhalt der Procura.

§. 31. a.

Inhalt der Procura.

Für die Haftung des Principals* ist der Inhalt der Procura bedeutend. Dieser kann vom Principal wörtlich ausgesprochen seyn, und unterliegt dann den allgemeinen Auslegungsregeln. Er kann aber auch aus der ganzen Stellung, die dem Institor gegeben worden ist, als ein stillschweigend ausgesprochener beurtheilt werden müssen. Der Zweck der Anstellung ist, wie sich von selbst versteht[1], entscheidend. Welche Mittel, d. h. welche einzelnen Rechtsgeschäfte durch denselben als concedirt zu betrachten sind, ist nach dem Vernünftigen mit Berück-

---

6) L. 8. D. quod cum eo, qui in aliena potest. (14. 5.). solebat . . . suscipere debitum, et solvere. O. A. G. zu Lübeck. 1851. (Seuffert Archiv Bd. 6. Nr. 32).

*) Und natürlich nicht nur der äußeren, sondern auch der inneren Seite nach.

1) L. 2. D. de jurisdictione (2. 1.). L. 113. L. 147. D. de R. J. (50. 17.).

sichtigung aller vorliegenden Umstände zu bestimmen. Im Allgemeinen läßt sich bei der Mannigfaltigkeit von Institoren nichts Erschöpfendes sagen, eher schon bei einem einzelnen Institor. Die Umstände können ausschließen, was unter andern Umständen zugestanden ist. Im römischen Recht fehlt es nicht an Bestimmungen, welche einen Anhalt geben, insofern nicht die heutige kaufmännische Ansicht entschieden abweicht. Am vollständigsten ist 1. die Procura des Schiffers bestimmt. Er hat die Besorgung sämmtlicher Schiffsangelegenheiten [2], wohin namentlich gerechnet wird Abschließung der Frachtcontracte mit den Befrachtern oder Passagieren, Eincassirung der Frachtgelder, Heuern des Schiffsvolkes, Einkauf des zur Reise, namentlich zur Ausrüstung und Ausbesserung des Schiffes, Nothwendigen [3], nicht aber sonstiger Einkauf und Verkauf von Waaren, wozu er aber nicht selten angestellt ward [4]. Und 2. die Frage, inwiefern der Principal aus einem vom Institor aufgenommenen Darlehen hafte, in einzelnen Anwendungen [5] beantwortet. Diese kommen alle auf den allgemeinen Grundsatz [6], der überhaupt die Statthaftigkeit der institorischen Klage bestimmt, hinaus, daß das

2) L. 1. §. 1. D. de exercitoria actione.

3) L. 1. §. 3. 7. 8. 12. D. eod.

4) L. 1. §. 3. D. eod.

5) Über die einzelnen Stellen vgl. Glück XIV. S. 242—246, denselben können aber noch manche andere, z. B. L. 5. §. 14. D. h. t. L. 1. §. 8. 9. 11. L. 7. pr. §. 1. 2. D. de exercitoria actione, beigefügt werden.

6) Derselbe ist denn auch für das Darlehn direct ausgesprochen in L. 1. §. 8. de exercitoria actione (14. 1.) „si ad usum ejus rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem."

Geschäft in nothwendiger Beziehung zu dem Geschäftsgebiet stehen müsse, also auch das Darlehen[7]. Dabei ist es gleich, ob der Darleiher unmittelbar der Procura entsprechend darlieh, oder zur Abfindung eines solchen Gläubigers, welcher so darlieh[8]. Außerdem sind 3. mehrere einzelne Fälle einer stillschweigenden Procura erwähnt[9].

---

7) So darf der Institor zum Einkauf Geld aufborgen, um einzukaufen. L. 5. §. 13. D. h. t. Doch können die Umstände zu dem Bedenken auffordern, ob denn wohl die Procura auf mehr Einkäufe gehe, als wozu der Principal selbst durch baaren Verlag oder durch eigene Creditauswirkung (Cesarini III. S. 53) dem Institor die Mittel in die Hand gab. Man denke an einen Reisenden. Vielleicht ist von einem derartigen Fall die L. 7. §. 2. D. de exerc. act. zu verstehen. So nimmt sie Kritz S. 305. Die Stelle sagt: creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus. Der Zusammenhang dieser Stelle mit dem vorhergehenden pr. u. §. 1. spricht dafür, daß man Umstände hineindenkt, welche erst zu einer Erkundigung auffordern, denn solcher Umstände gedenkt das pr. u. §. 1. (Cujacius I. S. 1452. hat so gut wie nichts über die Stellen), und zu einer weiteren Erkundigung, als nur der: was für ein Institor bist Du? Will man nur von einer solchen Anfrage die Stelle verstehen, wofür das: sufficere, si in hoc crediderit ist, so enthält die Stelle nur das oberste Princip: es muß ejus rei causa contrahirt seyn.

8) L. 1. §. 11. D. de exercitoria actione „liberavit eum," nämlich der Schiffer hat mit dem zweiten Darlehn einen Gläubiger des ersten Darleihers bezahlt.

9) 1. Der Institor zum Kauf und Verkauf darf die Waare auch als mutuum aufborgen. L. 5. §. 14. D. h. t.

2. Ein solcher Institor darf dem Käufer creditiren, wenn nicht die Procura Verkauf gegen Baares vorschrieb. L. 5. §. 15. D. h. t.

3. Der Laufjunge des Beckers, welcher zum Brodtverkauf

Solche finden sich auch in den Particularrechten [10], und in

ausgeschickt wird, ist nicht befugt, gegen Vorausbezahlung auf Lieferung zu verkaufen. L. 5. §. 9. D. h. t.

4. Der Institor darf dem Creditor einen Bürgen bestellen. L. 5. §. 16. D. h. t.

5. Vollmacht zum Deponiren oder Ausleihen enthält Vollmacht zum Rückempfang. L. 11. D. depositi (16. 3.) L. 35. D. de solutionibus (46. 3.).

6. Der zum verzinslichen Ausleihen von Geldern bestellte Institor ist berechtigt, als Delegat in eine Delegation einzutreten, wenn nur das Deckungsverhältniß zum Deleganten ein verzinsliches Creditverhältniß ist; aber nicht ist er berechtigt, durch Intervention eine fremde Schuld zu übernehmen. So L. 19. §. 3. D. h. t. Das ist Alles in der Ordnung, er soll den Principal zum Gläubiger machen, das thut er aber im letzten Fall nicht, er macht ihn zum Schuldner; im ersten Fall macht er ihn zum Gläubiger, freilich auch zum Schuldner (nämlich gegen den Delegatar), allein damit ist weiter nichts geändert, als daß der Auszahlung der Capitalien das Versprechen derselben vorausgeht. Dies belästigt den Principal nicht im Mindesten.

7. Von der Zahlung der Miethe für das Handelslocal (Gewölbezins) spricht L. 5. §. 13. D. h. t.

10) 1. Der Handlungsdiener oder Lehrling, der in offenen Gewölben oder Läden angestellt ist, darf im Laden oder Gewölbe verkaufen, den Kaufpreis, auch den creditirten, empfangen, und darüber quitiren (Preußisches Landrecht. Código de comercio. Art. 192. Codigo commercial. Art. 159. Ungrischer XVI. Gesetzartikel §. 50); nicht aber ist er zu Geldanleihen, zum Wechselausstellen, Acceptiren, oder Indossiren, zum Einkauf, zum Verkauf auf Credit oder in großen Partieen bevollmächtigt; außer dem Laden oder Gewölbe ist er zum Empfang von Zahlungen legitimirt, wenn er Waaren oder quitirte Wechsel, Assignationen, Rechnungen, und andere Schuldbriefe überbringt. Preuß. L. R. §. 546—550.

2. Der Handlungsdiener, der Waaren ausgiebt, darf die

Gutachten[10. a] und Urtheilen[10. b]. Wer durch seine Anstellung in einem Geschäftslocal als Institor gilt[11], muß zu solchen Geschäften bevollmächtigt gelten, welche dem nothwendigen Zweck des Geschäftslocals entsprechen[12].

§. 31. b.

Erkundigungspflicht des Dritten.

Die Verpflichtung des Principals wird ferner begrün-

---

baare Zahlung dafür empfangen. Badisches H. R. 7 d. Der Handlungsdiener, dem zahlbare Briefe oder Rechnungen offen zur Abgabe an den Schuldner zugestellt wurden, darf den Geldempfang unter eigenem Namen bescheinigen. Badisches H. R. 7 d.

3. Ein Factor zum Einkauf oder Verkauf auf Märkten und Messen darf keine Wechselverbindlichkeit übernehmen. Preuß. L. R. §. 513. 514.

4. Der Factor darf die ausstehenden Forderungen einziehen. Preuß. L. R. §. 543. 544.

5. Vollmacht zur Empfangnahme ist auch Vollmacht zur Prüfung der Empfangbarkeit. Código de comercio. Art. 194. Codigo commercial. Art. 161.

10. a) Der (welcher?) Handlungsdiener ist berechtigt, bestellte Waaren zu empfangen. So ein Parere aus Hannover und eines aus Bremen von 1826 in einem Aufsatz von Spangenberg in Elvers Themis I. S. 302—314. Dieser Aufsatz ist wieder abgedruckt in Hagemann's practischen Erörterungen, fortgesetzt von Spangenberg. Bd. 9. S. 359—367. Der Satz ist übrigens zu unpräcis, um brauchbar zu seyn.

10. b) 1. Disponent. Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 87. Analog brauchbar: Bremer Sammlung Bd. 2. H. 1. S. 148—151. — 2. Reisender zum Verkauf. Seuffert Archiv Bd. 1. Nr. 339. Bd. 5. Nr. 130. Zu vgl. in anderer Beziehung: Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 683—696.

11) Vgl. unten §. 31. c.

12) Kritz S. 307. 308.

det und bestimmt gegen seinen wirklichen* Willen durch seinen vermuthlichen Willen. Das Vertrauen des Dritten soll nicht getäuscht werden. Der Dritte darf aber nicht schlechtweg dem Institor trauen, sondern hat die Pflicht, sich in gewisser Maaße darum zu bekümmern, ob der Contract dem Willen des Principals entspricht. Er muß nachforschen, wieweit der Institor bevollmächtigt ist, und ob die Umstände, unter welchen er es ist, vorliegen. Der Dritte hat also die Pflicht, den Institor zu überwachen, und hat sie nur bei dem Abschluß des Contracts, nicht später. Die Haftung des Principals nach außen hin soll der innern Seite möglichst entsprechen. I. Der Dritte muß zunächst nachforschen, wieweit der Institor bevollmächtigt ist. Er muß den Inhalt der ihm oder dem Publikum bekannten Procura genau beachten, denn nur in Gemäßheit von diesem haftet ihm der Principal [1]. Er muß sich also einmal und zuvörderst nach der öffentlichen Procura erkundigen, ob und wie sie da ist, und zwar aufs peinlichste, denn die schuldloseste Unkenntniß in dieser Beziehung präjudicirt ihm. Fehlt es an einer öffentlichen Procura, so wird es für ihn bedeutend, wie die wirkliche nicht öffentliche Procura lautet. Im römischen Recht findet sich die Bemerkung, daß Ort und Zeit wohl bei einem Institor, aber zuweilen schwer bei einem Schiffer die Gelegenheit darbieten, sich nach dem Inhalt der Procura zu erkundigen [2], wodurch also die Pflicht der Erkundigung anerkannt, zugleich aber dar-

*) Von diesem: oben §. 30. 31. a.

1) L. 19. D. de R. J. L. 11. §. 5. D. h. t. L. 1. §. 12. D. de exercitoria actione.

2) L. 1. pr. D. de exercitoria actione.

auf beschränkt ist, daß die Verhältnisse die letztere gestatten. Am sichersten ist nun immer die Erkundigung bei dem Principal, aber sie ist in der Regel unthunlich, oder für den Institor beleidigend, und dann nur in dem Fall eines gegründeten Verdachtes Pflicht. Liegt ein solcher Fall nicht vor, so genügt die Erkundigung bei dem Institor. Am sichersten ist es dann für den Dritten, daß er sich die Procura vorzeigen läßt[3], und geschieht dieses, so folgt er für die Auffassung derselben sicher seinem vernünftigen guten Glauben[4], namentlich der Börsenmeinung[5]. Aber der Institor hat vielleicht eine schriftliche Procura nicht erhalten, oder er verleugnet sie, so daß der Dritte auf die mündliche Versicherung des Institor hingewiesen ist. Das Princip ist nun: Treu und Glauben beherrscht das ganze Verhältniß, der Principal vertrauet dem Institor, und muß daher sorgfältig bei der Wahl desselben seyn, und vertrauet dem Dritten, daß er den Institor überwache, jenes Vertrauen ist aber das überwiegend entscheidende[6], denn der Dritte vertrauet, und darf ver-

---

3) Strube rechtliche Bedenken. ed. Spangenberg Bd. 2. Nr. 424. S. 226. 227.

4) L. 11. D. depositi. (16. 3.)

5) L. 3. pr. D. de Scto Macedoniano. (14. 6.) L. 8. D. quod cum eo qui in aliena potestate. (14. 5.)

6) Das römische Recht hebt es vielfach hervor, wie das Gedeihen des Handelsverkehrs überhaupt, und auch des Handels des einzelnen Principals es fordere, daß unter der Treulosigkeit des Institor nicht der unschuldige Dritte, sondern der immer schuldige, wenn auch nur durch verunglückte Wahl gleichsam schuldige, Principal leide. Es heißt einerseits vom Principal: imputaturum sibi, cur talem praeposuerit, die unerwartetste Untreue fällt dem Principal zur Last, als hätte er gleich anfangs einen Fehler in der Anstellung begangen (L. 1.

trauen, der Wahl des Principals, und daher dem Institor. Danach stellt sich die Erkundigungspflicht folgendermaßen [7]. Der Dritte ist nicht zu einem gehässigen lästigen Mißtrauen, welches überhaupt der Handelsverkehr nicht duldet, verpflichtet, daher er Unredlichkeiten nicht ohne Verdachtsgründe argwöhnen soll, andrerseits soll er nicht leichtsinnig dem Institor trauen, und wenn die Umstände dringend zum Verdacht auffordern, die Erkundigung bei dem Principal vornehmen, unterläßt er sie, wo er wirklich Argwohn hatte oder haben mußte, so hat das den Anschein, als mache er mit dem Institor gegen den Principal böse Sache [8]. Liegen keine Verdachtsgründe vor, die den Dritten zur Erkundigung bei dem Principal auffordern mußten, so präjudicirt es also dem Principal, wenn der Institor die erhaltene Procura verleugnet oder entstellt [9]. Die Angabe des Institor über den Inhalt

---

§. 4. L. 1. §. 9. D. de exercitoria actione), und andrerseits werden den Principal benachtheiligende Bestimmungen auf jenes Gedeihen basirt. (L. 1. §. 5. D. de exercitoria actione (14. 1.) alioquin contrahentes decipientur — admittendum propter utilitatem — eo usque producendam utilitatem navigantium. — L. 17. §. 2. D. h. t. propter utilitatem promiscui usus (Cujacii opera I. S. 1436. In L. 21. C. de haereticis (1. 5.) heißt es utilitas necessarii usus) vgl. auch L. 24. §. 1. D. de minoribus (4. 4.) ne . . . nemine cum his contrahente, . . . quodammodo commercio eis interdicetur. L. 12. §. 1. D. de administratione tutorum (26. 7.) nemine scilicet emente. In L. 1. §. 20. D. de exercitoria actione heißt es vom Seeverkehr: ad summam rempublicam navium exercitio pertinet).

7) Vgl. auch L. 3. §. 1. L. 6. L. 9. §. 1. D. de juris et facti ignorantia. (22. 6.)

8) So auch Cesarini III. S. 58.

9) Das letztere folgt aus dem ersteren, und für dieses

der Procura kann deshalb verdachterregend seyn, weil dieser gar zu ungewöhnlich erscheint. Übrigens kann zu genaues Inquiriren leicht indelicat seyn, und die Glaubwürdigkeit des Institor, z. B. eines Reisenden, im Geschäft ist von seiner sonstigen Glaubwürdigkeit zu unterscheiden. II. Der Dritte muß ferner nachforschen, ob die Umstände, unter welchen der Institor bevollmächtigt ist, vorliegen. Er muß demnach, wenn der Contract nur unter Voraussetzungen dem Geschäftsgebiet entspricht, sich darum etwas[10] bekümmern, 1. ob die Voraussetzung vorhanden ist[11]; und 2. ob auch wirklich dem Contract die besprochene Beziehung auf die Voraussetzung nach den vorhandenen Umständen gegeben werden kann[12]; und 3. ob der Contract dazu in der abgeschlossenen Maaße erforderlich ist, doch ist dies nur im Ungefähren zu bemessen, und nach dem in die Augen Springenden[13], und der Dritte darf, wenn

---

spricht, nicht direct, aber analogisch die L. 11. §. 4. i. f. D. h. t. Vgl. oben §. 29. und unten §. 33.

10) Et in summa aliquam diligentiam creditorem debere praestare. L. 7. §. 1. D. de exercit. act.

11) Der Schiffer borgt zu einer Schiffsreparatur auf. So muß der creditor sich darum bekümmern, ob das Schiff wirklich einer Reparatur bedarf. L. 7. pr. D. de exercit. act. „si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse."

12) Der Schiffer braucht ein Segel, aber ist denn ein solches auf dieser Insel zu haben? So L. 7. §. 1. D. de exercit. actione.

13) Ist denn zu der Schiffsreparatur so viel Geld erforderlich? Das kann natürlich nur im Ungefähren bemessen werden, daher sagt denn auch die L. 7. pr. D. de exercitoria actione (14. 1.) si multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.

ein Verdacht nicht nahe liegt, der Angabe des Institor vertrauen [14]. Nicht aber darum, ob hinterher auch der Institor den Contract besprochener Maaßen benutzt [15]. Denn wollte man den Dritten auch mit diesem Beweise belästigen, so hieße das am Ende ihn verpflichten, selbst den Institor zu machen [16]. Unterläßt der Institor diese Benutzung (die Verwendung), so schadet dieser Mißbrauch lediglich dem Principal, als wäre gleich anfangs ein Fehler in der Anstellung begangen [17].

§. 31. c.
Kundmachen der Procura.

Der Principal kann, um ganz sicher zu gehen, nämlich um nicht wider Willen haften zu müssen, seinen Willen kund machen, nämlich den Inhalt der Procura anmelden.

---

14) Der Schiffer borgt zu einer Schiffsreparatur, und giebt den Preis der eingekauften Materialien höher an, als er betrug. So L. 1. §. 10. D. de exercit. act. (14. 1.) Sed et si in pretiis rerum emptarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris.

15) Z. B. nicht das aufgeborgte Geld in eigenen Nutzen verwendet. Der creditor braucht nicht zu beweisen, daß sein hingeliehenes Geld auch wirklich auf die Schiffsreparatur verwandt worden ist. L. 7. pr. D. de exerc. actione. L. 1. §. 9. D. eod. Den Satz belegt auch direct für den Institor L. 7. §. 2. D. eod.

16) So sagt es L. 7. pr. D. de exerc. act. (14. 1.) non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat, et negotium domini gerat, quod certe futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse.

17) L. 1. §. 9. D. de exercitoria actione (14. 1.) imputaturum sibi, cur talem praeposuerit.

Der Inhalt der Procura ist zunächst durch den allgemeinen Zweck der Anstellung gegeben [1]. Soll aber dieser durch den Zweck der Anstellung gegebene, allgemeine, gewöhnliche, Inhalt der Procura beschränkt [2] werden, so bedarf es der Anmeldung (Bekanntmachung, Notification), denn ohne solchen haftet der Principal diesem Inhalt, den das Publikum voraussetzen darf, gemäß. So ist es gemeines Recht [3], und particuläres Recht [4]. Die Anmeldung aber giebt ihm eine Einrede gegen den Dritten. Die Art der Anmeldung anlangend, so kann der Principal seinen Willen nur einzelnen Personen, z. B. durch Circulaire [5], oder

---

1) Vgl. oben §. 31. a. und unten Note 3. 4.

2) z. B. L. 11. §. 5. D. h. t. quid enim, si certa lege, vel interventu cujusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem?

3) Dieser Satz, nirgends im römischen Recht abstract ausgesprochen, aber nicht zu bezweifeln, ist es, welcher ausgeführt ist in der Schrift von Tittmann von der Statthaftigkeit der institorischen Klage bei Übertretungen der Gewerbsvorschrift. Dresden 1805. Insofern kann man von dem Satz, daß der Principal in Gemäßheit der wirklichen Procura haftet, eine Ausnahme auf die Schuld des Principals, welcher das Publikum täuscht, gründen. So stellt es Tittmann. Daß es aber gleich sei, ob der Institor als solcher auftritt, oder sich als den allein Betheiligten gerirend, suo nomine, contrahirt, ist (S. 5—8. 38.) nicht begründet worden, und zu leugnen, weil der Principal hier als solcher (anders z. B. bei Bereicherung) gar nicht haftet. Vgl. oben §. 29.

4) Preußisches Landrecht §. 501. 502. 506. 512. 513. 546. Código de comercio. Art. 175. 178. 181. Codigo commercial. Art. 143. 146. 149.

5) Der Inhalt von Circulairen, obgleich diese nur an einzelne Personen gesandt werden, kann für ein weiteres Publikum bestimmt seyn. Treitschke Kaufcontract S. 59.

dem Publikum kund machen. Eine der Arten, wie das Letztere geschehen kann, ist der Anschlag vor dem Geschäftslocal. Das römische Recht erwähnt ihn (palam proscriptum), und verlangt seine Beschaffenheit, damit er wirke, folgendermaßen. Er muß palam seyn, kundlich. Kundlich ist so zu verstehen: 1. mit deutlicher, ohne Aufsteigen vollständig lesbarer Schrift; 2. vor dem Geschäftslocal und in die Augen fallend; 3. in der Sprache des Orts. Der so dem Publikum im Ganzen zugängliche Anschlag gilt auch als zugänglich für jeden Einzelnen [6], daher Unkunde jener Sprache oder des Lesens oder Übersehen des Anschlages bei dem Einzelnen nicht zu beachten ist [7]. 4. Der Anschlag wirkt nur unter diesen angegebenen Voraussetzungen. Er wirkt daher nicht, wenn er gar nicht, oder nicht auf die angegebene Weise vorhanden war, gleich viel aus welchem Grunde nicht. Mochte er z. B. zur Zeit der Contractsabschließung nicht ausgehangen oder unbeleuchtet gewesen, oder durch die Zeit oder Regen oder durch eine fremde Handlung, sey es auch durch dolus des Institor [8], abhanden gekommen oder undeutlich geworden seyn [9]. Doch wirkt der Anschlag dann, wenn der Dritte den Inhalt desselben kannte, oder auch ohne das, wenn er selbst dolose den Anschlag entfernte [10]. 5. Der einmal kund gewordene

6) L. 6. L. 9. §. 1. D. de juris et facti ignorantia (22. 6.).

7) Dies Alles hat genau L. 11. §. 3. D. h. t.

8) Der Grund, daß der dolus des Institor dem Principal schadet, liegt nicht in dem dolus, sondern in der Wirkung desselben.

9) L. 11. §. 4. D. h. t.

10) L. 11. §. 4. i. f. D. h. t. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

Inhalt des Anschlages darf aber nicht einem so häufigen Wechsel unterworfen werden, daß dies auf eine Prellerei des Publikums hinausläuft [11]. Nach Particularrechten [12] soll die Procura, d. h. die Anstellung oder auch mehr, entweder nur des vollen Disponenten oder auch eines minderberechtigten Institor, schriftlich verzeichnet und dem Publikum bekannt gemacht werden; als Art der Kundmachung wird bezeichnet: Anschlag im Gericht, Anschlag im Handelsgericht, Anschlag auf der Börse, Anzeige der Procura an das Gericht, Eintragung in das Gerichtsprotocoll, Niederlegung der Unterschrift des Institor auf der Börse, Protocollirung bei einem Wechselnotar, Benachrichtigung der Kaufmannschaft eines Ortes durch die Gerichte, Benachrichtigung der Kaufmannschaft durch ihre Vorsteher, Circulaire an die Handelsfreunde, auch wohl mit der Handschrift des Institor.

§. 31. d.

Zurücknahme der Procura. Tod des Principals.

Die gänzliche Zurücknahme oder spätere Einschränkung der Procura kann deutlich genug dadurch gegeben seyn, daß die Verhältnisse aufhören, durch welche die Procura überhaupt oder der volle Inhalt derselben bedingt ist,

11) So ist L. 11. §. 5. i. f. D. h. t. zu fassen: Sed si alias cum alio contrahi vetuit, continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.

12) Frankfurter W. O. von 1739. §. 1. 2. — Österreichische W. O. von 1763. §. 8. — Augsburger W. O. von 1778. Kap. III. §. 13. — Preußisches Landrecht §. 500. 503—505. 511. — Badisches H. R. Art. 7 b. — Código de comercio. Art. 174. 190. 191. — Codigo commercial. Art. 142. 157. 158. — Ungrischer XVI. Gesetzartikel §. 48.

z. B. daß der Institor aus dem Geschäftslocal entfernt wird. Bleiben aber dieselben Verhältnisse, unter welchen die Procura gilt, so muß, wird sie zurückgenommen, der Institor abgemeldet [1] werden [2], wenn sie eingeschränkt wird, die Einschränkung angemeldet werden [3]. Die Art der Notification ist dieselbe wie für eine anfängliche Einschränkung [4]. Der Tod des Principals [5] hat folgende Wirkung. Der Erbe haftet unzweifelhaft demjenigen, welcher mit dem Institor 1. bei Lebzeiten des Erblassers [6], oder 2. nach der Erbantretung [7], oder 3. in der Zeit zwischen dem Tode und der Erbantretung, ohne den Tod zu wissen, contrahirte [8]. Ob aber auch demjenigen,

---

1) Abgemeldet dem Einzelnen oder dem Publikum. Vgl. oben §. 28. Note 5.

2) Frankfurter W. O. von 1739. §. 3. 4. — Botzener Satzungen von 1792. §. 67. — Preußisches Landrecht §. 530 — 536. — Badisches H. R. Art. 7 b.

3) L. 11. §. 5. D. h. t. Die Stelle muß sowohl von einer anfänglichen als späteren Einschränkung verstanden werden.

4) Vgl. oben §. 31. c.

5) Lüneburger Stadt-R. Tit. XXIV. (Pufendorf IV. S. 699.) — Preußisches Ld.-R. §. 540. — Código de comercio. Art. 184. — Codigo commercial. Art. 152. 928.

6) L. 15. D. h. t. has actiones dari et in heredem.

7) Der Erbe haftet, weil er denselben Institor braucht, statt ihn abzurufen. L. 15. §. 17. L. 17. §. 2. D. h. t. L. 11. pr. D. eod. Sed si pupillus heres exstiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit, pupillum teneri, quamdiu praepositus manet: removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera ejus uti. — Eben so der Codigo commercial Art. 928.

8) L. 5. §. 17. D. h. t. Ulpianus. „nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem." L. 41. d. R. C. (12. 1.) Africanus „... Placebat, debitores quidem, ei (servo in provincia Ca-

welcher den Tod wissend in dieser Zwischenzeit contrahirte [9]?

§. 32.

Mehrere Institoren desselben Principals. Substitution des Institor.

I. Sind mehrere Institoren 1. für eben so viele verschiedene Geschäftsgebiete angestellt, so ist auf jedem Gebiet nur der eine legitimirt[1]. 2. Für dasselbe Geschäfts-

---

lendario praeposito) qui solvissent, liberatos esse: si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse ..." Zur Erklärung der ganzen Stelle: Cujacius ad Africanum. Opera I. S. 1434—1440.

9) Zu bejahen nach L. 17. §. 3. D. h. t. Paulus. Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus (vgl. Glück Bd. 14. S. 262. Note 72.) heres existat, dandam esse actionem etiam Pomponius scripsit: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat. Soll man mit Faber nesciens lesen? da die Fassung der L. 5. §. 17. und L. 41. cit. (Note 8) das argumentum e contrario zu fordern scheint. Allein alle MSS. und die Basiliken sind dagegen. So muß man das arg. e contr. nicht urgiren, oder auch sagen: die Meinungen waren allerdings verschieden, Justinian recipirt aber beide, also muß Ulpian und Afrikan dem Paulus und Pomponius nachgeben. Ob die letztere Meinung zu rechtfertigen ist? Vgl. Cujacius. L. c. S. 1436. bedeutend L. 17. §. 2. D. h. t. „quemadmodum ubi post mortem tutoris ..."; L. 46. D. de O. et A. (44. 7.) „ex re actio venit." — Vgl. über die ganze Frage Glück XIV. S. 262—265. Gegen dessen eigene Deduction S. 265: um die L. 41. unschädlich zu machen, die Frage: konnte denn das contrahirlustige Publikum in der Provinz den Inhalt des in Rom verlesenen Testamentes wissen?

1) L. 1. §. 13. D. de exercit. act. „si divisis (officiis), ut alter locando, alter exigendo, pro cujusque officio obligabitur

gebiet, so contrahirt der Dritte mit jedem einzelnen gültig[2], wenn nicht die Procura kundlich ausspricht, daß sie nur in der Gesammtheit den Principal vertreten[3]. Beschränkt die Procura das Recht zu contrahiren auf „einige zusammen," so ist der Ausgeschlossene aus diesem Geschäftsgebiet als Institor ausgewiesen[4], und der Fall gehört also theilweise unter den ersten Fall. II. Substitution des Institor. 1. Der Institor darf einen Substituten bestellen[5]*. 2. Aber nur soweit nicht auf seine Individualität Rücksicht genommen ist. Diese Berücksichtigung steht meistens der Substitution entgegen, seltener aber hinsichtlich einzelner Geschäftsabschließungen, als der

---

exercitor." L. 11. §. 5. D. de instit. act. „vel cum uno solo", d. h. für dieses Geschäftsgebiet nur dieser Institor. — Codigo commercial. Art. 927.

2) L. 1. §. 13. D. de exercitor. act. Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem.

3) L. 1. §. 14. D. de exercit. act. „si sic praeposuit: ne alter sine altero quid gerat." L. 11. §. 5. D. h. t. „vel cum omnibus simul contrahi voluit."

4) L. 11. §. 2. §. 6. D. h. t.

5) Dafür ist die allgemeine Regel der L. 8. §. 3. D. mandati (17. 1.) und eben die oft entgegen gestellte L. 1. §. 5. D. de exercit. act. (14. 1.), nach welcher für das Substitutionsrecht des Schiffers noch stärkere Gründe als für das des Institor (facilius hoc in magistro, quam institore, admittendum), also doch auch für das letztere Gründe sprechen. Glück Bd. XIV. §. 893. S. 251—254.

*) Nur diesen einen Satz, ohne die angeschlossenen Limitationen, und die Note 5. hat Morstadt H. R. §. 28. C. Note 111. gelesen, und widerlegt nun meine „verwegene" Behauptung dadurch, daß er sie limitirt, aber lange nicht so vollständig, wie ich es gethan.

Übertragung der ganzen Procura[6]. Die letztere unterliegt jedoch stets, zumal wenn der Principal anwesend ist, zuvor dem Bedenken: ob es nicht entsprechender sei, dem Principal selbst die Wahl des neuen Institor zu überlassen? 3. Daher darf er nicht substituiren, wenn ihm die Substitution verboten ist. Ein solches Verbot überhebt den Institor bei einem Nothstand, wo er nicht persönlich fungiren kann, im Zweifel der Überlegung, ob es im Interesse des Principals gerathener sei, das Geschäft still stehen oder durch einen andern Institor fortsetzen zu lassen. 4. Doch kann dem wahren Sinn nach das Verbot den Fall nicht treffen sollen, wo der Institor die eigene Thätigkeit einstellen muß, und die Nichtsubstitution gegen das offenbare Interesse des Principals seyn würde[7]. 5. Der gültige Substitut des Institor verbindet den Principal eben so wie der Institor selbst[8], der Principal mag die Substitution vor dem Contract gekannt haben, oder nicht[9].

---

6) Daher die Bestimmungen der Particularrechte. Preußisches Ld.R. §. 520. 521. — Österreichisches Gesetzbuch. §. 1010. — Código de comercio. Art. 195. — Codigo commercial. Art. 162.

7) Daraus erklärt sich die Gültigkeit der vom Schiffer verbotswidrig, ja selbst der wider ein namentliches Verbot, natürlich wenn kein anderer Substitut zu haben ist, vorgenommenen Substitution L. 1. §. 5. D. de exercit. act. Es ist daher diese für den Schiffer ausgesprochene Bestimmung nicht als eine singuläre nur für ihn geltende zu nehmen. — Vgl. Michelsen der Oberhof zu Lübeck. No. 15.

8) L. 1. §. 5. D. de exercit. act. Magistrum autem accipimus, non solum quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister.

9) Der Grund für den nichtwissenden Principal ist, daß die Substitution ein Factum ist, das er gelten lassen muß;

6. Der Institor ist dem Principal wegen jeder Nachlässigkeit bei der Wahl des Substituten verantwortlich [10]. 7. Der Substitut hat, soweit die Substitution als der Procura gemäß gelten muß, gegen den Principal die Rechte, welche jedem Contrahenten des Institor zustehen [11], im Übrigen ist nur der Institor ihm verbindlich.

§. 33.

Unerlaubte Handlungen des Institor.

Für die Verbindlichkeit des Principals aus unerlaubten Handlungen des Institor [1] ist zu unterscheiden: Unrechtlichkeit 1. bei dem Abschluß, 2. bei der Erfüllung des Contractes, 3. unabhängig vom Contract. — 1. Liegt das Widerrechtliche der Handlung darin, daß der Institor gegen die Vollmacht handelt, nämlich contrahirt, wo er nicht, oder auf eine Weise, wie er nicht befugt ist, so kommt es nur darauf an, ob der Dritte guten Grund hatte, den Contract für der Vollmacht gemäß zu halten, dann haftet der Principal, weil er selbst als der Contrahent gilt, und die Unrechtlichkeit, als solche, kommt gar

---

für den wissenden, daß, indem er den Substituten fungiren läßt, nun er selbst dieſen Institor angestellt hat. L. 1. §. 5. D. de exercit. actione.

10) Daß er, wenn ihm die Substitution nicht ausdrücklich erlaubt ist, für den casus hafte, behaupten unrichtig Pöhls §. 34. und Bender §. 44. Vgl. unten §. 33. Note 3.

11) Omnia enim facta magistri debet praestare, qui eum praeposuit. L. 1. §. 5. D. de exercit. act.

1) Kritz S. 317—319. Glück XIV. S. 247—251. — Preußisches Ld.-R. §. 515—519. Código de comercio. Art. 183. Codigo commercial. Art. 151.

nicht in Betracht[2]. 2. Liegt das Widerrechtliche der Handlung darin, daß der Institor, welcher für die Erfüllung eines Contractes als Mittelsperson gebraucht wird, diesen unrechtlicherweise nicht gehörig erfüllt, so sind die nun eintretenden möglicherweise sehr mannichfaltigen Verhältnisse überhaupt nach den Grundsätzen über die Zuziehung von Mittelspersonen[3] zu bestimmen, ohne daß darauf die Qualität des Institor einwirkt[4]. Denn soweit

---

2) Hiernach beweiset die oft angerufene L. 11. §. 4. D. i. f. h. t. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet ... nichts für unsere Frage im Allgemeinen, denn der Grund der Haftung des Principals liegt nicht in des Institors dolus, sondern in der Wirkung desselben, daß die Beschränkung der Procura der Dritte nun nicht kannte. Es ist hinsichtlich des Dritten eine casuelle Unkenntniß, einen solchen casus trägt der Principal. Vgl. den ganzen §. 4. cit. — Eben so in L. 1. §. 10. D. de exercitoria actione würde die Entscheidung ganz dieselbe seyn, wenn die übertriebene Angabe des benöthigten Geldes auf einem Irrthum des Institor beruhte. Diese beiden Stellen braucht Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. 1. S. 419. für den Satz, daß der Principal für Alles verantwortlich sei, was der Institor „bei Gelegenheit der von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte verschuldet hat."

3) Hasse Culpa S. 533—545. O. A. G. zu Lübeck. 1844. (Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 245—248). O. A. G. zu Jena. 1848. (Seuffert Archiv Bd. 4. Nr. 35). J. F. zu Breslau. 1828. (Seuffert Archiv Bd. 4. Nr. 112).

4) Aus diesem Gesichtspunct sind nun auch die einzelnen, zu der unbedingten Behauptung, daß der Principal jede Widerrechtlichkeit zu vertreten habe, häufig benutzten Stellen zu verstehen, und zu erklären. 1. L. 5. §. 8. D. h. t. „pollinctor mortuum spoliavit." — 2. L. 5. §. 3. D. de doli mali et metus exceptione (44. 4.) „Actoris, qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus domino nocet." — 3. L. 1. §. 2. D. de exercitoria actione. „exercitor ... culpa et dolo

der Institor nicht contrahirt, ist er gar nicht in seiner Sphäre als Institor. 3. Für widerrechtliche Handlungen, welche unabhängig von dem Contract und dessen Erfüllung sind, haftet der Principal nicht, auch dann nicht, wenn das Institorenverhältniß zu ihnen die Gelegenheit gab [5].

---

carere eos (nautas) curare debet," zu verstehen in Gemäßheit der L. 1. pr. L. 5. §. 1. L. 1. §. 8. L. 7. pr. D. nautae, caupones, stabularii (4. 9.), also auch vom magister navis, aber nicht vom Institor überhaupt. — 4. L. 5. §. 10. D. h. t. „Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset, et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum: plane si adfirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur." Die Stelle ist sehr verschieden verstanden worden. Es muß aber quibus zu instructam gezogen (L. 185. D. de V. S. (50. 16.): instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.), als procurator und institor der entfliehende discipulus, und daher discipulis suis für ceteris fullonis discipulis genommen, und fullo bei adfirmaverit gedacht werden. Anders erklärt Kritz I. S. 315—317. und Mühlenbruch Cession 3te Aufl. S. 143. Note 287; aber woher aus dem Contract des discipulus, wenn ein Anderer Institor ist, die institoria actio? Puchta Pandekten §. 278. Note s. will statt imperaret lesen imperarem; es bedarf aber keiner Emendation. Rudorffs Citat (Varro) beweiset nur, wie imperare verstanden werden kann, nicht aber, wie es hier muß. Die Glosse geht kaum ein. — Zur Verständigung über die Worte sin ... institor, teneri eum dienen die Grundsätze über custodia. Hasse Culpa S. 399—473, besonders S. 432—438, und Braun zu Thibaut §. 251.

5) Eine Anwendung dieses Satzes enthält L. 7. pr. D. nautae, caupones, stabularii (4. 9.) si extra navem, licet a nautis, non praestabit (im Gegensatz von damnum datum in ipsa nave d. h. bei der Erfüllung des Frachtcontracts). Unter dem nauta ist hier auch der magister navis zu verstehen (L. 1. §. 2. D. eod.). Das von diesem nach der ratio juris Geltende gilt überhaupt vom Institor.

Vierter Abschnitt.

Die Handelsgesellschaften.

Erste Abtheilung.

Die Handelsgesellschaften im Allgemeinen.

§. 34.

Begriff.

Handelsgesellschaften[1]. Die Quellen sind

1) Marperger Vorrath S. 200—229. Bender §. 145—155. Pöhls §. 95—100. Mittermaier §. 554—559. Martens §. 20—27. Fischer §. 87—115. Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Württemberg. Art. 178—284. und Motive dazu S. 161—244. von Bunge §. 127—131. Pardessus IV. S. 1—228. Cesarini I. S. 129—168. II. S. 1—173. Fremery chap. III—XII. S. 21—71. und S. 17. E. Persil des sociétés commerciales. Paris 1833. (Das Buch commentirt die Artikel 18—64 des Code de commerce nach der Reihenfolge, schiebt aber zwischen Art. 63 u. 64 einen Abschnitt über die Auflösung der Gesellschaften ein, welcher sich zunächst an den Art. 1865 des Code civil anlehnt). A. Schiebe die Lehre von den Handelsgesellschaften. Nach französischen Quellen ..... bearbeitet. Leipzig 1841. Zweite Ausgabe. 1845. (Diese s. g. zweite Ausgabe liefert die Exemplare der ersten mit einem andern Titelblatt. Das Werk ist eine Übersetzung des Werkes von Malepeyre und Jourdain mit Einschaltungen und Abkürzungen). G. K. Treitschke die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Zweite durchaus umgearbeitete und vermehrte Auflage der Schrift „die Lehre von der Erwerbgesellschaft." Leipzig 1844. (Dies Werk behandelt die Collectivgesellschaft und die Commanditengesellschaft, nicht die Actiengesellschaft). Brinckmann Handelsrecht. §. 34—66. — Über

theils das römische Recht [2], theils Particularrechte [3].

---

das Handelswissenschaftliche: C. A. Noback der Handel in Compagnie. Ilmenau 1829. — Stillschweigender Societätsvertrag: Marquard de jure mercatorum. lib. II. cap. 11. No. 4—11. S. 299. 300. Treitschke a. a. O. §. 10. — Innere Seite der Gesellschaft, vornehmlich Treitschke a. a. O. §. 3—8. 13—53. 63—89. Auch Brinckmann a. a. O. §. 39—43. — Das portugiesische Handelsgesetzbuch hat einen eigenen Abschnitt: Da sociedade tacita (Art. 565—570.); sie ist eine Gesellschaft, bei welcher der Socius nicht namentlich als Socius dem Publikum angemeldet ist, deren Existenz also aus Handlungen, welche einen gesellschaftlichen Character an sich tragen, geschlossen werden muß (Art. 565. 566). Solcher Handlungen, welche eine Vermuthung abgeben, sind eine Menge aufgezählt (Art. 569), Gegenbeweis ist zulässig nach Art. 583. Die Veranlassung, eine Handelsgesellschaft einzugehen: Büsch Darstellung I. S. 225—234. und Rau in der allg. Encyclopädie s. v. Handelsgesellschaft. S. 117. 118. und Noback Handelswissenschaft. §. 173. 174.

2) Das römische Recht erwähnt der Handelsgesellschaften besonders im Titel pro socio (17. 2.), de exercitoria actione (14. 1.), und de institoria actione (14. 3.), giebt aber für sie keine besonderen Regeln.

3) Nürnberger Reformation von 1564. Tit. XVIII.
Lübisches Recht von 1586. Lib. III. Tit. IX.
Hamburger Statuten von 1603. P. II. Tit. 10.
Hamburger Fallitenordnung von 1753. Art. 64. 65.
Frankfurter Reformation von 1611. Th. II. Tit. 23.
Lüneburger Stadtrecht von 1679. Tit. 23.
Preußisches Landrecht §. 614—683.
Russisches Manifest vom 1. Januar 1807. (ist mir nur dem Namen nach bekannt.)
Code de Commerce. Art. 18—64.
Rheinisches Handelsgesetzbuch. Art. 18—64.
Badisches Handelsrecht. Satz 18—64.
Österreichisches Gesetzbuch. §. 1216. §. 1175—1215.

Eine Handelsgesellschaft ist eine Vereinigung Mehrerer zum Zweck gemeinschaftlichen Gewinnes durch Betreibung eines Handelsgewerbes mit gemeinschaftlichem Capital. Dieses ist Geld oder Geldeswerth, als Waaren, Arbeit, Connexionen. Der aufgestellte Begriff zeigt: 1. die Handelsgesellschaft ist nicht eine s. g. universelle Gesellschaft, d. h. nicht eine societas omnium bonorum (totorum bonorum, universarum fortunarum), denn dem widerspricht die beschränkte Erwerbsart: Betrieb. 2. Sie ist nicht eine s. g. generelle Gesellschaft, d. h. nicht eine societas universorum, quae ex quaestu veniunt, denn dem widerspricht die beschränkte Erwerbsart: Handel[4]. 3. Sie ist nicht eine s. g. specielle Gesellschaft, d. h. nicht eine societas unius rei, denn dem widerspricht der wiederholte Betrieb. 4. Sie ist eine s. g. particuläre Gesellschaft, d. h. eine societas negotiationis alicujus, eine Gewerbsgesellschaft, denn ihr ist gewerblicher Betrieb wesentlich.

Regolamento provvisorio. Art. 17—63.

Código de comercio. Art. 264—358.

Codigo commercial. Art. 526 — 761.

Das ausführlichste Gesetz. Vorausgeschickt sind (Art. 526—537.) allgemeine Sätze, welche jede Gesellschaft, auch die nicht Handelsgesellschaft ist, treffen. Von der Collectivgesellschaft der äußern Seite nach: Art. 547—556. 591—602. 610—620. 663—761. Von der Commanditengesellschaft Art. 556. 580. 582. Dazu 577—585. 594. 600. 637. 652.

Wetboek van Koophandel. Art. 14—58.

Ungrischer XVIII. Gesetzartikel §. 1—67. und XV. Gesetzartikel. Theil II. §. 35—42.

In einzelnen Wechselordnungen finden sich auch noch manche Bestimmungen über Handelsgesellschaften.

4) L. 52. §. 5. D. pro socio. (17. 2.)

5. Sie ist eine s. g. societas quaestuaria, Erwerbsgesellschaft, also eine Art der römischen societas lucri, quaestus, compendii; denn sie bezweckt Gewinn [5]. 6. Sie ist an sich eine Gesellschaft, nicht eine juristische Person [6].

§. 35.
Arten.

Um den Particularrechten und dem Leben zu begegnen, muß man folgende Gesellschaften hinstellen [1]: 1. Die

---

5) Ein anderer Sprachgebrauch befaßt unter particulärer Gesellschaft alle Gesellschaften, die nicht universelle sind, also auch eine particuläre im engern Sinn. Über die gebrauchten römischen Namen vgl. L. 3. §. 1. L. 73. L. 5. pr. D. pro socio (17. 2.) pr. I. de societate (3. 26.) L. 7. D. pro socio (17. 2.) L. 71. §. 1. D. eod.

6) Vgl. oben §. 19. No. II. zu Ende und unten §. 39. Note 19.

1) Logisch ist die Aufstellung nur der folgenden vier Gesellschaften nicht; sie findet sich aber auch im französischen, rheinischen, badischen, spanischen, holländischen und ungrischen Handelsgesetzbuch und im russischen Handelsrecht (Manifest vom 1. Januar 1807. von Bunge §. 127), welche beiden letzteren Rechte aber der vierten Gesellschaft nicht gedenken. Weit umsichtiger ist das portugiesische Handelsgesetzbuch. Es theilt die associaçoens commerciaes ein in companhias (Actiengesellschaft), in sociedades, von denen die sociedade em nome collectivo nur eine Species bildet, und in parcerias mercantis, von denen die sociedade em commandita nur eine Species bildet. In einem eigenen Abschnitt (Art. 557—564.) handelt es von der sociedade de capital e industria. Allein der Umstand, daß ein Socius nur industria einschließt, bewirkt nur eine Modification anderer Gesellschaften, welche nicht berechtigt, eine eigene Gesellschaft anzunehmen. Dieser Umstand kann vorkommen bei einer Handelsgesellschaft, wie bei einer Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften (so

Gesellschafter treiben Handel, sie haften direct nach außen (persönlich), sie haften mit ihrem ganzen Vermögen, sie treten auf unter dem Gebrauch eines Gesammtnamens (Firma). Offene Handelsgesellschaft. 2. Die Gesellschafter treiben Handel, der Eine haftet direct nach außen und mit seinem ganzen Vermögen, der Andere theilt nach Maaßgabe eines eingeschossenen oder einzuschießenden Capitals Gewinn und Verlust der Handlung. Commanditengesellschaft. 3. Die Gesellschafter treiben Handel, jeder ist nach Maaßgabe eines bestimmten Beitrages Theilnehmer am Gewinn, und nach Maaßgabe und bis zum Belauf eben dieses Beitrages Theilnehmer am Verlust der Handlung. Actiengesellschaft. — Der Handel, d. h. fortdauernde Geschäfte als Gewerbe getrieben, unterscheidet alle drei Gesellschaften von der Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften, die Haftung mit dem ganzen Vermögen und die directe Haftung die eigentliche Handelsgesellschaft von der Commanditengesellschaft und der Actiengesellschaft. Die Firma ist nichts Eigenthümliches für die eigentliche Handelsgesellschaft.

§. 36.
Firma.

Firma, raison, raggio, Ditta*. I. Die Firma ist

---

auch Art. 557.), und bei einer Gesellschaft mit Firma und ohne Firma (so auch Art. 563.), die Haftung des socio de mera industria, welcher der innern Seite nach mit seinem Vermögen gar nicht einstehen will (Art. 557.), nach außen hin, richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere also danach, von wem, und wie, und ob so gültig oder ungültig contrahirt worden ist. (Vgl. Art. 558. 560. 561).

*) Gans Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzge-

ein kaufmännischer Name. Der Kaufmann contrahirt entweder unter seinem bürgerlichen oder einem davon abweichenden kaufmännischen Namen. II. Jede Handelsgesellschaft, welche als solche nach außen hin auftreten will, bedarf dazu eines kaufmännischen Namens, einer Firma, weil eine Gesellschaft keinen bürgerlichen Namen hat[1]. Daher kann die Collectivgesellschaft und die Actiengesellschaft einer Firma nicht entbehren und hat die Commanditengesellschaft als solche regelmäßig keine Firma. 1. Bei der offenen Handelsgesellschaft (Collectivgesellschaft) soll die Firma die verbundenen bürgerlichen Namen der Gesellschafter vertreten, die Gesellschafter wollen unter Gebrauch derselben nach außen hin auftreten, und sich berechtigen und verpflichten, sie bezeichnet die Gesellschafter als Gesellschaft im Gegensatz der ohne solche Verbindung zusammen auftretenden Gesellschafter. Von der Firma, welche die Gesellschaft bezeichnen soll, ist zu unterscheiden der Name des Etablissements, der dies nicht soll, den man aber auch Firma nennt[2]. Die Firma ist aber

---

bung. Berlin 1830. Bd. 1. Abth. 1. No. 5. S. 36—67. Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte Bd. 2. S. 513—515. Fremery chap. VI. S. 39—44. Gelpcke Zeitschrift für H. R. Heft 3. Nr. IX. S. 166—190.

1) Wenn die Handelsgesellschafter ihre Namen zu einem Namen verbinden, so ist das nur ein kaufmännischer Name. Denn weder der A. heißt A. & B., noch heißt der B. so. Wenn A. und B. Handel treiben unter dem Namen A., so ist der Name A., insofern er A. und B. bezeichnen soll, nur ein kaufmännischer Name.

2) A., B. & C. haben das Schild: königliche Universitäts-Buchhandlung. Die letztere Firma kann man gern mit der Handlung veräußern, aber jene Firma Andern zu überlassen, ist gefährlich.

nichts Eigenthümliches für die offene Handelsgesellschaft. 2. Auch bei der Commanditengesellschaft contrahirt der Complementar unter Gebrauch eines Namens, einer Firma. Insofern der Gebrauch der Firma auch das Commanditengeld verbindet, ist die Firma eine Firma der Gesellschaft, insofern der Commanditist direct den „äußern Personen“ [3] gar nicht, weder persönlich noch mit Geld haftet, ist sie eine Firma nur des Complementars, auch dann, wenn sie die Namen des Complementars und des Commanditisten (gemeinrechtlich statthaft) enthält. Der Unterschied der Collectivgesellschaft von der Commanditengesellschaft liegt also nicht wesentlich in dem Gebrauch oder Nichtgebrauch einer Firma, oder einer gemeinschaftlichen, gesellschaftlichen Firma, sondern in der Wirkung des Gebrauches der Firma. 3. Bei der Actiengesellschaft contrahirt der Complementar unter dem Namen der Gesellschaft, um durch den Gebrauch dieses Namens die Actionairs zu berechtigen und zu verpflichten, der Name ist also ein Gesammtname aller Gesellschafter, und also der Bedeutung nach ganz dasselbe, wie die Firma bei der Collectivgesellschaft, ist eine Firma *, obgleich man ihn nicht mit dem Ausdruck zu bezeichnen pflegt, aber die Wirkung des Gebrauchs dieser Firma ist anders, als bei der Collectivgesellschaft. III. Der Name, unter welchem die Actiengesellschaft auftritt, enthält nie die Namen der Gesellschafter und ist in der Regel von dem Gegenstand des Geschäftes oder von geographischen Beziehungen her-

---

3) Ausdruck der nürnberger Reformation.

*) Wenn Brinckmann H. R. §. 21. Note 2. und §. 59. Note 10. 11. einwendet: die Actiengesellschaft habe keine Firma und keinen Complementar, so ist das ein reiner Wortstreit.

genommen [4]. Bei der offenen Handelsgesellschaft und Commanditengesellschaft wird die Firma gebildet entweder aus dem Namen der Gesellschafter, aller oder einzelner oder eines, oder aus fingirten Namen, wohin auch der Fall gehört, wenn die Firma die Namen verstorbener oder ausgetretener Mitglieder enthält. Der Zusatz et Compagnie deutet bald auf eigentliche Gesellschafter, bald auf eine Commanditengesellschaft, zuweilen läßt sich aus ihm nicht einmal auf eine Compagniehandlung schließen. IV. Die Wahl der Firma ist gemeinrechtlich frei, auch eine schon bestehende kann gewählt werden *. Da jeder Contrahent dieses Alles weiß, oder doch als eine Rechtskenntniß wissen muß, so hat er es sich selbst vorzuwerfen, wenn er sich durch die Firma verleiten läßt, für Gesellschafter Personen, welche es nicht sind, zu halten, und nach der Creditwürdigkeit dieser den Credit, welchen er der Gesellschaft schenkt, bemißt. Die Particularrechte [5] haben folgende Bestimmungen:

---

4) So sagt es auch der Code de commerce. Art. 29. 30. Wetboek v. K. Art. 36.

*) Denn ein ausschliesliches Recht auf die Firma, den selbstgewählten Namen, läßt sich nicht begründen. Behauptet, aber auch nur behauptet wird ein solches von Morstadt H. R. §. 20. Note 61. und Brinckmann H. R. §. 21. Note 8. Morstedt ruft nur, daß der im Text folgende Satz (Da jeder u. s. w.) kein Beweisgrund für den voraufgehenden seyn könne, was er, ein bloßer Folgesatz, auch gar nicht hat seyn sollen, hat aber keinen Grund angegeben, warum nach gemeinem Recht nur der „verblüffte Farina" das Recht hätte, sich „Farina et Compagnie" zu nennen.

5) Preußisches Landrecht §. 621. 622. 652. — Code de commerce Art. 21. 25. — Rheinisches Hgb. Art. 21. 25. — Badisches H. R. Art. 21. 25. — Regolamento Art. 20. 24. —

1. Die Firma muß entweder den Namen des öffentlichen Gesellschafters, oder, statt dessen, den Zusatz: und Compagnie enthalten. 2. Sie darf nicht den Namen eines stillen Gesellschafters (Commanditisten) enthalten. 3. Sie darf nicht seinetwegen den Beisatz: und Compagnie annehmen. 4. Es darf die Firma einer durch Tod aufgelösten Gesellschaft angenommen werden, wenn die Erben nicht widersprechen. 5. Die Firma darf nur aus den Namen wirklicher Mitglieder gebildet werden und 6. muß, wenn sie nur einige oder nur einen derselben enthält, den Zusatz und Compagnie haben. 7. Sie soll sich von allen bereits publicirten Firmen unterscheiden. 8. Eine schon bestehende Firma darf nicht ohne merkliche Abänderung gewählt werden.

§. 37.

Klagerecht und Haftungspflicht.

Klagerecht und Haftungspflicht einer Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen. Dieses Allgemeine ist hinzustellen, um zu zeigen, wie weit die Particularrechte Besonderheiten haben. A. Das Klagerecht[1]. 1. Wenn die Gesellschafter zusammen contrahirt haben, so ist die Klage gegen den Schuldner einem jeden theilweise erworben[2], und zwar nach Maaßgabe des Gesellschaftsantheiles[3].

Código de comercio. Art. 266. 270. 271. 273. — Codigo commercial. Art. 548. 601. — Wetboek v. K. Art. 20. 30. — Fischer österr. H. R. §. 95.

1) Glück XV. S. 461. 462.

2) L. 11. §. 1. D. de duobus reis constituendis. (45. 2.).

3) So scheint es nach L. 9. C. si certum petatur. (4. 2.) quod dedisti solum restitui tibi. Nicht entgegen ist L. 11. §. 1. D. cit. Vgl. aber auch L. 32. D. de R. C. (12. 1.).

2. Ist dies nicht der Fall, so bestimmt sich die Berechtigung der Gesellschaft aus dem Contract, den nicht sie abschloß, nach den Grundsätzen über den Erwerb von Klagen durch Andere. Sie erlangt daher die Klage, es mag der Contrahent Institor oder Mandatar der Gesellschaft, oder ein von ihr gutgeheißener negotiorum gestor seyn, und er mag überdies Mitglied der Gesellschaft seyn oder nicht, durch Cession, oder ausnahmsweise, wenn die Umstände danach sind, ohne solche utiliter. Das Recht auf die Cession steht jedem Gesellschafter nach Maaßgabe seines Gesellschaftsantheiles zu. Doch bestimmt sich das Klagerecht des Einzelnen natürlich nach dem Umfang der wirklich geschehenen Cession, ging diese auf mehr, als recht war, so haftet der Gesellschafter hinsichtlich des eincassirten Mehrbetrages den übrigen Gesellschaftern[4]. B. Die Haftungspflicht[5]. Für diese ist es bedeutend, wie die Gesellschaft nach außen hin auftritt[6]. Erster Fall. Die Gesellschaft hat einen Institor. I. Dieser contrahirt als Institor der Gesellschaft, also mit Bezugnahme auf die Gesellschaft, und mit Einhaltung der Procura. Die Wirkung ist dann folgende: 1. Jeder der Gesellschafter haftet

---

4) L. 74. L. 60. pr. D. pro socio. (17. 2.)

5) Lauterbach (resp. Boehm) de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. Stuttgard 1668. in Lauterbach dissertationes academicae. volumen III. Tubingae 1728. disp. 129. S. 727—776.

6) Ohne alle Unterscheidung wird oft gesagt: wenn ein socius im Namen der Gesellschaft contrahirt, so haften die Gesellschafter in solidum ohne exc. divisionis. So z. B. Kind quaestiones I. cap. 20. S. 132. 133. Vgl. aber L. 82. D. pro socio. (17. 2.)

für die ganze Schuld[7]. Die Einrede der Theilung fällt also weg, der Dritte braucht also nur einen Proceß zu führen[8]. Es ist für diese Haftung nach außen hin ganz gleich, ob der innern Seite der Gesellschaft nach alle gleich oder verschieden berechtigt sind; dies wird nur für den Umfang des Regresses des Zahlenden an die andern socii, mit der pro socio oder communi dividundo actio, bedeutend[9]. Die Erben haften als solche aber nur nach Maaßgabe ihrer Erbtheile[10], als solche, also hinsichtlich der bereits begründeten Verbindlichkeiten, im Gegensatz des Falles, daß sie den Institor forthandeln lassen, wo nun Jeder nach außen hin selbst Principal ist[11]. 2.

---

7) L. 13. §. 2. L. 14. D. de institoria actione (14. 3.) L. 1. §. 25. D. de exercitoria actione (14. 1.).

8) L. 2. D. de exercitoria actione (14. 1.) „ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit." Eben so L. 27. §. 8. D. de peculio (15. 1.). Die L. 4. §. 2. D. de exercitoria actione faßt den Grund so: der Institor handelt mit dem ganzen Willen eines jeden Principals. Vgl. auch L. 5. §. 1. D. quod jussu. (15. 4.) „si duo jusserunt, cum quovis in solidum ... quia similes sunt duobus mandantibus." Nach Glück Bd. 15. §. 970. Note 42. ist denn auch die Praxis für das Wegfallen der exceptio divisionis. Vgl. auch Glück Bd. 14. S. 191. Note 91. und S. 256. Note 53. So auch O. A. G. zu Dresden (Seuffert Archiv Bd. 3. Nr. 360).

9) L. 13. §. 2. D. de institoria actione (14. 3.) „utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro aequalibus, an pro portione mercis, an vero in solidum? Et ... ait ... in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit, qui conventus est, societatis judicio, vel communi dividundo consequetur." L. 14. D. eod. L. 2. 3. D. de exercitoria actione (14. 1.) L. 27. §. 8. D. de peculio (15. 1).

10) L. 14. D. de institoria actione (14. 3).

11) L. 37. D. pro socio (17. 2).

Haftet jeder Gesellschafter auch mit seinem ganzen Vermögen? Die Verneinung kann es als Folge nach sich ziehen, daß er nicht für die ganze Schuld haftet. Abgesehen von besondern Umständen, so haftet jeder Gesellschafter, wie überhaupt der Principal, mit seinem ganzen Vermögen. Solche Umstände fehlen, wenn auch der innern Seite nach das ganze Vermögen einsteht. Wenn aber dies nicht der Fall ist, so ist durch diesen Umstand allein jene Haftung noch nicht ausgeschlossen. Denn jeder Gläubiger ist berechtigt, sein Creditgeben nach dem ganzen Vermögen des Schuldners zu berechnen, und so auch der Contrahent des Institor einer Gesellschaft berechtigt, diese Haftung der einzelnen Gesellschafter vorauszusetzen. Es entscheidet aber das innere Verhältniß soweit, als der Contrahent es kannte, oder gelten muß, als kannte er es. So gelten muß er aber dann, wenn ihm solche Umstände bekannt waren, die ihm den Willen der vollen Haftung zweifelhaft machen mußten. Dann ist es seine Pflicht, sich nach dem wahren Sachverhältniß zu erkundigen [12]. Die Unterlassung der Erkundigung geht auf seine Gefahr. Denn nun traut er dem inneren Verhältniß, und er darf sich also nicht beklagen, wenn nun auch lediglich nach Maaßgabe der inneren Seite ihm gehaftet wird. 3. Die beiden Haftungsarten, welche wesentlich verschieden sind, combiniren sich so. Der Gesellschafter, welcher mit dem ganzen Vermögen haftet, haftet auch für die ganze Schuld, soweit das Vermögen reicht. Der Gesellschafter, welcher nicht mit seinem ganzen Vermögen haftet, haftet dennoch für die ganze Schuld, nicht nur wenn sie geringer, als sein Antheil ist, sondern auch, wenn sie diesen übersteigt, aber

12) L. 19. D. de regulis juris.

dann nur soweit, als die übrigen Gesellschafter zu derselben beitragen müssen und können, mag er aus dem bereits ganz oder theilweise zusammengeschossenen Gesellschaftsfonds, und diesen muß er zunächst angehen [13], die Zahlung entnehmen können, oder die Beiträge erst, selbst gerichtlich, beitreiben müssen. Der Beklagte muß also dann für die übrigen Gesellschafter in Vorschuß gehen. Soweit er aber wegen des Vorschusses den Regreß an die übrigen Gesellschafter juristisch oder factisch [14] nicht hat, ist er von der Haftung für die ganze Schuld frei [15] *. II. Die

13) L. 65. §. 14. D. pro socio (17. 2). Vgl. auch L. 63. §. 5. D. eod.

14) Glück Bd. 15. S. 467. 468. begründet seine Meinung, daß dem beklagten socius die Insolvenz der übrigen schade, durch den negativen Grund, daß er die L. 14. D. de institoria actione (14. 3.) unschädlich zu machen sucht. Aber wenn auch diese Stelle nicht entscheidet, so sind doch die Stellen der folgenden Note nicht widerlegt.

15) Die Haftung für die ganze Schuld soll ihm also nicht Schaden bringen, sondern nur den Gläubiger nicht an mehrere Beklagte drängen. Den Text beweiset L. 27. §. 8. L. 28. D. de peculio (15. 1.) vgl. mit L. 13. §. 2. de instit. act. (14. 3.) Et verius esse ait, exemplo exercitorum, et de peculio actionis, in solidum unumquemque (sc. eorum, qui servum institorem praeposuerunt) conveniri posse. Vgl. noch L. 51. D. de peculio (15. 1).

*) Gegen diesen Satz und die Begründung desselben in Note 15. erklären sich Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 706. 707. Treitschke Gewerbegesellschaft. S. 148. 149. und von Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 653. S. 455. 456., ohne jedoch auf die Voraussetzungen, unter welchen der Satz behauptet wird, einzugehen. Die Stellen in Note 14. und 15. sind wegen der allgemeineren Sätze, die ihnen unterliegen, angeführt, sind also durch Hinweisung auf ihren wörtlichen Inhalt nicht weggeräumt.

vorhin dargestellte Haftungspflicht wird dadurch im Wesentlichen nicht geändert, daß als Institor einer der Gesellschafter bestellt worden ist[16], oder daß gar jeder Gesellschafter Institor der Gesellschaft ist, wo dann jeder Gesellschafter die Gesellschaft verbindet[17]. III. Wenn der Institor nicht als Institor contrahirt, so contrahirt er also für sich, und dann entscheiden sich die Verhältnisse nach allgemeinen Grundsätzen, da es gleich ist, ob er Institor, und überdies Gesellschafter, ist, oder nicht; und wenn er zwar als Institor contrahirt, aber mit Überschreitung der Procura, dann treten die Grundsätze des Institorenverhältnisses ein. — Zweiter Fall. Die Gesellschaft hat keinen Institor. Wenn dann I. einer der Gesellschafter contrahirt, so contrahirt dieser entweder 1. in eigenem Namen. Dann ist er der eigentliche Schuldner[18]. Die Gesellschaft haftet dem Dritten * nur soweit sie bereichert ist[19], und zwar ist jeder Gesellschafter nur nach Maaßgabe seines Antheils an der Bereicherung verbind-

16) L. 4. §. 1. de exercit. act. (14. 1). „Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri."

17) Auf dieses Verhältniß deutet L. 4. pr. D. de exercitoria actione (14. 1). Vgl. Note 21.

18) L. 13. C. si certum petatur. (4. 2).

*) Natürlich vorausgesetzt, daß gegen sie die negotiorum gestorum actio des Gesellschafters besteht. Oben §. 27. b. Vgl. auch von Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 653 zu Ende, S. 456.

19) L. 82. D. pro socio (17. 2). Vgl. Treitschke Gewerbegesellschaft §. 61. S. 160–165., der mir aber mit Unrecht ein verkehrtes argumentum e contrario zuschreibt, dessen Ansicht übrigens von der Voraussetzung der de in rem verso actio (a. a. O. S. 164.) zu bestreiten ist. Vgl. oben §. 27. b.

lich[20]. Oder 2. angebend, daß er als Gesellschafter, aber nur für seinen Gesellschaftsantheil contrahire. Dann haftet er nur soweit sein Antheil an dem Geschäft geht[21]. — Wenn II. alle Gesellschafter zusammen contrahiren, dann haftet jeder nur theilweise für die Schuld[22]. Wird aber an sich nach Kopftheilen, oder nach Maaßgabe des Geschäftsantheiles gehaftet? Es scheint das Letztere[23] das Richtigere zu seyn[24]. Die Art der Haf-

20) L. 10. §. 4 L. 13. D. de in rem verso. (15. 3).

21) L. 4. pr. D. de exercitoria actione (14. 1). Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur.

22) Denn die solidarische Haftung mehrerer Contrahenten versteht sich nur in Ausnahmsfällen, deren hier keiner vorliegt, von selbst. L. 11. §. 2. D. de duob. reis constit. (45. 2). Schriftsteller hat Glück Bd. 15. S. 465. Note 37. 38. Vgl. Fremery chap. III. S. 21—30, welcher für die solidarische Haftung eine allgemeine Handelsüsance zu beweisen sucht.

23) L. 4. pr. D. de exercitoria actione (14. 1.) (s. Note 21). L. 44. §. 1. D. de aedilitio edicto (21. 1.) actio ex empto cum singulis pro portione, qua socii fuerunt. Die L. 27. D. pro socio (17. 2.) trifft nicht unsere Frage. (Glück Bd. 15. S. 464). Auch die L. 11. §. 2. D. de duobus reis constituendis (45. 2.) entscheidet, obgleich es heißt partes viriles, nicht, weil sie unsere Frage nicht im Auge hat. So auch nicht, aus demselben Grunde, L. 31. §. 10. D. de aedilitio edicto. (21. 1).

24) Es kommt darauf an: ob der Dritte das innere Verhältniß erfragen mußte, wenn nicht nach demselben, oder die Gesellschafter es annonciren mußten, wenn nach demselben gehaftet werden sollte? Ist das Letztere, so muß man bei den Stellen der vorigen Note die geschehene Anzeige subintelligiren, ist das Erstere, so hat das römische Recht den Satz: der Contrahent, welcher sich nach der innern Seite nicht erkundigt, ergiebt sich dieser. — Das Subintelligiren ist mißlich, und überdies ist für diesen Satz die L. 19. de R. J.

tung ist übrigens, es mag die Gesellschaft noch bestehen oder nicht, dieselbe[25].

Zweite Abtheilung.

Die offene Handelsgesellschaft.

§. 37. b.

Begriff und Errichtung.

I. Die offene Handelsgesellschaft[1]. Die Gesellschafter treiben Handel, sie haften direct nach außen (persönlich), sie haften mit ihrem ganzen Vermögen, sie treten auf unter dem Gebrauch eines Gesammtnamens (Firma). II. Errichtung. Die Errichtung ist gemeinrechtlich nicht an eine Form oder Bekanntmachung gebunden[2]. Wer als Gesellschafter contrahirt[2a], überhaupt sich gerirt[2b], gilt

25) Glück Bd. 15. S. 462—465.

1) Benennung dieser Gesellschaft. Die eigentliche Handelsgesellschaft. Die Gesellschaft unter einem Collectivnamen. Die Collectivgesellschaft. Die offene Gesellschaft. La société en nom collectif (Code d. c.) La società in nome collettivo (Regolamento). La compañía colectiva (Código de comercio). A sociedade ordinaria, auch em nome collectivo, auch com firma (Codigo commercial). De vennootschap onder eene firma (Wetboek v. K.).

2) Vgl. Fremery. chap. VII. S. 44—51.

2a) Ein derartiges Contrahiren kann liegen in dem Unterzeichnen mit der Firma ohne einen die bloße Procura andeutenden Zusatz. Vgl. Bremer Sammlung Bd. 2. H. 2. S. 239—245. (ungenau in Seuffert Archiv Bd. 3. No. 197.).

2b) Vgl. Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 621—626. (ungenau in Seuffert Archiv Bd. 2. No. 288.)

nach außen als Gesellschafter. Particularrechte[3] fordern schriftlichen Contract und Bekanntmachen desselben. Als solche wird vorgeschrieben: Anzeige desselben bei der Obrigkeit, beim Handelsgericht, vor einem Wechselnotar; Protocollirung desselben, insbesondere Eintragung in dazu bestimmte Bücher und Register, namentlich das Raggionbuch; Anschlag im Gerichtslocal, an der Börse. Der Inhalt der Bekanntmachung ist sehr gleichförmig auf Folgendes[4] festgestellt: Namen und sonstige Bezeichnung der Gesellschafter, die Firma, die zur Firmirung Berechtig-

---

3) Frankfurter W. O. von 1739. §. 5. 6. und Erläuterung dieser beiden §§. vom Jahr 1741.
Österreichische W. O. von 1763. Art. 8. (Fischer §. 90. Nr. 1. §. 39. 44.)
Churfürstlich sächsisches Rescript v. 1773. (bei Püttmann Grundsätze des Wechselrechts. Leipzig 1805. 3te Ausg. S. 205—208.)
Augsburger W. O. von 1778. Cap. 11. §. 1.
Baiersche W. O. von 1786. §. 4.
Preußisches Landrecht §. 617—626.
Russisches Manifest v. 1807. Art. 5. (von Bunge §. 131.)
Code de commerce. Art. 39. 42—44.
Rheinisches Hgb. Art. 39. 42—44.
Badisches Handelsrecht. Art. 39—45.
Regolamento. Art. 41—43.
Código de comercio. Art. 284—292.
Codigo commercial. Art. 591—600.
Wetboek v. K. Art. 22—28.
Ungrischer XVIII. Gesetzartikel §. 4. 5. und XV. Gesetzartikel Theil II. §. 35—42.

4) Es braucht nämlich nicht der ganze schriftliche Contract publicirt zu werden. Am deutlichsten unterscheidet der Código de comercio. Art. 286. 290, und der Codigo commercial. Art. 592. 598.

ten, Anfang und Ende der Gesellschaft, Art und Umfang der Haftungspflicht.

§. 38.

Rechtsverhältniß.

Rechtsverhältniß der Gesellschafter[1]. 1. Das Klagerecht der Gesellschafter ist das allgemeine, die Particularrechte erwähnen dasselbe nicht besonders. 2. Für die Haftungspflicht ist es bedeutend, wie die Gesellschaft nach außen hin auftritt. Das Regelmäßige ist, daß die Gesellschafter nicht zusammen auftreten, und auch nicht ein einzelner derselben in eigenem Namen oder für seinen Geschäftsantheil contrahirt, sondern daß ein Institor der Gesellschaft, der entweder einer der Gesellschafter oder ein Dritter ist, mit Nennung der Gesellschaft, nämlich unter Gebrauch der Firma contrahirt. Da nun ein Institor die mehreren Principale, welche ihn angestellt haben, so verbindet, daß jeder derselben für die ganze Schuld haftet, und da der inneren Seite nach das ganze Vermögen einsteht, so ergiebt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen[2] der durch die Particularrechte, welche im-

---

1) Casaregis I. disc. 39. S. 247—250. Die Ansicht Brinckmanns H. R. §. 36 von der Natur der Collectivgesellschaft: „kollektive Personeneinheit" u. s. w. aber doch keine juristische Person, bedarf keiner besonderen Widerlegung.

2) Diese Begründung ist schon alte Ansicht. Marquard lib. II. cap. 11. No. 14. S. 301. Sie geht auch am deutlichsten durch das preußische Landrecht; und findet sich auch in neueren Erkenntnissen. O. T. zu Stuttgard. (Seuffert Archiv Bd. 3. Nr. 195.) O. A. G. zu Lübeck. (Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 179.) Diese Begründung verwirft Bluntschli deutsches Privatr. Bd. 2. §. 136. Nr. 6, und substituirt ihr doch wahr-

mer zunächst den regelmäßigen Fall ins Auge fassen, durchgehende Gedanke: daß die sämmtlichen Gesellschafter wider Wissen und Willen aus den Geschäften, die unter rechtmäßigem Gebrauch der Firma abgeschlossen werden, verpflichtet werden, und zwar so, daß Jeder zum Vollen haftet[3]. Diesen zweideutigen Ausdruck absichtlich, weil

---

lich nichts Anderes, als eine allgemeine Berufung auf das, was der Credit verlangt, (welcher gleich hinterher, §. 139 Nr. 1. widersprochen wird,) verbunden mit der bekannten unklaren und verwirrenden Unterscheidung zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft, der Firma, als einer genossenschaftlichen Person.

3) Nürnberger Reformation von 1564. Tit. 18. Gesetz 4.
Frankfurter Reformation von 1611. Tit. 23. Art. 9.
Lüneburger Reformation von 1679. Tit. 23. (Pufendorf IV. S. 698.)
Augsburger W. O. von 1778. Cap. 11. §. 2.
Baierische W. O. von 1785. §. 4.
Preußisches Landrecht. §. 647.
Russisches Manifest von 1807. Art. 2. (von Bunge §. 128.)
Code de commerce. Art. 22. Rheinisches Hgb. Art. 22.
Badisches Handelsrecht. Art. 22.
Österreichisches Gesetzbuch §. 1201. 1204. (Fischer §. 107).
Regolamento. Art. 21.
Código de comercio. Art. 267.
Codigo commercial. Art. 549. 664.
Wetboek v. K. Art. 18.
Ungrischer XVIII. Gesetzartikel. §. 17. 19. 34.
Natürlich auch bei Wechselschulden solidarische Haft. Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte Bd. 2. S. 513—515. Riccius exercitationes cambiales. exerc. III. §. 50—54. S. 38—44. Eine ausführliche Anwendung des erwähnten Grundsatzes auf Wechselschulden und andere Verpflichtungen hat der Codigo commercial. Art. 673—692.

die Particularrechte sich darüber oft nicht klar aussprechen, ob sie Haftung mit dem ganzen Vermögen, oder auch für die ganze Schuld wollen. Wenig mehr als dieses Allgemeine sagen sie; höchstens noch, daß der zahlende Gesellschafter sich an den anderen erholen darf[4]. Diese solidarische Haftung jedes Gesellschafters besteht ohne die Einrede der Theilung[4a]. 3. Der rechtmäßige Gebrauch der Firma (das Recht zu firmiren, zu signiren, zu zeichnen, — er hat die Firma des Hauses), steht an und für sich jedem Gesellschafter zu, so daß Jeder durch denselben die übrigen Compagnons verpflichtet[4b]. Denn es ist eine gegenseitige praepositio institoria[5] anzunehmen[6].

---

4) Nürnberger Reformation von 1564. Tit. 18. Gesetz 4.— Frankfurter Reformation von 1611. Art. 9—11. — Lüneburger Reformation von 1679. Tit. 23.

4a) Vgl. oben §. 37. Note 8.

4b) So auch Morstadt H. R. §. 21. C. S. 65. Savigny Obligationenrecht Bd. 1. §. 27. S. 287. O. T. zu Stuttgard. (Seuffert Archiv Bd. 7. Nr. 86.) O.A.G. zu Dresden. (Seuffert Archiv Bd. 3. Nr. 360.)

5) So auch das preußische Landrecht §. 633. 634.

6) Für diese gegenseitige Bevollmächtigung läßt sich wohl eine allgemeine kaufmännische Ansicht behaupten (A. M. ist Fremery S. 40. Note 1.), so daß die auf jene hinweisenden Gesetze, und Verträge, und Circulaire nur ausdrücklich aussprechen, was sich zunächst von selbst versteht. In den Circulairen wird sie regelmäßig in der Form ausgesprochen, daß gebeten wird, die Handschrift der Gesellschafter zu beachten, und daß jeder Gesellschafter dann die Firma unterzeichnet, z. B. „Unser A wird zeichnen A & B, unser B wird zeichnen A & B." Wenn überdies bald der eine bald der andere Gesellschafter die Firma braucht, und vertritt, so ist die gegenseitige Bevollmächtigung um so klarer. Vgl. besonders Elvers Themis Bd. 1. Heft 3. S. 526—528. und die Note 32 auf S. 529. 530.

Der Grundsatz ist auch in den Particularrechten anerkannt[7]. Daraus folgt: wenn sämmtlichen Gesellschaftern oder mehreren oder einem durch den Societätsvertrag das Recht, zu firmiren, abgesprochen oder beschränkt ist, so daß ein Dritter oder nur ein oder nur einzelne Compagnons als Institor, als der eigentliche Complementar, gelten soll, so muß dieses, als eine Abänderung der regelmäßigen, in dem Societätsverhältniß selbst liegenden, Bevollmächtigung dem Einzelnen oder dem Publicum gehörig gemeldet werden. Widrigenfalls haften dem Dritten[7a] sämmtliche Gesellschafter aus der Zeichnung des einen Gesellschafters; es ist aber dieser jenen zum Schadensersatz verpflichtet[8]. 4. Jeder Compagnon darf, wenn nicht der Societätsvertrag dagegen ist, auch für sich unter seinem eigenen Namen Handel treiben, auch mit den Handelsartikeln der Gesellschaft[8a]. Soweit er für sich un-

7) Nürnberger Reformation von 1564. Tit. 18. Gesetz 3.
Hamburger Statuten von 1603. Tit. 10. Art. 8.
Frankfurter Reformation v. 1611. Th. II. Tit. 23. Art. 9.
Lüneburger Reformation v. 1679. Tit. 23. (Pufendorf IV. S. 698.)
Churfürstlich sächsisches Rescript v. 1773 (vgl. den vorigen §. Note 3.)
Preußisches Landrecht. §. 623. 633—635.
Code de commerce. Art. 22. Rheinisches Hgb. Art. 22.
Badisches Handelsrecht. Art. 22.
Código de comercio. Art. 268. 304—307.
Codigo commercial. Art. 555. 611. 613. 619. 665.
Wetboek v. K. Art. 17. 29.

7a) Vorausgesetzt, daß dieser den Mangel der Vollmacht bei der Contractsabschließung nicht wußte. Dem wissenden Dritten haften sie nicht. Vgl. Morstadt H. R. §. 21. C. Note 71.

8) So auch Hamburger Fallitenordnung. Art. 64. No. 5.

8a) A. M. ist Treitschke Gewerbegesellschaft §. 28. 29.

ter eigenem Namen contrahirt, bindet er nur sich selbst, nicht die Firma[9]. 5. Verhältniß gesellschaftlicher und privater Schulden und Forderungen zu einander, und des Gesellschaftsvermögens zum Privatvermögen der Gesellschafter. Es sind zu unterscheiden Gesellschaftsschulden und Privatschulden, und Gesellschaftsforderungen und Privatforderungen der Gesellschafter. Gesellschaftsschulden und Gesellschaftsforderungen sind nach außen nur die unter Gebrauch der Firma contrahirten. a. Ein Gesellschafter ist berechtigt gegen seinen Privatgläubiger (welcher zugleich Societätsschuldner ist) zur Compensation mit der gegen diesen zustehenden Societätsforderung, aber nur pro rata seines Societätsantheils, denn weiter steht ihm diese Forderung nicht zu[10]. b. Ein Gesellschafter ist verpflichtet, von seinem Privatschuldner (welcher zugleich Societätsgläubiger ist) sich die Compensation mit der diesem zustehenden Gesellschaftsforderung gefallen zu lassen, und zwar zum vollen Betrag, weil soweit diese Forderung gegen ihn begründet ist. c. Concurs. Die einzelnen Personen, welche Gesellschafter sind, kann man, um sie sämmtlich und in dieser Eigenschaft zu bezeichnen, nennen die Gesellschaft; es giebt aber keine Gesellschaft in dem Sinn einer von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenen Person, und auch kein Gesellschaftsvermögen in dem Sinn eines von dem Vermögen des einen wie andern Gesellschafters getrennt zu denkenden Vermögens. Das s. g. Gesellschaftsvermö-

9) Nürnberger Reformation. Tit. 18. Gesetz 3. — Frankfurter W. O. von 1739. §. 7. — Hamburger Fallitenordnung. Art. 64. No. 4. — Baiersche W. O. v. 1785. §. 4. — Código de comercio. Art. 296. 297. — Casaregis II. disc. 78. No. 7—16. S. 146. 147.

10) Vgl. Morstadt H. R. S. 63. Nr. 4. besonders Note 69.

gen, mit welchem Ausdruck man allerdings die gemeinschaftlichen Sachenrechte und die Gesellschaftsforderungen, welche aber ipso jure getheilt sind, und die Gesellschaftsschulden (actives und passives Societätsvermögen) zusammen fassen kann, ist weiter nichts als Vermögen des einen und andern Gesellschafters, zu dessen Vermögen auch sein Gesellschaftsantheil gehört. Das gesammte Vermögen eines Gesellschafters haftet ohne Rücksicht auf seine Bestandtheile für die Societätsschulden nicht mehr und minder als für seine Privatschulden. Sein Antheil am Gesellschaftsvermögen bildet mit seinem übrigen Vermögen eine Masse, ein rechtlich gleichartiges Befriedigungsobject für seine Privatgläubiger wie für die Gesellschaftsgläubiger, so daß mithin weder ausschlieslich noch vorzugsweise berechtigt der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen und der Privatgläubiger auf das Privatvermögen ist. Gemeinrechtlich gilt kein Particularconcurs der Handelsgläubiger[11]. Daher ist die Sufficienz des Gesellschaftsvermögens so wenig ein Grund für, wie die Insufficienz ein Grund gegen die Annahme, daß die Gesellschaftsgläubiger zur vollständigen Befriedigung gelangen. Die Überschuldung eines Gesellschafters führt, wenn gleich dahin, daß seine Privatgläubiger, doch nicht nothwendig dahin, daß die Gesellschaftsgläubiger gar nicht oder unvollständig befriedigt werden. Dies tritt erst dann

11) Wie die Handelsgläubiger ins Privatvermögen übergreifen wollen und dürfen, so auch mit demselben Recht die Privatgläubiger ins Handelsvermögen. Vgl. oben §. 19 Note 8. und Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 91. (O. T. zu Stuttgard). Bd. 6. Nr. 302. S. 424. Note 1, wo auch Literatur. A. M. ist mit Unrecht Morstadt H. R. §. 20. Note 65. und Brinckmann H. R. §. 36. 48. 53.

ein, wenn sämmtliche Gesellschafter fallit geworden sind. 6. Ein Gesellschafter kann mit der Gesellschaft contrahiren, d. h. mit den übrigen Gesellschaftern[12], so daß er nicht nur aus dem Gesellschaftsvertrag, sondern auch aus anderweitigem Vertrag Forderungen und Schulden an die Societät, d. h. an die übrigen Gesellschafter, hat.

§. 39.

Aufhebung.

I. Die Aufhebung[1] der Gesellschaft kann in gänzlicher Auflösung der Gesellschaft bestehen, oder darin, daß die Gesellschaft die Personen ändert, indem entweder ein Gesellschafter wegfällt (durch Austritt[2], Ausschluß[2], Tod), oder ein neuer Gesellschafter eintritt, oder ein Gesellschafter wegfällt und ein neuer eintritt. In den drei letzten Fällen, von denen die beiden letzten nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter Statt finden können[3], ist die alte Gesellschaft aufgehoben und eine neue entstanden. Wenn im Übrigen die Verhältnisse der alten

12) Mit sich selbst kann Niemand contrahiren. Unrichtig setzt Morstadt H. R. S. 62.: Soweit der Gesellschafter dadurch (daß er mit der Gesellschaft contrahirt) mit sich selber contrahirt, tritt freilich Confusion ein.

1) Sehr ausführlich: Codigo commercial. Art. 693—747; und ungrischer XVIII. Gesetzartikel. §. 39—53. Über die Berechnung für die Auseinandersetzung vgl. die Schrift (von Cleynmann) Von Handelsgesellschaften, ihrer Auseinandersetzung u. s. w. Frankfurt a. M. 1825.

2) Über Austritt: L. 65. §. 3—8. L. 17. 18. D. pro socio (17. 2.) Brinckmann H. R. §. 46. — Über Ausschluß: Brinckmann H. R. §. 47.

3) L. 19. D. pro socio. (17. 2.)

Gesellschaft ganz oder theilweise bleiben, nennt man die neue Gesellschaft eine fortgesetzte Gesellschaft. Diese ist aber immer eine neue Gesellschaft [4], auch wenn, was gültig geschehen kann [5], gleich anfangs verabredet ist, daß im Fall des Wegfallens eines der Gesellschafter die übrigen die Gesellschaft fortsetzen wollen, auch wenn an die Stelle eines verstorbenen Gesellschafters dessen Erbe als nunmehriger Gesellschafter aufgenommen wird. Diese Aufnahme ist freier Wille der übrigen Gesellschafter, denn die Gesellschaft geht nicht auf die Erben über [6], auch nicht wenn dieser Übergang durch den Gesellschaftsvertrag bedungen ist, da eine solche Beredung nichtig ist [7]. Dies gilt auch in Betreff einer Handelsgesellschaft [8]. II. Die

---

4) L. 58. §. 3. D. pro socio. (17. 2.)

5) §. 5. I. de societate (3. 26.) L. 65. §. 9. D. pro socio. (17. 2.) Nach dem österreichischen Gsb. §. 1207. wird, wenn die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen besteht, beim Absterben der einen „von den übrigen Mitgliedern vermuthet, daß sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen."

6) L. 37. D. pro socio (17. 2.) L. 6. §. 6. D. de his qui notantur infamia (3. 2.) Vgl. Klein Annalen Bd. 1. S. 27—30.

7) L. 35. L. 59. pr. D. pro socio. (17. 2.) Nach dem österreichischen Gsb. §. 1208. gilt sie in Betreff der Erben, nicht aber der Erbeserben.

8) Glück Bd. 15. S. 471. 472. Gengler deutsches Privatrecht §. 110. Nr. 4. S. 491. 492. Anderer Ansicht Martens §. 24. Note b. Wernher observationes forenses. P. 1. obs. 167. S. 235—239. Brinckmann H. R. §. 50. Unbegreiflich! Als ob für eine Handelsgesellschaft die Individualität, die certa persona, nicht entscheidend sei. Wie bedeutend sie gerade hier ist, darüber vergl. z. B. Noback Handelswissenschaft §. 175. 176.

Bekanntmachung der Aufhebung der Gesellschaft oder der Veränderung derselben, für welche letztere der Gesichtspunct bedeutend wird, daß sie Aufhebung der alten und Errichtung einer neuen Gesellschaft in sich schließt, ist in den Particularrechten oft absolut vorgeschrieben, widrigenfalls in Betreff Dritter das alte Verhältniß als noch bestehend gilt [9]. Gemeinrechtlich kommt es, wiefern sie für erforderlich zu achten sei, auf die Umstände an, wie das Folgende zeigen wird. III. Ist die Gesellschaft aufgehoben, so haften die Gesellschafter wegen aller von der Gesellschaft contrahirten Schulden den Gläubigern fortwährend [10]. Es pflegt häufig bekannt gemacht zu werden, daß der eine der Gesellschafter, (oder die neue Gesellschaft), die sämmtlichen Activa und (oder) Passiva, oder daß er die Einziehung und (oder) Berichtigung aller Rechnungen übernehme [11]. Die Wirkung für die Schuldner und Gläubiger ist aus dem Gesichtspunct zu bestimmen, daß die Cession von Forderungen gültig ohne und wider Willen des Schuldners geschieht, daß aber einem Gläubiger wider Willen ein anderer Schuldner nicht aufgedrungen wer-

---

9) Frankfurter W. O. v. 1666. §. 6 und von 1739. §. 6. — Preußisches Landrecht §. 627. 628. 658—660. 672—678. 682. 683. — Code de commerce Art. 46. — Rheinisches Hgb. Art. 46. — Badisches H. R. Art. 46. Regolamento Art. 45. — Código de comercio. Art. 289. 292. 328. 331. 335. — Codigo commercial. Art. 602. 720. 721. — Wetboek v. K. Art. 30. 31.

10) Vgl. Hagemann practische Erörterungen. Bd. 6. S. 266—269.

11) Elvers Themis. Bd. 1. Heft 3. S. 517. 521. Fremery chap. XII. S. 67—71. Ungrischer XVIII. Gesetzartikel §. 42. 44.

den darf, ein solcher Wille des Gläubigers liegt weder in seinem Schweigen zu jener Bekanntmachung *, selbst nicht wenn die letztere erklärt, daß sie das Schweigen als Einwilligung nehmen werde [12]), noch allein darin, daß er sich mit dem angewiesenen Liquidator in Verhandlungen eingelassen hat [13]. IV. Bei der Fortsetzung der Gesellschaft, sei es nur oder theilweise durch neue Gesellschafter, haften 1. die alten Gesellschafter für die von der alten Gesellschaft contrahirten Schulden; und haften 2. die neuen Gesellschafter für die von der neuen Gesellschaft contrahirten Schulden. Es bleiben noch zwei Fragen: 3. Haften die alten Gesellschafter für die Schulden der neuen Gesellschaft [14]? Wenn die Veränderung der Gesellschaft auf eine Dritte verbindende Weise bekannt gemacht worden ist, dann haften sie nicht. Hieher gehört auch der Fall, wenn die Handlung unter einer neuen Firma fortgesetzt wird, so wie, wenn gleich bei ihrer Errichtung die Dauer derselben bestimmt, und sie nicht früher aufgehoben worden ist [15]. Wenn es an einer sol-

---

*) So auch O. T. zu Stuttgard. (Seuffert Archiv Bd. 7. Nr. 21.)

12) von Savigny System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. §. 132. S. 248. 249.

13) Denn der animus novandi muß ausdrücklich erklärt werden. Mit Unrecht behauptet einen abweichenden Handelsgebrauch: Nürmberger Sammlung nürnbergischer H. R. Gewohnheiten S. 11. 12.

14) L. 58. §. 2. 3. D. pro socio (17. 2).

15) Code de com. Art. 46. — Rheinisches Hgb. Art. 46. — Badisches H. R. Art. 46. — Código de comercio. Art. 292. 335. — Codigo commercial. Art. 602. — Wetboek v. K. Art. 31.

chen Bekanntmachung fehlt, so ist zu unterscheiden. Dem Gläubiger, welcher die Auflösung der Gesellschaft wußte, haften sie nicht[16]. Der Gläubiger, welcher die Auflösung nicht wußte, hat entweder mit einem solchen Gesellschafter oder Dritten contrahirt, den er für einen Institor der alten Gesellschaft anzusehen berechtigt war, dann haften ihm die alten Gesellschafter[17], nach den Grundsätzen, welche über die Aufhebung des Institorenverhältnisses gelten. Oder es liegt der entgegengesetzte Fall vor. Dann kann sein Anspruch gegen die alten Gesellschafter weder auf ein wirkliches noch auf ein vermeintliches Gesellschaftsverhältniß gegründet werden, sie haften ihm also nicht. Dies auch dann nicht, wenn ihre Namen in der Firma stehen, weil der Gläubiger daraus gemeinrechtlich nichts folgern durfte. Wo aber das Particularrecht vorschreibt, daß die Firma nur die Namen wirklicher Gesellschafter enthalten soll, da hat das Stehenlassen des Namens in der Firma die Haftung des Namenträgers, als sei er wirklicher Gesellschafter, zur Folge. 4. Haften die neuen Gesellschafter für die Schulden der alten Gesellschaft? Die Frage ist ge-

---

16) L. 1. §. 1. D. de A. E. V. (19. 1.) ... neque certiorari debuit, qui non ignoravit. Die hamburger Falliten-Ordnung Art. 65. ist strenger: nur dem annoncirten, nicht dem wissenden creditor präjudicirt die Aufhebung.

17) Frankfurter W. O. von 1666. §. 6. und von 1739. §. 6. — Hamburger Falliten O. von 1753. Art. 65. vgl. die hamburger Statuten von 1603. Tit. 10. Art. 8. — Augsburger W. O. von 1778. cap. 11. §. 3. — Baiersche W. O. von 1786. §. 4. — Preußisches Landrecht §. 658—660. 675. 676. — Wetboek v. K. Art. 30. 31.

meinrechtlich[18] zu verneinen[18b]. Denn wenn auch die neue Gesellschaft unter der alten Firma auftritt, so ist doch dadurch von den neuen Gesellschaftern nichts Anderes ausgesprochen, als daß sie von nun an durch den Gebrauch der Firma verpflichtet werden wollen. Anders ist es, wenn der neue Gesellschafter nach außen hin erklärt, daß er die alten Schulden übernehmen wolle[18c]. Die Ansicht, auf welche die Bejahung gestützt worden ist, daß der bloße Übergang der Firma eine Vermögenssuccession enthalte, welche die Firma für eine juristische Person erklärt, läßt sich weder auf das Wesen der Verhältnisse, noch auf allgemeine Rechtsgrundsätze, noch auf eine kaufmännische Rechtsüberzeugung zurückführen[19].

---

18) Singulair ist es, wenn nach der hamburger Falliten-Ordnung von 1753 Art. 64. Nr. 1—3. der neue Compagnon für die alten Schulden haftet, wenn er nicht drei Monate vor der Antretung der neuen Compagnie die Creditoren der alten Societät oder Handlung hiervon benachrichtigt, damit diese ihre Schulden einfordern können.

18b) So auch O. T. zu Stuttgard (Seuffert Archiv Bd. 6. Nr. 242. S. 344. 345.) Bluhme Encyclopädie §. 533 am Ende. Gengler deutsches Privatrecht §. 110. Nr. 6. S. 493. 494. Anderer Ansicht ist mit Unrecht O. A. G. zu Lübeck (Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 178. S. 235.) und Brinckmann H. R. §. 45.

18c) Eine solche Erklärung liegt noch nicht z. B. in der öffentlichen Erklärung des Z., daß „W. und Z. die Handlung für gemeinschaftliche Rechnung und Verbindlichkeit unter der bisherigen Firma führen und fortsetzen werden." So in dem Fall in Seufferts Archiv Bd. 2. Nr. 178. Darin liegt nicht mehr ausgesprochen, als daß Z. von nun an durch den Gebrauch der Firma wolle verpflichtet werden.

19) Diese Ansicht ist aufgestellt worden in der Schrift von Tabor Beitrag zur Erörterung der Verbindlichkeiten, welche

Dritte Abtheilung.

Die Commanditengesellschaft.

§. 40.

Begriff. Errichtung.

1. Die Commanditengesellschaft*. Die Gesellschafter treiben Handel, der eine haftet direct nach außen und mit seinem ganzen Vermögen, der andere theilt nach Maaßgabe eines eingeschossenen oder einzuschießenden Capitals Gewinn und Verlust der Handlung[1]. Dieser ist der Commanditist, jener der Complementar[2]. Der Complementar kann natürlich auch eine Col-

aus dem Eintritt in eine Handlungsfirma entstehen. Frankfurt 1826. und in Elvers Themis. Bd. 1. Heft 3. Nr. 3. S. 59—72. Sie ist widerlegt in Elvers Themis. Bd. 1. Heft 3. Nr. 18. S. 498—536., und in Gans Beiträgen zur Revision der preußischen Gesetzgebung. 1830. Bd. 1. Abtheilung 1. Nr. V. Im Resultat, fast auch in der Deduction kommt mit jener Ansicht überein ein Aufsatz in Elvers allgemeiner juristischer Zeitung, dritter Jahrgang 1830. S. 335—340. Vgl. auch Gelpcke Zeitschrift für H. R. Heft 2. Nr. I. S. 3—76. „Die Handelsgesellschaft als juristische Person."

*) Über das Handelswissenschaftliche vgl. auch Gelpcke Zeitschr. für H. R. Heft 3. S. 198—200.

1) Ob er auch nur bis zu diesem Capital, und ob er direct haftet, gehört nicht in die Definition.

2) Die Namen sind 1. Die Commanditengesellschaft. Die stille Gesellschaft. Die vertraute Gesellschaft. La société en commandite (Code de commerce). La società in accomandita (Regolamento). La compañía en comandita (Código de comercio). A sociedade em commandita (Codigo commercial). De venootschap bij wijze van geldschieting, anders compagnieschap *en commandite* genaamd. (Wetboek v. K.) 2. Der

lectivgesellschaft seyn[3], der Commanditist auch eine Actiengesellschaft seyn[3a]. 2. Errichtung. Über diese gilt das von der Errichtung der Collectivgesellschaft Gesagte. Die Particularrechte[4] fordern schriftlichen Contract und Bekanntmachung desselben; dabei muß denn insbesondere die Größe des Commanditenfonds angegeben werden[5].

---

bailleur de fonds heißt in unserer deutschen Rechtssprache: Commanditist (dieser Name von Büsch Darstellung Bd. 2. S. 272. vorgeschlagen, und vielfach adoptirt); stiller Gesellschafter (preuß. L. R.); vertrauter Gesellschafter (badisches H. R.); Commanditar (badisches H. R.). 3. Der andere Gesellschafter: Complementar; firmirender Gesellschafter; benannter Gesellschafter (badisches H. R.) Die Benennung Commanditair (Eichhorn §. 387.) ist zu verwerfen, weil commanditaire im Code de commerce, und Commanditar im badischen H. R. den Commanditisten bezeichnet.

3) Code de com. Art. 23. 24. — Rheinisches Hgb. Art. 23. 24. — Badisches H. R. Art. 24. — Codigo commercial. 556. 580. — Wetboek v. K. Art. 19.

3a) Code de com. Art. 38. — Código de comercio. Art. 275. — Dadurch wird weder an der Natur der Commanditengesellschaft, noch der Actiengesellschaft etwas geändert. Natürlich dürfen auch diese Actien, wie überhaupt Creditpapiere, auf den Inhaber lauten. Vgl. übrigens Fremery études de droit commercial. S. 58—65. Entwurf für Württemberg. Art. 236. und Motive S. 212. Mittermaier Aufl. 6. §. 558. Note 5. 6. 7. Brinckmann H. R. §. 54. S. 207—210.

4) Augsburger W. O. von 1778. Kap. 11. §. 2. — Baiersche W. O. von 1786. §. 4. — Russisches Manifest von 1807. Art. 5. (von Bunge §. 131. — Code de commerce. Art. 39. 42—44. — Rheinisches Hgb. Art. 39. 42—44. — Badisches H. R. Art. 39—45. Regolamento. Art. 41—43. — Código de comercio. Art. 284—292. — Codigo commercial. Art. 580. 585. 600. — Ungrischer XVIII. Gesetzartikel. §. 23.

5) Vielleicht hat die Commanditengesellschaft aus einem

§. 41.

Rechtsverhältniß.

1. Die Frage: ob der Commanditist socius, oder mandans, oder Gläubiger sei, ist in dieser Allge-

---

Institorenverhältniß sich heraus gebildet. Sehr deutlich ist dies von Casaregis gedacht. Er faßt die Accomandita, d. h. die societas per viam accomanditae, als eine Umwandlung der alten accommenda auf, und schildert die Sache so: Bei der accommenda hat der Institor, accommendatarius, Antheil am Gewinn der Handlung des Principals, des accommendator, bei der implicita erhält der Institor, implicitarius, eine Provision. Mehrere einzelne Principale können denselben Accommendatar oder Implicitar haben, wo dann eben so viele einzelne Accommenden oder Impliciten sind, sie können aber auch unter sich in einer Societät stehen, wo dann nur eine Accommenda oder Implicita ist. So wird dann häufig eine Societät per viam accommenditae eingegangen, indem mehrere Kaufleute sich zu einer wahren Gesellschaft vereinigen, und diesen gesellschaftlichen Handel durch einen in dem Gesellschaftscontract genannten Accommendatar verwalten lassen. Sodann heißt es in der additio zu No. 19.: die Accomandita oder societas per viam accommanditae, in Florenz sehr gewöhnlich, ist ein gemeinschaftlicher Handelsbetrieb zwischen den Accomandanten und dem Accomandatar, jene schießen Capitale ein, bei der Betreibung des Handels kommt nur der Name des Accomandatars vor, nur auf seinen Credit sehen die Dritten, er haftet ihnen in solidum, die Accomandanten haften nur bis zum Belauf ihres ausgesetzten Capitals. Casaregis I. disc. 29. S. 165—169. besonders No. 4. 6. 7. 19. 24—28. Nimmt man das in der additio Gesagte nicht als eine Verbesserung des Textes, sondern als eine Fortsetzung, so hätte dann also die Stellung des Accomandatars sich gänzlich umgekehrt, indem er nun nicht in fremdem Namen, sondern in eigenem auftritt, und daher nicht die Accomandanten, sondern er der eigentliche Herr der Handlung, und der eigentliche Berechtigte und Ver-

meinheit unfruchtbar, und kann nur mit Rücksicht auf bestimmte gefragte Wirkungen* beantwortet werden[1]. 2. Das Rechtsverhältniß ist folgendes[2]. Der Commanditist will und soll nach Maaßgabe eines dem Complementar eingeschossenen oder einzuschießenden Capitals (Commanditengeld) Gewinn und Verlust der Handlung theilen. a. Soweit das Commanditengeld eingeschossen ist, ist der Complementar Eigenthümer desselben, sein Vermögen, zu welchem der Handlungsfonds gehört, ist vermehrt[2a]. Der Commanditist hat nur eine persönliche

---

pflichtete ist; es wäre aus dem Complementar einer eigentlichen Handelsgesellschaft der Complementar einer Commanditengesellschaft geworden. Diese Umwandlung, dieser Übergang ist allerdings so einfach und leicht, daß man in ihr wohl die Entstehung der Commanditengesellschaft finden dürfte.

*) Ich sage nicht: nur für die Entscheidung des einzelnen Falles beantwortet werden. Dies gegen Gerber d. Pr. R. §. 197 Note 3., dessen „eigenthümlicher" und „wirklicher" Socius übrigens unverständlich ist.

1) Der Erörterung bei H. G. Kind responsum ad quaestiones circa societatem en commandite. Lipsiae 1823. (als Einladungsschrift zu Zschinsky de cambiis multiplicatis) S. 7—9, daß er der innern Seite nach socius sei, ist unbedenklich beizutreten, ungeachtet der Gegenvorstellungen von Frey in Elvers Themis II. No. 15. S. 382—384.

2) Der Satz der ersten Auflage: das Commanditengeld ist ein Sondervermögen des Commanditisten, — ist falsch. Was man Commanditengeld nennt, ist entweder unausgesondertes Vermögen des Commanditisten, oder Vermögen des Complementars.

2a) Das eingeschossene Capital des Commanditisten wird allerdings Alleineigenthum des Complementars. A. M. ist Morstadt H. R. §. 22. C. No. 6. mit starken Worten: „grundverkehrt", „absurd". Er übersieht aber, daß ein Gesellschafts-

Klage auf Erfüllung des Societätsvertrages, d. h. auf Restitution in genere des Commanditenfonds. Dieser, also das Object der Klage, kann durch Gewinn vermehrt, sowie durch Verlüste vermindert oder gänzlich consumirt seyn [3]. Nur des Complementars, nicht des Commanditisten Gläubiger sind aus dem Vermögen des Complementars, daher auch diesem von demselben rechtlich nicht unterscheidbaren Fonds zu befriedigen. Wird der Commanditist fallit, so haben seine Gläubiger nur soweit und die Rechte durch diesen Fonds, als und welche der Commanditist hat. Wird der Complementar fallit, so fehlt, wenn der Handlungsfonds zur Deckung der Handlungsschulden

---

vermögen, ein Gemeingut, welches er behauptet, und welches allerdings für den Commanditisten im Fall des Concurses des Complementars von der größten Bedeutung seyn würde, im Verlauf der Geschäfte, die ja alle im Namen des Complementars geschlossen werden, gar nicht ohne fortwährende und ganz unthunliche Traditionen und Cessionen an den Commanditisten würde herausgestellt werden können. Wenn der Commanditist nun beim Concurs des Complementars nicht besser wie ein anderer Gläubiger desselben daran ist, so mag er sich hierauf den Umstand anrechnen, daß der Credit, mit welchem gehandelt wird, lediglich auf dem gesammten Vermögen des Complementars basirt, und daß aus diesem Grunde nicht von dem einfachen Betrag des zusammengeschossenen Capitals, sondern von einem weit größern, vielleicht dem vierfachen, Gewinn abfällt, während für die Verlüste das gesammte Vermögen des Complementars und nur der beschränkte Betrag des Commanditengeldes einsteht.

3) Insofern kann man von dem Commanditengeld wie von dem peculium sagen: nascitur, crescit, decrescit, moritur. Dahingegen der Satz des Papirius Fronto, L. 40. D. de peculio. (15. 1.): peculium simile est homini, ist auf das Commanditengeld gänzlich unanwendbar.

nicht ausreicht, jegliche Societätsforderung des Commanditisten [4] [5]. Im andern Fall, daß er ausreicht, also der Concurs des Complementars durch dessen Privatschulden herbeigeführt ward, ist entweder theilweise oder gar gänzlich der Betrag des ursprünglichen Handlungsfonds oder gar überdies Gewinn vorhanden. In diesen Fällen hat der Commanditist eine Societätsforderung gegen den Complementar, zu deren Geltendmachung er auf die Anmeldung in dessen Concurs beschränkt ist. Er ist aber dann nicht berechtigt, sie für sich geltend zu machen, wenn die Commanditengesellschaft, gleich viel, ob seine Person und die Summe, oder nur seine Person oder nur die Summe, von ihm oder doch mit seinem Willen annoncirt worden ist [5a].

---

4) Mit dem vorstehenden Satz ist der Satz in §. 42. Text nach Note 10. ganz wohl vereinbar. Dies gegen Treitschke Gewerbegesellschaft §. 102. Note 1.

5) Der Commanditist steht also in diesem Fall der Insufficienz des Handlungsfonds, der Handlungsactiva, den man wohl „Concurs über die Gesellschaft" nennt, beim Concurs des Complementars nicht den Gläubigern desselben nach (so Mittermaier Aufl. 6. §. 556. Note 32), sondern ist dann gar nicht Gläubiger.

5a) Durch diese Annonce der Commanditengesellschaft hat der Commanditist den Handlungsgläubigern erklärt, um den Credit der Handlung zu erhöhen, daß das Commanditengeld zur Befriedigung der Handlungsgläubiger dienen solle. Den Sinn dieser Erklärung kann man darauf beschränken: es solle die Vermehrung des Handlungsfonds nur die Sufficienz des Handlungsfonds erhöhen, oder dahin erstrecken: sie solle auch bei ausreichendem Handlungsfonds für die Solvenz des Complementars einstehen, mithin den Handlungsgläubigern auch wegen der möglichen Privatschulden des Complementars größere Sicherheit geben. Das Letztere ist das Richtigere. Danach ist der Sinn der Annonce, daß die annoncirte Comman-

Den notificirten, bei allgemeiner Annonce allen Handlungsgläubigern ist er verpflichtet zur Cession dieser seiner Societätsforderung, der ganzen oder eines solchen Theiles, wie er zur vollständigen Befriedigung derselben ausreichend ist. Auf diese Cession haben die Handlungsgläubiger eine directe Klage gegen den Commanditisten, die Mandatsklage. b. Soweit das Commanditengeld noch nicht eingeschossen ist, hat der Complementar unter Einhaltung der Societätsbedingungen das Recht auf die Einlieferung, selbst wenn es nur Verlüste tragen wird. Es steht danach neben den Klagen anderer Gläubiger des Commanditisten auch die pro socio actio des Comple-

---

ditengesellschaft unbedingt zur Befriedigung der Handlungsgläubiger vermittelst des Commanditengeldes führen solle. Die Form, in welcher dieser Zweck erreicht, diese Zusage des Commanditisten erfüllt wird, kann kein anderer seyn, als daß der Commanditist seine Societätsforderung gegen den Complementar den Handlungsgläubigern cedirt. Auf diese Cession haben sie eine directe, eigene, Forderung gegen den Commanditisten, nämlich aus dem in der Annonce enthaltenen mandatum de credendo. (Vgl. unten §. 108.) Die cedirte Forderung ist wegen des Fallissements des Complementars freilich nicht zum Vollen einbringlich. — Günstiger sind die Handlungsgläubiger gestellt in Betreff des noch nicht eingeschossenen Commanditengeldes. Auf die Auszahlung desselben hat nicht die Gläubigerschaft des Complementars ein Recht, weil ein solches dem Complementar selber fehlt, da der Fall, in welchem es nach dem Societätsvertrag einzuschießen ist, nicht eingetreten ist. Es haben aber die Handlungsgläubiger auf die Zahlung an sie ein Recht, weil es ihnen für diesen Fall der Insolvenz des Complementars zugesagt ist. Die Klage ist auch hier die aus dem in der Annonce enthaltenen Creditauftrag sich ergebende Mandatsklage.

mentars. Wird der Complementar fallit, so besteht, wenn der Handlungsfonds zur Deckung der Handlungsschulden nicht ausreicht, die Societätsforderung des Complementars auf Nachschuß, welche nunmehr der Gesammtheit seiner (Handlungs- und Privat-)gläubiger zusteht, ohne daß die notificirten Handlungsgläubiger ein directes Recht gegen den Commanditisten haben. Im andern Fall, daß er ausreicht, wo dem Complementar eine Forderung auf Nachschuß fehlt, besteht für die notificirten Handlungsgläubiger eine directe Klage gegen den Commanditisten, die Mandatsklage[5b]. 3. Der Commanditist kann an der Betreibung der Handlung Theil nehmen. Der inneren Seite nach durch Mitberathung; soweit er zu dieser nicht berechtigt ist[5c], ergiebt er sich der Redlichkeit und Vernünftigkeit des Complementars. Dieser haftet ihm für dolus und culpa, für reinen casus nicht[6]. Der äußern Seite nach durch Führung der Geschäfte. Seine Haftungsverbindlichkeit, die er als Commanditist hat, wird dadurch nicht erweitert, doch haftet er natürlich, wenn er als Institor auftritt, in der Maaße eines Institor. Nach Particularrechten[7] ist aber dem

5b) Vgl. die vorige Note.

5c) Von einem Recht der Mitberathung will Gerber d. Pr. R. §. 197 Note 5 (auch Gengler d. Pr. R. §. 111 Note 30) nichts wissen. Denn Jedermann habe das Recht, einen Rath zu ertheilen. — Aber auch angehört zu werden? und zur Berathung aufgefordert zu werden? und widrigenfalls das Interesse liquidiren zu dürfen? z. B. weil dem Complementar nun nicht gesagt werden konnte, daß der Käufer der Waare insolvent sei.

6) H. G. Kind a. a. O.

7) Code de commerce. Art. 27. 28. — Rheinisches Hgb. Art. 27. 28. — Badisches H. R. Art. 27. 28. — Regola-

Commanditisten, wenn er nicht zum Vollen haften will, alle Theilnahme an der Führung der Geschäfte [8], und namentlich der Gebrauch der Handlungsfirma untersagt [9].

§. 42.
Rechtsverhältniß.
(Fortsetzung.)

4. Die regelmäßigen Verhältnisse vorausgesetzt haftet der Commanditist den Gläubigern nicht direct *, d. h. haben die Gläubiger nicht [1] ein directes Klagrecht gegen den

---

mento. Art. 26. 27. — Código de comercio. Art. 270. 272. — Codigo commercial. Art. 582. — Wetboek v. K. Art. 20. 21. — Anders das russische Recht (von Bunge §. 129. Nr. 1.) Vgl. auch noch Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. Abh. I. Note 6.

8) Da an und für sich kein Grund da ist, den Commanditisten von der Führung der Geschäfte auszuschließen, so darf diese Ausschließung nicht in die Definition der Commanditengesellschaft aufgenommen werden, wie es Eichhorn §. 387 thut.

9) Sehr weise. Vgl. Morstadt H. R. §. 22. C. Note 77. 78.

*) So auch O. A. G. zu Lübeck. (Hamburger Sammlung Band 1. Nr. 62. S. 609—626; unvollständig in Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 287. 288. S. 361—364—366.)

1) Das Klagerecht der Gläubiger gegen den Commanditisten weiset Cropp Gutachten über den Entwurf der frankfurter Wechselordnung S. 6. deshalb zurück, weil der Commanditist nicht als Mandant des Complementars anzusehen sei, da dieser von jenem gar nicht den Auftrag erhalten habe, bestimmte einzelne Handelsgeschäfte, oder auch nur ein bestimmtes genus derselben vorzunehmen, und weil die Absicht des Commanditisten gewiß nicht dahin gehe, den Dritten Rede stehen zu wollen. Allein es scheint der Grund weniger darauf, daß es an Auftrag überhaupt fehlt, als darauf, daß es

Commanditisten[2]. Dies auch dann nicht, wenn die

---

an Auftrag zu dieser Art des Contrahirens fehlt, gestellt werden zu müssen. Vgl. die folgende Note.

2) Denn das Regelmäßige ist, daß der Complementar nicht in des Commanditisten, sondern in seinem Namen contrahirt, und dadurch ist die directe Haftungspflicht des letzteren ausgeschlossen. Sehr bezeichnend sagt Casaregis I. disc. 29. No. 24. S. 168: bei dem Accomandatar sei das „jus formale" des Geschäftes, die Accomandanten hätten nur ein Interesse „per participationem pro rata capitalis inmissi", nicht aber „per proprietatem in jure formali ipsius negotii." Selbst dann, wenn er das Commanditenverhältniß dem Contrahenten gemeldet, oder öffentlich bekannt gemacht haben sollte, ohne auch im Namen des Commanditisten zu contrahiren, ist es nicht anders, denn die bloße Erwähnung des schuldnerischen Contrahenten, daß er einen socius habe, verbindet diesen dem Gläubiger nicht. L. 64. D. de contrahenda emptione. (18. 1). Die Anwendung dieser Regel kann hier um so weniger wegfallen, da die einfachste Erklärung jener Meldung oder Bekanntmachung die ist, daß der Credit der Handlung durch diese Annonce gehoben werden solle. Sollte der Complementar nun aber auch im Namen des Commanditisten contrahirt haben, so würde den letztern doch die Einrede schützen, daß er dem Complementar zu dieser Art des Contrahirens keinen Auftrag gegeben habe. Diese Einrede kann der Kläger nicht durch die Replik entkräften, daß er dieses nicht, sondern das Gegentheil voraussetzen durfte, denn die Absicht des Commanditisten geht regelmäßig nur darauf, mit seinem Commanditengeld interessirt zu seyn, offenbar will er persönlich mit den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft nichts zu schaffen haben, ihnen nicht Rede stehen; danach ist der innern Seite nach der Complementar auch gar nicht befugt, so zu contrahiren, daß der Commanditist direct zu haften hätte. Diese innere Seite präjudicirt aber dem Dritten, da sie ganz gewöhnlich und in der eigentlichen Meinung des Commanditenverhältnisses begründet ist. Der Gläubiger müßte sich also darauf berufen, daß

Firma den Namen desselben enthält, es möchte denn das Particularrecht den Namen des Commanditisten in der Firma nicht dulden[3]. Der einzelne Gläubiger bedarf daher der Cession der Klage, welche dem Complementar gegen den Commanditisten auf den noch rückständigen Commanditenfonds zusteht, und hat beim Concurs des Complementars nicht selbständig, sondern gemeinschaftlich mit sämmtlichen Concursgläubigern diese Klage des Complementars[3a]. 5. Die regelmäßigen Verhältnisse vorausgesetzt, haftet der Commanditist nur bis zum Belauf des von ihm eingeschossenen oder einzuschießenden Capitals[4].

---

im vorliegenden Fall der Complementar gegen die Regel im Namen des Commanditisten contrahiren durfte, oder daß er nach den besondern Umständen berechtigt war, dieses vorauszusetzen.

3) Als ein solcher Umstand (vgl. die vorige Note, an welche sich dies anschließt) ist der Umstand nicht anzusehen, daß der Name des Commanditisten in der Firma steht, denn nach dem über die Bildung der Firma Gesagten ist aus der Firma selbst nicht zu ersehen, wer durch sie, und wieweit er verpflichtet werden will, der Dritte, welcher sich hiernach nicht erkundigt, ergiebt sich dem wirklichen Societätsverhältniß. Wo das Particularrecht den Namen des Commanditisten in der Firma nicht duldet, ohne ihn zum Vollen zu verbinden, da haftet er auch direct, doch kann der Complementar diese Haftung durch die Anzeige abwenden, daß der in der Firma stehende X. nur Commanditist sei.

3a) Ein directes Klagerecht der Creditorschaft gegen den Commanditisten behauptet Morstadt H. R. §. 22. C. Nr. 9. und Note 86—88; aber die obigen Gründe (der Note 2 und 3) gänzlich ignorirend. Mit Unrecht wird mir a. a. O. Note 87. ein Widerspruch aufgebürdet.

4) Denn er hat sich nur für dieses Capital durch den Gesellschaftsvertrag dem Complementar verbindlich gemacht. Dieses präjudicirt aber den Gläubigern, weil diese regelmäßig nur

Die Particularrechte, den regelmäßigen Fall vor Augen habend, sprechen diesen Grundsatz schlechtweg aus[5]. Dieser Grundsatz leidet dann keinen Abbruch, wenn die Handlung insolvent wird, und das Commanditenverhältniß, nämlich die Person des Commanditisten und die Größe seines Einschusses nicht bekannt gemacht worden ist[6]; eben so wenig dann, wenn der Commanditist zwar als solcher, aber ohne die Größe seines Einschusses genannt ist[7].

---

aus der Person des Complementars den Commanditisten belangen können, also als Cessionare durch die Einreden, wie der Cedent, getroffen werden.

5) Privilegium K. Friedrichs III. für Nürnberg von 1464. (Gengler d. Pr. R. §. 111. S. 497. 498.)
Nürnberger Reformation von 1564. Titel XVIII. Gesetz 4.
Frankfurter Reformation von 1611. Art. 12.
Lüneburger Reformation von 1679. Titel 23.
Augsburger W. O. von 1778. Kap. 11. §. 2.
Baiersche W. O. von 1786. §. 4.
Preußisches Landrecht §. 652.
Russisches Manifest v. 1807. Art. 3. (v. Bunge §. 129.)
Code de Commerce. Art. 26.
Rheinisches Handelsgesetzbuch. Art. 26.
Badisches Handelsrecht. Art. 26.
Österreichisches Gesetzbuch. §. 1204.
Regolamento provvisorio. Art. 25.
Código de comercio. Art. 273.
Codigo commercial. Art. 556. 580. 581.
Wetboek van Koophandel. Art. 20.

6) So wollen es, nämlich Haftung mit dem ganzen Vermögen, Pöhls §. 98. Mittermaier 5te Aufl. §. 556. No. V. (anders 6te Aufl. §. 556. No. IV.). Allein warum sollen die Gläubiger, welche, die Commandite nicht kennend, nur dem Credit des Complementars trauten, deshalb weil sie mehr vorfinden, als sie voraussetzten, nun noch mehr verlangen dürfen?

7) Man sagt wohl: der Commanditist müsse dann mit sei-

Wegen dieser beschränkten und indirecten Haftung kann man sagen: der Commanditist ist nach außen hin nicht Gesellschafter, d. h. kein eigentlicher Gesellschafter[8]. 6. Der Commanditist haftet mit dem eingeschossenen oder einzuschießenden Commanditencapital. Mit dem auf dasselbe gefallenen Gewinn, welcher dem Gesellschaftsvertrag gemäß berechnet, und an ihn bereits ausgetheilt ist, haftet er nicht, er braucht ihn also nicht wieder zum Besten der Gläubiger einzuschießen[9]. Er braucht selbst nicht so viel

---

nem ganzen Vermögen haften, wenn er als Gesellschafter, aber ohne die Größe seines Einschusses genannt sei. So Büsch Darstellung II. S. 273. 274. Casaregis I. disc. 29. No. 27. S. 168. Allein wenn er als Commanditist genannt ist, so ist ja eben durch diese Qualität seine beschränkte Haftung ausgesprochen, und der Dritte hat es sich selbst zuzuschreiben, daß er sich, interessirte es ihn, nach der Größe der Commanditengelder nicht erkundigte. (Morstadts — H. R. §. 22 C. Note 76 — Einwand hiergegen: es sei unehrlich, nicht unbefragt genauer zu belehren, ist unrichtig, weil hier das gänzliche Schweigen, über das Daseyn der Commanditengesellschaft, nicht benachtheiligt, mithin auch nicht die unvollständige Mittheilung. Die Berufung auf die Gewähr für geheime Mängel einer Sache ist unzutreffend.) Freilich in dem ungewöhnlichen Fall, daß er mit seinem Willen schlechtweg als Gesellschafter genannt, und mit auf seinen Namen das Geschäft geschlossen ist, haftet er mit seinem ganzen Vermögen (und auch direct), weil er hier nach außen hin, das innere Verhältniß entstellend, als eigentlichen Gesellschafter sich hat verpflichten lassen.

8) Daher sagen die ältern Juristen: er sei particeps, aber nicht socius, denn er hafte nur ad ratam capitalis, und könne direct weder klagen noch belangt werden. Casaregis I. disc. 39. No. 30—33. S. 250. Daher nennt der Codigo commercial ihn comparte im Gegensatz des socio (Art. 556. 582.).

9) Ob der Commanditist mit dem ausgezahlt erhaltenen Gewinn hafte? ist sehr bestritten. 1. Für die Bejahung:

von dem Gewinn zurückzugeben, daß das seit der letzten

Savary pareres. No. 21. Pöhls S. 222. Eichhorn Aufl. 5. und ausführlicher Aufl. 6. §. 387. Mittermaier Aufl. 4. §. 502. vgl. Aufl. 5. §. 556. No. VIII. Persil des sociétés commerciales. S. 103—110. Treitschke Gewerbegesellschaft §. 49. und §. 102. S. 265. 266. — 2. Für die Verneinung: Büsch Darstellung II. S. 277. Bender S. 320. 321. Frey in Elvers Themis. II. No. 15. hier ist die Frage am weitläuftigsten besprochen, die eigene Meinung S. 385. 389—393. Fremery chap. VIII S. 51—54. Mittermaier Aufl. 6. §. 556. No. VIII. Morstadt H. R. §. 22 C. Nr. 7. und Note 84. S. 70. 71. Pardessus cours. IV. S. 125. 126. entscheidet sich über die „delicate" Frage nicht. — 3. Gründe, wie diese, für die Verneinung: der Commanditist hafte nur mit dem Capital, oder: der ausgetheilte Gewinn gehe in das Privatvermögen des Commanditisten über, welches für die Societätsschulden nicht hafte, oder: der Commanditist wolle nicht bloß für seine Erben gewinnen, und wirklich lucriren, Entgeltung, nicht eine Scheindividende haben, oder: die Bejahung habe nicht eine festbegründete Ansicht für sich, sind eben so wenig beruhigend, als wenn man für die Bejahung sagt: lucrum non intelligitur nisi deducto aere alieno, oder: das Commanditencapital mit dem Gewinn bilde ein Ganzes und zusammen das Societätsvermögen, was aus der für unsere Frage zu allgemeinen L. 27. D. pro socio (17. 2.) nicht entnommen werden kann, oder: es gebe keinen andern Zeitabschnitt als selbstständigen Berechnungstermin, als die Aufhebung der Gesellschaft, und alle frühere Austheilung des Gewinnes könne danach nur als provisorisch gelten. — 4. Das Richtige scheint die Verneinung zu seyn, also keine Pflicht, wieder einzuschießen. (So auch Wetboek v. K. Art. 20. Vgl. auch Codigo commercial. Art. 564.) Es dreht sich Alles zuletzt um die Frage: ob die von dem Complementar und dem Commanditisten auf bestimmte Termine gesetzte Abrechnung und Auszahlung, z. B. jährlich soll abgerechnet und ausbezahlt werden, von den Gläubigern des Complementars angefochten wer-

Liquidation durch Unglücksfälle geschmälerte Commanditengeld ergänzt würde[10. 10a]. Auf den societätsmäßig berech-

---

den kann. Es ist diese Liquidation die Bedingung, unter welcher der Commanditist sein Capital in die Handlung gegeben hat, und welche, soll es darin bleiben, der Complementar einhalten muß. Die Gläubiger des letzteren haben nun aber kein Recht darauf, daß der Complementar solchen Bedingungen sich nicht unterwerfe, — jeder Gläubiger muß es sich gefallen lassen, und setzt sich dem aus, daß sein Schuldner sich andere Gläubiger quovis titulo constituire, und diese vor ihm befriedige. Auch können die Gläubiger nicht geltend machen, daß sie wider Treu und Glauben getäuscht seien, denn, war ihnen das Commanditenverhältniß gar nicht bekannt, so erhalten sie, die nur dem Credit des Complementars trauten, schon durch die Haftung des Commanditen*capitals* mehr, als sie voraussetzten; war ihnen das Commanditenverhältniß bekannt, zufällig oder gemeldet, aber ohne die bedungenen Liquidationstermine, so müssen sie es sich selbst zuschreiben, daß sie nach den letzteren sich nicht erkundigten. Was Gerber d. Pr. R. §. 197 Note 8 hier noch in letzter Instanz beigefügt haben will, ist nichts Anderes, als eine Umschreibung der Frage, (nicht ein Grund für die Verneinung,) welche ja eben die ist, ob der Commanditist die ihm ausgezahlte in sein Vermögen übergegangene Dividende zu erstatten, also soweit mit seinem sogenannten Privatvermögen für die Schulden zu haften habe.

10) Diese Schmälerung geht auf Gefahr der Gläubiger, selbst wenn sie dadurch entstand, daß der Schuldner außer den jetzt auftretenden Gläubigern noch andere erwarb, und daß er diese früher befriedigte, als jene. Das muß jeder Gläubiger sich gefallen lassen.

10a) Er ist auch nicht verpflichtet, die eingetretene Schmälerung, wie sie sich beim periodischen Rechnungsabschluß gezeigt, den künftigen Creditoren oder allgemein zu veröffentlichen, und widrigenfalls für den früheren Totalbetrag zu haften. Auch dann ist er nicht dazu verpflichtet, wenn er sich als

neten, aber ihm noch nicht ausbezahlten, Gewinn hat er eine Forderung gegen den Complementar, auch diese braucht er nicht zum Besten der Gläubiger herzugeben, er behält sie rechtlich so ungeschmälert wie den ausbezahlten Gewinn, leidet aber factisch durch die Concurrenz der andern Gläubiger, er steht hier wie ein Gläubiger des Complementars neben dessen andern Gläubigern. Dabei ist richtige Berechnung vorausgesetzt[11]. Soweit der Gewinn durch unrichtige Berechnung höher, als er wirklich war, angeschlagen, und also zu viel bezahlt ist, ist der Commanditist dem Complementar zur Rückerstattung dieses indebiti verpflichtet.

§. 43.
Aufhebung.

Die Aufhebung der Commanditengesellschaft kann

Commanditist notificirt hat, wie dies Morstadt H. R. §. 22 C. Nr. 8. meint, gleich viel ob ohne oder selbst mit Angabe der Größe seines Einschusses. Nach Morstadt würde der Commanditist verpflichtet, mithin dem Complementar gegenüber berechtigt seyn, den ungünstigen Rechnungsabschluß zu verlautbaren, ungeachtet dadurch der Credit der Handlung untergraben wird und ungeachtet die beste Aussicht auf einen folgenden günstigeren Rechnungsabschluß vorhanden seyn und das nicht in der Handlung steckende Vermögen des Complementars das Deficit vielfach decken mag. Ein solcher widersinniger Satz müßte gesetzlich ausgesprochen seyn. Es ist daher nicht auffallend, daß Morstadt „seinen Satz bei keinem Schriftsteller explicite ausgesprochen findet." Seine drei Franzosen haben ihn auch nicht implicite.

11) Es muß z. B. das aes alienum gehörig berechnet, und von dem activen Vermögen in Abzug gebracht, ausstehende Forderungen dürfen nicht voreilig als bezahlt, schwebende Processe nicht als gewonnen, Hoffnungen nicht als realisirt angenommen werden.

gänzlich oder theilweise geschehen; sie kann geschehen durch Herausnahme des ganzen Commanditenfonds, oder eines Theiles desselben, so wie durch die Beredung, daß der Commanditist von der Verbindlichkeit, den noch ganz oder theilweise rückständigen Fonds einzuliefern, liberirt seyn solle. Über die Bekanntmachung der Aufhebung gilt nach den Particularrechten das über die Aufhebung der Collectivgesellschaft Gesagte[1]. 1. Das gänzliche so wie das theilweise Aufheben ist statthaft, insofern es nicht zum Nachtheil solcher vorherigen Gläubiger geschieht, welche das Daseyn der Commandite kennend, oder rechtmäßig voraussetzend contrahirten[2]. Daher muß, wenn der Commanditist für die Zukunft sicher seyn will, die gänzliche oder theilweise Aufhebung gehörig bekannt gemacht werden. Durch die Bekanntmachung der letzteren wird die Errichtung einer neuen Commandite mit kleinerem Fonds annoncirt. 2. Das rechtswidrige Herausnehmen hat die Wirkung[3], daß der Commanditist das rechtswidrig Herausgenommene wieder einliefern muß[4]; die rechtswidrige Beredung der Liberation, daß diese hinsichtlich der Gläubi-

1) Die Particularrechte erwähnen der Aufhebung dieser Gesellschaft nicht besonders, sondern handeln allgemein von der Aufhebung, der gänzlichen und theilweisen, der Handelsgesellschaften.

2) Anders: Casaregis I. disc. 29. No. 39. S. 169. Vgl. den ungrischen XVIII. Gesetzartikel §. 27. 35.

3) Es ist eben so als wenn der Gewalthaber das peculium einziehen wollte. L. 21. pr. D. de peculio (15. 1.).

4) Nicht aber wird er dann, wie Büsch II. S. 277 meint, Compagnon, der jetzt so gleichsam zur Strafe, weil er als Veranlasser des Bankerotts erscheine, mit seinem ganzen Vermögen haftet. Mit dem letzteren kommt er aber natürlich für den Ersatz des herausgenommenen Fonds auf.

ger des Complementars effectlos ist[5]. 3. Wenn der Commanditist durch einen neuen Einschuß oder eine neue Beredung den Commanditenfonds vergrößert, so ist das nicht sowohl Aufheben der alten Commandite und Errichten einer neuen mit einem größeren Capital an ihrer Statt, sondern Errichten einer zweiten Commandite neben der ersten. Dies ergeben die Grundsätze der Novation. Danach bestimmt sich die Nothwendigkeit und der Inhalt der Bekanntmachung. Mit der Vergrößerung des Commanditenfonds ist eine Zahlung aus andern Rechtstiteln, wie namentlich zu verzinslichem Darlehen, nicht zu verwechseln[6].

Vierte Abtheilung.

Die Actiengesellschaft.

§. 44.

Begriff. Errichtung.

Actiengesellschaft[1]. 1. Begriff. Die Gesellschafter treiben Handel, jeder ist nach Maaßgabe eines

5) L. 17. pr. D. quae in fraudem creditorum (42. 8.)

6) Pardessus cours. IV. No. 1036. S. 126. 127.

1) Literatur. Kritz über das Wesen eines Actienvereines in dessen Sammlung von Rechtsfällen Bd. 3. 1841. Nr. XIV. S. 311—353. Treitschke einige Fragen Actiengesellschaften betreffend, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 5. Nr. XI. S. 324—353. M. Pöhls das Recht der Actiengesellschaften. Hamburg 1841. Brackenhoeft in Weiskes Rechtslexikon. Bd. 5. 1843. S. 83—95. F. A. Marbach ein Wort über den Rechtscharakter der Actiengesellschaft. Leipzig 1844. Diese Schrift kann hier nicht widerlegt werden. J. Jolly das Recht der Actiengesellschaften (in der

bestimmten Beitrages Theilnehmer am Gewinn, und nach Maaßgabe und bis zum Belauf eben dieses Beitrages Theilnehmer am Verlust der Handlung[2]. Die Actiengesellschaft ist hier als eine Handelsgesellschaft genommen, sie ist aber nicht nothwendig eine solche. Die Actiengesellschaft ist eine Gesellschaft[3], und zwar die römische societas, aber diese modificirt[4], nicht eine juristische Per-

---

Zeitschrift f. d. R. u. d. R. W. Bd. 11. 1847. Nr. X. S. 317—449.).

Quellen. Code de commerce. Art. 29—46. — Rheinisches Hgb. Art. 29—46. — Badisches H. R. Art. 29—46. — Regolamento. Art. 28—36. 39. 44. — Código de comercio. Art. 276—295. — Codigo commercial. Art. 538—546. — Wetboek v. K. Art. 36—56. — Ungrischer XVIII. Gesetzartikel. §. 34—57. — Die Statuten der Actiengesellschaften.

Einleitungen zur Errichtung (Plan, Project, Prospect). Vgl. Hamburger Sammlung. Bd. 1. Nr. 75. S. 748—764. Nr. 96. S. 963—991. Brinckmann H. R. §. 61. 62.

2) Es ist gleichgültig, ob die Beiträge und danach die Antheile in der Einheit von gleicher Größe, oder von verschiedener Größe sind, es enthält der letztere Umstand keinen Grund gegen die Benennung Actie. Daher ist es überflüssig, danach die Actiengesellschaft der ungenannten Gesellschaft entgegenzusetzen, und beide unter dem Namen unbenannte Gesellschaft zusammenzufassen (Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen deutschen Rechts. Bonn 1834. §. 349). Statt dieser drei Namen genügt der eine. Mittermaier unterscheidet unbenannte Gesellschaft und Actiengesellschaft, aber es ist in den beiden Definitionen der §§. 503. 504. der vierten Auflage kein Gegensatz, in der fünften Auflage §. 557. 558. ist die Bezeichnung des Characteristischen der Actiengesellschaft ganz weggelassen, in der sechsten die Unterscheidung gänzlich verworfen.

3) Was nicht eine Gesellschaft ist, kann natürlich nicht eine Actiengesellschaft seyn.

4) Es giebt mehrere deutschrechtliche Abweichungen von den

son[5]. Ihr werden oft Rechte der juristischen Person durch eine Concession beigelegt[6]. Sie läßt sich denken in großen[7] und kleinen Verhältnissen, mit großem und mit kleinem Fonds. Der zur Realisirung des Gesellschaftszweckes nöthig erachtete Fonds wird, auf seinen Geldwerth angeschlagen, imaginär in bestimmte Theile zerlegt. Diese Theile sind meistens gleich groß, und drücken eine runde Summe aus. Über jeden derselben wird eine Urkunde ausgefertigt, welche die Theilnahme an der Gesellschaft für diesen Theil ausspricht. Der Antheil, so wie auch die Urkunde, heißt Actie, der zufolge der letzteren berechtigte Gesellschafter Actionär, die Gesellschaft Actien-

römischen Rechtssätzen über die societas. In diesem Sinn einer deutschrechtlich modificirten societas giebt es eine Genossenschaft, welche keine Nebelgestalt ist; in diesem Sinn ist die Actiengesellschaft eine Genossenschaft.

5) Es ist kein Bedürfniß vorhanden und unnatürlich, die künstliche juristische Person der Actiengesellschaft zu substituiren. Auch eine Actiengesellschaft mit ausgeschlossener Theilungsklage ist nicht eine juristische Person.

6) Dies ist bedeutungslos. Vgl. Treitschke a. a. O. S. 335—340., der es aber in einer Beziehung bedeutend hält. Allein daß „der Actienverein durch seine statutenmäßig erwählten Vorsteher ohne Vollmachten der einzelnen Actionäre gültig vertreten wird", ergiebt sich ohnehin.

7) Zu den Actiengesellschaften gehören die großen Handelsgesellschaften, die öffentlichen Handelscompagnien, mit großen Vorrechten versehen, um die Entstehung und das Gedeihen des Handels nach bestimmten geographischen Richtungen hin zu befördern. Vgl. Rau Volkswirthschaftspolitik. §. 234—237. Büsch Darstellung I. S. 234—254. Martens Grundriß §. 26. 27. Rau in der allgemeinen Encyclopädie s. v. Handel S. 118—120. von Bunge §. 133. Roscher Grundriß §. 37. Nr. 3. S. 78. 79. Noback H. W. §. 186. S. 340—350.

gesellschaft[8]. Die Urkunde bezeugt die Theilnahme an der Gesellschaft, und enthält meistens zugleich eine Quitung für den ganz oder theilweise eingelieferten Beitrag. Sie lautet auf Namen oder auf Inhaber, auch werden die Actien auf Inhaber wohl, will es der Inhaber, auf seinen Namen geschrieben. 2. Errichtung[9]. Gemeinrechtlich ist formlose Errichtung statthaft. Die Particularrechte verlangen aber Bekanntmachung. Die Art und der Inhalt derselben ist im Ganzen wie bei der eigentlichen Handelsgesellschaft, doch ist insbesondere die Größe des Gesammtfonds und die Genehmigung der Regierung zu der Errichtung mit anzuzeigen. Diese Genehmigung (Octroi) ist in den Particularrechten meistens verlangt, ohne solche Bestimmung aber nicht erforderlich[10]; danach sind die Actiengesellschaften öffentliche (octroirte) oder Privatgesellschaften.

§. 45.
Verwaltung.

Die Gesellschafter disponiren über die Art und Weise, wie der Gesellschaftszweck erreicht werden soll, also über

8) Andere Benennungen. Die namenlose Gesellschaft. Die unbekannte Gesellschaft (badisches H. R.) La société anonyme. (Code de com.) La società anonima. (Regolamento). La conpañia anónima. (Código de comercio.) A companhia. (Codigo commercial.) De naamlooze vennootschap. (Wetboek v. K.)

9) Code de com. Art. 37. 39—45. — Rheinisches Hgb. Art. 37. 39—45. — Badisches H. R. Art. 37. 39—45. — Código de comercio. Art. 284—295. — Codigo commercial. Art. 539—541. 546. — Wetboek v. K. Art. 36—39.

10) A. M. ist Morstadt H. R. S. 81. 82. mit blendenden nicht ausreichenden Gründen.

die ganze Betreibung des Geschäftes von der allgemeinsten Beschlußnahme bis zu der speciellsten Ausführung, unmittelbar oder mittelbar, und im letzteren Fall durch mehr oder weniger Mittelspersonen. 1. Am unmittelbarsten geschieht es in einer Generalversammlung sämmtlicher Actionärs. In dieser entscheidet meistens die Stimmenmehrheit*, und der Beschluß der Anwesenden bindet die Abwesenden. Die Stimmen werden entweder nach den Personen gezählt, so daß der Besitz mehrerer Actien nicht den persönlichen Einfluß, sondern nur das Geldinteresse vermehrt, oder nach den Actien. Es giebt dann aber nicht immer eine Actie eine Stimme, noch hat durchweg ein Actionär so viel Stimmen als er Actien hat, sondern es giebt oft nur der Besitz einer bestimmten Anzahl von Actien überhaupt ein Stimmrecht, und oft vermehren sich die Stimmen nur mit einer bestimmten Anzahl von Actien, und oft ist ein Maximum der Stimmen einer Person festgesetzt. Die Generalversammlung wählt diejenigen Personen aus, welchen sie im Übrigen die Verwaltung (Betreibung) des Geschäftes übertragen will. Sie kommt zu bestimmten regelmäßig wiederkehrenden Zeiten zusammen, und hat außerdem außerordentliche Sitzungen, sie wird berufen von ihren Verwaltern durch die Zeitungen, durch Circulaire, durch Einladungszettel. 2. Die Verwalter müssen nach den Statuten in der Regel Actionärs seyn. Ihnen wird ein bestimmtes Geschäftsgebiet angewiesen, der Verwalter ist entweder ein Einzelner oder Mehrere zusammen, also ein Ausschuß der Actionärs. Es sind oft

*) Über die Bedeutung der Clausel: Stimmenmehrheit entscheidet über die Vermehrung des Gesellschaftscapitals, vgl. Treitschke a. a. O. S. 340—346.

für verschiedene Geschäftsgebiete verschiedene Verwalter selbständig neben einander (mehrere Contors, Büreaus, Etablissements); es sind für dasselbe Geschäftsgebiet verschiedene Verwalter unter einander, also mit untergeordneten Geschäftsgebieten. Der Übergeordnete, so wie der Untergeordnete ist ein Einzelner oder ein Ausschuß. Die Namen sind sehr verschieden: ein Directorialrath unter einem Präsidenten steht über der Direction, die einen Director und einen Subdirector hat, und unter der Botmäßigkeit der Direction stehen Agenten, Bevollmächtigte, Complementare, welche Buchführer, Correspondenten, Cassirer, unter sich haben. Über allen diesen Personen steht die Generalversammlung. Der Abstufungen sind mehr oder weniger je nach der Ausdehnung des Geschäftes, der übergeordnete Verwalter wählt in der Regel den untergeordneten, oft ist die Wählbarkeit für die eine oder andere Charge durch den Besitz einer Mehrzahl von Actien bedingt. 3. Juristisch diese Verhältnisse aufgefaßt, so steht unter der Generalversammlung, als der Principalschaft, unmittelbar ein oder mehrere Institoren, und unter derselben mittelbar und unmittelbar unter diesen wieder ein oder mehrere Institoren, und so weiter fort, wobei denn die Procura einem Einzelnen allein, oder nur in der Gesammtheit mit mehreren ertheilt ist. Es sind dies lauter dem römischen Recht bekannte und daher auch noch jetzt unterworfene Verhältnisse: institor institoris, — plures institores divisis officiis, — non divisis officiis, — ne alter sine altero quid gerat. — 4. Die sämmtlichen Verwalter contrahiren unter der Firma der Gesellschaft. Die[1] Firma, der Name, unter welchem die Gesellschaft

1) Das Folgende, schon oben §. 36 bemerkt, wird hier des Zusammenhangs wegen wiederholt.

auftritt, enthält nie die Namen der Gesellschafter, und ist in der Regel von dem Gegenstand des Geschäftes, oder von geographischen Beziehungen desselben hergenommen[2].

§. 46.

Rechtsverhältniß.

1. Dem Dritten haftet derjenige Verwalter[1], welcher mit ihm unter der Firma der Gesellschaft contrahirt hat, in der Maaße eines Institor[2]. Er ist aber allein der rechte Beklagte, die einzelnen Actionäre haften den Gläubigern direct gar nicht[3]. Der Verwalter verweiset aber die Execution an den Gesellschaftsfonds[3a], und nur durch Klagencession an die einzelnen Actionäre, welche mit ihrem Beitrag ganz oder theilweise rückständig sind. 2.

---

2) So sagt es auch der Code de commerce. Art. 29. 30. Wetboek v. K. Art. 36. Es findet sich aber als Firma einer Actiengesellschaft auch ein Personenname mit et Compagnie; gemeinrechtlich unbedenklich statthaft. Unrichtig Brinckmann H. R. §. 59. Note 12.

1) Wer hat bei Actiengesellschaften einen deferirten Eid zu leisten? Klein merkwürdige Rechtssprüche. Bd. 2. 1797. No. 4. und Archiv für das Handelsrecht. Bd. 2. S. 488. 489.

2) Die Gesellschaftsstatuten schreiben oft vor, daß den Dritten kein Verwalter (nicht der Bevollmächtigte, nicht die Direction), sondern nur die Gesellschaft haftet. So auch Gesetze. Code de com. Art. 32.

3) Sie werden, da unter einer namenlosen Firma contrahirt wird, bei dem Contrahiren nicht genannt, und gerade deshalb nicht genannt, weil sie persönlich den Gläubigern nicht haften wollen. Vgl. Treitschke a. a. O. S. 346—353.

3a) Die Wechsel der Actiengesellschaft begründen keinen Wechselarrest, weil die Erfüllung ihrer Verpflichtungen nur aus dem Gesellschaftsvermögen versprochen wird. Allgemeine deutsche W. O. Art. 2.

Der von dem Actionär gemachte Einschuß, — der volle, die Actie, oder der theilweise, die Mise, — wird zeitweise, in der Regel jährlich, aus dem Gesellschaftsfonds verzinset, über das Recht, diese Zinsen zu erheben, werden besondere Zinscoupons ausgestellt. Die Mise darf oft erst zuletzt angegriffen werden, wenn der Rückstand eingeschossen und verzehrt ist. Sie wird dann in der Regel sicher belegt. Auch wird zu bestimmten Zeiten die Bilanz gezogen und Rechnung abgelegt, und der sich herausstellende Gewinn (die Dividende, die Extradividende, bei diesem Ausdruck wird der Zinsbetrag als die Dividende gedacht, der bonus) unter die Actionärs vertheilt, oder diesen, um sie erheben zu können, Scheine, (Hebungsscheine, Empfangsscheine), zugestellt, diese werden auch zuweilen schon im Voraus für mehrere Liquidationszeiten ausgegeben. 3. Jeder Actionär haftet nur bis zum Belauf seiner Actie [4]. Soweit er diesen dem Gesellschaftsfonds eingeliefert, ist er von aller Haftung frei, soweit dieses noch nicht geschehen, muß er für die Schulden der Gesellschaft seinen rückständigen Einschuß machen, beim Concurs der Gesellschaft an deren curator massae [5]. 4. Der Actionär haftet nicht mit der auf seine Actie gefallenen ihm verfassungsmäßig ausgezahlten Dividende [6]. Er

---

4) Code de commerce. Art. 33. — Rheinisches Hgb. Art. 33. — Codigo commercial. Art. 543. — Wetboek v. Art. 40.

5) Rechtsfälle I. S. 16—21.

6) Für das Ja und das Nein der Frage macht man wohl geltend die für und gegen die Pflicht des Commanditisten, mit dem ausgezahlt erhaltenen Gewinn zu haften, aufgeführten und für unzureichend erklärten Gründe. So z. B. für die Haftungspflicht des Actionärs Büsch Darstellung II. S.

braucht also nicht diese einzuliefern, wenn der Fonds unzureichend ist, um die Gläubiger zu befriedigen. Er braucht auch selbst nicht soviel von der Dividende [7] zurückzugeben, daß das seit der letzten Liquidation durch Unglücksfälle geschmälerte Capital ergänzt würde [8]. Der noch nicht vertheilte Gewinn kommt freilich den Gläubigern zu Gute, und natürlich dann auch der schon vertheilte, wenn die Actionäre sich zur Zurückgabe der Dividende verbindlich erklärt haben.

§. 47.

Aufhebung der Actiengesellschaft.

1. Es gilt über die Publication der Aufhebung das über die Aufhebung der Collectivgesellschaft Gesagte. Die Particularrechte erwähnen der Aufhebung dieser Gesellschaft nicht besonders, sondern handeln allgemein von der Aufhebung, gänzlichen oder theilweisen, der Handelsgesellschaften. 2. Der einzelne Actionär kann die Gesellschaft nicht aufheben, er kann aber insofern aus derselben heraustreten, als die Veräußerung der Actie statthaftig ist. Stirbt ein Actionär, so geht die Actie auf seine Er-

---

332. Pöhls I. S. 225. 226. Für das Nein entscheidet aber der Grund: die Actionäre wollen, wenn nichts Anderes ausgemacht ist, nur mit dem Capital der Actie, nicht auch mit der verfassungsmäßig ausgetheilt erhaltenen Dividende einstehen, dieser Wille entscheidet aber gegen die Gläubiger, weil diese, wird unter einer namenlosen Firma contrahirt, wenn sie sich nicht erkundigen, dem wirklichen innern Verhältniß sich ergeben, wenn sie sich erkundigen, die Summe des Actiencapitals und nur diese genannt erhalten.

7) Soweit nicht reiner Gewinn, sondern auch Capital vertheilt ist, muß zurückgegeben werden.

8) Vgl. oben §. 42. Note 10.

ben über, die Statuten der Actiengesellschaft haben für das Genauere verschiedene Bestimmungen. Verzug in der Zahlung des Rückstandes hat zur Folge, daß die Actie verloren geht, oder öffentlich für Rechnung des Säumigen verkauft wird. 3. Darf der Actionär seine Actie an einen Andern abtreten? Nach allgemeinen Grundsätzen darf er die reinen Vermögensrechte, welche die Actie ihm giebt, ohne und wider Willen der Gesellschaft cediren, seinen Verbindlichkeiten[1] darf er sich ohne Zustimmung der Gesellschaft nicht entziehen, auch nicht durch Substitution eines noch so solvabeln Mannes[2]; soweit die Abtretung der Actie darauf hinauskommen soll, daß der Gesellschaft ein neuer Gesellschafter mit persönlicher Betheiligung aufgedrungen, nicht lediglich ein neuer Gläubiger constituirt werde, ist sie ohne Wirkung[3]. Die Meinung der Statuten der Actiengesellschaften und der Gesetze ist mit Berücksichtigung dieser Grundsätze zu prüfen, wenn sie sagen: daß zur Veräußerung der Actie die Zustimmung der Gesellschaft, oder die Einregistrirung des Cessionars in die Bücher der Gesellschaft erforderlich sei. Der Gewinn durch die Veräußerung fällt oft theilweise in die Gesellschaftscasse. — Die Vollendung der Cession liegt bei Actien auf Inhaber in der Übergabe der Actie, bei Actien auf bestimmten Namen wird eine Cessionsurkunde ausge-

---

1) z. B. er hat den Belauf seiner Actie ganz oder theilweise, verfassungsmäßig oder morose, noch nicht bezahlt.

2) Vgl. Treitschke a. a. O. S. 329—335.

3) Die Statuten der Actiengesellschaften enthalten aber häufig, mehr oder weniger deutlich, den eigenthümlichen Rechtssatz, daß die volle Betheiligung an dem Gesellschaftsverhältniß, namentlich auch an der Beschlußnahme, cessibel sei.

fertigt, und zu dieser muß oft die Einregistrirung in die Bücher hinzukommen [4]. 4. Das Steigen und Fallen der Dividende ist die Ursache eines sehr wandelbaren Courses der Actien, dieser Umstand, zu welchem bei Actien au porteur die Leichtigkeit der Übertragung hinzukommt, macht die Actien zur Waare d. h. zum Gegenstand des Handels, und auch häufig zum Gegenstand des reinen Differenzgeschäftes, des gewöhnlich, aber fälschlich, sogenannten Actienspieles [5].

Fünfte Abtheilung.

Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften.

§. 48.

Vereinigung zu einzelnen Gewinngeschäften *. Von den Handelsgesellschaften, bei denen die Gesellschaft ein Handelsgewerbe treibt, die Gesellschafter also schon als solche Kaufleute sind, ist zu unterscheiden eine Gesellschaft, die nur auf einzelne Geschäfte, auf ein einzelnes oder mehrere einzelne, geht, welche als Geschäfte des Kaufmannes vorzukommen pflegen. Sie kann unter Kaufleuten oder Nichtkaufleuten bestehen [1]. Eine solche Gesell-

4) Code de commerce. Art. 36. — Rheinisches Hgb. Art. 36. — Wetboek v. K. Art. 42.

5) Büsch, Darstellung I. S. 265—268. II. S. 336—347.

*) Preußisches L. R. §. 615. 616. — Code de commerce. Art. 47—50. — Rheinisches Hgb. Art. 47—50. — Badisches H. R. Art. 47—50. — Österreichisches Gsb. §. 1179. — Regolamento. Art. 46—49. — Código de comercio. Art. 354—358. — Codigo commercial. Art. 571—576. — Wetboek v. K. Art. 57. 58.

1) Man kann die Gesellschaft Gelegenheitsgesellschaft, Spe-

schaft hat, um so mehr, wenn sie unter Kaufleuten besteht, den Anschein von etwas Kaufmännischem. Sie gehört aber gar nicht ins Handelsrecht, und es ist daher die rechtliche Beurtheilung der durch sie hervorgerufenen Rechtsverhältnisse, soweit diese nicht durch gültige Beredung bereits bestimmt sind, nach der innern [*] und äußern Seite hin, dem gemeinen Recht über Gesellschaften anheim zu geben [2]. Was namentlich das Auftreten der Gesell-

---

culationsverein, nennen. Von dem nicht selten gebrauchten Namen société oder compagnie anonyme ist abzurathen, weil der Code de commerce unter société anonyme die Actiengesellschaft versteht. Der Name Gesellschaft a conto meta ist aber nicht characteristisch, weil auch bei der eigentlichen Gesellschaft, der Commanditengesellschaft, und der Actiengesellschaft die Gesellschafter a conto meta stehen. (Ein freilich nicht präciser Sprachgebrauch sagt allerdings Gesellschaft, statt Geschäft, a conto meta, und braucht meta für proporzionale. Dies gegen Brinckmann H. R. §. 34. Note 10 und Morstadt H. R. §. 23. C. Note 95.) Die Gesetze haben folgende Namen:

Les associations commerciales en participation (Code de com.). Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen (badisches H. R.). Le associazioni commerciali in partecipazione (Regolamento.). La sociedad accidental, auch cuenta en participation (Código de comercio.). A associaçao (auch sociedade) em conta de partipaçao, auch sociedade momentanea, auch sociedade anonyma (Codigo commercial.). Handelingen voor gemeene rekening (Wetboek).

Das preußische und das österreichische Recht benamen die Gesellschaft nicht.

*) Hamburger Sammlung Bd. 2. No. 68. S. 575—585.

2) So überläßt denn auch der Code de commerce die genauere Bestimmung der Gegenstände, der Art des Betriebes, der Betheiligung, so wie der anderweitigen Bedingungen der Übereinkunft der Interessenten, und unterwirft diese Gesellschaft

schaft nach außen hin anlangt[3], so ist es 1. sehr gewöhnlich, daß (als Complementar) einer der Gesellschafter oder ein Dritter contrahirt, und zwar, die Vertretung der Gesellschaft verschweigend, in seinem alleinigen Namen. Dieser steht gegen die Gesellschaft als bevollmächtigter socius, oder als einfacher Mandatar. Gegen seine Contrahenten steht er als der alleinige Berechtigte und Verpflichtete, so daß gegen sie das Gesellschaftsverhältniß direct ohne Wirkung ist. Er, und nur er, ist an sich gegen sie legitimirt, die Gesellschafter bedürfen, um gegen sie klagen zu können, der Klagencession. Er, aber auch nur er, kann an sich von ihnen belangt werden, — wobei er ihnen mit seinem ganzen Vermögen einsteht, — sie brauchen sich also nicht an die Gesellschafter verweisen zu lassen, sie dürfen aber auch nicht schlechthin an diese gehen, sondern nur durch Vermittelung der Klagen, welche der Complementar gegen die Gesellschafter hat. Der Complementar muß ihnen also diese Klagen abgetreten haben; ist er insolvent, so erhalten sie die Klagen durch die cessio bonorum in Gemeinschaft mit sämmtlichen Concursgläubigern; man kann sie ihnen aber auch in Nothfällen[4] ohne Weiteres (utiliter) gestatten, insofern sich

nicht den für die andern Gesellschaften vorgeschriebenen Formalitäten. Gleichlautend ist das rheinische, das badische, das spanische, das portugiesische, und das holländische Recht. Die wenigen Worte des preußischen und die noch kürzeren des österreichischen Rechts folgen denselben Grundsätzen.

3) Sehr umsichtig ist die Fassung des Código de comercio. Art. 356. 357., weniger die des Codigo commercial. Art. 571., 576.; aber unvorsichtig die des Wetboek v. K. Art. 58. zu Ende. Nur diese Gesetzbücher erwähnen der Haftung nach außen hin.

4) z. B. der Complementar ist flüchtig geworden.

sonst der Complementar mit ihrem Schaden widerrechtlich bereichern würde. 2. Es kann aber auch der Complementar im Namen der Gesellschafter, oder es können die Gesellschafter selbst contrahirt haben [5]. Dann entscheiden über Art und Umfang der Haftung die allgemeinen Grundsätze, die überhaupt von der Gesellschaft gelten.

Fünfter Abschnitt.

Die Handelsgehülfin und die Handelsfrau.

§. 49.

Die Handelsgehülfin.

Die Handelsgehülfin. Eine Frauensperson kann als Gehülfin bei einem Handelsgewerbe, auch des eigenen Ehemannes, vorkommen. Die weibliche Qualität hat juristisch wenig besondere Wirkungen. Wo sie bei dieser Gelegenheit Verbindlichkeiten selbständig übernimmt, ist die Gültigkeit nach den überhaupt für Weiber geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Ein weiblicher Institor, eine Factorin, verbindet daher, wo Geschlechtsvormundschaft gilt, sich selbst dem Dritten nur mit Zuziehung des Geschlechtsvormundes, ohne diese wird nur der Principal verbunden. Die Zuziehung des Geschlechtsvormundes hindert aber nur die Richtigkeit der Verbindlichkeit, nicht

---

5) Es ist daher unrichtig, die Gesellschaft dahin zu characterisiren, daß sie als Gesellschaft dem contrahirenden Publikum nicht erscheine. Morstadts (H. R. §. 23. C. Note 92.) „Critik" dieses Satzes bedeutet nichts, weil sie in den Anschauungen französischer Juristen wurzelt.

aber die Berufung auf das Sct. Vellejanum, oder, ist der Principal der Ehemann, auf die Authentica si qua mulier. Diese Berufung ist begründet, weil die contrahirende Factorin eine Verbindlichkeit aus einem Geschäfte auf sich nimmt, welches lediglich dem Principal angehört, also intercedirt [1].

§. 50.

Die Handelsfrau.

Die Handelsfrau. Quellen *. Literatur [1]. Eine Frauensperson kann aber auch für eigene Rechnung Handel treiben, und dann und soweit ist sie eine Handelsfrau, Kauffrau [2]. 1. Damit eine Frauensperson als Handelsfrau gelte, muß sie erklären, Handelsfrau seyn zu wollen. Diese Erklärung wird meistens ausdrücklich in Circularen, (Oblatorien) abgegeben, sie liegt stillschwei-

---

1) Cropp (in Heise und Cropp Abhandlungen Bd. I. S. 2. 3.) scheint der Autorisation eines anderen Geschlechtsvormundes, als des Ehemannes, größere Wirkung beizulegen, als der des letzteren. Vgl. aber dieselben Abhandlungen No. 10. und zunächst S. 150—152.

*) L. 27. pr. D. de peculio (15. 1.) — Preußisches L. R. §. 488—496. — Code de commerce. Art. 4. 5. 7. 113. — Rheinisches Hgb. Art. 4. 5. 7. 113. — Regolamento. Art. 4—6. — Código de comercio. Art. 5—7. — Codigo commercial. Art. 18—27.

1) Marperger Vorrath S. 230—241. (Pareres.) Mittermaier §. 536. Bender §. 37—40. Pöhls §. 24—28. Motive zu dem Art. 6. 7. des Entwurfes für Württemberg. S. 24. 25.

2) Über die Schifferin vgl. Hohnhorst Jahrbücher des Oberhofgerichts zu Mannheim. Dritter Jahrgang. 1825. S. 294. 295.

gend in dem Factum, daß sie für eigene Rechnung Handel treibt. Den particularrechtlichen Erfordernissen, die für den Kaufmann vorgeschrieben sind, muß auch das Weib genügen. Die Particularrechte verlangen namentlich die Erklärung in einer besondern Form, oft verbunden mit einer causae cognitio [3]. Wo cura sexus gilt, muß der Geschlechtsvormund, also resp. der Ehemann seine Zustimmung in die Qualität seiner Mündel, als einer Handelsfrau geben. Er kann sie ausdrücklich geben, oder, wo nicht eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, stillschweigend. Letzteres liegt darin, wenn er dem Handel des Weibes wissentlich nicht widerspricht [4]. 2. Die Handelsfrau hat a. in allen Verhältnissen, in welchen sie nicht als Handelsfrau gilt, die Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber. Daher ist in der Person einer Handelsfrau die doppelte Qualität zu beachten [5], und also von

---

3) Hierher gehört die s. g. Einzeugung (Declaration) der Handelsfrau. Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. I. Abth. 2. S. 30—53.

4) Denn wer wissentlich etwas geschehen läßt, was er zu hindern befugt und verpflichtet ist, gilt als zustimmend. Daher sagt L. 1. §. 3. D. de tributoria actione (14. 4.) ... non enim velle debet dominus, sed non nolle, si igitur scit, et non protestatur, et contradicit, tenebitur actione tributoria. So muß verstanden werden das Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. No. 11. besonders S. 181.

5) Namentlich die uxor mercatrix nicht mit der uxor mercatoris zu verwechseln. Über die Frage: wann gilt eine verheirathete Frau als Handelsfrau? vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. I. Abth. 1. S. 1—29. Die Frage: ob und wieweit eine Handelsfrau durch ihre Handelsgeschäfte und in Ansehung ihres Handels begangene Delicte ihren Ehemann berechtige und verpflichte, und umgekehrt der Ehemann seine

der Frage, ob ein Weib Handelsfrau sei, die Frage, ob es im einzelnen Fall als Handelsfrau contrahirt habe, zu unterscheiden. Nach Particularrechten streitet für das Letztere die Vermuthung [6]. Gemeinrechtlich muß der Kläger beweisen, als passive Sachlegitimation, daß die Beklagte das fragliche Geschäft als Handelsfrau abgeschlossen hat [7], d. h. daß es Bestandtheil ihres Handelsgewerbes ist. — Soweit aber die Handelsfrau h. als solche in Betracht kommt, steht sie dem Kaufmann gleich. Sie kann sich ebenso rechtsbeständig verpflichten, wie ein Kaufmann [8]. Namentlich bedarf sie 1. da, wo Geschlechtsvormundschaft besteht, der Zustimmung ihres Geschlechtsvormundes, resp. des Ehemannes, für das einzelne Handelsgeschäft nicht [9].

Ehefrau? gehört nicht ins Handelsrecht, sondern in die Lehre von den Güterverhältnissen der Eheleute. Vgl. übrigens Pöhls §. 27. Bender §. 39. Note a. und Nr. 4.

6) Preuß. L. R. §. 490. — Codigo commercial. Art. 19. 25.

7) Denn er behauptet ein Factum, welches eine Ausnahme von der Regel, daß das Weib besondere Privilegien genießt, begründen soll. Dies bestreitet Brinckmann H. R. §. 18. Note 23. mit zwei unrichtigen Sätzen, von welchen der erste durch den zweiten zurückgenommen wird, und der zweite derselbe Satz, wie der von ihm im Text aufgestellte ist, nämlich daß eine Vermuthung dafür streite, daß jedes von einer Handelsfrau abgeschlossene Geschäft ein Handelsgeschäft sei. Eine solche Vermuthung ist aber gemeinrechtlich nicht begründet, eben so wenig in Betreff der Kauffrau wie des Kaufmannes. Vgl. oben §. 12. Note a. b.

8) Vgl. die in Note 5. citirte Abhandlung von Cropp.

9) Denn ist sie einmal Handelsfrau, so hat ihr Curator durch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung dieser Eigenschaft seine Zustimmung auch in die in dieser Eigenschaft abgeschlossenen Geschäfte, als die Bestandtheile des Ganzen und die Mittel zum Zweck (L. 2. D. de jurisdictione (2. 1.) L.

2. Es cessirt das Senatusconsultum Vellejanum und die authentica si qua mulier[10]. 3. Es cessiren die privilegia dotis, und 4. die Entschlagung der Gütergemeinschaft, um sich das ihr künftig anfallende Vermögen zu sichern, hilft ihr, ist sie Handelsgesellschafterin ihres Ehemannes, nichts. 5. Sie ist der Strenge des Wechselrechts, wenn gleich diese sonst Weiber nicht trifft, unterworfen[11]. 6. Sie kann sich im Gerichte selbst vertheidigen. — Die Handelsfrau hat diese eigenthümlichen Rechte und Verbindlichkeiten, sie mag Jungfrau, Ehefrau

---

113. L. 147. D. de R. J. L. 7. §. 11. D. de Scto Macedoniano (14. 6.)), gegeben.

10) Leipziger W. O. von 1682. §. 2. Sächsisches Mandat über die Verbürgung der Frauenspersonen vom 6. Nov. 1828. §. 9. (Meißner Codex der W. R. Bd. 1. S. 417.)
Churpfälzische W. O. von 1726. Art. VII.
Altenburger W. O. von 1750. Kap. 4. §. 5.
Österreichische W. O. von 1763. Art. VII.
Weimarsche W. O. von 1819. §. 5.
Hannoversche W. O. von 1822. §. 3.
Codigo commercial. Art. 18.
Die Praxis erkennt an Puchta Pandecten §. 408. No. 10.

11) Sächsisches Mandat von 1674. 1675. 1676. (Meißner Codex der W. R. Bd. 1. S. 276—278.)
Leipziger W. O. von 1682. §. 2.
Churpfälzische W. O. von 1726. Art. VI.
Frankfurter W. O. von 1739. §. 8.
Altenburger W. O. von 1750. Kap. 4. §. 5.
Rudolstädter W. O. von 1755. §. 10. 12.
Württemberger W. O. von 1759. §. 6.
Österreichische W. O. von 1763. Art. VII.
Augsburger W. O. von 1778. Kap. 1. §. 2.
Baiersche W. O. von 1785. §. 3. (vgl. Meißner Codex. Bd. 1. S. 184. 185.)

oder Wittfrau seyn; sie mag eine neue Handlung etablirt haben, oder eine schon bestandene fortsetzen; sie mag für alleinige Rechnung handeln, oder als collective Handelsgesellschafterin, gleich viel ihres Ehemannes oder eines Andern; sie mag allein die Handlung leiten oder mit Zuziehung eines Institor. Auch wenn sie, ohne selbst thätigen Theil zu nehmen, nur durch einen Institor die Handlung betreiben läßt, gilt sie persönlich als Handelsfrau, und muß auch mit ihrem Vermögen in der Maaße, wie jeder Principal, die Handlung ihres Institor vertreten [12]. Nicht aber gilt sie als Handelsfrau, wenn sie als Commanditist bei der Handlung eines Andern interessirt ist.

Preußisches L. R. von 1794. §. 724. 725.
Cöthensche W. O. von 1802. Art. 8.
Code de commerce. Art. 113. — Rheinisches Hgb. Art. 113.
Badisches Handelsrecht. Art. 113.
Weimarsche W. O. von 1819. §. 3. 5.
Offenbacher W. O. von 1820. §. 3.
Regolamento von 1821. Art. 108.
Hannoversche W. O. von 1822. §. 3.
Russische W. O. von 1832. §. 6.
Código de comercio. Art. 434.
Deutsche W. O. Art. 2.

12) So auch Treitschke in Richters Jahrbüchern 1841. S. 556. und Brinckmann H. R. §. 18. N. 21. dieser aber mit unrichtiger Berufung auf die deutsche W. O. Art. 2., welche diese Frage gar nicht beantwortet. Drei andere Meinungen: 1. Eichhorn Privatrecht §. 387. vor Note g. — 2. Mittermaier Privatrecht Aufl. 6. §. 536. No. V. — 3. Preußisches L. R. §. 491 — 493, und gleich lautend, wie eine Übersetzung, der Codigo commercial. Art. 20. Dieser Meinung folgte die erste Auflage des vorliegenden Buches.

Dritter Theil.

Die Waare.

§. 51.

Creditpapiere.

Creditpapiere[1]. Zu den Waaren, die ihrer Natur nach rechtliche Verhältnisse erzeugen, gehören insbesondere die Creditpapiere. Der Handel mit ihnen ist der Papierhandel, in dessen Gegensatz man den eigentlichen Waarenhandel aufführt. Den Papierhandel, wie den Geldhandel[2], treibt der Banquier[3]. Creditpapiere

---

Die Waare. Marquard S. 168—190. Straccha S. 374—379. 392. 393. Die Waarenkenntniß gehört soweit und nur soweit hierher, als sie eine Rechtskenntniß ist.

1) Über Creditpapiere: P. B. Boucher traité complet de tous les papiers de crédit de commerce. Paris 1808. 2 Bände. (Es ist aber zuvörderst nur Bd. 1. S. 19—189. zu beachten. Im Ferneren handelt das Werk vom Wechselrecht). Mittermaier §. 273. 274. Über den Papierhandel: Rau Vwlehre. §. 437—441. Vwpolitik §. 316.

2) Die einzelnen Wechselgeschäfte sind nicht Tausch-, sondern Kaufgeschäfte, denn das von den Kunden gegebene Geld kommt als Geld, als bloßes Tauschmittel, nicht als Gegenstand des Tausches in Betracht. Mit Unrecht bestreitet v. Vangerow Pandekten Bd. 4. S. 403. die Möglichkeit eines Geldkaufes.

3) Codigo commercial. Art. 87—91. 307. 308. 430—

sind Urkunden, welche ein Schuldner- und Gläubigerverhältniß anerkennen. Der kaufmännische und juristische Sprachgebrauch nimmt aber „Papier" auch für die Forderung, die es beweiset[4]. Der Schuldner ist entweder der Staat oder eine Privatperson; danach sind die Papiere Staatspapiere oder Privatpapiere. Der Gläubiger ist entweder mit Namen bezeichnet, oder es ist die Gläubigerschaft auf den Besitz des Papieres gestellt, danach sind die Papiere Papiere auf Namen oder Papiere auf Inhaber, au porteur. Die Papiere auf Namen enthalten den Namen des Gläubigers entweder mit oder ohne den Zusatz an Ordre, danach sind sie Ordrepapiere oder Rectapapiere. Es gehören zu den Creditpapieren insbesondere: Schuldscheine aus einem Darlehen, die Handelsbillets, die Anweisungen, die Actien, die Bankzettel, die Wechsel, die eigenen und die trassirten. Alle diese Arten von Papieren bieten besondere juristische Seiten. — Creditpapiere sind übrigens an sich nicht Geld, also auch nicht Papiergeld; Banknoten als solche sind nicht Geld, und ein Papier, welches derjenige, der auf Geld ein Recht hat, nicht nehmen muß, sondern zurückweisen darf, ist kein Papiergeld, das Papiergeld hat seinem Begriff nach einen Zwangscours[5].

---

434. — W. T. Kraut de argentariis et nummulariis commentatio. Gottingae 1826. Neustetel und Zimmern Untersuchungen S. 27—45. Beawes I. S. 541—544.

4) L. 44. §. 5. 6. D. de legatis I. L. 59. D. de legatis III. L. 3. §. 1. 2. D. de liberatione legata. (34. 3).

5) Dies Alles gegen Mittermaier Privatrecht. Aufl. 6. §. 273.

§. 52.
Staatspapiere.

Staatspapiere[1]. 1. Unter Staatspapieren (Staats-

---

1) Literatur über Staatspapiere und Staatspapierhandel. 1. Die Waarenkenntniß, soweit sie juristisch ist, besonders bei Bender der Verkehr mit Staatspapieren im In- und Auslande. Zweite Ausgabe. Göttingen 1830. und bei von Gönner über Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten, und vom Handel mit Staatspapieren. München 1826. — 2. Der Verkehr ist seiner handelswissenschaftlichen Seite nach dargestellt bei Bender, bei Nebenius der öffentliche Credit. Zweite Auflage. Erster allgemeiner Theil. Karlsruhe und Baden 1829; bei Böhmer über das Stellgeschäft; im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 9; und vollständiger bei Thöl der Verkehr mit Staatspapieren aus dem Gesichtspunkt der kaufmännischen Speculation mit Berücksichtigung seiner juristischen Natur. Göttingen 1835. (Lies S. 32. Z. 1. Speculationskauf; S. 90. Z. 9. Steigens; S. 113. Z. 4. Prämiennehmer.) — 3. Die Speculationsseite ist mit einiger Ausführlichkeit und Umsicht allein in dem letztern Werk bearbeitet; denn die Werke von Jacques Bresson des fonds publics français et étrangers et des opérations de la bourse de Paris. éd. VI. Paris 1830. oder was gleich ist éd. VII. Paris 1834. S. 167—237. und von Bizet Précis des diverses manières de spéculer sur les fonds publics en usage à la bourse de Paris. éd. IV. Paris 1821. S. 65—130. haben nur den Verkehr auf der pariser Börse im Auge, und begnügen sich mit einer bloßen Casuistik. — 4. Die juristische Seite des Verkehrs ist am vollständigsten bei Bender abgehandelt; in meinem Buch werden von S. 181—272. einige der bedeutendsten Rechtsfragen besprochen. Manches findet sich in einzelnen Abhandlungen, die zerstreut, namentlich in Zeitschriften, erschienen sind. Compendiarische Darstellungen in Eichhorn Privatrecht. §. 191. und Mittermaier Privatrecht. §. 273. Mehr Literatur in meinem Verkehr. S. 3—9. Beizufügen ist Fremery chap. XLV. S. 423—522.

obligationen, Staatseffecten, Effecten) verstehen wir hier, dem Regelmäßigen folgend, solche Schuldscheine, welche der Staat über ein Gelddarlehen ausgestellt hat[1a]. Der Staat giebt bei seinen Anleihen seinem Gläubiger Theilschuldscheine (Partialobligationen), oder das Recht, solche zu verfertigen*. Der Gläubiger macht sich meistens sofort durch den Verkauf derselben bezahlt. Den verzinslichen Staatspapieren werden Zinsscheine beigegeben (Coupons), welche regelmäßig auf Inhaber lauten. 2. Die Staatspapiere haben vieles Eigenthümliche nicht als Staatspapiere, sondern als Papiere auf Inhaber: so die Cession durch bloße Tradition, die Ausschließung der Vindication, das Bedenkliche der Amortisation, und die deshalb gewöhnlichen Edictalladungen. 3. Die Staatspapiere sind in dem lebhaftesten Verkehr begriffen, und manche Verträge haben vorzugsweise, vielleicht sogar lediglich Staatspapiere zum Gegenstand; es sind das Verträge, die erst neuerlich bei dem Staatspapierhandel häufiger vorgekommen sind. Diese bloß factische Verbindung einzelner Verträge gerade mit diesem Object giebt juristisch keinen Grund, diese Verbindung besonders zu beachten, daher sind diese Verträge, welche auf jede Art Waaren bezogen werden können, ohne Bezugnahme auf ein besonderes Object später abzuhandeln. 4. Von dem Recht, Staatspapiere zu kaufen und zu verkaufen, ist zu unterscheiden das Recht, mit denselben Handel (Kauf und Verkauf als Gewerbe) zu treiben. Soweit der Handel überhaupt Jemanden verboten ist, ist dieser natürlich auch von dem Handel mit

---

1a) Roback Handelswissenschaft. §. 97—109. 169.

*) Auch von Privatpersonen geschieht dieses. Vgl. Richters Jahrbücher 1846. S. 160. 161.

Staatspapieren ausgeschlossen. Die Particularrechte haben aber mitunter Verbote, die lediglich den Handel mit Staatspapieren, auch wohl den bloßen Kauf und Verkauf von Staatspapieren betreffen, und ihn entweder gänzlich verbieten oder an bestimmte Formen (Zuziehung eines Maklers, u. s. w.) knüpfen[2].

§. 53.
Staatspapiere auf Namen.

Der Umstand, daß der Schuldner der Staat ist, bringt juristisch keine besonderen Eigenthümlichkeiten hervor. Ganz nach den gewöhnlichen Regeln ist daher zu beurtheilen 1. die Form der Cession, doch ist zuweilen zur Wirksamkeit der Cession nothwendig, daß der Name des Cessionars in das Staatsschuldbuch inscribirt werde, auch ist zuweilen die Cession an eine bestimmte vorgeschriebene Form geknüpft[1]. 2. Das anastasische Gesetz leidet hier volle Anwendung. 3. Die Vindication abhanden gekommener Papiere. Dabei ist die Forderung und das Papier, welches diese beweist, aber nicht begründet, nicht zu verwechseln. Die Forderung kann dem Gläubiger wider Willen nicht verloren gehen, eine gezwungene Cession wäre unwirksam. Das Papier, d. h. die Beweisurkunde bleibt im Eigenthum des Gläubigers[2]. 4. Die Haf-

---

2) Bender im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 13. Nr. 6. oder Bender Verkehr. §. 45.

1) Vgl. Bender Verkehr mit Staatspapieren. §. 63. und §. 39.

2) Vgl. vorsichtig Bender a. a. O. §. 66. Es ist hier die präparatorische actio ad exhibendum auf Vorzeigung mit der auf Herausgabe verwechselt, ferner diese actio ad exhibendum mit der Publiciana in rem actio, und sodann übersc-

tung des Cedenten. Der Verkäufer muß für die Existenz, nicht für die Güte der Forderung einstehen. Die Lieferung gestohlener Papiere ist nicht nach den Grundsätzen der Evictionsleistung aufzufassen, sondern es ist eine dem Cedenten nicht zustehende Forderung cedirt worden*. Der Verkäufer hat den Käufer, da diesem die Legitimation gegen den Schuldner fehlt, absolut nicht in die Lage gesetzt, den Genuß der Forderung zu haben, daher ist der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer durch die bloße Thatsache, daß das Papier gestohlen ist, begründet, ohne daß es der Eviction oder der Litisdenunciation bedarf. Bei dem Verkäufer einer Sache ist dies anders, weil der Genuß einer solchen durch das bloße Eigenthum eines Dritten nicht, sondern erst durch die Abstreitung der Sache gehindert wird. 5. Die Amortisation, Mortification, abhanden gekommener Papiere, d. h. die Erklärung, daß das Papier erloschen sei. Sie ist ein Surrogat der dem Gläubiger unmöglichen Zurückgabe des Schuldscheines an den Schuldner. Sie genügt bei Papieren auf Namen in der Form eines Privatamortisationsscheines, will der Schuldner öffentliche Amortisation, sei sie außergerichtlich oder gerichtlich durch Urtheil, so mag er sie auf seine Kosten herbeiführen[3].

---

hen, daß der Satz: Hand muß Hand wahren, nicht auf Beweisdocumente, als seien es selbständige Gegenstände, darf angewandt werden, da über deren Eigenthum nothwendig das Forderungsrecht entscheidet.

*) Vgl. auch unten §. 103. Note 5.

3) Vgl. Schumm die Amortisation verlorener Schuldurkunden. 1830. Beilageheft zum Archiv für die civil. Praxis. Bd. 13. §. 1—8.

§. 54a.

Papiere auf Inhaber.

(Arten. Form. Ausstellungsrecht.

Papiere auf Inhaber[1]. 1. Arten. Es giebt weit mehr Arten dieser Papiere, als aufgeführt, also wohl auch gedacht werden[2]. 2. Form. Die Form die=

---

1) Wetboek v. K. Art. 221—229. — Entwurf für Württemberg. Art. 781—797. und Motive S. 659—671. Vgl. auch, aber mit großer Vorsicht: Maurenbrecher Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. Bd. 2. Bonn 1834. §. 323—326. — Duncker über Papiere auf den Inhaber in der Zeitschr. für deutsches Recht. Bd. 5. S. 30—52. — Savigny Obligationenrecht Bd. 2. S. 18. u. §. 61—70. S. 88—186. Renaud Beitrag zur Theorie der Obligationen auf den Inhaber, in der Zeitschr. f. d. R. Bd. 14. No. IX. S. 315—366.

2) Die Erörterung der Fragen über die Papiere auf Inhaber würde sehr gewinnen, wenn man sich als solche Papiere nicht lediglich dächte: Staatsobligationen und deren Zinscoupons, Pfandbriefe, Schuldbriefe industrieller Corporationen, Actien, Seeversicherungspolicen, (warum nicht auch z. B. Lebensversicherungspolicen?) und Wechsel. Nur diese werden aufgeführt von Savigny a. a. O. S. 104—115. und von Renaud a. a. O. S. 322. 323., der freilich das Handelsbillet hinzufügt, nun aber auch meint, daß die wirklichen Fälle erschöpft seien, denn er fügt hinzu: es sei denkbar, daß auch über ein anderes obligatorisches Verhältniß ein Schuldschein auf den Inhaber ausgestellt werde. Man sollte bedenken und immer gegenwärtig vor Augen haben, daß zu den Papieren auf Inhaber mit eben so viel Recht, weil die rechtliche Beurtheilung ganz dieselbe ist, auch gehören können und regelmäßig gehören, eben weil sie regelmäßig Inhaberpapiere sind, außer den Bankzetteln unsere Lotterieloose, Eisenbahnbillets, Theaterbillets, Concertbillets, Einlaßkarten zu andern ähnlichen Vorstellungen, Eßkarten, Trinkkarten, Badebillets, u. s. w. — und

ser Papiere ist dreifach. Das Papier (die Urkunde) bezeichnet entweder die berechtigte Person, und zwar als solche den Besitzer des Papieres mit dem Ausdruck: Besitzer, Inhaber, Überbringer, Vorzeiger, Einlieferer, oder einem gleichbedeutenden; oder es deutet die berechtigte Person durch einen offenen (unausgefüllten) Platz an, welcher da ist, wo sie dem Zusammenhang nach angegeben seyn müßte; oder es fehlt alle Bezeichnung und Andeutung der berechtigten Person. In den beiden letztern Fällen gilt als die berechtigte Person der Besitzer des Papieres [3].

---

auch Papiergeld, vorausgesetzt, daß es mit klingendem Gelde eingelöset werden muß, und nicht juristisch rein als Sache, gar nicht als Forderung gilt. Offenbar wird an die bei Weitem größere Anzahl von Inhaberpapieren gar nicht gedacht bei so vielen Behauptungen, welche man allgemein von den Papieren auf Inhaber hört, z. B. sogar, daß sie — also auch die Einlaßkarten zu einem Liebhabertheater, zu einem Privatconcert, die Badebillets? — nicht anders auf den Inhaber lauten dürfen, als nach landesherrlicher Genehmigung in Form eines Gesetzes.

3) Dies folgt daraus, daß, wenn eine Urkunde vollständig ist, was natürlich vorausgesetzt wird, und keine bestimmte Person angiebt, welcher versprochen wird, das Versprechen derjenigen Person erfüllt werden muß, welche die Urkunde hat, und mithin sie vorzeigen und erforderlichenfalls einliefern kann. Dies ist um so klarer, wenn das Papier z. B. lautet: Gegen diesen Schein wird gezahlt. Gegen diesen Schein heißt aber: gegen Vorzeigung, oder: gegen Vorzeigung und Einlieferung dieses Scheines. Und jede vollständige Urkunde ohne Angabe einer bestimmten berechtigten Person ist zu denken, als laute sie: Gegen diese Urkunde wird erfüllt. Wenn das Papier kommt, so wird das Versprechen erfüllt. Oft sieht der Schuldner nur die ausgestreckte Hand des Besitzers, welche das Papier präsentirt.

3. Recht der Ausstellung. Das Recht, ein Creditpapier auf den Inhaber zu stellen, steht gemeinrechtlich jedem Schuldner zu, sei er der Staat oder eine Privatperson[+].

§. 54b.
Papiere auf Inhaber.
(Rechtliche Natur.)

Rechtliche Natur. Die Papiere auf Inhaber sind an sich nicht Geld, also auch nicht Papiergeld, weil sie an sich keinen Zwangscours haben[1]; mit der Bezeichnung, sie seien conventionelles Papiergeld, oder

---

4) Duncker a. a. O. S. 50—52. A. M. ist mit Unrecht Savigny a. a. O. §. 65. Vgl. dagegen die vorige Note 2. zu Ende.

1) Der Grund ist nicht so zu stellen: „weil sie nicht sofort vom Schuldner eingelöset" werden oder werden müssen. Denn theils giebt es Papiere auf Inhaber, welche sofort einlösbar sind, nämlich zahlbar auf Sicht lauten, theils ist die sofortige Einlösbarkeit mit klingendem Gelde zwar wichtig und daher gewöhnlich, aber nicht wesentlich dem Papiergeld. Dies gegen Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 708. Der Grund ist auch nicht so zu stellen: „weil die Papiere auf Inhaber der Ausdruck eines bestimmten Rechtsgeschäftes sind, was das Papiergeld nicht ist." Denn es kann geben und giebt Papiere auf Inhaber, welche ein bestimmtes Rechtsgeschäft nicht ausdrücken, und Papiergeld, welches ein bestimmtes Rechtsgeschäft ausdrückt. Dies gegen Gerber d. Pr. R. §. 160. Note 2. Abweichend heißt es a. a. O. §. 205. Note 2: „der Wechsel sei namentlich deshalb nicht Papiergeld, weil er die Urkunde über ein einzelnes Rechtsgeschäft von Privaten sei, was eigentliches Geld nie seyn könne." Allein das Papiergeld, welches mit klingendem Gelde eingelöset werden muß, ist nicht weniger eine Urkunde über ein einzelnes Rechtsgeschäft, wie der Wechsel.

sie seien circulirendes Geld, oder sie seien eine Waare, ist juristisch nichts gewonnen, weil damit die innere Natur derselben nicht bezeichnet ist[2]. Sie sind vielmehr Beweisurkunden[3]. Und zwar Beweisurkunden, welche einerseits die Forderung beweisen sollen, hierin liegt nichts Eigenthümliches im Gegensatz der Papiere auf Namen, und andrerseits die Leichtigkeit der Legitimationsnachweisung bezwecken. Hierin liegt ihre Eigenthümlichkeit. Es ist zu unterscheiden die Legitimation und die Legitimationsnachweisung und die Legitimationsprüfung[4]. Die Legitimation wird bedeutend nach

---

2) Gerber deutsches Pr. R. §. 160. Note 2. und 5. bezeichnet das juristische Princip der Papiere auf Inhaber durch den Satz, daß die Schrift alleiniger Träger des verpflichtenden Willens sei, daß in dem Besitz der obligirende Wille sich verkörpere. Hierdurch ist aber weder die Eigenthümlichkeit des Papieres auf Inhaber getroffen, noch ist der Satz überhaupt zuzugeben, aus welchem gefolgert wird, daß durch die Vernichtung des Papiers die Forderung erlösche. Vgl. unten §. 56. Note 3. Bluntschli deutsches Pr. R. §. 117. Nr. 2. stellt den Satz auf: Die Forderung hat außer der Beweisurkunde kein selbständiges Daseyn, sondern ist gleichsam mit der Beweisurkunde verwachsen, an sie gebunden. Es wird das aber, und mit vollem Recht, in keiner Weise durchgeführt. Was Renaud a. a. O. S. 330. 331. als das Princip beschreibt, ist gar nichts Eigenthümliches des Inhaberpapieres, weil das Alles auch bei Papieren auf Namen vorkommen kann und vorkommt, mit der einen Ausnahme, daß, um die Übertragung der Forderung zu beweisen, die Übergabe des Papieres genügt.

3) Mit diesem, vielsagenden, Satz meint Renaud a. a. O. S. 327. sei wenig gewonnen.

4) Es führt zu Verwirrungen, wenn man die Legitimation und die Legitimationsnachweisung nicht gehörig unterscheidet,

zwei Seiten hin: sie ist das Recht zur Geltendmachung der Forderung, und das Recht zur Übertragung der Forderung, sie wird also bedeutend dem Schuldner gegenüber und Jedermann gegenüber. Bei den Papieren auf Namen ist die Legitimation, das eine wie andere Recht, nachzuweisen durch Angabe und Beweis bestimmter Personen (Namennennung und Identitätsbeweis), und Angabe und Beweis individueller Verhältnisse (ursprüngliche Gläubigerschaft, Erbgang, Cession, Vollmacht); die Nachweisung wird um so schwerfälliger, je zahlreicher diese Verhältnisse bei einer und derselben Forderung vorliegen. Bei den Papieren auf Inhaber soll an die Stelle dieser schwerfälligen Legitimationsnachweisung der Besitz des Papieres treten, er soll den Beweis jegliches Legitimationsverhältnisses vertreten und ersetzen. Mithin soll jeder mögliche und wirkliche Legitimationsgrund, was den Beweis betrifft, in den Besitz aufgehen. Zu welchem Zweck?[5] Der Schuldner will der Weitläuftigkeiten und Schwierigkeiten und der Gefahr der Legitimationsprüfung überhoben seyn. Der Gläubi-

---

also nicht unterscheidet das Recht und den Beweis des Rechts. Wenn man zugiebt, daß gegen den Besitzer ein Gegenbeweis zulässig ist, so ist damit zugegeben, daß der Besitz nicht legitimirt, d. h. nicht berechtigt, sondern daß er nur die Legitimation, die Berechtigung, Gegenbeweis vorbehältlich beweiset, also nur eine Vermuthung der Berechtigung begründet. Der Besitzer ist also entweder legitimirt oder nicht legitimirt, aber stets ist er als legitimirt Gegenbeweis vorbehältlich nachgewiesen; m. a. W. stets wird er als legitimirt vermuthet.

5) Diesen Zweck, die Interessen der betheiligten Personen giebt viel zu eng und auch unrichtig an Savigny a. a. O. S. 134—136.

ger will der Weitläuftigkeiten und Schwierigkeiten der Legitimationsnachweisung überhoben seyn, und auch den mit derselben verbundenen Aufwand von Zeit und Mühe und Kosten sparen. Nämlich der Prüfung und Nachweisung (der Legitimation), wie sie erforderlich wäre, wenn das Papier auf Namen lautete. Mithin will der Schuldner und will der Gläubiger, daß der Gläubiger nicht als diese bestimmte Person, sein Erbe nicht als sein Erbe, sein Mandatar nicht als sein Mandatar, sein Cessionar nicht als sein Cessionar sich ausweisen, sondern jede dieser möglichen Personen lediglich durch den Besitz des Papieres als legitimirt, d. h. berechtigt, zur Geltendmachung und zur Übertragung der Forderung nachgewiesen seyn soll. Nur als Besitzer soll auftreten der ursprüngliche Gläubiger und dessen unmittelbarer und mittelbarer Cessionar, und deren Erbe, und deren Mandatar (z. B. zum Incasso, zum Verkauf), sei dieser Makler, oder des Vollmachtgebers Freund, Bedienter, Magd. Dies kann aber, wenn es sich nicht selber wieder aufheben soll, nur so verstanden werden, daß jeder Besitzer für jede dieser möglichen Personen soll gelten können. Alles dies will der Schuldner und nicht nur der ursprüngliche Gläubiger, der erste Nehmer des Papieres, sondern auch jeder spätere, denn es beruht darauf, nicht daß man zuerst, sondern daß man überhaupt ein Papier auf Inhaber nimmt. Nach allem Vorigen kann man die rechtliche Natur der Papiere auf Inhaber aussprechen durch den Satz: Der Besitz ist genügend zur Nachweisung der Legitimation, mithin des Gläubigers wie des Mandatars des Gläubigers. Oder präciser, da ein Gegenbeweis zulässig ist, durch den Satz: Der Besitz begründet für den Besitzer die Vermuthung der Legitimation,

mithin des Gläubigers wie des Mandatars des Gläubigers. Da der Besitzer nur kraft einer Vermuthung legitimirt ist, so ist er also in Wirklichkeit entweder legitimirt oder nicht legitimirt. Die bedeutendste nothwendige Folge dieses Willens der Legitimationsnachweisung lediglich durch den Besitz ist 1. ein anderer Begriff des wahren Gläubigers als bei Papieren auf Namen; und 2. die Möglichkeit des Verlustes der Forderung wider Willen des Gläubigers; und 3. der Ausschluß von Einreden, welche bei Papieren auf Namen statthaft sind.

§. 54c.
Papiere auf Inhaber.
(Eigenthum. Gläubigerschaft.)

Das Eigenthum am Papier und die Gläubigerschaft. I. Verbindung beider. Das Eigenthum am Papier. 1. Das Papier (in dieser Form, mit diesem Inhalt, also die Beweisurkunde) ist lediglich um der Forderung willen vorhanden, nicht die Forderung um des Papieres willen. Daraus folgt, daß die Gläubigerschaft nicht bestimmt wird durch das Eigenthum am Papier[1]. Nicht aber folgt daraus, daß das Eigenthum am Papier nothwendig bestimmt wird durch die Gläubigerschaft, dies würde nur dann folgen, wenn die Gläubigerschaft und das Eigenthum untrennbar nur derselben Person zustehen könnten, was aber nicht der Fall ist. 2. Die Verbindung des Eigenthums mit der Gläubigerschaft ist rechtlich nicht nothwendig. Möglich ist das gesonderte (von der Gläubigerschaft gesonderte) Eigenthum.

1) Hiervon genauer unten unter No. II.

3. Die Verbindung des Eigenthums mit der Gläubigerschaft ist aber factisch die Regel, und zwar fast ausnahmslos. Denn in der Regel ist das Papier lediglich um der Forderung willen von Werth; und ist abgesehen von der Forderung das Papier und mithin das Eigenthum an demselben werthlos. Fast ausnahmslos pflegt daher der Streit nur über die Gläubigerschaft und gar nicht unabhängig davon über das Eigenthum am Papier zu seyn, und letzteres für sich allein der Person, welche als Gläubiger anerkannt werden muß, von Niemanden, auch nicht vom Besitzer des Papieres bestritten zu werden. 4. Nur selten ist das Papier abgesehen von der Forderung nicht werthlos, und kommt es vor, daß das Eigenthum an demselben dem Gläubiger von einem Andern bestritten wird, und einem Andern, als dem Gläubiger zusteht. Abgesehen von diesem seltenen Fall eines von der Gläubigerschaft gesonderten Eigenthums ist also der Gläubiger auch der Eigenthümer des Papieres. 5. Weil das Papier in der Regel nur als Beweisurkunde, also nur für den Gläubiger von Werth, im Übrigen aber werthlos ist, so ist immer zunächst anzunehmen, daß außer der Forderung auch das Eigenthum am Papier hat übertragen und erworben werden sollen und wollen[2]. Ein Vorbehalt des Eigenthums trotz der Übertragung der Forderung bedarf einer deutlichen Erklärung. 6. Fehlt ein solcher Vorbehalt, so ist der wahre Gläubiger auch der wahre Eigenthümer, und der vermuthete Gläubiger auch der vermuthete Eigenthümer. Der Besitzer ist aber nicht vermuthe-

2) Und umgekehrt ist in der Übertragung des Eigenthums auch die der Forderung als gewollt zu finden. Vgl. unten §. 54g. Note 3.

ter Eigenthümer, weil er nicht vermutheter Gläubiger ist, sondern nur im Allgemeinen als legitimirt vermuthet wird; nur dann wird er als Eigenthümer vermuthet, wenn er Gläubiger zu seyn behauptet, weil er nun als Gläubiger vermuthet wird. II. Die Gläubigerschaft. Wer ist Gläubiger? Nicht der Eigenthümer des Papieres[3].

---

3) Dies behauptet Savigny a. a. O. S. 135. „Als wahrer Gläubiger ist der Eigenthümer des Papiers zu betrachten." Sonach werden denn, um den wahren Gläubiger zu bestimmen, die Grundsätze über die rei vindicatio, die Publiciana in rem actio und die Ersitzung angewandt. Richtiger hieße es umgekehrt: Der wahre Gläubiger ist als Eigenthümer des Papieres zu betrachten. Vgl. oben den Text unter I. Durch jene Behauptung wird also die Frage nach der Gläubigerschaft ganz in das Sachenrecht verwiesen. Als ob die Forderung eben so nebenbei mit dem Papier, dem Material, verbunden, und so untrennbar von dem Eigenthum an dem Material ist, wie etwa mit und von einem Grundstück das Servitutenrecht oder ein sonstiges Realrecht. Als ob das Material in dieser Form der Beweisurkunde auch abgesehen von dieser Eigenschaft der Beweisurkunde seinen recht eigentlichen Werth hat, der nur um etwas vermehrt wird durch die an das Eigenthum der Sache angeschlossene Forderung. Savigny bemerkt selber (a. a. O. S. 117. 119. 179.), daß das Papier nur eine Beweisurkunde sei, und bestimmt somit die Gläubigerschaft nach dem Eigenthum an der Beweisurkunde. Wenn man die eine, nicht erwähnte, Ausnahme, daß der erste Eigenthümer der Beweisurkunde, nämlich der Schuldner, nicht der erste wahre Gläubiger sei, natürlich zugeben wird, so ist schon durch die Gründe, aus welchen dies geschehen muß, (der Grund, daß Niemand sein eigener Gläubiger seyn kann, reicht nicht aus,) bewiesen, daß es nicht das Eigenthum ist, welches den Gläubiger bestimmt. Daß die Frage nach der Gläubigerschaft nicht dem Sachenrecht angehört, wird sich aus der

Die Gläubigerschaft wird nicht bestimmt durch das Eigenthum[4]. Daher verschlägt auch nichts der behauptete Satz, daß für den Besitzer die Vermuthung des Eigenthums streite[5]. Auch nicht jeglicher Besitzer des

---

folgenden Note 4. und dem ganzen Text des gegenwärtigen §. 54c. ergeben.

4) Nur ein Zweifaches ist möglich. Entweder die Gläubigerschaft und das Eigenthum am Papier ist untrennbar, so daß beides nur einer und derselben Person zustehen kann; oder beides ist trennbar, so daß die Gläubigerschaft der einen und das Eigenthum am Papier der andern Person zustehen kann. Nimmt man das Erste an, so ist nothwendig diejenige Person Eigenthümer des Papieres, welche Gläubiger ist, das Eigenthum folgt der Gläubigerschaft, und nicht umgekehrt, weil das Papier (die Beweisurkunde) um der Forderung willen vorhanden und von Werth ist, und nicht umgekehrt die Forderung um des Papieres willen. Nimmt man das Zweite an, so fehlt es offenbar an allem Grunde für die Behauptung, daß der Eigenthümer des Papieres nothwendig immer der Gläubiger sei, (so wie auch an allem Grunde für die Behauptung, daß der Gläubiger nothwendig immer der Eigenthümer des Papieres sei,) sondern es bestimmt sich dann nach eigenthümlichen Gründen, aus dem Obligationenrecht hergenommen, die Gläubigerschaft, und nach andern eigenthümlichen Gründen, aus dem Sachenrecht hergenommen, das Eigenthum an dem Papier. Mithin ist jedenfalls der Satz zu verwerfen, daß als wahrer Gläubiger der Eigenthümer des Papieres zu betrachten sei.

5) So Savigny a. a. O. S. 135. „Mit dem thatsächlichen Besitz ist stets die Vermuthung des Eigenthums verbunden." Insofern die Vermuthung des Eigenthums nur um der Gläubigerschaft willen aufgestellt wird, fällt sie als bedeutungslos weg, weil diese durch jenes nicht bestimmt wird. Es ist aber überhaupt zu leugnen, daß der Besitzer als Eigenthümer vermuthet werde. Vgl. oben den Text No. I. 6.

Papieres, ohne Unterschied, wie der Besitz erworben seyn möge[6]. Dies Alles ist unrichtig, wie Folgendes zeigt. Aus dem Willen, daß der Besitz soll genügen zur Nachweisung der Legitimation mithin auch des Gläubigers, folgt noch keineswegs der Wille, daß jeglicher Erwerb des Besitzes auch soll genügen zum Erwerb der Forderung, daß Jeder, welcher Besitzer geworden ist, damit auch Gläubiger soll geworden seyn. Die Forderung soll zwar lediglich durch den Besitz für den Besitzer bewiesen, aber nicht lediglich vermittelst des Besitzes erworben werden. Auf etwas Anderes geht der Wille wohl der Diebe, aber nicht der allgemeine Wille im Verkehr. Vielmehr ist es möglich, daß der durch den Besitz nachgewiesene Gläubiger nicht der wahre Gläubiger ist. Denn es ist weder 1. der Rechtssatz nothwendig und vorhanden, daß durch den unredlich erworbenen Besitz die Forderung dem Besitzer erworben werde[7], mithin besteht

---

6) Der Besitzer ist der Gläubiger. Dieser Satz findet sich bei Vielen, z. B. auch bei Bluntschli und bei Gerber, wird aber meistens hinterher dahin limitirt, daß er dem Schuldner gegenüber Gläubiger sei, er dagegen einer Vindication entweder nur als unredlicher (Bluntschli deutsches Privatrecht. Bd. 2. §. 117. Nr. 3. 4. §. 118. Nr. 1.), oder sogar auch als redlicher Besitzer (Gerber d. Pr. R. §. 160.) unterliege. Damit ist aber der Satz, daß der Besitzer Gläubiger sei, aufgegeben. Ist der Vindicant der Gläubiger, und das wird er doch seyn sollen, so ist der Besitzer eben nicht Gläubiger. Die Behauptung, daß er doch Gläubiger dem Schuldner gegenüber sei, beruht auf einer Verwechselung. Weil der Schuldner durch Zahlung an einen Besitzer, welcher nicht Gläubiger ist, liberirt werden kann (vgl. unten §. 54f. No. I.), so wird dieser Nichtgläubiger für den Gläubiger gehalten.

7) Wer das Papier gestohlen oder geraubt hat, ist deshalb

kein Rechtssatz, daß eine Person vermittelst einseitigen Besitzerwerbes, wenn gleich mit dem Willen Gläubiger zu werden, die Forderung erwerben könne, denn dieser Wille ist nothwendig unredlich, ist rechtlich unmöglich[8]. Noch ist 2. der Rechtssatz nothwendig und vorhanden, daß durch denjenigen redlich erworbenen Besitz, welchem gar nicht der Wille die Forderung zu erwerben, unterliegt, also vermittelst einer solchen Besitzübertragung, welche nicht auch eine Übertragung der Forderung seyn soll, die Forderung dem Besitzer erworben werde[9]. Wohl aber ist 3. der Rechtssatz nothwendig und vorhanden, daß durch denjenigen redlich erworbenen Besitz, welchem der Wille die Forderung zu erwerben, unterliegt, dem Besitzer die Forderung erworben werde, wenn gleich sein Auctor nicht berechtigt zur Übertragung der Forderung war[10]. Als ein redlicher

---

nicht Gläubiger, weil er es lediglich durch diesen widerrechtlichen Besitz nicht werden kann. Daß der Dieb durch den Diebstahl Gläubiger werde, sich also einseitig zum Gläubiger machen könne, dafür ist weder der Wille im Verkehr noch ein Bedürfniß des Verkehrs.

8) Nicht zu verwechseln mit einer einseitigen Besitzergreifung mit dem Willen, zu Gunsten eines Andern dessen Forderung auszuüben; z. B. als negotiorum gestor, weil sonst die Forderung (z. B. aus dem Zinscoupon) verjähren, oder das Theaterbillet unbenutzt liegen bleiben würde.

9) Der Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger, Verkaufscommissionär ist deshalb nicht Gläubiger, weil er es durch diesen Besitz gar nicht werden will. Wird dem Besitzer diese Eigenschaft des Depositars u. s. w. bewiesen, so ist ihm damit bewiesen, daß er die Forderung durch diesen Besitz nicht erworben hat.

10) Denn war sein Auctor dazu berechtigt, so ist guter

ist dieser Gläubigerwille und Gläubigerbesitz[11] nur denkbar unter der doppelten Voraussetzung: einer Besitzübertragung mit dem Willen der Übertragung der Forderung und des guten Glaubens des Erwerbers. In diesem Fall des redlich erworbenen Gläubigerbesitzes ist die Forderung selber erworben. Und zwar nicht nur dem Schuldner gegenüber, sondern auch dem früheren wahren Gläubiger gegenüber, welcher nunmehr die Forderung verloren hat[12]. Somit ist der Satz behauptet, daß derjenige der wahre Gläubiger ist, welcher zuletzt in gutem Glauben das Papier mit dem Gläubigerwillen erworben hat. Ihm kann die Gläubigerschaft weder vom Schuldner noch von irgend einem früheren Gläubiger bestritten und abgestritten werden[13]. Die Umstände, welche bei einem Papier auf Namen die wahre Gläubigerschaft begründen, sind bei einem Papier auf

---

Glaube des Erwerbers nicht erforderlich. Vgl. den folgenden §. 54d.

11) Den Willen, Gläubiger zu werden, wollen wir den Gläubigerwillen, und den mit diesem Willen erworbenen Besitz den Gläubigerbesitz nennen.

12) Die Forderung ist durch den Erwerb von Seiten eines Andern folgeweise dem wahren Gläubiger verloren gegangen, welcher nun aufgehört hat, Gläubiger zu seyn. Die Gläubigerschaft soll eigenthümlich nämlich durch den Besitz nachgewiesen werden, daher wird sie auch eigenthümlich erworben, und daher auch eigenthümlich verloren, indem sie wider Willen des Gläubigers von einem Andern erworben werden kann.

13) Der Beweis dieses Satzes liegt in dem Willen des wahren Gläubigers, daß der Besitzer als berechtigt zur Übertragung der Forderung lediglich durch den Besitz nachgewiesen seyn soll. Daß er hieraus nothwendig folgt, wird aus der Erörterung der Unstatthaftigkeit der Vindication sich ergeben. Vgl. unten §. 55. No. III.

Inhaber gänzlich unerheblich: sie sind entweder nicht erforderlich oder nicht genügend [14].

§. 54d.
Papiere auf Inhaber.
(Guter und böser Glaube).

Guter und böser Glaube. Der Glaube des Erwerbers in Betreff des Rechtes (Gläubigerschaft oder Vollmacht) des Veräußerers wird nur für den Fall bedeutend, daß dieser weder der wahre Gläubiger noch auch vom wahren Gläubiger ausreichend bevollmächtigt war. In diesem Fall ist der gute Glaube des Erwerbers erforderlich und genügend, damit er die Forderung erwerbe und der wahre Gläubiger sie verliere. Was guter Glaube

---

14) Wahrer Gläubiger ist nicht immer derjenige Besitzer, welcher, ohne seine Forderung übertragen zu haben, der erste Nehmer des Papieres ist, oder durch lauter ununterbrochen echte Übertragungen mit dem ersten Nehmer zusammenhängt; wie es bei einem Papier auf Namen immer der Fall ist. Er kann der wahre Gläubiger seyn, weil ihm die Forderung auch wider seinen Willen nicht verloren gegangen ist. Wenn er es ist, so genügt zur Nachweisung seiner Gläubigerschaft der Besitz, und jene wahre Gläubigerschaft hat nur die negative Bedeutung, daß gegen die durch den Besitz begründete Vermuthung ein Gegenbeweis unmöglich ist. Wenn er den Besitz verloren hat, ohne seine Forderung folgeweise verloren zu haben, so ist zur Nachweisung seiner wahren Gläubigerschaft keinenfalls mehr erforderlich, als der Beweis seines gutgläubigen Erwerbes. Er kann aber auch wider Willen aufgehört haben, Gläubiger zu seyn, indem ein Anderer durch seinen Erwerb in gutem Glauben es wirklich geworden ist, dann verschlägt es nichts, daß er, wenn das Papier auf Namen lautete, allein der wahre Gläubiger seyn würde. Aus allem diesem ergiebt sich der im Text aufgestellte Satz.

sei, ergiebt die folgende Darstellung des bösen Glaubens. In der durch den Besitz begründeten Vermuthung der Legitimation ist die besondere Vermuthung des guten Glaubens enthalten. Dies wird erst dann bedeutend, wenn jene Vermuthung im Übrigen durch Gegenbeweis gebrochen ist[1]. Aber auch für den Nichtbesitzer[2] ist im Zweifel durch seinen Erwerbstitel die Vermuthung des guten Glaubens begründet[3]. Der böse Glaube des Erwerbers liegt nicht schon darin, daß er weiß, daß das Papier ein gestohlenes oder sonst wider Willen abhanden gekommenes sei. Der Erwerber ist dann in bösem Glauben, 1. wenn er wußte, daß der Veräußerer nicht der wahre Gläubiger und auch nicht vom wahren Gläubiger zur Veräußerung bevollmächtigt war. Dem Wissen steht 2. der Umstand gleich, daß ihm die Gläubigerschaft wie auch die Bevollmächtigung wegen Verdacht erregender Umstände zweifelhaft war. Er darf seinen begründeten Zweifel nicht selber willkürlich beseitigen. Er kann den Erwerb wagen, aber er wagt ihn auf seine Gefahr. Gleich steht auch 3. der Umstand, daß ihm die Gläubigerschaft wie auch die Bevollmächtigung wegen Verdacht erregender Umstände zweifelhaft seyn mußte. Das heißt: es kommt nicht auf seine individuelle Würdigung der Verdacht erregenden Umstände an, durch welche er für sich den Verdacht beseitigt, sondern es ist ein allgemeiner Maaßstab zum Grunde zu legen. Dieser ist aber kein strenger, es muß ihm eine culpa lata dolo proxima vor-

1) Vgl. unten §. 54e.

2) Vgl. unten §. 55 No. III. 2. zu Ende.

3) Savigny a. a. O. S. 149—153. Vgl. auch die folgende Note 4.

geworfen werden können[4]. Hingegen 4. der bloße Umstand, daß der Erwerber sich, ohne durch die Umstände dazu aufgefordert zu werden, um die das ihm angebotene Papier betreffenden Verhältnisse nicht bekümmert hat und ihm diese daher unbekannt geblieben sind, (z. B. öffentliche Bekanntmachung des Diebstahls, Warnung vor Ankauf, Edictalladung) begründet keinen bösen Glauben.

§. 54 e.

Papiere auf Inhaber.
(Vermuthung. Gegenbeweis).

Vermuthung und Gegenbeweis. Da der Besitz zur Nachweisung der Legitimation (der Gläubigerschaft wie der Bevollmächtigung) genügt, nicht aber dieselbe begründet, so ergiebt sich, daß der Besitz nur eine Vermuthung begründet, welche durch Gegenbeweis gebrochen werden kann. Die Vermuthung für den Besitzer ist nicht die des guten Glaubens, oder des redlichen Besitzes, oder des rechtmäßigen Besitzes, oder des Gläubigerwillens, oder des redlichen Erwerbes der Forderung, oder des rechtmäßigen Erwerbes der Forderung, oder der wahren Gläubigerschaft, oder der geschehenen Übertragung des Rechtes[1]. Denn hiermit wird theils weniger theils

---

4) Man darf hier anwenden, was von der bona fides beim Sachenerwerb gilt (Savigny Obligationenrecht Bd. 2. S. 149—153.), nur noch laxer, denn es ist ein Unterschied zwischen der Veräußerung einer Sache und eines Papieres auf Inhaber, weil dieses, was von andern Sachen nicht gilt, die Bestimmung hat, daß durch den Besitz die Legitimation nachgewiesen werde. Man darf also hier mehr als dort dem Besitzer trauen.

1) Es ist möglich, aber unnöthig, für alle diese Meinungen Schriftsteller anzuführen.

mehr, als erforderlich ist, behauptet. Um den Inhalt der Vermuthung zu bestimmen, ist zu erwägen, daß dem Besitz von allen möglichen Legitimationsgründen (Verhältnissen, welche zur Geltendmachung und zur Übertragung der Forderung berechtigen,) der eine oder andere unterliegen kann. Welcher ihm wirklich unterliegt, ist aus dem Besitz nicht zu ersehen. Aus dem Besitz erhellt nicht nur nicht, aus welchem Grunde der Besitzer Gläubiger ist, wenn er es ist, ob als ursprünglicher Contrahent, oder ob als Cessionar, und ob als erster oder zweiter oder weiterer Cessionar, oder ob als Erbe, und als wessen Erbe, sondern nicht einmal, ob der Besitzer Gläubiger oder nur Mandatar des Gläubigers ist. Die Vermuthung muß sich nothwendig auf alle möglichen Legitimationsgründe erstrecken. Denn für eine Beschränkung derselben auf einzelne bestimmte fehlt es an allem Grunde. Daraus folgt. Wenn der Besitzer einen bestimmten Legitimationsgrund behauptet (unklugerweise), so streitet eben für diesen die Vermuthung. Mithin wird vermuthet, daß er Gläubiger ist, oder daß er Mandatar des Gläubigers ist, je nachdem er jenes oder dieses zu seyn behauptet. Er ist aber nicht verpflichtet, irgend eines der möglichen Verhältnisse als das wirkliche zu behaupten, und auf eine Frage nach dem wirklichen Verhältniß, welche außer dem Proceß eine unberechtigte Neugierde ist, Rede und Antwort zu stehen. Daraus folgt ferner. Wenn der Besitzer keinen bestimmten Legitimationsgrund behauptet, sondern darüber schweigen will, was er darf, so geht die Vermuthung im Allgemeinen dahin, daß dem Besitz irgend eines der möglichen zur Geltendmachung und Übertragung der Forderung berechtigenden Verhältnisse unter-

liege. Gegenbeweis[2]. Diese weitreichende Vermuthung ist es, welche durch einen Gegenbeweis gebrochen werden muß, wenn dem Besitzer die Legitimation mit Erfolg bestritten werden soll, und er nicht gutwillig dem Gegner (dem Schuldner oder Vindicanten) durch positive Behauptungen, welche er aufstellt, den Gegenbeweis erleichtern will. Im Proceß, wenn gegen ihn geklagt oder excipirt wird, ist er allerdings verpflichtet, über seine Legitimation sich zu erklären, aber nicht mit positiven Behauptungen, sondern nur mit Ja und Nein auf die Behauptungen des Gegners, die er also nur zu leugnen braucht, um den Beweis zu erwarten. Zum Gegenbeweis genügt aber nicht z. B. der Umstand, daß das Papier einmal gestohlen worden, oder daß ein Anderer einmal wahrer Gläubiger gewesen ist, sondern es muß gegen ihn das vollständige Factum behauptet und bewiesen werden, aus welchem sich ergiebt, daß er, der Besitzer, in keiner Weise legitimirt ist. Dieser Beweis ist nicht anders zu führen, als durch die Nachweisung, wie der Besitzer zum Besitz gelangt, und daß er auf eine solche Weise dazu gelangt ist, daß er nicht legitimirt ist[3]. Nun ist freilich möglich, daß hinterher Umstände eingetreten sind, welche die Legitimation begründen; diese sind allerdings vom Besitzer zu behaupten und zu beweisen, weil die Abwesenheit aller möglichen hinterherigen Umstände gar nicht

---

2) Gegenbeweis von Seiten des Schuldners: unten §. 54 f.; von Seiten eines Vindicanten: unten §. 55.

3) Also z. B. daß er Dieb, oder Depositar, oder wenn gleich Käufer doch Käufer eines unberechtigten Verkäufers und zugleich (denn wird ihm weiter nichts bewiesen, so wird doch immer noch vermuthet, daß er in gutem Glauben gewesen sei,) in bösem Glauben war.

bewiesen werden kann, und also, wollte man diesen Beweis verlangen, ein Gegenbeweis gar nicht möglich seyn würde.

§. 54 f.

Papiere auf Inhaber.

(Der Besitzer dem Schuldner gegenüber.)

I. Legitimation und Legitimationsnachweisung dem Schuldner gegenüber. Der bloße Besitz beweiset die Legitimation des Inhabers zur Geltendmachung der Forderung, z. B. zur Erhebung der Schuldsumme[1]. Er hat das Papier. Für diese Legitimationsnachweisung macht es keinen Unterschied, ob er es in gutem oder bösem Glauben genommen hat, da der Besitz genügt. Der Schuldner, welcher dem Besitzer zahlt, überhaupt erfüllt, wird daher liberirt, wenn gleich dieser nicht der wahre Gläubiger noch auch dessen Bevollmächtigter ist, weil er derjenigen Person erfüllt hat, welche als berechtigt ausreichend[2] nachgewiesen war. Dies gilt aber

---

1) Anders ist es, wenn das Papier nicht auf jeden Inhaber, auch nicht schlechtweg auf den Inhaber lautet, noch auch als so lautend gilt, sondern auf jeden getreuen Inhaber lautet. Mit dieser Clausel ist nicht zu verwechseln die Clausel: an Herrn X oder jeden getreuen Inhaber. Hier liegt gar nicht ein Papier auf Inhaber vor; der Zusatz ist übrigens hier überflüssig. Vgl. Treitschke Encyclopädie der Wechselgesetze. Bd. 1. S. 239. 240. Savigny a. a. O. S. 102. 103.

2) Hierin liegt ein Unterschied von den Papieren auf Namen. Denn bei diesen ist kein anderer Beweis der Legitimation ausreichend, um den Schuldner zu liberiren, als welcher der wirklichen Legitimation entspricht. Der wahre Gläubiger verliert seine Forderung gegen den Schuldner nie, wenn sie ohne seinen Willen einem Andern erfüllt worden ist.

nicht unbedingt[3]. Denn auch dem Schuldner gegenüber hat der Besitz nur die Bedeutung, daß er die Legitimation beweiset Gegenbeweis vorbehältlich, nicht aber, daß er sie begründet; und ist also von der Legitimationsnachweisung die Legitimation zu unterscheiden; und ist, was die letztere betrifft, keine andere Person der wahre Gläubiger, als welche es überhaupt ist[4]; und ist sonach der Besitzer nicht immer legitimirt, sondern entweder legitimirt oder nicht legitimirt. Dem legitimirten Besitzer zu erfüllen ist der Schuldner verpflichtet und berechtigt, und wird, wenn er ihm erfüllt, liberirt. Dies ist zweifellos. Die Frage[5], ob er dem nicht legitimirten Besitzer zu erfüllen verpflichtet ist, oder doch mindestens berechtigt und nicht vielmehr, ihm nicht zu erfüllen, verpflichtet ist, kommt, da er sich der Erfüllung nur vermittelst eines Gegenbeweises entziehen kann, auf die Frage hinaus, ob er zur Führung des Gegenbeweises berechtigt oder sogar verpflichtet ist, also berechtigt oder sogar verpflichtet, durch Weigerung der Erfüllung und Gegenbeweis das Interesse des wahren Gläubigers zu wahren? Für die

3) Mit Unrecht behauptet Savigny S. 136. daß der Schuldner ein unbedingtes Recht habe, jedem thatsächlichen Besitzer zu zahlen, daß er schlechthin liberirt werde, und niemals von einem Andern in Anspruch genommen werden könne. Durch diese Behauptung erhebt er die durch den Besitz begründete Vermuthung dem Schuldner gegenüber zu einer Fiction.

4) Das heißt: es ist immer dieselbe Person der wahre Gläubiger, welchem allein in Wirklichkeit die Forderung zusteht, und welcher allein zur Geltendmachung der Forderung gegen den Schuldner und zur Übertragung der Forderung an Jedermann wirklich berechtigt ist.

5) Savigny a. a. O. S. 136. umgeht nicht die Frage, aber die Antwort.

Antwort ist der Umstand bedeutend, daß für den Schuldner die wahre Gläubigerschaft stets eine fremde Angelegenheit ist, die er fast nie mit voller Sicherheit wissen kann, mithin es fast immer ein Wagniß für ihn ist, die Erfüllung dem Besitzer zu weigern, weil, wenn dieser trotz aller Unwahrscheinlichkeit dennoch der wahre Gläubiger ist, er eine Widerrechtlichkeit begangen hat und wegen der Folgen verantwortlich ist. Hieraus folgt. Berechtigt ist der Schuldner stets, sich der Rechte des wahren Gläubigers anzunehmen, und jene Gefahr des Mißlingens des Gegenbeweises und folgeweise der Widerrechtlichkeit und Verantwortlichkeit zu laufen[6]. Diese Berechtigung zu bestreiten hat nur der Besitzer ein Interesse, aber er hat dazu kein Recht. Wenn gleich der Schuldner sich verpflichtet hat, ohne Legitimationsprüfung zu zahlen, so hat das doch nicht den Sinn, daß er zum Gegenbeweis

6) Er wird in eclatanten Fällen aus menschlichem Erbarmen die Bestreitung der Legitimation wagen mögen. Aber ein Wagniß ist es stets. Was er auch sagen mag, der Besitzer hat stets die Möglichkeit eines Einwandes, den er aber gar nicht einmal zu äußern verpflichtet ist. Beispiele. Ein Bettler präsentirt eine Obligation von bedeutendem Werth. Aber der Bettler kann ein ehrlicher Mann, und Mandatar des wahren Gläubigers seyn. Oder: Du bist ein Dieb vor meinen Augen. Antwort: Nein es war Schutz im Besitz, er war mein Dieb. (Dies gegen Savigny a. a. O. S. 133.). Oder: Du bist ein Räuber des ersten Erwerbers. Antwort: Nein, nur das Papier habe ich weggenommen, die Forderung hat er mir schon im Voraus übertragen gehabt; das Wegnehmen nur des Papieres kümmert Dich aber nicht. — Wer das Papier heimlich oder gewaltsam wegnimmt, wird zwar nicht durch diesen Umstand Gläubiger, aber er kann es schon vorher gewesen seyn, oder aus andern Gründen nachher geworden seyn.

nicht einmal berechtigt seyn wolle und solle, denn wäre dies, so würde die Vermuthung der Gläubigerschaft ihm gegenüber eine Fiction und zwar zu seinem Nachtheil seyn sollen, welches anzunehmen es an allem Grunde fehlt. Es folgt ferner. Der Schuldner ist nicht verpflichtet, das Interesse des wahren Gläubigers zu wahren, vorausgesetzt daß er auf seine Gefahr die Legitimation bestreiten soll, denn gerade den Schwierigkeiten und der Gefahr der Legitimationsprüfung will und soll er überhoben seyn. Er ist nicht verpflichtet, sich einer möglichen Gefahr zu unterziehen, wenn gleich diese den Umständen nach so unwahrscheinlich seyn mag, daß man sie fast unmöglich nennen kann. Er ist aber dann verpflichtet, dem Besitzer die Legitimation zu bestreiten und die Erfüllung zu weigern, wenn ein Anderer dies von ihm verlangt unter dem Erbieten, die Gefahr und Verantwortlichkeit auf sich nehmen zu wollen, und unter genügender Sicherstellung wegen Erfüllung dieses Versprechens. Würde er dann, wo sein Interesse an der Erfüllung beseitigt ist, dennoch dem Besitzer erfüllen, so würde er die mögliche Widerrechtlichkeit begünstigen, mithin von seiner Schuld gegen den wahren Gläubiger nicht liberirt seyn. Außerdem ist er von seiner Schuld gegen den wahren Gläubiger nicht liberirt, wenn er wirklich wissentlich dem nicht legitimirten Besitzer erfüllt, was aber wohl kaum anders denkbar ist, als im Fall der Collusion (des Einverständnisses) mit diesem Besitzer. II. Einreden des Schuldners. Weil der Inhaber lediglich in seiner Eigenschaft als Besitzer des Papieres die Forderung geltend macht, so fällt nothwendig jede Einrede weg, welche ein bestimmtes Legitimationsverhältniß voraussetzt. Eine solche Einrede kann gar nicht mit Erfolg vorge-

schützt werden, weil der Inhaber weder verpflichtet ist, ein bestimmtes Legitimationsverhältniß anzugeben, noch, wenn ein solches gegen ihn behauptet wird, sich auf die Behauptung einzulassen[7]. Dies ist der Grund, warum die Berufung auf das anastasische Gesetz[8], und auch die Einrede der Compensation[9] wegfällt.

---

7) Denn sollte er dazu, also folgeweise zu einem Streit über den wirklichen Legitimationsgrund verpflichtet seyn, so würde es ja auf eine anderweitige Legitimationsnachweisung als lediglich durch den Besitz, und auf eine eindringliche Legitimationsprüfung hinauskommen. Hiermit steht es nicht in Widerspruch, daß der Inhaber sich dann erklären muß, wenn gegen ihn in der oben §. 54e. angegebenen Art behauptet wird, daß er in keiner Weise legitimirt sei.

8) Denn sie setzt voraus, daß der Inhaber Cessionar ist, er kann aber ursprünglicher Gläubiger seyn. Es ist nicht ganz richtig, wenn man den Grund so stellt: Der Schuldner hat, indem er die Schuldurkunde auf den Inhaber gestellt hat, erklärt, daß er den Vorzeiger als seinen wahren Gläubiger ansehen, und auf etwa zwischenliegende Cessionsverhältnisse nicht Rücksicht nehmen wolle, er verzichtet also auf jene Berufung; dieser Verzicht geht auch aus dem Zweck der Ausstellung einer solchen Urkunde hervor, daß sie wie baare Münze cursiren solle. So Spangenberg in Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminalrechtspflege in Hannover. Bd. 1. 1826. Heft 1. Abhandlung VI. S. 65—68. Mit dieser Deduction ist einverstanden Linde in Lindes Zeitschrift Bd. 3. 1830. Heft 1. Abhandlung II. §. 2. wo auch die Deduction von Gönner §. 62. und von Pfeiffer practische Ausführungen Bd. 1. 1825. No. VI., welche beide im Resultat derselben Meinung sind, widerlegt ist. Im Resultat ist auch einverstanden Bender Verkehr §. 65; doch darf man von seinen Gründen höchstens den dritten gelten lassen, welcher der spangenbergsche ist, die beiden andern: daß die Staatspapiere eine Waare sind, über deren Preis die Interessenten beliebig einig werden dürfen,

§. 54 g.

Papiere auf Inhaber.
(Übertragung der Forderung.)

Übertragung der Forderung. Bei der Veräußerung eines Papieres auf Inhaber geht der Wille regelmäßig [1] auf eine Übertragung der Forderung [2], und in diesem Sinn ist sie auch zunächst zu verstehen [3]. Die Übertragung der Forderung ist regelmäßig begleitet von

---

und daß sie als Waare einen wandelbaren Tagspreis haben, sind nicht beweisend. Denn gegen die beliebige Festsetzung des Kaufpreises zwischen dem Cedenten und dem Cessionar ist nichts zu erinnern, aber der debitor cessus darf sich auf die Größe desselben berufen; die Möglichkeit der Werthveränderung der cedirten Forderung ist aber nirgends gesetzlich für einen Grund erklärt worden, daß der Cessionar mehr vom debitor cessus fordern dürfe, als er selbst für die Forderung gegeben hat. Vgl. auch Bülow und Hagemann Erörterungen ed. Spangenberg Bd. 8. Abth. 2. S. 56—65.

9) Denn sie setzt voraus, daß der Inhaber Gläubiger ist, er kann aber Mandatar des Gläubigers seyn. Die Einrede ist mit Recht verworfen in einem Urtheil des O. A. G. zu Cassel (Seuffert Archiv Bd. 3. No. 194.) Wer sie fürchtet, braucht übrigens nur, um ihr sicher zu entgehen, einen Andern mit dem Papier zu schicken.

1) Es ist ein seltener aber nicht unerhörter Fall, daß nur das Eigenthum am Papier veräußert, nicht aber die Forderung übertragen wird. Vgl. oben §. 54 c. No. I. Dieser beschränkte Wille muß deutlich erklärt werden.

2) Und zugleich des Eigenthums am Papier. Es ist ein seltener aber nicht unerhörter Fall, daß nur die Forderung übertragen, nicht aber das Eigenthum am Papier veräußert wird. Vgl. oben §. 54 c. No. I. Dieser beschränkte Wille muß deutlich erklärt werden.

3) Vgl. oben §. 51. Note 4.

der Übergabe des Papieres[4]. Diese ist, da sie den Erwerber der Forderung zum Besitzer des Papieres macht, statt jeglichen Beweises genügend, damit er die Forderung geltend machen und weiter übertragen kann, und ist erforderlich, damit er dieser leichten Legitimationsnachweisung lediglich durch den Besitz nicht entbehrt. Da aber die Forderung unabhängig von der Beweisurkunde ist, so ist zur Übertragung der Forderung dieser Wille genügend, und die Übergabe des Papieres, welche zuweilen sogar unmöglich ist, nicht nothwendig[5]. Der Verkäufer eines Papieres auf Inhaber, das heißt der durch ein solches bewiesenen Forderung, haftet für die Existenz dieser Forderung (esse nomen), also für die Echtheit des Papieres[6], nicht aber für die Güte der Forderung (locupletem esse debitorem)[7]. Liefert der Verkäufer ein gestohlenes

---

4) Es ist zu unterscheiden: 1. die Veräußerung des Papieres, d. h. der Sache, des Eigenthums am Material; und 2. die Übertragung der Forderung; und 3. die Übergabe des Papieres. Mit der ersten ist nicht nothwendig aber regelmäßig verbunden die zweite; mit der zweiten ist nicht nothwendig aber regelmäßig verbunden die erste und die dritte; mit der dritten ist nicht nothwendig weder die erste noch die zweite verbunden, es ist schwer zu sagen, ob regelmäßig, denn der Übergabe des Papieres liegen sehr häufig andere Verhältnisse (Mandat, Depositum, Pfand, Commodat,) unter.

5) Mit Unrecht wird behauptet, z. B. von Bluntschli deutsches Pr. R. Bd. 2. §. 117: Ohne Übergabe des Papieres könne die Forderung nicht übertragen werden.

6) Denn an der Pflicht des Verkäufers einer Forderung, zu prästiren: esse nomen, kann der Umstand, daß die Legitimationsnachweisung gegen den Schuldner, wie überhaupt, also auch gegen den Käufer, erleichtert ist, nichts ändern.

7) Mit Unrecht behauptet dies von jedem Übertragenden

Papier auf Inhaber, so hat der Käufer keinen Anspruch gegen ihn. Denn die Legitimation des Käufers gegen den Schuldner, also der Genuß der Forderung (habere licere) ist dadurch nicht gehindert, und der Vindication eines Dritten kann der Käufer nur dann unterliegen, wenn er in bösem Glauben das Papier genommen hat, ein Umstand, welcher aber auch seinem Regreß gegen seinen Verkäufer entgegensteht.

§. 55.

Vindication der Papiere auf Inhaber.

Vindication der Papiere auf Inhaber. I. Die Statthaftigkeit der Vindication von Papieren auf Inhaber wird vielfach durch die Berufung auf die nun einmal recipirten Sätze des römischen Rechtes, welche sich auf die Vindication aller körperlichen Vermögensobjecte, sogar auch von Geld [1] bezögen, vertheidigt. Dabei wird denn aber die Frage, ob nicht durch die eigenthümliche Natur dieser Papiere die Vindication ausgeschlossen werde, entweder ganz übergangen, oder ohne weitere, oder wenigstens ohne die gehörige Würdigung der Frage verneint [2]. II. Die Unstatthaftigkeit vertheidigt Gön-

---

Gerber deutsches Pr. R. §. 160., und Renaud a. a. O. S. 345. Note 74. Vgl. unten §. 120. Note 21.

1) Daß Geld vindicirt werden darf, hat keinen Zweifel. L. 78. L. 94. §. 2. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 11. §. 2. L. 14. L. 31. §. 1. D. de R. C. (12. 1.).

2) Die Statthaftigkeit wird behauptet namentlich in: Kind quaestiones forenses. Bd. 3. No. 26. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle. Bd. 3. Abh. 38. Mittermaier. Aufl. 5. und 6. §. 274. No. III. vgl. auch §. 352. No. VIII. So auch von Savigny a. a. O. §. 66—68, rein aus dem Ge-

ner auf folgende Art: das Recht der Forderung ist hier Gegenstand der Vindication, die Urkunde fließt mit dem Forderungsrecht in Eins zusammen, ist nichts davon Verschiedenes, die Urkunde ist das Recht selbst, weil das Innehaben derselben das einzige Merkmal ist, an welchem man den Eigenthümer der Forderung erkennen kann, die Vindication einer Forderung gegen den Gläubiger ist aber undenkbar [3]. — Allein es fehlt an allem Grunde, dem Papier auf Inhaber die Eigenschaft einer bloßen Beweisurkunde abzusprechen, zumal da aus dieser Ansicht, daß der Besitz der Urkunde das einzige Kennzeichen der Gläubigerschaft sei, folgt, daß der Verlust des Papieres auch den Verlust des Forderungsrechts nach sich zieht. Dies darf man aber ohne ausdrückliche Erklärung der Interessenten nicht annehmen. Auch widerspricht sich diese Theorie Gönners in sich selbst, da sie die Vindication nur gegen den unredlichen Besitzer ausschließt [4], und gegen denjenigen, welcher nicht dritter Besitzer ist, z. B. gegen den Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger, die Contracts-

---

sichtspunct des Sachenrechts. Vgl. dagegen oben §. 54c. und die im Text unter III. folgende Erörterung. Da die Fragen ach der sogenannten Vindication gar nicht ins Sachenrecht gehört, so ist es auch ganz gleichgültig, ob in Betreff der Verfolgung beweglicher Sachen das römische Recht oder der Satz Hand wahre Hand gilt, worauf aber natürlich Savigny a. a. O. S. 154. 155. Gewicht legt.

3) Vgl. Gönner S. 234. 238. 239. und hiermit seinen ganzen §. 70. Mit dieser Deduction ist einverstanden Nebenius öffentlicher Credit. S. 542. und Schumm die Amortisation verlorener oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden. S. 62—65. (vgl. oben §. 53. Note 3).

4) Gönner S. 236. 237. Nr. 3.

klage zuläßt [5], während doch ausdrücklich bemerkt ist [6], daß von einer bloßen Vermuthung für den Inhaber nicht die Rede sei. Ist die Forderung von dem Papier untrennbar, so schlage ich die actio depositi u. s. w. durch die sofort liquide Einrede meiner Gläubigerschaft und meines Eigenthums am Schuldschein zurück [7]. III. Das Richtige ist Folgendes [8. 9. 10]. Die Vindication ist unstatt-

5) Gönner S. 236. Nr. 2. Diesen Widerspruch bestreitet Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 708. aus einem Mißverständniß der Ansicht Gönners.

6) Gönner S. 241. lit. e.

7) L. 45. D. de R. J. Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest.

8) Den Gründen Benders Verkehr §. 67. für die Unstatthaftigkeit steht Folgendes entgegen: der Grund, daß der Erwerber den Papieren auf Inhaber nicht ansehen könne, ob der Veräußerer sie rechtmäßig besitze, beweist zu viel, denn daraus folgt das Wegfallen der Vindication fast bei allen Sachen; außerdem übersieht Bender, daß eine Vermuthung durch einen Gegenbeweis aufgehoben werden kann, und daß die Schwierigkeit, einen Beweis zu erbringen, kein Grund ist, den Beweis für unstatthaft zu erklären.

9) Mittermaier Aufl. 6. §. 274. Note 39. 40. giebt zu, daß die Unstatthaftigkeit der Vindication daraus folgt, daß der Aussteller eines solchen Papieres die Sachlegitimation (richtiger die Nachweisung derselben) an die einzige Bedingung des Besitzes knüpft, und der Nehmer des Papieres dieses genehmigt, (so war der Grund für die Unstatthaftigkeit der Vindication in der ersten Auflage dieses Werkes gefaßt,) findet es aber bedenklich, für diese Voraussetzungen zu vermuthen. Allein diese Voraussetzungen sind nach der Natur des Papieres auf Inhaber immer da, einer Vermuthung bedarf es nur für den guten Glauben des Besitzers.

10) Savigny a. a. O. S. 138—141. hat für die Statt-

haft gegen den gutgläubigen Erwerber. Der Ausdruck Vindication ist irreführend [11], weil er dem Sachenrecht angehört und es sich hier um die Bestimmung der Gläubigerschaft bei einer Forderung handelt. Ist der wahre Gläubiger herausgestellt, so ist damit die Frage beantwortet. Wenn der gutgläubige Erwerber des Papieres nunmehr der wahre Gläubiger ist, so kann ihm

---

haftigkeit der Vindication keinen andern Grund, als daß sie bei jeder Sache dem Eigenthümer zustehe. Vergl. hiergegen oben Note 2. Was für die Ausschließung der Vindication gesagt worden ist und werden kann, ist nicht widerlegt worden, indem als der dafür geltend gemachte Grund nichts weiter angeführt wird, als: es sei stets die stillschweigende Übereinkunft aller Theile anzunehmen, daß keine strenge Vindication gelten solle, also ein stillschweigender Verzicht auf die Vindication. Gegen den so formulirten Grund wird sodann zweierlei eingewandt: die Annahme dieses Verzichtes sei willkürlich und gewagt, was sich ergebe, wenn man die einzelnen Gläubiger frage (vgl. hiergegen unten Note 19.), und selbst ein ausdrücklicher Verzicht auf die Vindication, also eine Modification des Eigenthums, würde nur eine obligatorische Wirkung unter den Contrahenten und ihren Rechtsnachfolgern, aber keine dingliche Wirkung gegen dritte Personen haben können. Dieser Einwand ist nicht zutreffend, weil die Frage nach der fälschlich so genannten Vindication gar nicht dem Sachenrecht angehört. Vgl. oben den Text bei Note 11, und diese Note 11, und oben §. 54. c. Note 3. und 4.

11) Man kann der Kürze wegen den einmal üblichen Ausdruck Vindication und Vindicant beibehalten, sollte aber darunter zunächst und vorwiegend nicht eine Vindication des Papieres, sondern eine Vindication der Forderung verstehen. Dieser Ausdruck für Abstreitung der Forderung verleitet wenigstens nicht die Frage ins Sachenrecht zu ziehen, woran offenbar der schlecht gewählte Ausdruck Vindication und Vindication des Papieres nicht geringe Schuld trägt.

die Forderung nicht abgestritten werden und mithin auch nicht mit dem Vorgeben, daß ein Anderer der wahre Gläubiger sei, das Papier [12]. Ist die Vindication statthaft, so ist es unmöglich, die Forderung mit Sicherheit zu erwerben [13]. Der tiefere Grund für die Unstatthaftigkeit ist aber folgender. Die Vindication ist ein Widerspruch im Willen des Vindicanten [14], freilich nicht in seinem rein egoistischen Willen, aber in seinem auf das Interesse des Verkehrs gerichteten Willen; deutlicher: nach dem allgemeinen Willen im Verkehr ist es ein Widerspruch, wenn der frühere Nehmer eines Papieres auf Inhaber einem späteren gutgläubigen Nehmer desselben die wahre Gläubigerschaft bestreiten will, er kann nicht umhin, zuzugeben, daß er die Forderung verloren und der Andere sie erworben hat [15]. Wie es diesem allgemei-

---

12) Es wird hier der seltene Fall ganz weggedacht, daß lediglich auf das Material Eigenthumsansprüche erhoben werden.

13) Vgl. unten Note 19.

14) Dieser innere Widerspruch ist schon in der ersten Auflage hervorgehoben, aber bestritten worden, z. B. von Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 708. mit der Frage: was geht es den Vindicanten an, daß der Besitzer gegen den Schuldner ad causam legitimirt ist? Mit Unrecht meint Gerber d. Pr. R. §. 160 Note 7. (auch Gengler d. Pr. R. S. 173. 174.) den erläuternden Text der zweiten Auflage durch denselben Einwand („die Gründe bezögen sich bloß auf das Verhältniß des Besitzers zum Schuldner") und durch Behauptung einer petitio principii beseitigen zu können.

15) Savigny a. a. O. S. 146. läßt durch Ersitzung des Eigenthums die Forderung für den Ersitzenden entstehen. Er läßt mithin doch dem wahren Gläubiger seine Forderung verloren gehen in Folge des gutgläubigen Erwerbes von Seiten eines Andern. Nur muß dieser das Papier drei Jahre lang

nen Willen[16] entsprechend ist, wird jeder einzelne wahre Gläubiger behandelt, will er dies nicht, so hätte er das Papier auf Inhaber in ein Papier auf Namen verwandeln, oder wenn dies nicht möglich war, es gar nicht nehmen müssen. Bei den meisten und bedeutendsten dieser Papiere liegt der gegenwärtige Werth nicht in der Geltendmachung der Forderung dem Schuldner gegenüber, sondern in der Möglichkeit und Wirklichkeit der Übertragung; die Forderung wird wiederholt übertragen, bevor sie, was nur einmal möglich ist, geltend gemacht wird. Recht eigentlich um der Übertragung willen werden sie auf den Inhaber gestellt. Der wahre Gläubiger soll und will lediglich durch den Besitz als legitimirt zur Übertragung der Forderung nachgewiesen seyn. So ist es der allgemeine Wille im Verkehr. Sollte und wollte er, wenn er die Forderung übertragen will, sich als wahrer Gläubiger nachweisen, was nur vermittelst eines schwerfälligen Beweises möglich ist, so würde das Papier nach dieser einen Seite hin, nämlich einem weiteren Erwerber gegenüber, ganz und gar die Bedeutung eines Papieres auf Inhaber verlieren. Eben daher ist der Satz: der wahre Gläubiger will, daß

---

aufbewahrt haben. Dann wird er Gläubiger und der wahre Gläubiger hört auf Gläubiger zu seyn. Dieser Verlust der Forderung wider Willen des Gläubigers wird durch nichts Anderes gerechtfertigt, als durch consequente Anwendung des Sachenrechts ohne irgend einen Hinblick auf die Frage, ob das Obligationenrecht dies zuläßt, und ob wenn es dies zuläßt, aus dem Grunde der Eigenthümlichkeit der Beweisurkunde, nicht aus diesem Grunde in ganz anderer Art ein Verlust und Erwerb der Forderung anzunehmen sei.

16) Vgl. oben §. 8. bei Note 1.

er lediglich durch den Besitz als legitimirt (zur Übertragung) nachgewiesen sei, nicht dahin zu verstehen: er will, daß nur er lediglich durch den Besitz als legitimirt nachgewiesen sei, denn wollte er dies, so müßte er ja doch neben seinem Besitz nachweisen, daß er der wahre Gläubiger sei, und dann läge ja in dem Stellen des Papieres auf Inhaber keine Erleichterung der Legitimationsnachweisung. Will er nun nicht, und kann er nicht wollen, weil er einen Widerspruch wollen würde, daß nur er lediglich durch den Besitz als legitimirt nachgewiesen sei, so will er also, (und er kann nichts Anderes wollen,) daß Jeder, wer es auch sei, durch den Besitz als legitimirt nachgewiesen sei. Und zwar gerade so, als wenn er selber es wäre. Denn wie soll man ihn von jedem beliebigen Andern noch unterscheiden können, wenn lediglich der Besitz die Legitimation ausreichend beweisen soll? Der wahre Gläubiger muß sich sagen: nach meinem eigenen Willen ist jeder Besitzer so gut wie ich der wahre zur Übertragung der Forderung berechtigte Gläubiger, ist statt meiner ich, weil ich nur als Besitzer und nicht als ich, nicht in noch irgend einer andern Eigenschaft als Gläubiger nachgewiesen seyn will, und kann daher statt meiner einen Andern zum wahren Gläubiger machen. Jeder Besitzer hat um so mehr statt meiner zu gelten, als ich meinen wirklichen Verkaufsmandatar in keiner andern Weise als lediglich durch Einhändigung des Papieres bevollmächtigen würde. Will der wahre Gläubiger, daß wenn er oder sein Mandatar die Forderung überträgt, die Nachfrage nach der Legitimation sich auf den Besitz beschränke, wie kann er denn ohne Widerspruch dem den gehörigen und mithin wirklichen Erwerb der Forderung bestreiten, welcher Allem genügt hat, was

er selber als ausreichend für die Prüfung der Legitimation angesehen wissen will [17]. Würde dem wahren Gläubiger eine anderweitige Legitimationsweisung abverlangt werden, so würde er sich einen andern Nehmer des Papieres suchen [18]. Ist es nun der Wille des wahren Gläubigers, daß der Erwerber des Papieres auf Inhaber für die Legitimation zur Übertragung der Forderung nach nichts Weiterem frage und fragen dürfe, als nach dem Besitz, so ergiebt er sich unabwendlich in die Folgerung, daß seine Forderung wider seinen Willen ihm verloren gehen und von einem Andern erworben werden kann. Wenn er das Eine will, so muß er auch das Andere wollen. Diese Folgerung besteht freilich nicht vor dem Egoismus des Gläubigers, dem das Papier abhanden

17) Der Besitzer kann jedem Vindicanten erwiedern: es ist gerade so gut, als ob ich von Dir selber das Papier, die Forderung, erworben hätte, denn wärest Du selber mein Verkäufer gewesen, so hätte ich um Deine Berechtigung, Deine Gläubigerschaft, zu erfahren, und um die Vollmacht Deines Verkaufsmandatars zu erfahren, nach nichts Weiterem fragen dürfen, als nach dem Besitz. Wenn Du der wahre Gläubiger als bloßer Besitzer für den wahren Gläubiger gelten willst, so mußt Du auch jeden bloßen Besitzer, der sich für den wahren Gläubiger ausgiebt, für Dich das heißt für den wahren Gläubiger gelten lassen. Für den wahren Gläubiger, welcher dem Schuldner gegenüber zur Geltendmachung und jedem Andern gegenüber zur Übertragung der Forderung berechtigt ist.

18) Nie würde der wahre Gläubiger eine anderweitige Legitimationsnachweisung geben, einmal weil sie nicht nöthig ist, und ferner weil er sie nicht geben kann ohne die größten Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten, denen er gerade überhoben seyn will, und endlich, weil er, um sie geben zu können, nunmehr Nachforschungen anstellen müßte, die er eben, weil sie unnöthig sind, bisher unterlassen hat.

gekommen ist und der nun seine Forderung einbüßen soll, wohl aber besteht sie vor dem Urtheil desjenigen, welcher die Lage des gutgläubigen Erwerbers, der lediglich dem Besitz vertrauen soll und darf, würdigt und die Interessen dieses Erwerbers und des Verlierers, der überdies, wenn er nicht der erste Nehmer ist, bei seinem Erwerb der Forderung auch lediglich dem Besitz getrauet hat, gegen einander unbefangen ausgleicht[19]. Der innere Wi-

19) Will man sich fragend an die Gläubiger wenden, so sind natürlich weder solche zu befragen, die der Vindication bedürfen, noch solche, denen eine Vindication droht, sondern nur solche, denen die eine wie andere Möglichkeit bevorsteht. Die Frage ist so zu stellen: Wollt Ihr lieber den Vortheil, keiner Vindication ausgesetzt zu seyn, mit der Gefahr, keiner Vindication zu genießen? oder lieber den Vortheil, der Vindication zu genießen, mit der Gefahr, der Vindication ausgesetzt zu seyn? Welche Gefahr schlagt Ihr geringer an? Mit andern Worten: Wollt Ihr lieber sicheren Erwerb der Forderung (sicher lediglich durch guten Glauben) mit unsicherem Behalten (unsicher durch die Möglichkeit unfreiwilligen Verlustes?) oder lieber sicheres Behalten der wirklich erworbenen Forderung mit unsicherem Erwerb? Savigny a. a. O. S. 140. meint: die Mehrzahl der Gläubiger werde die Gefahr, durch unvorsichtigen Ankauf einer Vindication zu unterliegen, für die geringere halten, (also die zweite Alternative vorziehen,) denn oft werde es leichter seyn, durch Vorsicht bei dem Ankauf jeden Schaden abzuwenden, als dem Verlust durch Diebstahl oder Raub vorzubeugen. Allein hierbei ist übersehen, daß es rein unmöglich ist, durch Vorsicht bei dem Ankauf eine begründete Vindication zu entdecken. Man müßte Nachforschungen anstellen, durch welche das Papier alle Bedeutung eines Papieres auf Inhaber verliert, welche daher selten in der erforderlichen Ausdehnung möglich seyn werden, und deren erster Versuch zur Folge haben wird, daß der Feilbieter sich einen andern Käufer sucht. Ein Banquier, der diese Vorsicht

derspruch der Vindication gegen den gutgläubigen Erwerber liegt in einer andern Wendung darin, daß der Vindicant nun plötzlich, wo es ihm vortheilhaft werden kann, das Papier auf Inhaber wie ein Papier auf Namen behandeln will [20]. Nun plötzlich will er sein besseres Recht dem redlichen Erwerber gegenüber auf die Umstände gründen, welche bei Papieren auf Namen für den Verlust und Erwerb der Forderung maaßgebend sind, welche aber für ihn rein zufällige sind, d. h. ursprünglich nicht beachtete oder doch nicht nothwendig beachtenswerthe, welchen nachzuforschen daher auch nun erst ein Interesse besteht. Nun plötzlich will er sein Recht nachweisen durch Angabe und Beweis bestimmter Personen und individueller Ver-

---

beim Ankauf z. B. der tausende von Zinscoupons beobachten wollte, würde sein Handelspersonal zum Zweck der Legitimationsprüfung vermehren müssen, um dann diese Kunden zu verlieren. Und welcher Banquier würde seinen vorsichtigen Käufern nur die geringste Auskunft über seinen Erwerb geben? Die Gesammtheit der Gläubiger wird daher die erste Alternative vorziehen.

20) Soll die Vindication statthaft seyn, so ist nur eine zweifache Begründung möglich: entweder Nachweisung der Gläubigerschaft wie bei Papieren auf Namen, oder Nachweisung lediglich des früheren Besitzes. Denn die Anwendung der Rechtssätze des Sachenrechts entbehrt jeglichen Grundes. (Vgl. oben §. 54c. Note 3). Es ist nun aber nicht abzusehen, warum der frühere Besitzer lediglich durch den früheren Besitz als besser berechtigt nachgewiesen sei, als der gegenwärtige Besitzer durch den gegenwärtigen Besitz. Der Vindicant muß also mehr nachweisen als seinen früheren Besitz, und nun bleibt nichts übrig, als der Beweis seiner Gläubigerschaft, wie bei einem Papier auf Namen. Dies steht nicht in Widerspruch mit dem was im Text unter III. 2. gesagt worden ist.

hältnisse, als ob das Papier auf Inhaber sich durch das Abhandenkommen in ein Papier auf Namen verwandelt hätte, während er es doch bis dahin und ohne das wie ein Papier auf Inhaber behandelt hat und behandelt haben würde: er hat bei seinem Erwerbe nur dem Besitz vertrauet, und würde, hätte er die Forderung geltend machen oder übertragen wollen, den Schuldner oder Erwerber zum Zweck seiner Legitimationsnachweisung lediglich auf seinen Besitz verwiesen haben. Ist noch immer kein innerer Widerspruch im Willen des Vindicanten eines Papieres auf Inhaber? Daß gegen den gutgläubigen Besitzer die Vindication unstatthaft ist, findet sich ausgesprochen in vielen Particularrechten[21. 22] und Urtheilen[23].

---

21) Preußisches Landrecht Th. 1. Tit. 15. §. 45—47. — Oesterreichisches Gsb. §. 371. 1393. — Hannoversche Verordnung über abhanden gekommene landschaftliche Schuldverschreibungen vom 20. Januar 1826. Art. 2. — Königreich Sachsen. (Zahlreiche Gesetze von 1772—1843. Vgl. Haubold Privatrecht. Aufl. 3. §. 188. Note c.) — Sachsen Weimar Eisenach. — Altenburg. — Gotha. — Coburg. — Meiningen. — Schwarzburg Sondershausen. — Reuß j. L. — Anhalt Dessau. (Vgl. Heimbach Privatrecht §. 188. Note 3. und Theil 2. Nachträge enthaltend. Zu §. 188. S. 160—163.) — Baiern. — Kurhessen. — Frankfurt a. M. (Vgl. Bender Verkehr §. 68. S. 336—339.) — Württemberg (Gesetz vom 16. Sept. 1852. angeführt von Gerber Privatrecht §. 160. Note 7.)

22) Einige Particularrechte machen eine Ausnahme, indem sie die Vindication gestatten, wenn der Erwerb zwar gutgläubig aber unentgeltlich war. Preußen. (Landrecht Th. 1. Tit. 15. §. 46. 47.) Frankfurt (Vgl. Bender Verkehr S. 337. 338.)

23) So O. A. G. zu Celle. (Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 4.) O. A. G. zu Darmstadt (Seuffert Archiv Bd. 6. Nr. 313.) O. T. zu Stuttgard scheint auch dieser Meinung zu seyn. (Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 252.)

2. Die Vindication ist statthaft gegen den unredlichen Besitzer. Einfach aus dem Grunde, weil durch seinen Besitzerwerb er die Forderung nicht erworben und mithin der wahre Gläubiger sie nicht verloren hat[24]. Zur Begründung der Vindication ist ein Zweifaches zu behaupten und zu beweisen. Zuvörderst muß die weitreichende Vermuthung für die Legitimation des Besitzers durch einen Gegenbeweis gebrochen werden. Sodann muß der Vindicant seine Legitimation darthun. Hierzu genügt zunächst der Beweis seines früheren Besitzes, denn damit hat er den früheren Zustand der für ihn streitenden Vermuthung der Legitimation bewiesen. Dem als früher legitimirt vermutheten Nichtbesitzer ist aber das Papier von dem als nicht legitimirt bewiesenen Besitzer herauszugeben. Wenn diese Vermuthung vom Beklagten durch den Gegenbeweis, daß der Kläger durch seinen Besitz nicht legitimirt war, gebrochen ist, so ist der Beklagte nicht verpflichtet zur Herausgabe des Papieres an den Vindicanten. Dem siegenden Vindicanten, welcher durch seinen Besitz wirklich legitimirt war, kann das Papier wieder durch Klage abgestritten werden von einem Nichtbesitzer, welcher beweiset, daß er, nachdem das Papier dem Beklagten abhanden gekommen, die Forderung in gutem Glauben erworben habe, weil sie dann der Beklagte verloren hat. 3. Unzweifelhaft ist die Contractsklage statthaft gegen denjenigen, welcher das Papier vom Kläger

24) Die Zulassung der Vindication nur gegen den unredlichen Besitzer wird daher von Savigny a. a. O. S. 141. 142. mit Unrecht dahin bezeichnet, daß sie eine Inconsequenz und eine halbe Maaßregel sei, und auf einer principlosen Billigkeit beruhe.

aus einem die Forderung und das Eigenthum nicht übertragenden Grunde übergeben erhalten hat, also gegen den Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger, Mandatar, z. B. zum Incasso, zum Verkauf. IV. Der Gläubiger, welcher die Forderung eingebüßt hat, weil sie wider seinen Willen von einem Andern erworben ist, dem sie nicht bestritten werden kann, hat gegen denjenigen, durch dessen Vermittelung (Übertragung) er sie eingebüßt hat, einen Anspruch, nach Umständen auf das volle Interesse, auf den Werth, auf die Bereicherung, denn es ist über seine Forderung widerrechtlich verfügt worden. Der Gläubiger, welcher die Forderung eingebüßt hat, weil sie wider seinen Willen von einem Andern, der sie nicht erworben gehabt, gegen den Schuldner geltend gemacht ist, so daß sie nun erloschen ist, hat gegen denjenigen, welcher sie geltend gemacht hat, einen Anspruch, nach Umständen auf das volle Interesse, auf den Werth, auf die Bereicherung. Wenn in diesem Fall die Forderung trotz der Zahlung wegen des bösen Glaubens des Schuldners nicht erloschen ist, so ist ihm, dem Gläubiger, die Forderung gegen den Schuldner geblieben.

§. 56.

Amortisation der Papiere auf Inhaber.

Amortisation der Papiere auf Inhaber[1].

1) von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts. Bd. 1. 1817. No. 17. Gönner §. 72—78. Bender §. 69—72. Eichhorn Privatrecht §. 191. Note e. Schumm die Amortisation verlorener oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden. Heidelberg 1830. Auch als Beilageheft zum 13ten Bande des Archivs für die civilistische Praxis. Renaud a. a. O. §. 6. S. 352—362.

Der Gläubiger bleibt auch als Nichtbesitzer so lange Gläubiger, bis die Forderung von einem Andern erworben worden ist. Dies ist durch den Besitzverlust nun wider seinen Willen möglich geworden. Die gerichtliche Amortisation (Mortification) ist auch bei Papieren auf Inhaber zulässig. 1. Angeblich abhanden gekommene. Der Impetrant muß 1. das Individuum des fraglichen Papieres genau angeben (nach Litera, Nummer, Datum, Summe u. s. w.), und dann bescheinigen, 2. seinen früheren Besitz, und 3. einen Umstand, welcher den angeblichen Verlust wenigstens wahrscheinlich macht. Dann wird die Edictalladung erlassen, damit die Prätendenten unter sich die Sache ausstreiten können[2]. Erscheint nun der Inhaber des abhanden gekommenen Papieres, so entscheiden zwischen ihm und dem Impetranten die Grundsätze von der Vindication der Papiere auf Inhaber. Erscheint er binnen der ausgeschriebenen Zeit nicht, so wird das Papier mortificirt, und dem Impetranten entweder die Zahlung gemacht oder ein neues Papier gegeben. Es kann aber der gutgläubige Inhaber des Papieres gegen die Amortisation Restitution erlangen, wenn er nicht in Culpa ist. Denn die Amortisation dient nur dazu, daß der Impetrant durch den Untergang des Papieres nicht leide. 2. Angeblich vernichtete. Auch bei angeblich vernichteten Papieren findet die Amortisation Statt. Selbst wenn die Vernichtung vollständig bewiesen ist, ist das Amortisationsverfahren nicht überflüssig, denn daß der sich meldende Nichtbesitzer wirklich der Besitzer war, erhellt daraus noch nicht. Nur wenn auch dieses neben

---

2) L. 43. §. 10. D. de aedilitio edicto. (21. 1.) L. 1. §. 37. D. depositi. (16. 3.).

der Vernichtung vollständig bewiesen ist, kann der Schuldner ohne vorherige Amortisation sicher zahlen. Fällt nun sogar die Pflicht des Schuldners zur Zahlung überhaupt weg, so bedarf es natürlich gar keiner Amortisation, wie namentlich wenn das Papier nicht lediglich Beweisurkunde, sondern überdies Bedingung der Forderung ist, so daß durch die Vernichtung des Papieres die Forderung erlischt. Dies versteht sich aber nie und nimmer von selbst, liegt nicht in der Natur eines Papieres auf Inhaber, sondern bedarf der deutlichsten Erklärung[3].

3) So auch Seuffert Archiv Bd. 3. No. 193. (O. A. G. zu Cassel). Frankfurter Sammlung von Römer. Bd. 1. Heft 1. No. II. S. 4—8. Savigny Obligationenrecht. Bd. 2. S. 180. Das Gegentheil, daß durch die Vernichtung des Papieres die Forderung erlösche, wird, kaum glaublich, von einigen Schriftstellern behauptet, welche die Folgen dieses Satzes nicht bedacht haben.

Vierter Theil.

Die Handelsgeschäfte.

Einleitung.

§. 57.

Einleitung. Insbesondere Anerbieten und Acceptation.

Einleitung*. 1. Die meisten Handelsgeschäfte werden nicht unter Anwesenden, sondern unter Abwesenden entweder durch Bevollmächtigte, oder mündliche Bestellung durch Boten, oder schriftlich durch Briefe, Correspondenz, abgeschlossen[1]. 2. Das Anerbieten, auch das noch so vollständig gestellte, darf der Offerent, so lange es nur noch ein Anerbieten ist, zurücknehmen[1a]. Nicht aber mehr dann, wenn es durch gehörige[2] Accepta-

Die Handelsgeschäfte. Jo. Nider tractatus de contractibus mercatorum. Bei Straccha de mercatura S. 563—576.

*) Código de comercio. Art. 234—263. — Codigo commercial. Art. 241—271. — Entwurf für Württemberg. Art. 285—328. und Motive dazu S. 245—297.

1) Per se et coram, per internuntium, per epistolam, per alium. Über „Auslegung der unter Abwesenden geschlossenen Verträge" vgl. Wächter im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 19. No. V. S. 114—125.

1a) Lehrreicher Fall in Seuffert Archiv. Bd. 4. No. 33. S. 65—69.

2) Was das heiße vgl. unten No. 4.

tion bereits ein Vertrag geworden ist, denn ein solcher kann nicht einseitig aufgehoben werden. Das Anerbieten gilt als zurückgenommen, wenn für die Acceptation ein Endtermin gesetzt und dieser verlaufen ist; auch ohne das ist ein solcher nach vernünftiger Interpretation als stillschweigend verstanden anzusehen, wo dann, wenn die Gesetze keine Bestimmungen enthalten [3], das richterliche Ermessen über die Größe des Zwischenraums zu entscheiden hat [3a]: wenn nicht die Umstände dagegen sind, darf man den Kaufmann schwerlich länger, als bis zur Ankunft der umgehenden Post an seinen Antrag gebunden halten. Der Offerent, welcher sein Anerbieten unter Umständen zurücknimmt, unter welchen ohne die Zurücknahme ein Vertrag zwischen ihm und demjenigen, welchem er anbot, begründet gewesen wäre, muß diesem allen Schaden ersetzen, den dieser in Folge der Voraussetzung litt, daß jener bei seinem Anerbieten geblieben sei. Denn zu dieser Voraussetzung hat er nach Treu und Glauben ein Recht. — Das hier vom Anerbieten Gesagte gilt nicht nur von dem ersten Vorschlag, der ein Geschäft einleitet, sondern auch von jedem spätern durch die weiteren Verhandlungen hervorgerufenen Vorschlag des einen oder andern Interessenten. 3. Derjenige, welchem ein Anerbieten gemacht worden ist, hat es in seiner reinen Willkür, ob er auf den

---

3) Nach österr. Gsb. §. 862. ist der Offerent, sind beide Theile an demselben Ort, 24 Stunden, sonst so lange, als zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist, an sein schriftliches Versprechen gebunden, ein mündliches Versprechen muß ohne Verzug angenommen werden. — Vgl. auch preußisches Landrecht Th. 1. Tit. 5. §. 90—108.

3a) Beispiel: Seuffert Archiv Bd. 2. No. 17. und, fast zu klar, Seuffert Archiv Bd. 6. No. 168.

vorgeschlagenen Contract eingehen will oder nicht. Er ist auch nicht verpflichtet eine Antwort abzugeben [4], so sehr dies auch im Interesse des Offerenten seyn mag [5]. Sein Schweigen [5a] begründet an und für sich [6] weder den Schluß, daß er einverstanden sei [7], noch den, daß er nicht einverstanden sei, und daher muß die Zustimmung des Schweigenden anderweitig von demjenigen, welcher Rechte darauf gründen will, dargethan werden [8]. Er ist auch nicht verpflichtet *, die ihm in Beziehung auf das angebo-

4) Hommel rhapsodia quaestionum. vol. 2. obs. 411. Bei committirter Präsentation zum Accept eines Wechsels ist ohne Grund anderer Meinung Pöhls Wechselrecht Bd. 1. S. 187. Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte Bd. 2. S. 89. 90. Vgl. überhaupt noch Treitschke Kaufcontract §. 40. S. 66. Z. 5. v. u. — S. 69.

5) Vgl. Sonnleithner Lehrbuch des österreich. Handelsrechts. §. 572.

5a) Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 365. 366. (auch in Seuffert Archiv Bd. 1. No. 40.) — S. 1048. 1049. — Seuffert Archiv Bd. 5. No. 117. — Vornehmlich Seuffert Archiv Bd. 4. No. 211.

6) L. 142. D. de R. J.

7) Ein allgemeiner Handelsgebrauch, welcher nach Faber diss. de mercatura procuratoria. Tubingae 1829. §. 16. aus der Nichtbeantwortung einer schriftlichen Offerte unter Anwesenden binnen 24 Stunden, unter Abwesenden mit umgehender Post, eine stillschweigende Acceptation folgern soll, läßt sich nicht nachweisen. Der von ihm citirte Sonnleithner §. 302. hat nur österreichisches Recht; das österr. Gesetzbuch §. 862. hat die Frage gar nicht im Auge, und der §. 863. entscheidet sie offenbar nicht bejahend.

8) L. 8. §. 1. D. de procuratoribus. (3. 3.).

*) Vgl. übrigens Bülow und Hagemann Erörterungen Bd. 2. No. XLVI. S. 321 — 327. (betrifft zugesandte Lotte-

tene Geschäft eingesandten Gegenstände anzunehmen [9], oder zurückzusenden, oder auf sie positive Sorgfalt zu verwenden [10], wenn er nicht durch Annahme derselben sich zum Contrahenten [11], oder zum negotiorum gestor [12] constituirt hat [12a]. 4. Wann ist ein schriftlich verhandelter Vertrag als abgeschlossen (perfect) anzusehen? Wenn der Offerent sein Anerbieten so allgemein oder lückenhaft gestellt hat, daß die reine Bejahung desselben noch keinen perfecten Vertrag bilden kann, so sind nach erfolgter Antwort nur erst Tractaten unter den Interessenten, und es

---

rieloose) und Seuffert Archiv Bd. 7. No. 97. S. 118—119. (ebenfalls Lotterieloose); und Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen. Neue Folge. Von Tauchnitz und Richter. Bd. 1. 1841. No. XI. S. 151—163. (ein interessanter Rechtsfall mit Entscheidung in drei Instanzen).

9) Die Annahme der mir in Verkaufscommission gesandten Waaren darf ich, der ich die Commission nicht annehmen will, zurückweisen.

10) In einem Briefe, welchen ich erhalte, liegen Staatspapiere mit der Anfrage, ob ich sie als Vorschuß annehmen, und eine Einkaufscommission besorgen wolle, oder Wechsel: ob ich den Verkauf derselben übernehmen, oder Lotterieloose: ob ich sie für meine Rechnung spielen lassen wolle. Ich bin, dem Antrag abgeneigt, de jure nicht verpflichtet, die eingesandten Gegenstände zu remittiren, oder zu custodiren; ich habe sie nicht angenommen, sie sind mir in die Hände gespielt worden.

11) Ich nehme eine eingesandte Probe an, um sie zu besehen, und mich später zu erklären, ob ich auf den offerirten Kauf, auf die offerirte Verkaufscommission eingehen wolle.

12) Ich weise die Verkaufscommission zurück, speichere aber die mir übersandten Commissionswaaren zur Disposition des Absenders.

12a) Ein hieher gehörender Fall in Seuffert Archiv Bd. 5. No. 7. (O. A. G. zu Lübeck.)

muß so lange hin und her geschrieben werden, bis die zur Vollständigkeit eines Vertrages gehörenden Puncte von der einen Seite so bestimmt gestellt worden sind, daß durch ein bloßes Ja von der andern Seite ein Vertrag vorliegt. Dann ist die Frage: ist der Vertrag perfect schon durch die bloße Acceptation, also nachdem das Ja geschrieben ist? oder erst nachdem der Offerent das Ja erfahren hat? Durch die bloße Acceptation, denn der consensus ist vorhanden, auch wenn der Offerent nicht weiß, daß er vorhanden ist[13]. — Die Acceptation

13) Die weitere Begründung dieser Meinung vielleicht an einem andern Orte. Vorläufig folgende Literatur. I. Der Meinung, daß die Acceptation genüge, sind: 1. Baldus in Codicem commentaria. Venetiis 1615. fol. L. VI. (Multum). Cod. si quis alteri vel sibi. No. 28—30. 2. Nicolaus Burgundus commentarius de evictionibus. cap. XXV. No. 1. 2. in den operibus. Bruxellis 1674. in 4. 3. Raphael de Turri tractatus de cambiis. Genuae 1641. disp. I. qu. XVI. in dieser besonders No. 16. 17. zu vgl. ist damit qu. XVIII. u. XIX. 4. Lauterbach disputatio de nuncio. 1660. cap. VII. §. XXV. in dessen dissertationes academicae. Tubingae 1728. vol. III. 5. Pufendorf observationes juris universi. Hannov. 1748. Tom. II. obs. XXXVIII. de promissione tertio facta. §. 8. 9. 10. 6. Hommel rhapsodia quaestionum. vol. II. obs. 409. §. 17. 18. 7. Bülow und Hagemann practische Erörterungen Bd. 4. 1804. No. 3. 8. von Wening-Ingenheim im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 2. No. 25. S. 267—271. 9. Mühlenbruch doctrina Pandectarum. Aufl. 1. Bd. 3. §. 600. Note 5. 10. Puchta Pandekten §. 251. Note c. Vorlesungen §. 251. 11. Savigny System Bd. 8. S. 235. 236. 257. 12. C. u. R. Hof zu Berlin. (Seuffert Archiv Bd. 2. No. 160.). 13. O. A. G. zu Rostock. (Seuffert Bd. 7. No. 16.). — II. Der Meinung, daß der Offerent die Acceptation erfahren haben müsse:

muß aber, damit ein Vertrag entstehe, auf den noch vorhandenen Willen des Offerenten treffen, daher entsteht,

---

1. Thomae Sanchez de sancto matrimonio disput. libri tres. Norimbergae 1706. Tom. 1. lib. I. disp. VII. No. 34. 35. disp. VI. No. 28. 29. 2. Hasse im rhein. Museum. Jahrg. 2. Heft 2. S. 371 ff. 3. Bender Verkehr mit Staatspapieren. S. 266. 4. Mühlenbruch doctrina Pand. Aufl. 3. Bd. 2. §. 331. Note 3. 5. E. Persil et E. Croissant des commissionaires et des achats et ventes. Paris 1836. S. 272—274. 6. Wächter im Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 19. 1836. S. 116. Note 3. 7. Seuffert Pandektenrecht §. 256. Note 2. 8. O. T. zu Stuttgard (Seuffert Bd. 1. No. 194.). 9. O. A. G. zu Cassel (Seuffert Archiv Bd. 3. No. 19.). 10. O. A. G. zu Lübeck 1829. (Seuffert Archiv Bd. 5. No. 116.) und 1850 (Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 2. S. 316. 317; auch in Seuffert Archiv Bd. 3. No. 310.). — IIa. Eine dritte Meinung über diese und damit zusammenhängende Fragen findet sich in Bluhme Encyclopädie. Zweite Abtheilung. 1852. §. 266 — 268. Mit derselben ist zu vgl. Scheurl Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1853. No. XII. S. 301 — 312, der aber zur Vollendung der Willenserklärung unter verschiedenen Umständen Verschiedenes (S. 305—312) genügend und erforderlich hält, was schwerlich gerechtfertigt werden kann. — Über die Frage und damit zusammenhängende Fragen handelt auch Pardessus cours. Bd. II. S. 212 — 219. 243. 244. 605. 606. Die in Mühlenbruchs Pandectenrecht Bd. 2. §. 331. Aufl. 1. 1826. als eine dritte Meinung hingestellte Bemerkung eines Zuhörers, welche Meinung auch in der dritten Auflage 1840 beibehalten ist, giebt nur die unter I. erwähnte Meinung, da das „erweislich" sich von selbst versteht. — III. Nur in Hinsicht auf die eine Wirkung: welches Ortes Gesetze entscheiden, beantworten die Frage: 1. Hugo Grotius de jure belli ac pacis. lib. II. cap. XI. de promissis. No. V. 3. 2. Hert de collisione legum. sect. IV. §. 56. und de commeatu literarum §. 18. 3. Eichhorn Einleit. in

wenn zur Zeit der Acceptation das Anerbieten bereits zurückgenommen war, durch die Acceptation kein Vertrag, gleich viel, ob dem Acceptanten die Zurücknahme bekannt war, oder nicht [14]. Doch ist der Offerent zum Schadensersatz verpflichtet [15]. Der Acceptant hat die Acceptation, der Offerent die zeitige Revocation zu beweisen. 5. Das Eigenthum an einem Briefe geht auf den Adressaten nach den allgemeinen Grundsätzen der Eigenthumsübertragung über [16]. 6. Die Acceptation liegt stillschweigend in der dem Anerbieten gemäßen Erfüllung oder Forderung der Erfüllung [17]. Hinsichtlich der arrha (confirmatoria) ist

---

das Privatr. Aufl. 4. §. 37. S. 110. 4. Tittmann de competentia legum. Halae 1822. §. 37. S. 41. §. 38. 39. 41. — IV. Gesetzliche Entscheidungen der Frage sind selten. Der Código de comercio. Art. 243. und der Codigo commercial. Art. 252. (vgl. auch Art. 498. 499.) datiren die Perfection von dem Moment, wo der Acceptant sein Acceptationsschreiben absendet; beide Handelsgesetzbücher haben a. a. O. auch noch weitere Bestimmungen über die Statthaftigkeit der Zurücknahme der Offerte. Vgl. auch den Entwurf für Württemberg Art. 287—289. wo derselbe Moment als entscheidend hingestellt ist, und Motive dazu S. 247—249.

14) von Wening Ingenheim im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 2. No. 25. giebt der Acceptation so lange Wirkung, als der Acceptant die Zurücknahme der Offerte noch nicht erfahren hat. Allein vgl. L. 2. §. 6. D. de donationibus (39. 5.) L. 7. D. de divortiis. (24. 2.).

15) Vgl. oben No. 2.

16) L. 65. pr. D. de A. R. D. (14. 1.) L. 14. §. 17. D. de furtis. (47. 2.) Siebdrat diss. de dominio epistolarum. Lips. 1829. S. 3—12. Sell im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 21. Nr. 4.

17) Z. B. L. 7. D. de lege commissoria. (18. 3.) Vgl. Treitschke Kaufcontract. §. 40. S. 65. 66.

bei kaufmännischen Verhältnissen auf die allgemeinen Regeln des römischen und des deutschen [18] Rechts zu verweisen [18a]. 8. Die Interpretation der Handelsgeschäfte [19] unterliegt den gewöhnlichen Interpretationsregeln der bonae fidei negotia. Wenn man sagt: Treu und Glauben, d. h. der Wille nicht das Wort *, müsse entscheiden und die Subtilitäten des römischen Rechts seien zu verwerfen, so ist das erstere außer Zweifel, aber eben deshalb das zweite dann unrichtig, wenn die sogenannten Subtilitäten nichts weiter sind, als die Annahme einer verschiedenen Meinung unter verschiedenen Verhältnissen, und das ist meistens, wenn nicht gar immer, der Fall. 9. Die Abschließung mancher Geschäfte ist auf bestimmte Plätze, oder auf eine bestimmte Zeit, oder auf bestimmte Summen dem Maximum [20], oder dem Minimum [21] nach beschränkt, oder an eine bestimmte Form, namentlich Schrift [22], und Zuziehung eines Maklers [23], gewiesen.

---

18) Mittermaier Privatrecht. §. 280. — Código de comercio. Art. 379.

16a) Ihre Bedeutung zeigt recht der oben Note 1a erwähnte Fall in Seuffert Archiv Bd. 4. No. 33.

19) Código de comercio Art. 247—259. Codigo commercial. Art. 256—269. 470.

*) Nicht zu verwechseln mit Treu und Glauben in der Bedeutung: Natur der Sache (oben §. 8. Note 1.); und in der Bedeutung der Verpflichtung zu unerheblichen, wenn gleich nicht eigentlich contractlichen, Mühwaltungen. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 1. No. 41. S. 46. 47. (O. A. G. zu Lübeck).

20) Vgl. von Bunge §. 126.

21) Vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren. S. 30.

22) Código de comercio. Art. 237—240.

23) Vgl. von Bunge §. 99. 100.

§. 58.

Schrift. Gesetzlich. Insbesondere die Gültigkeit bedingend.

Die schriftliche Form eines Rechtsgeschäftes kann entweder durch die Gesetze geboten, oder durch die Interessenten verabredet seyn. Beide Fälle sind ganz verschieden zu behandeln. Gesetzlich gebotene Schrift. Wenn ein Gesetz die Schrift bei einem Rechtsgeschäft verlangt, so ist vor Allem danach zu sehen, ob es nur besondere Wirkungen des auch ohne Schrift gültigen und klagbaren Geschäftes, oder ob es die ganze Gültigkeit, oder ob es nur die Klagbarkeit des Geschäftes von der Schrift abhängig machen will. A. Die Schrift erzeugt nur besondere Wirkungen. Dies kommt bei rein römischen und bei eigenthümlich deutschen Geschäften vor. Ein Hauptbeispiel bietet die Begründung des Executivprocesses. Hat die Schrift nach den Gesetzen noch ihre eigenen Förmlichkeiten, so kann ohne diese die Schrift gar nicht als eigentliche Schrift, um jene besondern Wirkungen hervorzubringen, gelten. B. Die Schrift bedingt die Gültigkeit des Geschäftes, so daß dieses ohne die schriftliche Form nichtig seyn soll. Fehlt es nun an der Schrift, so ist zu unterscheiden: 1. Es ist nur erst eine bloße Verabredung vorhanden. Eine solche muß für wirkungslos geachtet werden, und darf auch nicht als pactum de contrahendo betrachtet werden, so daß auf die Ausfertigung der Schrift geklagt werden könnte. Denn das Gesetz will den Consens durch die Schrift erklärt haben, es will freiwilligen schriftlichen Consens, ohne Schrift ist also gar kein Consens da. Gestattete man aus der bloßen Verabredung eine Klage auf die Ausfertigung der Schrift, so würde der mündliche Vertrag alle Wirkungen des schriftlichen bekommen, das Gesetz also

ohne Bedeutung seyn. Die Verabredung einer Conventionalstrafe, die derjenige verwirken solle, welcher die Ausfertigung der Schrift weigere, ist ohne Wirkung. Denn die Conventionalstrafe kann als ein indirecter Zwang zur Leistung[1] nur bei einer solchen Verabredung gebraucht werden, welche erlaubt aber nur nicht klagbar ist. Allein einem gänzlich ungültigen Geschäft kann sie nicht mit Wirkung beigefügt werden[2]. So muß man aber ein Geschäft ansehen, das nach den Gesetzen eine bestimmte Form zu seiner Gültigkeit verlangt, ehe die Form (hier die Schrift) vorhanden ist. Die Form kann durch die Conventionalstrafe nicht ersetzt werden. 2. Es ist das Geschäft gänzlich oder theilweise erfüllt worden. Das Gesetz kennt das Geschäft nur als ein schriftliches, also die Wirkungen desselben als Wirkungen des Geschäftes nur bei vorhandener Schrift. Von einer Klage aus dem Geschäft kann also gar nicht die Rede seyn. Daraus ergiebt sich, daß das im Wesentlichen erfüllte Geschäft nie dieselben Wirkungen, wie das schriftlich geschlossene, haben kann, sondern daß der höchste Effect der Erfüllung nur der seyn kann, daß Alles so bleibt, wie es bereits vollführt ist[3], und daß bei unvollständiger oder nicht gehöriger Erfüllung nicht aus dem Geschäft auf die vollständige oder die gehörige Erfüllung geklagt werden kann. — Die weitere Frage: welche Wirkungen denn die Erfül-

---

1) Nur von dieser Function der Conventionalstrafe, nicht von der anderen, daß sie bei klagbaren Geschäften das Interesse dem minimum nach fixirt, ist hier die Rede.

2) L. 61. L. 123. L. 134. pr. D. de V. O. (45.1.) L. 2. C. de inutilibus stipul. (8. 39.) L. 13. §. 26. de A. E. V. (19. 1.) L. 9. pr. D. de usuris. (22. 1.)

3) Also ist z. B. an eine Klage wegen Eviction nicht zu denken.

lung haben soll? stellt sich für den Fall, daß vollständig, also das zweiseitige Geschäft von beiden Seiten, das einseitige von Seiten des Verpflichteten, so wie für den Fall, daß nur theilweise, z. B. das zweiseitige Geschäft nur von einer Seite erfüllt worden ist, dahin: ob das Gegebene zurückgefordert werden kann? Diese Frage, welche natürlich von besonderen Umständen, wie dolus, metus, error, absieht, ist nicht zu verneinen[4], sondern zu bejahen. Denn der Satz, daß das wissentlich ohne Rechtsgrund Gegebene nicht zurückgefordert werden kann, leidet eine Ausnahme, wenn das Geben auf diese Art eben im Interesse des Gebers von den Gesetzen nicht anerkannt wird, also ein Prohibitivgesetz vorliegt[5]. Dies ist nun aber wohl anzunehmen, wenn das Gesetz das Geschäft ohne Schrift für null erklärt, um so mehr, wenn es seine ratio, daß der Übereilung vorgebeugt werden solle, ausspricht[6]. Die Frage stellt sich für den Fall, daß ein zweiseitiges Geschäft von einer Seite erfüllt worden ist, auch noch dahin: wenn der Empfänger seine Gegenleistung machen will, kann er dadurch die Rückforderung abwehren? Dies ist zu verneinen. Denn die Verbindlichkeit des Gebers, diese Leistung anzunehmen, könnte nur auf das geschlossene Geschäft gegründet werden, dieses ist aber, da die Schrift fehlt, juristisch nicht vorhanden.

4) Für die Verneinung könnte man anführen: die Leistungen sind wissentlich ohne Rechtsgrund gemacht worden, da den ihnen untergelegten Titel das Gesetz ohne Schrift nicht anerkennt, sie müssen also als geschenkt gelten. Vgl. Eichhorn §. 93. Note c.

5) Weber natürliche Verbindlichkeit. §. 75—77.

6) Also ist der Fall dann so zu behandeln, wie gesetzwidrige Zinsen, Schenkungen unter Ehegatten, Spiel, nicht insinuirte Schenkungen über 500 solidi.

§. 59.

Schrift. Gesetzlich. Die Klagbarkeit bedingend.

C. Die Schrift bedingt die Klagbarkeit des Geschäftes. Fehlt die Schrift, so ist, wenn noch gar nicht erfüllt, sondern nur verabredet worden ist, eine Klage (auf Erfüllung) unstatthaft; denn diese könnte nur auf die Verabredung gestützt werden, diese ist aber ohne Schrift unklagbar. Die Verabredung einer Conventionalstrafe ist hier am rechten Ort. Wenn erfüllt worden ist, so ist für die Wirkung der Erfüllung zu unterscheiden. 1. Das Geschäft ist vollständig erfüllt worden, nämlich das zweiseitige von beiden Seiten, das einseitige von Seiten des Verpflichteten, und zwar jedes nach dem ganzen Umfang seines Inhalts. Dann bedarf es natürlich einer Klage auf Erfüllung nicht. Die Frage aber: ob das Gegebene zurückgefordert werden könne? ist zu verneinen. Denn das Gesetz verbietet nicht das Geschäft selbst, sondern nimmt nur der mündlichen Beredung seines Inhaltes die Erzwingbarkeit durch Klage. Das erfüllte Geschäft, d. h. das vollständig erfüllte, bleibt also stehen. 2. Das Geschäft ist nicht vollständig, sondern nur theilweise erfüllt worden. Ein Hauptfall, der hieher gehört, ist: a. Das zweiseitige Geschäft ist von einer Seite vollständig erfüllt worden. Kann hier der Geber auf die seinerseits gemachte Leistung das Recht gründen, die Gegenleistung zu verlangen? Diese Frage ist wohl nicht zu bejahen[1],

---

1) Sie wird bejaht von Eichhorn §. 93. Text bei Note f.: „es könne die Analogie der (richtiger wohl: die Lehre von den) ungenannten Contracte angewandt werden." Diese s. g. Analogie würde dahin führen: der Geber kann, wenn die Gegenleistung verweigert wird, diese verlangen, oder das von ihm

sondern zu verneinen. Denn sie ist eigentlich die Frage: ob die fehlende Schrift durch die Erfüllung ersetzt werde? Dies ist aber zu verneinen. Denn das Gesetz will Übereilungen verhindern, und fordert deshalb Schrift und nur Schrift[2]. — Außerdem läßt sich denken: b. Das

Gegebene zurückfordern. Wie soll man aber diese Analogie vertheidigen? Vielleicht so: die ungenannten Contracte, bei denen Recht und Verbindlichkeit aus der geschehenen und angenommenen Leistung des einen Theiles folgt, bestehen als eine besondere Gattung von Verträgen neben denjenigen, welche die Schrift verlangen. Man kann daher einen Vertrag der letzteren Art, wenn ihm die Schrift fehlt, die Leistung von einer Seite aber bereits gemacht ist, jener Gattung zurechnen. Allein dagegen ist Folgendes. Die Gesetze verlangen die Schrift wegen der besonderen Natur des Vertrages (Wette, Schenkung, u. s. w.), oder wegen Umstände, die bei allen Verträgen vorkommen können (z. B. Größe des Objectes). Im letzteren Fall werden auch die ungenannten Realcontracte durch die Vorschrift direct getroffen, und sie stehen dann nicht neben den Verträgen, welche Schrift verlangen, sondern gehören zu ihnen; im ersten Fall würde man als einen ungenannten Realcontract einen Vertrag auffassen, der als ein bestimmter anderer Vertrag abgeschlossen ist, und welcher *als solcher* den Schutz der Gesetze hat, freilich unter Voraussetzung der Schrift, aber dann doch als dieser bestimmte Vertrag; die Behandlung eines bestimmten Vertrages als Innominatcontractes ist aber unstatthaft. Vgl. auch L. 1. D. de praescr. verbis. (19. 5.) — Nach dem Vorstehenden ist also die Anwendung der Vorschriften über die ungenannten Contracte unpassend.

2) Man könnte sagen: in der Annahme der gegnerischen Leistungen spreche sich die Bedachtsamkeit, die überlegte Ernstlichkeit hinreichend aus, es liege in ihr ein wiederholter Consens; allein einmal bleibt es immer eine quaestio facti, ob nicht dennoch die Zustimmung übereilt geschah, da ja die Leistung und Annahme derselben dem Abschluß sehr rasch folgen kann, und dann will ja das Gesetz als Schutzmittel gegen Überei-

Geschäft ist zwar seinem wesentlichen Inhalte nach, aber doch nicht in aller Hinsicht erfüllt worden. So bei culpa, heimlichen Mängeln, Eviction, enormer Läsion, pactis adjectis. Geben solche Umstände einen klagbaren Anspruch? Die Frage ist wohl nicht zu bejahen[3], sondern zu verneinen. Denn das Gesetz gestattet ohne Schrift keinen Zwang, läßt es aber bei dem, was die Interessenten freiwillig sich leisten. Die Klage wegen jener Umstände kann auf das geschlossene Geschäft, da die Schrift fehlt, nicht gestützt werden; sie müßte also auf die bereits geschehene Erfüllung, soweit diese Statt fand, gegründet werden. Durch die Erfüllung kann aber die fehlende Schrift nicht ersetzt werden[4]. — c. Alle anderen Fälle einer theilweisen Erfüllung beurtheilen sich nach dem Gesagten ebenfalls dahin, daß die theilweise bereits geschehene Erfüllung kein Klagrecht auf die noch rückständige Leistung giebt. — Für diese unter 2. aufgeführten Fälle bleibt die Frage: ob das Gegebene zurückgefordert werden kann? Offenbar ist dies in der Erwartung, welche nicht rechtswidrig ist, gegeben worden: der Gegentheil werde seinerseits auch leisten[5]. Die Rückforderung ist demnach statthaft.

---

lung, als Beweismittel, daß sie nicht Statt fand, gerade diese bestimmte Form der Abschließung, nämlich durch Schrift, und kein anderes, statt dessen.

3) Sie wird bejahet von Eichhorn §. 93. Note g.

4) Vgl. oben Note 2.

5) Daher kann man für die Rückforderung nicht geltend machen: der Geber wußte, daß er die Gegenleistung nicht verlangen könne, und nur dem guten Willen des andern Theiles sich überlasse, er muß es also sich selbst zurechnen, daß er dennoch hingab, er gab wissentlich ohne Rechtsgrund, und gilt also als Schenker. L. 53. D. de R. J.

§. 60.
Schrift. Verabredet.

Verabredete Schrift*. Es kann ausgemacht seyn, daß die Schrift als ein neues Requisit für die Perfection des Vertrages, oder daß sie nur als Beweismittel gelten solle. Was gilt, wenn hierüber nichts ausgemacht ist? Über den Fall der verabredeten Schrift hat das römische Recht einige Bestimmungen[1]. Es soll ein Kauf, ein Tausch, eine Schenkung, oder sonst ein Vertrag, dessen schriftliche Aufzeichnung verabredet worden ist, nicht eher wirksam seyn, als bis die Schrift in der Reinschrift vorhanden und mit den Unterschriften der Interessenten versehen worden ist; und wenn die Schrift von einem Notar aufgesetzt wird, nicht eher, als bis sie auch von diesem vollendet, und von den Interessenten abgeschlossen worden ist[2]. Ehe die Schrift vollendet vorliegt, soll kein Theil Rechte oder Verbindlichkeiten aus dem Vertrage haben; es kommt zu den sonstigen Requisiten für die Perfection des Vertrages als ein neues Requisit die vollendete Schrift

---

*) Vgl. die Abhandlung XXII. „Über L. 17. Cod. de fide instrumentorum." in dem Archiv für die Praxis des im G. H. Oldenburg geltenden Rechts. Herausgg. von Großkopff, Ruhstrat, und v. Steun. Bd. 1. Heft 2. 1843. S. 194—206.

1) In der L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) welche in pr. I. de empt. et vend. (3. 23.) wiederholt ist.

2) Man kann dies kürzer so fassen: nicht eher, als bis die Schrift vollendet vorliegt; und muß die Bestimmung hinsichtlich des Notars allgemeiner so auffassen: wenn die Interessenten verabredeten, daß noch mehr, als die einfache Schrift beobachtet werde solle, so ist der Vertrag nicht eher wirksam, als bis auch dies Mehrere vorliegt. Es sei z. B. verabredet worden, daß der Vertrag gerichtlich abgeschlossen, oder gerichtlich bestätigt werden solle.

hinzu[3], und bis diese vorliegt, kann jeder Theil reuen und von dem Vertrage zurücktreten. (Also sind bis dahin nur Tractaten). Dabei ist noch ausgesprochen, daß dies nur dann ohne Nachtheil für den zurücktretenden Theil (sine poena — impune) geschehen kann, wenn keine arrha wegen des zu schließenden Vertrages gegeben worden ist. Ist nämlich eine solche gegeben worden, so soll der, welcher zurücktritt, wenn er die arrha gab, sie nicht zurückfordern dürfen, wenn er sie empfing, sie doppelt restituiren. Die schriftliche Aufzeichnung kann verabredet seyn entweder 1. ehe der Consens hinsichtlich der anderen Requisite für die Perfection des Vertrages vollkommen vorhanden ist, so daß hinsichtlich dieser Requisite und der schriftlichen Aufzeichnung ein einmaliger, ein Gesammtconsens gegeben wird; oder 2. nachdem jener Consens schon vollkommen vorhanden ist, so daß der Consens hinsichtlich der Schrift jenem Consens nachgeholt wird. Da ohne Verabredung der Schrift bei dem Vorhandenseyn jener Requisite ein perfecter Vertrag vorliegen würde, so können nun die beiden Fälle kürzer so unterschieden werden: die schriftliche Aufzeichnung ist verabredet vor oder nach perfectem Vertrag. Ist die Bestimmung des römischen Rechts, daß, ehe die Schrift vollendet vorliegt, der Rücktritt frei steht, nur von dem ersten Fall, oder auch von dem zweiten zu verstehen? Wohl gewiß nur von dem ersten Fall[4]. Denn liegt ein bereits perfecter Vertrag vor, so darf kein Theil zurücktreten, weil hierin eine ein-

3) Vgl. auch L. 2. §. 1. D. de contr. empt. (18. 1.)

4) So auch Eichhorn §. 95. Note e. Dafür auch die Worte der L. 17. C. cit. „quas in scriptis fieri placuit.“ So auch O.A.G. zu Oldenburg (in der oben Note * citirten Abhandlung und auch in Seuffert Archiv Bd. 1. Nr. 198.).

seitige Aufhebung des Vertrages liegen würde. Wird nun die schriftliche Aufzeichnung verabredet, und wollte man nun den Rücktritt, ehe diese geschehen ist, gestatten, so würde man annehmen müssen, daß der frühere perfecte Vertrag aufgehoben, und an die Stelle desselben ein anderer, dessen Perfection bedingt (durch die Schrift) ist, gesetzt sei, d. h. also man würde eine Novation annehmen müssen. Eine solche soll nun aber nicht anders angenommen werden, als wenn die Interessenten ausdrücklich sich für dieselbe erklärt haben[5]. Danach darf man also im Zweifel der Verabredung schriftlicher Aufzeichnung nur den Sinn unterlegen: es solle zu dem perfecten Vertrag noch die Schrift als Beweismittel hinzukommen. Aus dieser zweiten Verabredung kann auf die Ausfertigung der Schrift geklagt werden, wenn sie der eine Theil weigern sollte; denn heut zu Tage ist jeder Vertrag klagbar.

§. 61.
Erfordernisse der Schrift.

Erfordernisse der Schrift. I. Der Form nach. 1. Die verabredete Schrift, wenn sie zur Perfection des Vertrages gehört, muß im Sinn der Interessenten vollendet vorliegen[1]. Dieses ist, wenn schlechtweg eine Schrift verabredet ist, so zu nehmen. Die Schrift muß in der

5) Sich dahin erklärt haben: quod secundam (obligationem) magis pro anterioribus elegerint, sonst solle, heißt es, anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere. L. ult. C. de novationibus. (8. 42.)

1) Dieses ist der Grundgedanke der L. 17. C. de fide instrumentorum. (4. 21.)

Reinschrift (mundum), im Gegensatz einer etwaigen [2] Cladde (scheda) vorliegen, und die Reinschrift von beiden Theilen unterschrieben seyn [3]. Die von einem Theil oder selbst von beiden Theilen unterschriebene Cladde giebt noch keinem Theil Rechte und Verbindlichkeiten. Zu einem schriftlichen Vertrage gehört demnach, daß beides, Versprechen und Acceptation, schriftlich, und in einer Urkunde, und in der Reinschrift geschieht. Daher ist, wenn eine von dem einen Theil, mag er auch der allein Verpflichtete seyn, unterschriebene Urkunde von dem andern Theil angenommen, aber nicht unterschrieben worden ist, ein schriftlicher Vertrag nicht, also, da nur ein solcher gemeint ist, überhaupt ein Vertrag nicht vorhanden, erst, wenn die fehlende Unterschrift, und, wie sich von selbst versteht, während der Vertragswille dessen, der unter-

---

2) Denn ist gar keine Cladde gemacht, so kann natürlich von Reinschrift nicht weiter die Rede seyn.

3) Sind beide Contrahenten, oder ist einer derselben Schreibens unerfahren, so sollen nach Nov. 73. cap. 8. (eine sehr unvollständige Authentica bei L. 17. C. si certum petatur (4. 2.)) Zeugen und auch Notare, wenn sie in loco sind, zugezogen werden, einige oder einer sollen für den, welcher gar nicht oder nur wenig schreiben kann (pro illiterato aut paucas literas sciente), schreiben, das Ganze oder soweit es fehlt, die andern sollen bezeugen, daß in ihrer Gegenwart dieses geschehen, und daß sie jenen Schreibensunerfahrenen kennen. Im Ganzen sollen nicht weniger, als fünf Zeugen zugezogen werden (quinque testes, zu diesen sind offenbar auch die Notare zu rechnen). Auch soll die ganze Vorschrift nur bei einem Object von mehr als einem Pfund Goldes gelten. Die Praxis respectirt diese Bestimmungen der Novelle nicht, sondern hält die Zuziehung von einem Notar und zwei Zeugen für hinreichend. Eichhorn §. 94. Note b.

schrieben hat, noch fortdauert, nachgeholt worden ist, ist der Vertrag entstanden, und erst von diesem Moment an, denn die Wirkung der Schrift kann nicht zurückgezogen werden, da selbst durch den früheren Willen zu unterschreiben, die wirkliche Unterschrift nicht ersetzt wird. Daraus folgt. Wenn zwei Documente gegen einander ausgewechselt sind, von denen jedes nur mit der Unterschrift dessen, der es ausgehändigt hat, versehen ist, so liegt ein schriftlicher Vertrag nicht vor. Wenn nun beide Theile zu verschiedenen Zeiten ihre fehlende Unterschrift nachholen, so bestimmt sich der Moment der Perfection des Vertrages, wenn ein doppeltes Instrument beredet worden ist, nach dem Moment der letzten, sonst, da ein Instrument genügt, nach dem der ersten Unterschrift. Die obigen Rechtssätze gelten nur für den Fall, daß die Contrahenten wirklich einen schriftlichen Vertrag gewollt haben [4], und leiden auch in diesem Fall soweit eine Modification, als erhellt, daß sie von der so eben dargestellten strengen schriftlichen Form, welche nur im Zweifel gilt, haben abweichen, also auch ohne die volle Form den Vertrag für bindend ansehen wollen. Dieses darf man gewiß als die Meinung ansehen, wenn die gewöhnliche Form der Schrift im Verkehr eine weniger strenge ist [5].

4) Dieser Wille muß ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochen seyn. Dieses ist nicht der Fall, wenn Jemand einseitig eine Urkunde aufsetzt, welche den Inhalt eines zwischen ihm und einem Andern stattfindenden Rechtsverhältnisses, entweder in Form eines Antrages, oder einer schon getroffenen Verabredung ausspricht, sie dann dem Andern übergiebt, und dieser sie in der Absicht, den in der Einhändigung liegenden Antrag zu acceptiren, annimmt. Es steht nichts entgegen, hier einen Vertrag anzunehmen.

5) Daher genügt, wenn gleich ausgesprochen ist, es solle

Die verabredete Schrift, wenn sie nur Beweismittel seyn soll, darf der Unterschrift nur des Verpflichteten nicht entbehren, damit sie diesem zur Anerkennung vorgelegt werden kann[5a]. Bei gesetzlich gebotener Schrift muß Versprechen und Acceptation in einer Urkunde, in dieser also die Unterschrift beider Contrahenten enthalten seyn[6]; doch ist nach Particularrechten gesetzlich oder gewohnheitlich die Unterschrift des einen Theiles zuweilen genügend[7]. — Das Datum, wie die Besiegelung ist freilich ganz gewöhnlich, und jenes oft von Bedeutung, aber gemeinrechtlich nirgends als wesentlich vorgeschrieben.

2. Kann ein Briefwechsel die Stelle eines schriftlichen Vertrages vertreten? Zunächst ist natürlich erforderlich, daß die wesentliche Form der Schrift, d. h. die von den Interessenten gemeinte, oder die gesetzlich vorgeschriebene in der Correspondenz enthalten ist[8]. Dieses vorausgesetzt, so ist die eigentliche Frage die: Liegt in der eigenthümlichen Form eines Briefwechsels ein Mangel, wonach dieser nicht als Surrogat eines eigentlichen Instruments dienen kann? Das Eigenthümliche des Briefwechsels liegt darin, daß die Unterschriften nicht in einer Urkunde ver-

---

schriftlich contrahirt werden, daß z. B. die Schuldverschreibung über ein Darlehn, der Frachtbrief, die Assecuranzpolize, nur vom Schuldner, Fuhrmann, Assecuradeur unterschrieben ist.

5a) Seuffert Archiv. Bd. 1. Nr. 52. S. 56.

6) L. 17. C. de fide instrumentorum. (4. 21.).

7) Beispiel: Die Assecuranzpolize.

8) Daher kann z. B. wenn ein Notariatsinstrument verabredet oder geboten ist, die Correspondenz nicht genügen; eben so wenig z. B. wenn nach dem Particular-Recht ein Wechsel in einer bestimmten Form geschrieben seyn muß, welche in der Correspondenz nicht beobachtet ist.

einigt sich vorfinden, und vielleicht auch, daß der Inhalt des Vertrages aus den mehreren Briefen zusammenzulesen ist[9]. Für die Beantwortung der Frage ist zu unterscheiden: a. Bei verabredeter Schrift kann sie lediglich nach der Meinung der Interessenten beantwortet werden. Die Correspondenz genügt offenbar nicht, wenn in der Correspondenz selbst oder nach gepflogener Correspondenz die schriftliche Abfassung verabredet wird, denn dann ist offenbar eine andere Schrift, als die durch die Correspondenz gegebene gemeint worden. Ist die Schrift vor gepflogener Correspondenz verabredet worden, so ist als die gemeinte Schrift nach der L. 17. C. cit. eine von beiden Theilen unterschriebene Reinschrift anzusehen[9a]. Erfolgt nun eine Correspondenz, so kann diese nur dann das Instrument ersetzen, wenn sie den ganzen Inhalt, den dieses hätte enthalten müssen, enthält. Ist dieses aber auch der Fall, so darf man doch nur dann die Correspondenz als Surrogat gelten lassen, wenn die Interessenten dies ausdrücklich ausgesprochen haben, denn in dem Surrogiren liegt offenbar eine Novation, welche aber ausdrücklich erklärt seyn muß[10]. b. Bei gesetzlich gebotener Schrift kann im Zweifel die Correspondenz nicht als Surrogat gelten, denn die Abfassung der mit der Unterschrift beider Theile versehenen Schrift hat mehr Förmlichkeiten an sich, als das Correspondiren, welches nur eine Schrift ohne Förmlichkeit bietet. Das Gesetz will nun aber gerade durch die Förmlichkeit der Übereilung vorbeugen. Freilich kann aber auch die Meinung des Gesetzes

9) Er könnte auch in einem Briefe zusammengefaßt seyn.

9a) Vgl. übrigens oben den Text bei Note 5. und Bremer Sammlung. Bd. 2. Heft 2. S. 45. 46.

10) L. ult. C. de novationibus. (8. 42.)

durchschimmern, daß es nur darauf ankomme, daß der Inhalt niedergeschrieben sei, dann genügt die Correspondenz. — II. Dem Inhalt nach. Die Schrift muß immer, d. h. sie sei gesetzlich geboten, oder verabredet, alle wesentlichen Bestandtheile des Geschäftes angeben. Denn es soll das Geschäft schriftlich errichtet seyn; das Geschäft ist nun aber nicht anders vorhanden, als wenn der wesentliche Inhalt, der es zu eben diesem Geschäft macht, vorliegt. Welche Wirkung haben mündliche Nebenberedungen? Bei gesetzlich gebotener Schrift gar keine. Denn wenn das Gesetz das Geschäft schriftlich errichtet haben will, ohne zwischen dem Haupt- und Nebeninhalt zu unterscheiden, so muß die gesetzliche Vorschrift auf den ganzen Inhalt des Geschäftes bezogen werden[11]. Bei verabredeter Schrift haben sie alle ihrem Inhalt nach mögliche Rechtswirkung, denn da es den Interessenten frei steht, zu bestimmen, ob sie überhaupt die Schrift wollen, so können sie auch bestimmen, wieweit sie dieselbe wollen. Wer eine mündliche Nebenberedung für sich anführt, muß behaupten, daß sie Statt gefunden, und daß sie als eine mündliche mit Geltung neben der schriftlichen Beredung Statt gefunden, und so viel ihm daran verneint wird, beweisen. Das Letztere ist deswegen zu behaupten und zu beweisen, weil eine natürliche Vermuthung dafür streitet, daß die Schrift den gesammten Inhalt des Vertrages vollständig angeben werde, soweit er zur Zeit ihrer Abfassung vorlag, und danach von einer vorher Statt gefundenen Beredung es immer zweifelhaft bleibt, ob sie nicht zu den verworfenen Tractaten gehöre[11a]. Vorher; denn das besprochene Thema ist

11) Lege non distinguente, nec nostrum est distinguere.

11a) So auch O. A. G. zu Kiel 1852. (Seuffert Archiv

offenbar durch den Umstand bewiesen, daß die Nebenberedung nach vollendeter Schrift Statt gefunden. Übrigens ist in dem letzteren Fall sehr darauf zu achten, ob die neue Beredung wirklich nur ein pactum adjectum enthält [12], oder ob sie an wesentlichen Theilen des Vertrages, jedoch ohne nur etwas von den Verbindlichkeiten zu erlassen [13], etwas ändert. Denn dann ist der frühere Vertrag aufgehoben, und ein neuer an die Stelle desselben gesetzt worden [14]. Dann ist also der ganze schriftliche Vertrag aufgehoben, und es liegt nun ein rein mündlicher Vertrag vor. Denn das macht den letztern nicht selbst zu einem schriftlichen Vertrage, daß er sich zu dem früheren schriftlichen, wie ein referens zu dem relatum verhält; denn läßt man den neuen Vertrag nicht als mündlichen gelten, so liegt gar kein Vertrag vor, weil er als schriftlicher nicht gelten kann, da ein wesentlicher Theil seines Inhalts nicht geschrieben ist. Eine Interpretation aber, die einen Vertrag vernichtet, ist zu verwerfen, wenn noch eine andere, die ihn aufrecht erhält, vorhanden ist.

§. 62.
Punctation.

Punctation*. Das Verhältniß der Personen, welche

Bd. 6. Nr. 19. S. 31.) Anders wenn keine Schrift verabredet ist, sondern nur Briefe gewechselt sind. Vgl. Hamburger Sammlung. Bd. 1. S. 1104. 1105.

12) Z. B. eine beigefügte lex commissaria, ein Verzicht auf das Recht wegen Eviction, wegen heimlicher Mängel.

13) Denn dann liegt eine theilweise Aufhebung des Vertrages vor, z. B. Erlaß vom Kaufpreis.

14) Vgl. über die letzten 6 Zeilen Glück Bd. 4. S. 258—266.

*) Eichhorn Privatrecht §. 94. Puchta Pandekten §. 244. Aufl. 2. ff. §. 251.

eine Punctation zur schriftlichen Beurkundung desselben aufgesetzt haben, ist entweder als ein Vertrag oder als ein Vorvertrag[1] oder als eine bloße Vorverhandlung (Tractatenverhältniß) zu betrachten[2]. Die Punctation kommt also vor zwischen Contrahenten oder Contrahirlustigen. Damit ist die Frage über die bindende Kraft einer Punctation, so daß sie den einseitigen Rücktritt ausschließe oder gestatte, von selbst beantwortet. Der Ausdruck Punctation wird nämlich in unserm deutschen Geschäftsverkehr in sehr verschiedener Bedeutung gebraucht. 1. Zuweilen, um eine der Form nach vollendete, fertige Schrift über einen dem Inhalt nach vollendeten, fertigen, Vertrag zu bezeichnen, also ganz in der Bedeutung von Vertrags-Document, -Instrument, -Urkunde. — Meistens aber deutet er auf ein noch Unvollendetes, noch nicht Fertiges, entweder daß der Vertrag, oder daß die Schrift, oder daß Vertrag und Schrift nicht fertig ist. So in folgenden Fällen. 2. Die Contrahirlustigen setzen die Tractaten,

---

1) Ich möchte das Wort Vorvertrag für den schwerfälligen Ausdruck pactum de contrahendo, dem man fortwährend begegnet, vorschlagen. Der Ausdruck Vertragsberedung hat sich nicht einbürgern wollen, offenbar weil er nur bloße Tractate bezeichnet, wie Gerber d. Pr. R. §. 163. Note 1. richtig bemerkt, und gerade das nicht, daß hier bereits ein Vertrag vorliegt. Denn was nur besprochen und beredet ist, ist nicht versprochen und verabredet, dictum ist nicht promissum. Das Wort Vorvertrag bezeichnet aber das wirkliche Verhältniß, nämlich einen Vertrag vor einem Vertrag, das heißt einen Vertrag dahin geschlossen, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht.

2) Vgl. Puchta a. a. O.

um das Besprochene besser zu behalten oder zu übersehen, schriftlich auf. Sie punctiren, notiren, ihre Beredung. Ein solcher Aufsatz wird Punctation genannt. Eine Punctation in diesem Sinn ist nicht bindend, weil schriftliche Tractaten so wenig, wie mündliche bindend sind. 3. Die Contrahenten sind über den wesentlichen Inhalt des Vertrages einig, aber Nebenpuncte sollen noch besprochen und festgesetzt werden. Jener Inhalt wird aufgezeichnet. Ein solcher Aufsatz wird Punctation genannt. Eine Punctation in diesem Sinn enthält einen bindenden Vertrag. Vereinigen sich die Contrahenten über die Nebenbestimmungen, so kommen zu dem Vertrage später geschlossene pacta adjecta hinzu, wenn nicht, so treten die gesetzlichen Bestimmungen, die naturalia negotii, ein. Eine Punctation in diesem Sinn ist dann nicht bindend, wenn dieses besonders vereinbart worden ist, was oft geschieht, wenn die Abänderung der naturalia dem einen oder andern, oder beiden Contrahenten wichtig genug ist, um den ganzen Vertrag an die Vereinbarung derselben zu wagen. 4. Die Contrahenten sind über den Inhalt des Vertrages einig, er ist in einer Schrift aufgezeichnet, aber verabredetermaßen oder gesetzlich ist die Schrift ungenügend, und soll derselben noch eine besondere Form, damit sie fertig werde, hinzukommen. Diese nicht fertige Schrift nennt man, eben um sie in dieser ihrer Eigenschaft der Unvollständigkeit zu bezeichnen, Punctation. So nennt man Punctation die Cladde, weil eine Reinschrift folgen soll, die Reinschrift, weil noch eine oder beide Unterschriften fehlen, die als Privaturkunde fertige Schrift, weil noch eine notarielle Ausfertigung, oder eine gerichtliche Mitwirkung (Beglaubigung, Bestätigung), oder die Zuzie-

hung eines Maklers erfolgen soll. Die Wirkung einer Punctation in diesem Sinn bestimmt sich nach der Bedeutung der noch fehlenden Form. Also danach, ob von der Form die Perfection, die Gültigkeit, die Klagbarkeit, die besondere Wirksamkeit, oder nur diese Beweisbarkeit abhängt. — Wenn die Interessenten, gleichviel ob nach oder vor perfectem Vertrag, verabreden, daß eine Punctation aufgesetzt werden solle, also die erst abzufassende Schrift Punctation nennen, so kann dieser Ausdruck wohl nur in dem Sinn von Nr. 1. gedeutet werden, und zwar nur in dem Sinn einer Privaturkunde, wenn nicht gesagt ist, daß eine öffentliche Urkunde gemeint sei. Wenn sie dagegen eine bereits abgefaßte Schrift eine Punctation nennen, so muß aus den Umständen der Sinn bestimmt werden. Sie können nur an die Bedeutung unter Nr. 1. gedacht haben, die Schrift kann aber auch als Privaturkunde noch nicht fertig seyn, so daß sie die noch nicht fertige Privaturkunde im Gegensatz der fertigen Privaturkunde Punctation genannt haben; die Schrift kann als Privaturkunde vollendet seyn, und sie haben mit dem Ausdruck Punctation sagen wollen, daß noch eine anderweitige Form hinzukommen solle. — Die einzelnen Handelsgeschäfte sind zunächst in drei Classen zu bringen: 1. Kauf und Verkauf. 2. Creditgeschäfte. 3. Zahlung.

Erster Abschnitt.

Der Kauf und Verkauf.

Erste Abtheilung.

Der einfache Kauf und Verkauf.

§. 63.

Die Waare.

Dem Kauf ist wesentlich Waare und Preis. Die Unterscheidbarkeit von Waare und Preis characterisirt den Kauf gegenüber dem Tausch[1]. Die feilgebotene Sache

---

Einfacher Kauf und Verkauf. I. Código de comercio. Art. 361—381. — Codigo commercial. Art. 453—504. 909—921. — Das preußische, österreichische, französische, badische, holländische Recht hat das Kaufgeschäft nicht besonders für Kaufleute dargestellt. II. Falckner disp. de contractu emptionis venditionis. ed. novissima. Helmstadii 1754. Burghard (Ayrer) diss. de consensu et dissensu juris Lubecensis et Romani circa emtiones et venditiones. Gottingae 1767. Marperger neu eröffnetes Handelsgericht. S. 281—304. Pardessus cours. II. S. 239—331. Kent vol. II. Lecture XXXIX. (ed. I. S. 363—436). da Silva. Tomo V. cap. III. S. 5—10. cap. XXIV. S. 60—62. G. C. Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach römischem Recht und den wichtigsten neuen Gesetzgebungen. Leipzig 1838. Die folgende Darstellung war bereits so, wie sie vorliegt, ausgearbeitet, als das Buch mir zu Händen kam; sie ist ganz und gar ungeändert geblieben. Nur in die Noten sind Zusätze gekommen, welche jedesmal von einer Verweisung auf das Buch begleitet sind, wenn sie nicht lediglich in einer solchen bestehen.

1) §. 2. I. de emptione et venditione. (3. 24.) L. 1. pr. §. 1. D. de contrahenda empt. (18. 1.) L. 1. pr. D. de re-

ist als Waare kenntlich, und daher liegt, wenn eine Sache, und nicht Geld, für sie gegeben wird, ein Kauf vor, denn diese Sache nimmt der Verkäufer an Geldes Statt[2]. — Die Waare. Es ist für die Gültigkeit des Kaufes gleichgültig, ob die Waare beim Abschluß bereits existirt oder nicht[3], und ob sie bereits im Eigenthum des Verkäufers ist, oder nicht[3a]. Der Verkäufer kann beim Verkauf in genere erst hinterher die zu liefernde species erwerben wollen, es kann selbst die species, über welche gehandelt wird, selbst die, welche er liefert, eines Andern, eine fremde, Sache seyn[4]. Denn

---

rum permutatione (19. 4). Über den Unterschied von Tausch und Kauf vgl. Treitschke Kaufcontract. §. 17. und 112—114. — Über Tausch (Troquiren, Barattiren) Codigo commercial. Art. 505—511. Noback H. W. §. 122. S. 176—179.

2) L. 1. C. de rerum permutatione (4. 64.). So auch v. Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 632. S. 406. Eine andere Wirkung des Feilbietens: L. 11. D. de R. C. (12. 1.).

3) Bestellung einer Sache, die erst producirt, gefertigt, werden soll, ist gültiger Kauf. L. 2. §. 1. D. locati (19. 2.). L. 20. D. de contrahenda emptione. (18. 1.) L. 59. D. eod.

3a) Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung. 1853. S. 11—18.

4) L. 28. D. de contrahenda emptione (18. 1.) Hinterher erlangtes Eigenthum macht den Kauf nicht erst perfect, sondern sicher; der Verkäufer verkauft oft eine fremde Sache in der Hoffnung der Eigenthümer werde das genehmigen, oder das Eigenthum abtreten, oder in der Meinung, die Sache gehöre ihm. Der Eigenthümer hat gegen den Käufer aus eigenem Recht nur die Vindication, kann aber den Verkauf ratihabiren, und sodann den Verkäufer mit der negotiorum gestorum actio auf Herausgabe des erhobenen Kaufpreises oder Abtretung der dem Verkäufer gegen den Käufer aus dem Kauf erwachsenen Rechte belangen. L. 19. C. de negotiis ge-

der Verkäufer braucht nicht auf den Käufer Eigenthum zu übertragen [5], sondern ist nur verpflichtet, dem Käufer die Sache zu tradiren, und dafür einzustehen, daß der Käufer sie behalten kann [6]. Dies führt von selbst dahin, daß er nach geschehener Eviction den Käufer so decken muß, als habe dieser die Sache behalten, doch kann er „ohne Obligo" verkaufen, welche Clausel ihn von dieser Deckungspflicht befreiet, und auch keineswegs im Zweifel dahin interpretirt wird, daß er den Kaufpreis im Evictionsfall restituiren wolle [7]. Der Verkäufer muß aber bei der Clausel redlich verfahren seyn, nämlich wirklich gezweifelt haben, ob die Sache ihm gehöre, sonst ist sie wirkungslos [8]. Der Käufer, der in gutem Glauben eine dem Verkäufer nicht gehörende Sache kaufte, hat besonders: die Benutzung, den Fruchtgenuß, die Verzehrung, den Usucapionsbesitz, die dingliche Klage zum Schutz dieser Rechte (die Publiciana in rem actio) [9]. In gu-

---

stis (2. 19.) L. 3. C. de R. V. (3. 32.) L. 1. C. de rebus alienis non alienandis (4. 51.)

5) Vgl. Thibaut Pandektenrecht. Bd. 2. §. 507. Note b.

6) L. 11. §. 2. L. 30. §. 1. L. 11. §. 8. §. 13. D. de act. empti. (19. 1.) L. 57. pr. D. de evictionibus. (21. 2.)

7) Die L. 11. §. 18. D. de act. emt. (19. 1.) ist nicht für diese Interpretation der Clausel, und gegen sie ist L. 68. D. de evictionibus (21. 2.) — Anders und auch nicht anders der Codigo commercial. Art. 481.

8) L. 6. §. 9. L. 11. §. 15. D. de act. emt. (19. 1.).

9) L. 3. §. 1. L. 7. §. 10 bis L. 11. pr. D. de Publ. i. r. a. (6. 2.) Mit L. 9. §. 4. ist zu vgl. L. 31. §. 2. D. de act. empti. (19. 1.) und Thibaut Pandektenrecht. Bd. 2. §. 714. Note e. und Savigny Obligationenrecht. Bd. 2. S. 146—153.

tem Glauben ist er [9a], wenn er nicht wußte, daß die Sache eine fremde sei, oder glaubte, daß der Verkäufer, sie zu verkaufen, berechtigt sei [10]. Er darf harmlos voraussetzen, daß dem Verkäufer die Sache gehöre [11], und, wenn er wußte, daß dies nicht so sei, dem Verkäufer, welcher sich für berechtigt zu verkaufen ausgiebt, ohne Weiteres [12] trauen [13].

§. 64.

Kaufpreis.

Der Kaufpreis. 1. Der Kaufpreis muß Geld seyn [1], und die Summe bestimmt [2], wenn gleich nicht gewußt seyn [3]. Sie gilt, wenn die Contrahenten die Taxe welche ein Dritter unbefangen machen werde, entscheiden zu lassen einig sind, insofern als bestimmt, als beide die

---

9a) Die bona fides wird vermuthet. Vgl. Savigny Obligationenrecht. Bd. 2. S. 148—153.

10) L. 109. D. de V. S. (50. 16.).

11) L. 27. D. de contrah. empt. (18. 1.).

12) Bei Personen, die sich nicht wirksam verpflichten können, ist freilich Vorsicht nöthig. Arg. L. 1. C. ad Sct. Maced. (4. 28.)

13) L. 109. D. cit. puta procuratorem aut tutorem esse. L. 27. D. cit.

1) §. 2. I. de emptione et vend. (3. 24.) L. 1. pr. §. 1. D. de contrah. empt. (18. 1.)— Über die Art, wie der Kaufpreis bestimmt werden kann: Codigo commercial. Art. 456. 457.

2) Vgl. Glück Bd. 16. §. 980. S. 75—83. Casaregis I. disc. 34. S. 207—212.

3) L. 7. §. 1. D. de contrah. empt. (18. 1.) Ist der Preis nicht verabredet, so gilt als gemeint der Marktpreis. Codigo commercial. Art. 466. O. A. G. zu Lübeck. (Seuffert Archiv Bd. 2. No. 166.) O. A. G. zu Dresden (Seuffert Archiv Bd. 2. No. 284.)

Entscheidung abzuwarten verpflichtet sind, aber eigentlich vorhanden [4] ist der Kauf erst dann, wenn der Dritte den Preis festgestellt hat [5]. Eben so ist es, wenn der Preis nach dem erst später auszumittelnden Quantum berechnet werden soll, der Kauf ist in insofern perfect, bindend, als Keiner sich dem Messen, Zählen, Wägen entziehen darf, aber eigentlich vorhanden, namentlich hinsichtlich der Gefahr perfect, ist er erst dann, wenn das Quantum ausgemittelt worden ist [6]. Dem Käufer darf die Bestimmung des Preises nicht anheim gegeben werden, weder seiner Willkühr, noch seinem billigen, vernünftigen Ermessen, ein so unbedingtes Einverständniß mit dem Preis, welchen der Käufer bieten wird, bindet den Verkäufer nicht [7]. 2. Der Preis *bildet sich* unter den Contrahenten durch eine sofortige Einigung oder durch Hin- und Herhandeln, indem nach und nach der Verkäufer abläßt und der Käufer zulegt [8]. Dabei hat jeder den

---

4) Was namentlich für den Übergang der Gefahr bedeutend ist.

5) §. 1. I. de empt. (3. 24.) L. 15. C. de contrah. empt. (4. 38.).

6) Vgl. unten §. 75.

7) L. 35. §. 1. de contrah. empt. (18. 1.) L. 13. C. de contrah. empt. (4. 38.) Die L. 42. D. mandati. (17. 1.) steht nicht entgegen.

8) L. 8. C. de rescind. vend. (4. 44.) Quod si videlicet contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem .... pati, neque ullam rationem concedere, rescindi .... consensu finitum contractum vel sta-

Werth im Auge, den die Sache für ihn hat, und stellt danach seinen Preis, der vereinbarte kann daher, so schlechtweg betrachtet, nie unangemessen oder unbillig genannt werden. So kann er nur durch Bezugnahme auf einen andern Preis gelten. 3. Es giebt bei Waaren, die einen Markt haben, eine mittlere Preistaxe, die sich unabhängig von der Neigung eines einzelnen Verkäufers oder Käufers bildet[9], es ist der sogenannte Marktpreis[9]. Dieser bestimmt sich nach verschiedenen Umständen[10], zunächst immer nach dem Verhältniß des Angebots zur Nachfrage; je nachdem diese Umstände sich ändern oder bleiben, ändert er sich, sinkend oder steigend, oder bleibt er. Er ist verzeichnet, notirt, in den Preiscouranten, welche, wenn die Waare gemünztes Geld, Papiergeld, oder ein Creditpapier ist, Courszettel heißen, weil man den Marktpreis dieser Waaren Cours nennt. Die Preiscourante und Courszettel werden öffentlich, insbesondere

---

tim, vel post pretii quantitatis disceptationem .... Sonach ist es kaum anders denkbar, als daß dieselben Personen einen Kauf über zwei gleiche Objecte unter denselben factischen Verhältnissen auch zu demselben Preise abschließen werden. Wie bedeutend dies für die Auffassung kaufmännischer Geschäfte ist: vgl. z. B. meinen Verkehr mit Staatspapieren. S. 168—172.

9) Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum sed communiter funguntur. L. 63. pr. D. ad legem Falcidiam (35. 2.) L. 33. D. ad legem Aquiliam. (9. 2.).

9a) Marktpreis und Börsenpreis zuweilen, nicht immer derselbe. Seuffert Archiv Bd. 1. No. 37.

10) Vgl. Rau Volkswirthschaftslehre. §. 146—186. Der Marktpreis ist nicht deshalb weniger der wirkliche Marktpreis, weil er durch Schwindelgeschäfte gesteigert ist. Seuffert Archiv Bd. 1. Nr. 37.

in öffentlichen Blättern bekannt gemacht. Der Zweck der Notirung und Bekanntmachung ist, der gesammten Handelswelt eine zuverlässige, auf die Beobachtung und Berechnung sachkundiger Männer [11] gegründete Nachricht von dem Preis (Cours), welchen eine bestimmte Waare an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit hat, zu geben. Daher wird denn auch diese allgemeine Nachricht, in Ermangelung besonderer Nachrichten, allgemein vom Handelsstande gesucht und beachtet, und als zuverlässig, also die Notirung als mit den wirklichen Verhältnissen übereinstimmend, anerkannt. Die Notirung hat daher, wenn sie auch nicht unter öffentlicher Auctorität geschieht, doch eine usuelle Auctorität. Daher ist der notirte Preis (Cours) normgebend, wo es auf den Marktpreis ankommt, und es hat, wer sich auf denselben beruft, fundatam intentionem für sich. Gegen diese nur zunächst entscheidende Auctorität des notirten Preises (Courses) ist aber natürlich der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß derselbe mit dem wirklichen Preise (Course) nicht übereinstimme. Dazu gehört aber, daß die Abweichung be-

11) Die mittlere Preistaxe wird gewonnen durch eine Durchschnittsrechnung aus einer Mehrzahl von Abschlüssen, welche Berechnung von den Maklern oder mit Zuziehung derselben gemacht wird. Über die Formirung des Wechselcourses vgl. die leipziger W. O. §. 31. die braunschweiger §. 42. die berliner Börsenordnung von 1825. §. 12—16. (abgedruckt bei Bleibtreu S. 136. 137.) und die Gesetze bei Treitschke Encyklop. der Wechselrechte. Bd. 1. S. 312—315. Über Courszettel von Wechseln: Bender Wechselrecht Bd. 1. §. 347. S. 472—475. 477. i. f. — 481 den Text. Treitschke Encyklopädie. Bd. 1. S. 311. 312. Bleibtreu §. 241. S. 137—139. Über Preiscourante und Courszettel: Noback H. W. §. 137. 153. 165. 194. 235.

deutend, nämlich nicht so gering sei, daß sie sich noch aus den individuellen Verhältnissen der wirklichen Geschäfte erklären läßt, und daß nicht der Preis (Cours) einzelner Geschäfte, sondern der Durchschnittspreis einer Mehrzahl von Geschäften bedeutend abweiche. Der Marktpreis giebt einen Anhalt für die Beurtheilung, ob der Preis bei einem einzelnen Kaufgeschäft ein angemessener, billiger, sei. Das römische Recht nannte den Marktpreis, da dieser nach der allgemeinen Meinung ein angemessener, zu dem Werth der Waare im Verhältniß stehender Preis ist, justum pretium [12]. Davon unterscheidet sich natürlich ein gesetzlich erlaubter Preis. 4. Erlaubter Preis. Die Regel ist: man darf beliebig theuer und wohlfeil verkaufen und kaufen [13]. a. Beliebig wohlfeil. Der Preis unter dem Marktpreis macht den Kauf zu einem s. g. Freundeskauf, dieser ist erlaubt, weil Schenkungen erlaubt sind [14]. b. Beliebig theuer. Dies leidet eine Ausnahme, wenn gesetzlich ein Preis als Normalpreis, der nicht über-

12) L. 36. pr. D. de donationibus inter V. et U. (24. 1.) L. 3. §. 5. D. de jure fisci. (49. 14.). L. 2. L. 8. C. de rescindenda venditione (4. 44.)

13) L. 16. §. 4. D. de minoribus (4. 4.) in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. L. 22. §. 3. D. locati. (19. 2.) in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere. L. 71. D. de contrah. empt. (18. 1.) Nov. 97. cap. 1. *εἴπερ ἐμποριχῶς ἀλλήλους περιγράφοιεν.*

14) L. 38. D. de contrah. empt. (18. 1.) Glück Bd. 16. §. 978. S. 70—73. Wo Schenkungen ausnahmsweise unstatthaft sind, ist also auch der Kauf, soweit er nicht Kauf, sondern Schenkung ist, unwirksam. L. 38. cit. L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 3. D. de donationibus inter V. et U. (24. 1.).

schritten werden darf, festgesetzt ist. Die gesetzlichen Taxen [15] sind meistens auf solche Verkäufer berechnet, welche zugleich die Producenten sind [16]; sie treffen aber folgeweise auch den Kaufmann. c. Die Regel: beliebig theuer und wohlfeil leidet eine doppelte Ausnahme. a. Es ist für das beliebig wohlfeil direct, und, weil ein zu weites Abgehen vom Marktpreis, oder [17] ein zu großes Mißverhältniß der Gegenleistungen unbillig gefunden wird, indirect (analog) für das beliebig theuer [18] eine Gränze gesetzt, in den Bestimmungen über die s. g. laesio enormis [19]. Diese Gränze, allgemein ausgesprochen, ist auch vom Kaufmann einzuhalten [19a], es ist kein Grund ihn zu

15) z. B. L. 1. §. 11. D. de officio praefecti urbi (1, 12.) Vgl. auch Glück Bd. 16. S. 74. Vielleicht gehört auch L. 71. §. 3. D. de contrah. empt. (18. 1.) „si nihil contra consuetudinem regionis fiat" hierher.

16) Brodt, Fleisch, Bier. Rau Vwpflege. §. 293 — 296.

17) Je nachdem das eine oder das andere als die Meinung der in Note 19 angeführten Gesetze angenommen wird, ist die Frage: wann der Käufer enorm lädirt sei, verschieden zu beantworten, dort, beim Marktpreis von 100, wenn er mehr als 150, hier, wenn er mehr als 200 gab.

18) Vgl. Michelsen Oberhof zu Lübeck. No. 144. Daß auch der Käufer sich über enorme Läsion beschweren dürfe, dafür O. A. G. 1. zu Lübeck; 2. zu München; 3. zu Dresden; 4. O. T. zu Stuttgard (in Seuffert Archiv 1. B. 6. No. 323.; — 2. Bd. 2. No. 275. Bd. 3. No. 160. B. 6. No. 322. — 3. Bd. 2. No. 356. Bd. 3. No. 161.; — 4. Bd. 4. No. 212.)

19) L. 2. L. 8. C. de rescind. vend. (4. 44.) humanum est, ut ... recipias. Vgl. v. Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 611. Particularrechte gestatten die Übervortheilung über das Doppelte hinaus, z. B. Código de comercio. Art. 378. Vgl. den Codigo commercial. Art. 494. 510.

19a) So auch das O. A. G. der v. fr. St. D. mit Be-

eximiren [20]; und ist einzuhalten bei allen Waaren, die einen Marktpreis haben [21]. Bei Waaren, die keinen Marktpreis haben, fällt natürlich, da der Anhalt fehlt, die Bestimmung weg, und es ist die beliebige Preisbestimmung ungehindert [22]. Abgesehen von dieser Gränzbestimmung, die eine Taxe nach dem maximum und minimum enthält, ist also das Nehmen eines noch so hohen so wie das Geben eines noch so geringen Preises nicht unredlich; nicht wider Treu und Glauben, es enthält keine

---

rufung auch auf „die unbestrittene Praxis der Gerichte bedeutender Handelsplätze" Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 342. 343.

20) Die gegentheilige Meinung (z. B. Pöhls H. R. S. 162. 163.) beruft sich darauf, daß ein absoluter Werth einer Waare sich nicht nachweisen lasse: daß der Kaufmann als Waarenkenner die Verletzung wisse, und daß nach den Stellen der Note 13. ein unbegränztes Übervortheilen dem Kaufmann erlaubt sei. Allein diese Stellen sind eben durch die Gränzbestimmung der L. 2. und L. 8. C. (Note 19.) zu modificiren; die Waarenkenntniß ist regelmäßig nicht vorhanden (mit daher die Zuziehung des Maklers. Büsch Darstellung Bd. 1. S. 397—399. Bd. 2. S. 508—513.), und giebt auch nicht nothwendig das Wissen dieser Verletzung; der erste Grund beweist zuviel, und auch deshalb nicht, weil der Marktpreis den Anhalt giebt. — Vgl. auch da Silva Tomo V. cap. XXIV. S. 60. 61.

21) Bender Verkehr mit Staatspapieren. §. 61. S. 305—307, welcher die Beschwerde wegen enormer Verletzung bei Verträgen über Staatspapiere unbedingt ausschließt, übersieht, daß nicht alle Geschäfte mit Staatspapieren gewagte Geschäfte sind, und daß der Marktpreis (Cours) zur Zeit des Abschlusses, und zwar zur Minute desselben, die Norm giebt.

22) z. B. bei Gemälden, vergriffenen Kupferstichen, antiken Münzen (Seuffert Archiv Bd. 4. No. 213.)

Prellerei [23]. b. Es darf nicht wider Treu und Glauben auf die Billigung oder Bewilligung dieses Preises eingewirkt seyn, also kein dolus vorliegen [24]. Ein solcher ist z. B. nicht vorhanden, wenn der Verkäufer in einer Auction Scheinkäufer bieten läßt [25], oder frühere Gebote Anderer wahrheitswidrig erwähnt [25a], wohl aber, wenn er einen Scheinmiether sendet [26], oder wenn er ernstlich versichert: man erhalte die Waare nirgends wohlfeiler [27].

§. 65.

Kaufpreis.

(Berechnung, Verzinsung.)

5. Berechnung des Preises. Der bedungene Kaufpreis ist nur auf die gekaufte Waare, nicht auch auf deren Emballage zu beziehen [1], wenn nicht ein Anderes beredet ist, oder nach Gesetz oder Gewohnheit gilt. Daher muß bei Waaren, welche nach dem Gewicht verkauft werden, der nach Gewichttheilen bestimmte [2] Kaufpreis für das Ganze nach dem Nettogewicht berechnet, und also, wenn der Preis nach dem Bruttogewicht bestimmt ist, die Tara, wenn sie nicht bereits vorher ausgemittelt ist,

---

23) L. 4. L. 10. C. de rescind. vend. (4. 44.) Dolus emptoris qualitate facti non quantitate pretii aestimatur.

24) L. 22. §. 3. L. 23. D. locati (19. 2.)

25) L. 22. §. 3. D. mandati. (17. 1.)

25a) Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 1. S. 243. 244. (auch Seuffert Archiv Bd. 2. No. 161.)

26) L. 49. pr. D. de action. E. V. (19. 1).

27) Seuffert Archiv Bd. 2. No. 167.

1) Vgl. Rechtsfälle Bd. 2. S. 123 — 125. Ungrischer XVI. Gesetzartikel. §. 53. 54.

2) Anders natürlich wenn z. B. gekauft ist: dieses Faß Kaffe so wie es da ist.

nachträglich ausgemittelt werden. Diese genaue Ausmittelung der Tara ist aber weit seltener, als eine ungefähre Taxation des Taragewichtes, welches dann von dem Bruttogewicht abgezogen wird. Diese Taxation geschieht auf verschiedene Weise [3] (oft nach Procenten) [4], welche häufig als Üsance feststeht. Übrigens wird zuweilen dem Käufer der Kaufpreis nicht nach dem vollen Nettogewicht berechnet, sondern ein Theil desselben nicht in Anschlag gebracht, welcher Gutgewicht [5] heißt. Dieses wird gewöhnlich von dem Grossisten dem Detaillisten zugestanden, als ein Ersatz für den kleinen Ausschlag am Gewicht, den dieser beim Kleinverkauf seinen Abnehmern giebt. Dieser „Abzug aufs Gewicht" ist ein Nachlaß an dem ursprünglich gedachten Kaufpreis. 6. Verzinsung des Preises [6]. Den noch nicht bezahlten Kaufpreis muß der Käufer verzinsen 1. von der Zeit an, wo ihm die Waare übergeben worden ist, weil er von nun an den Genuß der Sache hat [7]. Die Zinspflicht fällt weg, wenn der

3) Vgl. Kegel der Handel in Hamburg. Hamburg 1806. Bd. 1. S. 403. 404. und die dann folgende Tabelle VII. in der fünften Rubrik.

4) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 2. S. 577. 578. Büsch Darstellung. Bd. 1. S. 160—163.

5) Büsch Darstellung. Bd. 1. S. 163. 164. §. 6.

6) Bender engeres H. R. §. 160. S. 354—357. Pöhls Handelsrecht. S. 176. 177. 295. 296. Mittermaier §. 562. Nürmberger Sammlung nürnbergischer H. R. Gewohnheiten. S. 5 — 9.

7) L. 13. §. 19—21. D. de act. E. V. (19. 1.) L. 34. D. de usuris. (22. 1.) L. 5. C. de act. E. V. (4. 49.) L. 18. §. 1. D. de usuris. (22. 1.) L. 2. C. eod. (4. 32.) Seuffert Archiv Bd. 6. No. 182. — Anders der Codigo commercial. Art. 490. 462.

Preis creditirt worden ist[7a]. 2. Von der Zeit an, wo er nach dem Satz dies interpellat pro homine, oder durch Mahnung[8] in Verzug gekommen ist. Insofern eine Mahnung in der Zusendung der Rechnung liegt[9], also von dieser Zeit an. Daß die Zinspflicht ein Jahr nach Abschluß des Handels beginne, ist gemeinrechtlich[10] ohne Grund. — Nach dem Gesagten ist die Rechtmäßigkeit im einzelnen Fall zu prüfen, wenn die Kaufleute Zinsen von der Zeit der Eintragung des Postens in die Handelsbücher, oder doch von der Zeit an, wo der Posten fällig ist, berechnen. Die Zinsberechnung vom vorgetragenen Saldo widerstreitet dem Verbot des römischen Rechts, Zinsen von Zinsen zu nehmen, hat aber eine allgemeine Gewohnheit des Handelsstandes für sich[11], und wird überdies in Particularrechten ausdrücklich erlaubt[12]. — Den Kaufleuten ist in den Particularrechten gestattet, hö-

---

7a) Seuffert Archiv Bd. 2. No. 283.

8) Dann noch 14 Tage Frist nach preuß. Ld. R. §. 684.

9) Die Umstände müssen entscheiden. Zusenden auf Bitte ist keine Mahnung. Unbedingt stellt es als Mahnung das preuß. Ld. R. §. 685.

10) Particularrechte weichen ab. Ein Jahr nach der Lieferung, wenn keine frühere Mahnung und kein dies, nach preuß. Ld. R. §. 687. 688. — Vom Ende des Jahres, in welchem die Schuld entstanden ist. Ungrischer XVI. Gesetzartikel §. 56.

11) von Savigny System des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. S. 179. Motive S. 287. 288. zu Art. 322. des Entwurfs für Württemberg. Seuffert Archiv Bd. 2. No. 149. 150.

12) Preuß. Ld. R. §. 697. Vgl. Código de comercio. Art. 401. Codigo commercial. Art. 286. 288.

here Zinsen, als die gemeinrechtlichen von 5 Procent zu berechnen [13]. —

§. 66.

Kaufpreis.

(Aufgeld und Abgeld.)

7. Aufgeld und Abgeld. Weil, wer später zahlt, als er schuldet, weniger [1] zahlt, wer früher, mehr, so wird die verspätete Zahlung durch ein Aufgeld (Interesse, Verzugszinsen), die verfrühete durch ein Abgeld, (Rabatt, Decort, Disconto) der rechtzeitigen Zahlung gleichgemacht. Die Ausdrücke Rabatt, Decort, Disconto sind im Allgemeinen gleichbedeutend, und bezeichnen einen Abzug an dem zunächst gedachten und bestimmten Kaufpreis, er finde aus sogenannter Freundschaft, oder weil die Waare nicht empfangbar ist, oder aus sonst irgend einem Grunde Statt. Der Abzug hat selten etwas Reelles, weil der Verkäufer meistens schon bei Bestimmung des Preises auf ihn Rücksicht nimmt. Vorzugsweise aber bezeichnet Rabatt oder Disconto einen Abzug vom unverzinslich creditirten Kaufpreis für die verfrühete Zahlung. Der Verkäufer rechnet den Zinsbetrag, den er durch den gestatteten Credit entbehrt, um durch diesen nicht zu verlieren, in den Kaufpreis ein, und läßt sich daher, wenn der Käufer den Credit gar nicht, oder nicht für die ganze vorausgesetzte Zeit benutzt, die in den Preis gerechneten Zinsen ganz oder theilweise abziehen [2]. Natürlich wird der Rabatt

---

13) Vgl. österr. Gesetzbuch §. 994. 995. und Sonnleithner §. 194. — Beliebig hohe nach dem ungrischen XVI. Gesetzartikel §. 55.

1) L. 85. D. de solutionibus. (46. 3.)

2) Der Rabatt muß daher auf hundert und nicht von

um so geringer seyn, je weniger der Verkäufer [3], und wird ganz wegfallen, wenn er gar nichts auf den Kaufpreis schlug. Fordern kann gemeinrechtlich der Käufer den Rabatt nicht, und wo der Verkäufer ihn gestattet [3a], hängt von ihm die Größe desselben ab, der Käufer kann nicht anders dagegen protestiren, als daß er entweder den Handel oder die Pränumeration unterläßt [4]. Durch Particularüsancen steht aber oft der Rabatt und die Größe desselben für gewisse Waarengattungen fest, und hier wird also der Verkäufer seinen Preis höher ansetzen müssen, wenn er sich nicht ausdrücklich bei jedem einzelnen Geschäft vor dem Rabatt verwahren will. In eben diesem Sinn wie Rabatt braucht man auch den Ausdruck Decort, obwohl diesen letzteren zuweilen zum Unterschied von jenem da, wo der Verkäufer nicht $^2/_3$, sondern nur $^1/_2$ Proc. per Monat aufgeschlagen hat. Dieser verschiedene Sprachgebrauch kann juristisch bedeutend werden [5]; wo

---

hundert gerechnet werden. Büsch Darstellung Bd. 1. S. 166. Vgl. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. 2. Abth. 2. §. 420. und unten §. 246. (Bd. 2.)

3) Aus dem häufigen Zinsfuß von 8% und dem Umstand, daß der Credit früher gewöhnlich auf 4 oder 7, oder 13 Monate gegeben ward, erklärt sich für gleich baare Zahlung der Abzug von resp. $2^2/_3$, $4^2/_3$, und $8^{2/3}$%. Büsch Darstellung Bd. 1. S. 165—169.

3a) Frankfurter Sammlung von Römer. Bd. 1. Heft 1. S. 153—155.

4) Umgekehrt kann er auch nicht gegen Berechnung des Rabatts zur Pränumeration gezwungen werden. L. 22. §. 1. D. mandati. (17. 1.)

5) Z. B. wenn der Käufer sich für etwaige Pränumeration im Allgemeinen Rabatt bedungen hat, und er nun später mehr Procente verlangt, als der Verkäufer geben will.

dann Interpretationsregeln nicht ausreichen, wird der Theil, welcher den behaupteten Sprachgebrauch als Fundament seiner Klage oder Exception nicht darthun kann, durch den mangelnden Beweis sachfällig werden. Disconto bezeichnet in einem engern Sinn den Abzug für frühere Zahlung vorzugsweise und fast allein beim Papierhandel, wenn nämlich der Käufer eines nicht sofort fälligen Creditpapieres von der Summe, auf die es lautet, weil er sie sofort zahlt, und erst später wieder erhält, einen Abzug macht[6].

§. 67.
Consens.

1. Die Abschließung des Kaufes ist freiwillig; ausnahmsweise zwingen die Gesetze zum Kaufen[1] oder zum Verkaufen. 2. Der Abschluß geschieht entweder unter Gegenwärtigen, Handel auf dem Platz, Platzhandel in diesem Sinn[2], oder unter Abwesenden, und dann in der Regel schriftlich. Über den Zeitpunct der Perfection des schriftlich verhandelten Kaufgeschäftes gilt das oben[3] Bemerkte. Wann ist aber beim Kauf das Anerbieten des Feilbieters so bestimmt gestellt, daß durch ein bloßes Zustimmen von Seiten des Adressaten der Kauf perfect wird? Von der angebotenen Waare ist angegeben: a. nur die

6) Die genaue Erörterung von Disconto und Discontiren: unten §. 246. (Band 2.)

1) Salzconscription. Rau Finanzwissenschaft. §. 185.

2) So bei Fischer österr. Handelsrecht. §. 182. S. 153. und bei Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 164. Auch in der Bedeutung von Kauf in Bausch und Bogen kommt der Ausdruck Handel auf dem Platz vor. So brauchen ihn Bender engeres H. R. §. 89. S. 204. und Pöhls H. R. §. 82. S. 171.

3) §. 57. No. 4. Vgl. Codigo commercial. Art. 498. 499.

Gattung. Hieher das Übersenden einer gewöhnlichen Empfehlungskarte, oder sonst eines Circulars, mit bloßer Angabe der Gegenstände der Handlung. Es liegt nur die Einleitung zu einem Verkauf, die Erklärung, Verkäufer seyn zu mögen, vor, das Anerbieten ist so allgemein, daß ein bloßes Ja keinen Kauf machen kann[4], eine Antwort mit weiterer Bestimmung bedarf aber der Zustimmung des ersten Offerenten. Eben so ist es, wenn b. nur die Gattung und die Qualität angegeben ist. Hieher die specificirte Empfehlungskarte, die Probe, und die offenen Stellen eines Preiscourants. Eben so, wenn c. Gattung, Qualität und Preis angegeben ist, wohin die ausgefüllten Stellen eines Preiscourants und das Zusenden einer Probe mit Preisangabe gehören; das Anerbieten ist freilich detaillirter, aber da der Offerent gar kein Quantum angeboten hat, so muß er jedes in der Antwort verlangte, auch das geringste, erst billigen[5]. Daher ist die Clausel: man biete an frei von Obligo, oder: liefere nur wenn die Waare noch unvergeben sei, hier unnöthig. In allen diesen drei Fällen ist also nicht ein Antrag, sondern der Versuch, einen Antrag zu erhalten, gemacht. Wenn aber d. Gattung, Qualität, Preis und Quantität angegeben ist, wohin der Preiscourant mit der Notiz eines für den Adressaten bereit liegenden Vorraths von bestimmter Größe, und die Probe von dieser Notiz und Angabe des Preises begleitet, gehört, so macht der

4) L. 94. L. 74. L. 75. pr. D. de V. O. (45. 1.).

5) L. 115. pr. D. de V. O. (45. 1.). Bülow und Hagemann practische Erörterungen. Bd. 6. Nr. 8. S. 56—59. Bender engeres H. R. §. 77. Nr. 6. Fischer österr. H. R. §. 183. Treitschke Kaufcontract. S. 58. §. 35. Nur nicht die hier geltend gemachten Gründe.

Adressat durch sein bloßes Ja den Kauf perfect. Anders wenn mit dem Zusatz: frei von Obligo, oder: wenn die Waare noch unvergeben sei, angeboten wird. Der wörtliche Zusatz kann durch die Umstände überflüssig werden. So wenn das Anerbieten gedruckt ist, also sichtlich für Mehrere bestimmt ist. Zurücknahme des Anerbietens vor dem Ja hindert das Entstehen eines Kaufes[6] und befreiet daher den Offerenten von der Lieferung, die ihm nur als Verkäufer obliegt, sie verpflichtet ihn aber zum vollen Schadensersatz[7]. 3. Dem Abschluß des Kaufes geht oft eine Auction vorher, entweder um den Meistbietenden zum Käufer oder den Mindestfordernden zum Verkäufer zu wählen[8]. 4. Dispositionsrecht nach dem Angebot oder Verkauf[9]. Das Anerbieten einer Waare ist dem Offerenten nur in dem Fall 2. d. präjudicirlich. Der Verkäufer ist verpflichtet zur Lieferung und widrigenfalls zur Leistung des Interesse. Ohne Nachtheil kann er also über eine verkaufte species anderweitig nicht disponiren, beim Verkauf in genere nicht über das ganze genus, aus welchem die verkaufte Waare zu entnehmen ist, daher nicht über seinen ganzen Vorrath, wenn er aus diesem zu liefern versprach, versprach er so nicht, so muß er den Vorrath nur dann schonen, wenn er die nun einmal verkaufte Waare anderswoher nicht anzuschaffen weiß.

§. 68.

Baarkauf. Creditkauf. Pränumerationskauf.

Baarkauf, und Creditkauf, und Pränume-

6) Vgl. oben §. 57. Nr. 4.

7) Vgl. oben §. 57. Nr. 2.

8) Vgl. Puchta Pandekten §. 252. Noback H. W. §. 134. 135.

9) Código de comercio. Art. 369.

rationskauf. Die Zeit der Zahlung des Kaufpreises anlangend[1], so kann I. die Zahlung nach ausdrücklicher Beredung oder nach der Meinung Statt finden sollen: 1. Gegen die Übergabe der Waare[2]. Kauf gegen baare Zahlung, Baarkauf, Contantkauf, Kauf Zug um Zug. Dann muß der Kaufpreis sofort gegen Auslieferung der Waare bezahlt werden; der Verkäufer kann die Waare gleichsam wie ein Pfand bis zur geschehenen vollen Zahlung retiniren[3]; tradirt er sie vorher, so kann er sofort die Zahlung verlangen, und für die Zeit, bis diese geschehen ist, Zinsen fordern, auch wenn der Käufer nicht gemahnt, und also nicht in mora ist, und bleibt noch so lange Eigenthümer der Waare, bis die Zahlung vollständig erfolgt ist[4]. Umgekehrt darf der Käufer sofort gegen Bezahlung des Preises die Lieferung verlangen; er kann den Preis bis zur geschehenen Lieferung retiniren; zahlt er vorher, so kann er sofort die Lieferung verlangen, hat aber das Eigenthum an seinem Gelde verloren, und kann daher selbst die noch erkennbare species nicht vindiciren. — Einer muß natürlich mit der Erfüllung den Anfang machen, und wer dieses thut, schenkt dem Andern das Vertrauen, daß dieser seinerseits nun auch erfüllen werde; mißtrauen sich beide

---

1) Codigo commercial. Art. 456. 457. 476. 490. 492.

2) Código de comercio. Art. 372. 374. Codigo commercial. Art. 476. 490. 492.

3) L. 13. §. 8. D. de act. empti (19. 1.) L. 31. §. 8. D. de aedil. edicto. (21. 1.) L. 14. §. 1. D. de furtis. (47. 2.) L. 22. D. de heredit. vend. (18. 4.)

4) Bis dahin kann der Käufer die Waare als Miether L. 16. D. de periculo et com. (18. 6.) L. 21. D. locati (19. 2.), oder precario L. 20. D. de precario (43. 26.) inne haben.

Theile so, daß Keiner anfangen will, so müssen sie im strengsten Sinne Zug um Zug verfahren, und wo dieses nicht thunlich ist, bei einem Dritten Waare und Preis deponiren, von welchem der Käufer dann jene, der Verkäufer diesen abhole[5]. 2. Nach der Übergabe der Waare. Dann ist die Zahlung gefristet[6]. Kauf auf Credit, auf Borg, auf Ziel, auf Zeit[7]. Dann kann der Verkäufer die Lieferung nicht durch die Berufung auf die noch nicht geschehene Zahlung weigern; die bloße Tradition, sei sie freiwillig oder gezwungen, überträgt das Eigenthum, gleich viel ob der Credit, welchen der Verkäufer gab, ungesichert oder gesichert, und wie sehr er gesichert ist; der Verkäufer kann den Kaufpreis erst nach Ablauf der Zahlungsfrist, sei es eine beredete oder eine durch den Richter nach Billigkeit festgestellte, fordern, und keine andern Zinsen als Verzugszinsen verlangen. An manchen Orten versteht sich eine kurze Zahlungsfrist, meistens von vier Wochen[8] oder sechs Wochen, nach Gesetz oder Gewohnheit von selbst. 3. Vor der Übergabe der Waare, gleich viel ob kurz vorher oder sofort nach Perfection des Kaufes, oder in einem andern zwischenliegenden Moment. Kauf gegen pränumerirte Zahlung. Dann kann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises nicht durch die Berufung auf die noch nicht erfolgte Lieferung weigern, und nach geschehener Zahlung

5) L. 39. D. de solutionibus. (46. 3.).

6) Z. B. auf 4, 7, 13 Monate, Büsch Darstellung. Bd. 1. S. 165. 166; auf einen Monat, a. a. O. S. 168; auf 12 Monate, a. a. O. S. 170.

7) Auch nicht Caution verlangen. Vgl. Bülow u. Hagemann Erörterungen Bd. 5. No. VI. S. 44. 45.

8) Büsch a. a. O. S. 168. Noback H. W. §. 238. S. 524.

die Lieferung nicht sofort, sondern erst zu der für diese bestimmten Zeit fordern. — Die Rechte aus dem Baarkauf fallen also für den Verkäufer beim Creditkauf, für den Käufer beim Pränumerationskauf weg.

§. 69.

Baarkauf. Creditkauf. Pränumerationskauf.

(Fortsetzung. Stillschweigende Meinung, insbesondere den Eigenthumsübergang betreffend.)

II. Welche Meinung ist als stillschweigend verstanden anzunehmen, wenn es an einer ausdrücklichen deutlichen Beredung fehlt? Man muß unterscheiden: 1. Das Recht des Verkäufers auf sofortige Zahlung, wenn er die Waare, sie retinirend, anbietet, oder sie tradirt hat, so wie das Recht auf Verzinsung des Kaufpreises braucht nicht besonders bedungen zu werden. Insofern versteht sich der Baarkauf, nicht der Creditkauf von selbst[1]. Anders ist es natürlich, wenn nach Gesetz oder Üsance eine Zahlungsfrist sich von selbst versteht; wo dieses ist, muß durch besondere Beredung die Frist ausgeschlossen werden. Diese Beredung liegt deutlich genug in den Worten: Zug um Zug, und kann nach den Umständen auch in der Clausel: gegen Baares, oder: per contant liegen. Eben so wenig bedarf das Recht des Käufers, die Zahlung erst gegen die Lieferung zu machen, und nach bereits gemachter Zahlung die sofortige Lieferung zu verlangen, einer besondern Beredung[2]. Insofern versteht sich der Baar-

1) §. 2. I. de V. O. (3. 16.) L. 14. de R. J. (50. 17.) L. 41. §. 1. D. de V. O. (45. 1.).

2) Archiv für die civil. Praxis Bd. 23. No. IX. S. 252—262. A. M. auch Brackenhoeft in Weiskes Rechtslexikon Bd. 5. S. 55. 56. Note 47. 48.

kauf, nicht der Pränumerationskauf von selbst. 2. Den Übergang des Eigenthums anlangend, so ist die Frage: wenn der Verkäufer tradirt hat, ohne bezahlt zu seyn, gilt das Eigenthum als übergegangen[3]? Das römische Recht läßt das Eigenthum der tradirten Waare übergehen, wenn der Verkäufer bezahlt ist, oder sich soweit für bezahlt erachten will, weil er Pfand, Bürgen, oder Vertrauen zum Käufer hat[4]. Es hat also den Gedanken: der Verkäufer, welcher tradirte, kann seine Sicherheit wegen der Zahlung haben a. in seinem Eigenthum an der Sache; b. in einer anderweitigen Sicherheit; c. in bloßem Vertrauen. Da er jedenfalls creditirt, weil die Zahlung aufgeschoben wird, so ist er immer ein solcher, welcher alienam fidem sequitur, aber entweder fidem rei; oder fidem pignorum, fidejussoris; oder fidem emptoris[5]. Es kommt also darauf an: welche Sicherheit wollte der Verkäufer? wollte er die durch Eigenthum schwinden lassen? Dies meint

---

3) Oder: unter welchen Umständen versteht sich in dieser Beziehung ein Creditkauf oder ein Baarkauf? Diese eine Seite der Frage: wann ist auf Credit gekauft? behandelt Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. No. 21. S. 425—432. — Vgl. noch Codigo commercial. Art. 909—921. und Kent. vol. II. S. 390—392. 427—436. Der oben im Text folgenden Erörterung widerspricht Brinckmann H. R. §. 77. Note 8. S. 323. 324. mit keinen guten Gründen.

4) §. 41. I. de rerum divisione. (2. 1.) L. 19. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 11. §. 2. D. de act. empti. (19. 1.) L. 53. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 9. §. 3. D. de pigneratitia act. (13. 7.) L. 4. §. 8. D. de fideicom. libertat. (40. 5.) Cropp a. a. O. S. 425. 426.

5) Auf eine dreifache Art kann also fidirt werden.

man, wenn man fragt: ob er creditirt habe?[6]. Da hierüber selten eine Beredung vorkommt, aus dem Hingeben der Sache aber an sich nicht folgt, daß der Verkäufer das ihn sichernde Eigenthum an derselben aufgeben wollte[7], so muß aus den sonstigen Verhältnissen auf seinen Willen geschlossen werden. Es kann das Eigenthum nicht anders als aufgegeben gelten, als wenn es klar ist, daß der Verkäufer mit einer anderweitigen Sicherheit sich begnügen will. Denn der Verkäufer hat die Regel für sich: Eigenthumsübergang erst, wenn gezahlt ist, und es muß ihm also bewiesen werden, daß er sich soweit als bezahlt habe erachten wollen. Hierfür kommt es zunächst darauf an: ob er sofortige Zahlung erwartet oder nicht. Im erstern Fall ist es nicht unwahrscheinlich, ja selbst gewöhnlich, daß er Mißtrauen gegen die Creditwürdigkeit des Käufers hegt, es fehlt daher an allem Grund anzunehmen, daß er der Person des Käufers hat trauen, und also das Eigenthum aufgeben wollen, zumal da factisch das dauernde Eigenthum für ihn Bedeutung hat, weil zu erwarten steht, daß in der kurzen Zwischenzeit bis zur Zahlung die Waare unbenutzt und unveräußert bei dem Käufer bleiben werde. Im andern Fall muß der Verkäufer sich sagen, daß das dauernde Eigenthum ihm aller Wahrscheinlichkeit nach nichts verschlagen werde, da der Käufer die Verfolgbarkeit desselben durch Weiterverkauf und besonders durch Zersplitterung an mehrere Käufer, oder auch durch Be-

6) Diesen Sprachgebrauch hat auch das römische Recht. In L. 31. D. locati (19. 2.) wird das Aufgeben des Eigenthums in creditum ire genannt.

7) Anders das österr. Gsb. §. 1063. Vgl. Cropp a. a. O. S. 426. Note 4.

nutzung mit Zerstörung der Integrität bedeutungslos machen kann, und daß er also vernünftigerweise nicht der Waare, sondern der Person des Käufers traue. Schenkte er kein persönliches Vertrauen, so würde er nicht unbekümmert um die sofortige Zahlung tradiren. Es darf also hier Veräußerung des Eigenthumsrechts angenommen werden. — „Sofortige" Zahlung. Dafür ist eben entscheidend: ob anzunehmen ist, daß die Sicherheit in der Waare nützen würde. Anwendung. I. Ist eine Zahlungsfrist, bei Abschluß des Kaufes oder bei der Lieferung beredet, so ist diese entweder 1. so kurz, daß in der Zwischenzeit zwischen der Zeit, wo die Lieferung resp. geschehen soll, oder geschieht, und der Zeit, wo die Frist abgelaufen, eine Benutzung und Veräußerung der Waare nicht füglich denkbar ist. Dann muß das Eigenthum als reservirt gelten[8]. Nicht so wenn 2. eine längere Frist beredet ist. Dahin gehört der Fall a. Es gestattet Gesetz oder Üsance eine Zahlungsfrist von vier oder sechs Wochen[9]. Diese Frist, obgleich sich von selbst verstehend, ist so gut als beredet, weil sie nicht durch Beredung ausgeschlossen ist. b. Der Verkäufer giebt auf den Käufer eine Anweisung oder eine Tratte ab, welche berechneterweise später fällig ist, als die Waare (oder das Connossement) muthmaßlich ankommen mußte. Dies ist der Fall z. B. bei einem Usowechsel[10]. c. Es ist bei einer lau-

8) Dies bestreitet Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 709. zu Ende, weil „immer fides habita vorhanden sei." Allein dabei ist übersehen, daß dreifach fidirt werden kann. Vgl. oben Note 5.

9) Cropp a. a. O. S. 427—430.

10) Weil der Uso neben der zur Überkunft des Wechsels

fenden Rechnung die Zahlung bis zum Rechnungsabschluß ausgesetzt. Der letztere findet meistens jährlich oder halbjährlich Statt, zuweilen aber auch in längeren oder kürzeren Zeitfristen. Eine frühere Mahnung ist effectlos [11]. II. Ist keine Zahlungsfrist beredet, so wird die Zahlungszeit nothwendig durch Mahnung bestimmt. Wenn dann der Verkäufer nicht bei der Lieferung gemahnt und die sofortige Zahlung verlangt hat, so daß also erst hinterher die Mahnung erfolgen muß, und selbst das richterliche Ermessen bevorstehen kann [12], so ist er offenbar um das Geld, wie um die Sicherheit in der Waare unbekümmert gewesen, und hat persönliches Vertrauen geschenkt. III. Jeder Zweifel schwindet, mag eine Zahlungsfrist beredet seyn, oder nicht, wenn der Verkäufer noch für eine anderweitige Sicherheit, durch Pfand, Bürgen, fremdes Wechselaccept [13], gesorgt hat, dann darf die Sicherheit durch das Eigenthum als aufgegeben gelten. Denn es soll eine bedungene Sicherheit, was den Eigenthumsübergang anlangt, *statt* der Zahlung gelten, bei der neuen sichtbaren Sicherheit ein Tausch der Sicherheit angenommen

---

erforderlichen Zeit auch noch eine billige Zahlungsfrist für den Acceptanten enthält. Vgl. Cropp a. a. O. S. 427—432.

11) L. 49. §. 3. D. de V. O. (45. 1.). Die Übermachung der Rechnung kann vor der Zeit, wo der Käufer zahlungspflichtig ist, nicht als Mahnung gelten, ob nach derselben, entscheiden die Umstände. Wenn auf Bitte übermacht: keine Mahnung. Im Zweifel nicht Mahnung. L. 47. D. de O. et A. (44. 7.) Vgl. oben §. 65. N. 9.

12) L. 21. D. de judiciis. (5. 1.) L. 21. §. 1. D. de constit. pec. (13. 5.) L. 71. §. 2. de legatis I. (30.) L. 105. D. de solutionibus (46. 3.)

13) Der Verkäufer bedingt sich häufig, daß er für den Betrag auf ein anderes Haus ziehen dürfe.

werden [14]. — — Übrigens kann alles Gesagte durch die besonderen Umstände des einzelnen Falles eine Modification erleiden müssen, da ganz durchgreifende Regeln für die Meinung sich nicht geben lassen.

§. 48.

Tagskauf. Lieferungskauf.

Das Kaufgeschäft wird oft ein Lieferungskauf genannt, so daß es dann im Gegensatz eines unter andern Verhältnissen stehenden Kaufes gedacht wird, für diesen ist der Ausdruck Tagskauf gebräuchlich. I. Der Unterschied wird nirgends, weder im Verkehr noch in der Doctrin, gleichmäßig und durchgreifend gedacht*. [a]. Die Doctrin, will sie der schwankenden Bedeutung im Verkehr sich anschließen, und diese auf einen allgemeinen Gedanken fixiren, darf den Unterschied weder 1. darauf stellen, ob die Zeit der Lieferung bedungen worden ist, oder nicht [1],

---

14) Vgl. oben die Stellen der Note 4.

*) Vgl. preußisches Landrecht. Th. 1. Tit. 11. §. 981—987. (Dazu: Hassenpflug über das Lieferungsgeschäft. Berlin 1846.) Entwurf für Württemberg. Art. 362—368. 372. 373. Motive dazu S. 334—338. 340—342.

a) Was Brinckmann H. R. §. 89. §. 97. Note 5. §. 98. No. I. 2. und Note 9. §. 100 (S. 377) über den Lieferungskauf sagt, ist so lange unprüfbar und unanwendbar, als er sich der Bestimmung des Begriffes entzieht.

1) Man wird einen Kauf, bei welchem die Contrahenten die zum sogenannten „Empfang" der vorräthigen Waare ihnen bequemste Zeit besprechen und festsetzen, nicht einen Lieferungskauf nennen wollen, sollte der Empfang auch auf Wochen hinausgerückt seyn. Und umgekehrt: man wird, wenn die Waare erst gefertigt werden soll, den Kauf einen Lieferungskauf nennen, wenn auch die Zeit der Lieferung unbestimmt gelassen, vorläufig der Discretion des Verkäufers anheim gegeben ist.

noch 2. darauf, ob der Verkauf in genere oder auf eine species geschlossen ward, noch 3. darauf, ob der Verkäufer die Waare vorräthig hat oder nicht, obgleich dieses Criterium dadurch unterstützt wird, daß man einen Kauf „auf Lieferung" nennt a. wenn die Waare erst fertig gearbeitet werden soll, b. wenn die Waare noch nicht am Platz, obgleich für Rechnung des Verkäufers unterwegs ist, c. wenn der Verkäufer die Waare erst hinterher anschaffen will, entweder indem er auf Sinken des Preises speculirt, oder ohne das, da er durch die Verschiedenheit der Preise speculirt, weil ihm der Vorrath ausgegangen ist. Sondern man muß, scheint es, 4. den Unterschied so stellen: je nachdem in Folge der Kaufbedingungen die Lieferung (die Tradition) der Waare sofort nach dem Abschluß (der Perfection) des Kaufes, oder erst einige Zeit nach demselben geschehen soll, ist der Kauf ein Tagskauf, Tagsgeschäft, oder ein Lieferungskauf, Lieferungsgeschäft. Das „sofort" stellt sich am strengsten heraus, wenn die verkaufte Waare in praesentia ist, so daß der Käufer den Besitz schon oculis et affectu erwirbt[2], es braucht aber nicht so eng genommen zu werden, so wie das „nach einiger Zeit" nicht zu weit zu nehmen ist, denn es vergehen bedungener Maaßen bei einem Tagskauf zwischen dem Abschluß und der Lieferung nicht bloß Stunden, sondern selbst Tage und längere Zeit, und auf der andern Seite widerstrebt es dem Lieferungskauf nicht, daß die Zwischenzeit auf eine Stunde und weniger Zeit beschränkt ist. Der Unterschied liegt nämlich in einer den

2) Dann fällt die Perfection und Tradition in einen Moment zusammen, wenn gleich juristisch die letztere als der ersteren nachfolgend zu denken ist.

Umständen nach verschiedenen Zeit, und die genauere Fixirung derselben im einzelnen Fall ist eben nach dem Grunde zu machen, weßhalb man auf den Unterschied, auf welchen oft wenig oder gar nichts ankommt[3], Gewicht legt[4]. II. Die Zeit der Lieferung kann bedungen seyn, wo dieses nicht ist, ist die Meinung der Contrahenten aus den Umständen zu entnehmen[5]. III. Der Kauf ist perfect, nur die Lieferung, also die Erfüllung, hinausgeschoben. Spätere Umstände, wenn sie nicht als Resolutivbedingung gelten sollen, ändern an dem Vorhandenseyn (der Rechtsbeständigkeit) des Kaufes und an dessen Bedingungen, z. B. dem Preise, nichts. Diese Umstände treffen als Vortheil und Nachtheil den Käufer. IV. Dem Lieferungsgeschäft kann ein reines Differenzgeschäft unterliegen, so daß die Meinung der Contrahenten eine andere ist, als die Form besagt. Ist dieses der Fall, so ist das Geschäft, da bei jeder Simulation die Meinung entscheidet, als Differenzgeschäft zu behandeln. Daß es der Fall sei, muß aber, wie jede Simulation, von dem, der dies behauptet, dargethan werden, denn es ist kein

3) Ob eine emptio venditio sub die sei oder nicht, ist oft eine ganz irrelevante Frage.

4) Macht man die Unterscheidung deßhalb, um zu bezeichnen, wie nur unter bestimmten Voraussetzungen auf das Sinken des Preises speculirt werden kann, nämlich wohl durch einen Lieferungsverkauf, nicht aber durch einen Tagsverkauf, dann ist das Criterium darin zu setzen: ob mittlerweile die Speculation realisirt werden kann. Vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren. S. 14—16. Auf einen Lieferungskauf in diesem Sinn ist die Frage zu beziehen: ob in dem Lieferungsgeschäft ein reines Differenzgeschäft liege?

5) Z. B. wie viel Zeit ist zur Verfertigung nöthig? L. 58. §. 1. D. locati (19. 2.).

Grund vorhanden, ohne weitere Untersuchung der Umstände die Simulation als vorhanden anzunehmen, oder auch nur zu behaupten, daß sie in der Regel vorliege[6].

V. Mit dem Tagskauf und Lieferungskauf ist der Contantkauf und Creditkauf nicht zu verwechseln. Es ist vielmehr das Lieferungsgeschäft eben so wie das Tagsgeschäft entweder ein Contantkauf oder ein Creditkauf[7].

---

6) Vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren. S. 230—234. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für Sachsen. Neue Folge. Herausgeg. von Tauchnitz und Sperber. Bd. 4. 1845. No. XII. S. 150—156.

7) Vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren S. 25. 26. Wenn Bender Verkehr S. 369. den Contantkauf, den Kauf Zug um Zug, den Kauf per cassa, den Kauf gegen Baares für gleichbedeutend mit Tagskauf erklärt, so ist dabei übersehen, daß jene vier Ausdrücke in der kaufmännischen, wie in der juristischen Sprache anerkannt sind, um ein Verhältniß des Kaufes in Hinsicht auf die für die Zahlung des Kaufpreises festgesetzte Zeit zu bezeichnen, ein Verhältniß, welches auch bei dem Lieferungskauf vorkommen kann. Eben so wenig darf man mit Bender a. a. O. S. 379. für gleichbedeutend mit Lieferungskauf die Ausdrücke Zeitkauf (Kauf auf Zeit), Zielkauf (Kauf auf Ziel), Kauf auf Frist erklären. Denn alle diese Ausdrücke, welche an sich es zweifelhaft lassen, ob die Lieferung der verkauften Sache, oder die Zahlung des Kaufpreises vertagt ist, werden in der kaufmännischen, wie in der juristischen Sprache gewöhnlicher gebraucht, um die Befristung der Zahlung des Kaufpreises zu bezeichnen, und diese ist nicht ausschließlich dem Lieferungskauf eigen, sondern kann auch bei dem Tagskauf vorkommen. Von den Ausdrücken Terminalkauf, womit Bender den Lieferungskauf, und Kauf gegen unmittelbaren Umsatz, womit er den Tagskauf bezeichnet, ist der erste an sich zweideutig, indem er eben sowohl den hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises, als den hinsichtlich der Lieferung gesetzten Termin andeuten kann, und der

§. 71.
Handel auf Besicht.

Der Handel auf Besicht". Handel „auf Besicht" — „aufs Kosten" — „auf Probe" — „auf Nach-

---

letztere nur dann, wenn der Tagskauf gegen baare Zahlung abgeschlossen ist, passend; beide Ausdrücke sind aber dem gewöhnlichen Sprachgebrauch fremd, um so weniger also für die Schriftsprache zu recipiren. Endlich die Ausdrücke fester Kauf, prompter Kauf, effectiver Kauf (vgl. Bender a. a. O. S. 369.) sind nie und nimmer in der Bedeutung des Tagskaufes zu recipiren, weil der erste das Negative andeutet, daß von dem Kauf nicht zurückgetreten werden darf, was ebenso bei dem Lieferungskauf wie bei dem Tagskauf vorkommen kann, der dritte den Gegensatz eines Scheinkaufes, und diesen Gegensatz eben so gut für den Lieferungskauf wie für den Tagskauf bezeichnet, der zweite aber die durch den Sprachgebrauch noch nicht gehobene Zweideutigkeit an sich trägt, ob die Lieferung der Sache, oder die Zahlung des Kaufpreises oder gar beide prompt geschehen sollen. Das Vorige ist wörtlich aus meinem Verkehr S. 26. Note 4. entnommen.

*) Preußisches Landrecht. Th. 1. Tit. 11. §. 333—339. — Österreichisches Gesetzbuch. §. 1080—1082. — Código de comercio. Art. 361. — Codigo commercial. Art. 459. — Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 187—207. Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 332—345. Pöhls Handelsrecht S. 166—170.

Soweit Brinckmann H. R. §. 84. 85. von dem in diesem §. 71. Bemerkten abweicht, halte ich seine Ansichten durchweg für unrichtig, und namentlich ist die gesonderte Behandlung eines Kaufes auf Probe und eines Kaufes auf Besicht ganz verunglückt, da eine rechtliche Verschiedenheit dieser beiden Käufe gar nicht existirt. Die Gründe für die Widerlegung seiner Ansichten sind in dem Text und den Noten des vorliegenden §. 71. vollständig enthalten. So stecken denn auch, wie vorauszusehen war, die §§. 84. und 85. voller Wider-

sicht" — „auf Nachstich" — „auf Nachziehen" — „wie zu besehen" — „à l'essai" — Nehmen „zur Ansicht." I. Die Clausel drückt aus entweder: daß das Entstehen des Kaufes von dem Gefallen des Kauflustigen an der ihm feil gebotenen Waare, oder daß der Bestand des Kaufes von dem Gefallen des Käufers an der ihm verkauften Waare abhänge[a]. Ein solcher Handel ist dem

---

sprüche, und in §. 84. ist fast jeder Satz verkehrt. Auch seine Zweifel in §. 88, ob die Clauseln „auf Nachstechen" und „auf Nachziehen" der Clausel „auf Besicht" gleich stehen, sind nicht begründet, da das, was er in diesen Clauseln einerseits findet, nämlich daß sie nur die Weise der dem Käufer zustehenden Prüfung bezeichnen sollen, nichts sagt (vgl. unten die folgende Note a.), und was er andrerseits darin findet, nämlich daß der Handel suspensiv bedingt sei, nach seiner eigenen Definition in §. 85 auf einen Kauf auf Besicht deutet. Denn wodurch bedingt? Offenbar durch den Willen des Kauflustigen. Er darf nicht sagen: Nein, bedingt durch die Empfangbarkeit. Denn eine solche Bedingung ist gar keine Bedingung, wie er selber §. 82. richtig anerkennt.

a) Richtiger würde es statt: von dem Gefallen an der Waare, heißen: von dem Gefallen an dem Kauf, und noch richtiger kurz: von dem Willen des Kauflustigen oder Käufers. Jener wie dieser darf auf die Frage des Feilbieters oder Verkäufers: warum soll denn der Kauf nicht entstehen oder bleiben? achselzuckend antworten: Laune. Der Handel auf Besicht, auf Probe, und wie man ihn sonst herkömmlich nennen mag, heißt, wenn man seine rechtliche Natur bezeichnen will, weit treffender: Handel auf Laune. Es ist ein Handel mit der Wahl des Rücktritts. Die gebräuchlichen Zusätze: auf Besicht, auf Probe, u. s. w. deuten nur auf das Factische, wodurch gewöhnlich der Entschluß des Wahlberechtigten, des Kauflustigen oder Käufers vorbereitet und bestimmt wird, auf das Besehen der Sache und das Ausprobiren, das Untersuchen derselben durch Schmecken, Ausmes-

römischen Recht vollkommen bekannt. Es ist ein Handel mit der Wahl des Rücktritts[b]. Der Kauflustige oder Käufer, um sich entscheiden zu können, besichtigt (untersucht) die Waare. So kommt im römischen Recht das degustare vinum, der gustus, vor. Er ist durch den Handel nicht gebunden, sondern hat es in seiner reinen Willkür, ob er die Waare annehmbar oder behaltbar finden will oder nicht, und braucht seine Mißbilligung derselben nicht auf Gründe zurückzuführen[1]. Der Verkäufer ist an den Handel gebunden, indem er den Willen seines Contrahenten abwarten muß, und bis dieser vorliegt, nicht sicher oder gültig über die Waare verfügen kann. Es versteht sich, daß im Übrigen der Kauf als

---

sen, Lesen, Schreiben, Reiten, Hören und durch tausenderlei anderes Verfahren. Der Entschluß wird aber nicht selten unabhängig von einem solchen Verfahren gefaßt. Es wird nicht selten das Nein ungeachtet Waare und Preis gefällt, das Ja ungeachtet beides mißfällt, das Nein oder Ja ohne weitere Prüfung der Waare und ihrer Preiswürdigkeit erklärt. Rechtlich entscheidet nur der Wille. Daher sind die üblichen Clauseln z. B. Note 5 und 6. nicht in ihrem Wortsinn zu nehmen.

b) Vergütung wegen des Rücktrittsrechts: Prämie, — Prämiengeschäft. Vgl. unten §. 91 und §. 93. erster Satz.

1) Cropp S. 188. 197. Die Parömie: das Besehen hat man umsonst. — Daher darf man nicht sagen, wie Treitschke Kaufcontract. §. 53. S. 109., der Käufer untersuche, ob die Waare brauchbar und preiswürdig sei. Was a. a. O. Z. 16. v. u. — Z. 5. v. u. als ein Kauf auf Besicht, als ein bedingter Kauf, angeführt wird, ist ein rein abgeschlossener Kauf, bei welchem die Prüfung, der Besicht, zu dem Zwecke geschieht, um zu sehen, ob die zur Erfüllung angebotene Waare empfangbar sei. Cropp, der für jene Meinung angeführt wird, ist mißverstanden. Vgl. unten die letzte Note dieses §.

vollständig verabredet zu denken ist[2]. II. Der Handel ist also entweder bereits ein Kauf, aber dieser einseitig aufkündbar, oder noch gar kein Kauf, sondern nur, obgleich den Feilbieter bindend, die Vorverhandlung zu einem solchen[3]. Das römische Recht spricht aber dennoch in dem letztern Fall von einer emptio, nämlich sub conditione[4], im Gegensatz jener pura emptio, quae sub conditione resolvitur, und danach dürfen beide Fälle als Kauf unter einer Suspensivbedingung[5] und einer Resolutivbedingung[6] unterschieden[c] werden[7]. In bei-

2) Cropp S. 197. Note 20.

3) Daher hat der Feilbieter nicht die actio venditi, sondern, ist der Kauflustige ihm durch die übernommene custodia verpflichtet, eine praescriptis verbis actio. Am klarsten L. 20. §. 1. D. de praescr. verbis. (19. 5.)

4) §. 4. I. de emptione (3. 24.), eben so in dem ähnlichen Fall der L. 2. pr. D. de in diem addictione (18. 2.)

5) Gefällt Dir die Waare, so sollst Du sie für so viel haben. Si placuerit empta erit res. §. 4. I. de empt. et vendit. (3. 24.)

6) Mißfällt Dir die Waare, so soll sie als ungekauft gelten, — so kannst Du sie zurückgeben, — so nehme ich sie wieder an, — so soll der Handel rückgängig werden. Si displicuerit inempta erit res. L. 3. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 6. D. de rescind. vend. (18. 5.) L. 31. §. 22. D. de aedil. edicto (21. 1.) L. 2. §. 5. D. pro emptore (41. 4.) Cropp S. 189. 190.

c) Puchta Pandekten §. 360. will beide Fälle als Kauf auf Besicht (Suspensivbedingung) und Kauf auf Probe (Resolutivbedingung) unterscheiden. Allein diese Terminologie hat theils an sich nichts Bezeichnendes, theils den Sprachgebrauch entschieden gegen sich, da diese nur nach der Art der Untersuchung die Clauseln unterscheidet. Nie sagt man z. B. daß Kupferstiche auf Probe, und daß Musikinstrumente auf Besicht genommen sind.

den Fällen geschieht das Besehen (Untersuchen) entweder so, daß die Waare im Gewahrsam des Verkäufers bleibt, oder so, daß der Käufer sie in seinen Gewahrsam erhält. III. Ist der Handel suspensiv bedingt, so bringt der Umstand, daß der Kauflustige die zu besichtigende Waare in seinen Gewahrsam erhalten hat, ihn in ein näheres Verhältniß zur Sache und zum Verkäufer. Vor der Erklärung ist 1. das Verhältniß römisch ein Innominatcontract, auch wenn für die zum Zweck der Probe gestattete Benutzung ein Lohn gezahlt wird [8]. 2. Der Kauflustige muß die custodia so prästiren, daß er für levis culpa verantwortlich ist [9], namentlich auch was das Zurücksenden der Waare anlangt [10]. 3. Durch unverschuldeten Untergang und Verschlechterung der Waare leidet er aber nicht [11], so wie ihm 4. auch nicht die Vortheile der Sache zu Gute kommen, und namentlich nicht der Profit, den die Waare in Folge seiner selbstsüchtigen Bemühungen abwirft [12]. Nach der Erklärung, wenn sie eine Billigung enthält, wird der Kauflustige sofort Käufer, und es treten dann

---

7) Weil der Feilbieter gebunden ist, so mag man ihn Verkäufer nennen, aber auf der andern Seite sollte man Käufer und Kauflustiger unterscheiden.

8) L. 20. §. 1. D. de praescr. verbis (19. 5.)

9) L. 17. §. 4. §. 2. D. eod.

10) L. 20. §. 2. D. eod.

11) L. 17. §. 2. §. 4. L. 20. §. 1. D. eod. L. 78. D. de furtis (47. 2.) Der Grundsatz, daß beim bedingten Kauf die Verschlechterung ein damnum emptoris ist, L. 8. pr. D. de periculo (18. 6.) kommt hier deshalb nicht zur Anwendung, weil durch sein displicet mihi die Bedingung, unter welcher er Käufer ist, nicht eintritt.

12) L. 13. §. 1. D. commodati (13. 6.) L. 20. pr. D. de praescr. verbis. (19. 5.) L. 6. §. 3. D. de negotiis gestis (3. 5.)

die Wirkungen des Kaufes ein; wenn eine Mißbilligung, ist der angebotene Kauf zurückgewiesen, und die Waare muß remittirt werden. Die Billigung folgt nicht aus dem bloßen Besicht und hinterherigem Stillschweigen [13], obgleich auch in dem letztern keine Mißbilligung liegt [14], aber eben weil das Schweigen weder das Ja noch das Nein besagt, bedarf es einer positiven Erklärung des zum Kaufen Entschlossenen, daß er die Waare genehmige. Es kann die Genehmigung ausdrücklich und auch stillschweigend [15] erklärt werden. Daher muß der Theil, welcher einen abgeschlossenen Kauf behauptet, und aus diesem klagen will, als Klaggrund die rechtzeitig erfolgte Genehmigung beweisen, nicht nur der Verkäufer [16], sondern auch der Käufer, wenn nämlich seine jetzige Genehmigung nicht mehr rechtlich seyn würde. Der Kauflustige muß binnen der bestimmten Frist [17], oder, wo eine solche nicht gesetzt ist, auf die Aufforderung des Verkäufers [den Besicht vornehmen und] [d] seine Erklärung abgeben. Ist er mit beiden oder mit der letzteren säumig, so ist die Folge: a. der Verkäufer kann auf die [Besichtigung und] Erklärung klagen, also mit dem alternativen Petitum: daß

---

13) Cropp S. 200—205.

14) L. 142. D. de R. J.

15) Cropp S. 205. 206.

16) Cropp S. 205. Note 37.

17) §. 4. I. de emptione. (3. 24.) L. 6. D. de rescindenda venditione (18. 5.) L. 31. §. 22. D. de aedilitio edicto. (21. 1.)

d) Die hier und einige Zeilen weiter eingeklammerten Worte fehlen richtiger, weil der Besicht nur für den Entschluß des Kauflustigen etwas bedeutet.

der Gegner den Handel erfülle, oder ihn aufhebe [18]. b. „Er kann außergerichtlich [Besicht und] Erklärung fordern unter dem Präjudiz, daß er widrigenfalls vom Handel zurücktreten und anderweitig über die Waare verfügen werde" [19]. c. Der Kauflustige trägt als Folge seiner mora von nun an die Gefahr des Unterganges, wie der Verschlechterung [20]. IV. Ist der Handel resolutiv bedingt, so hat er vor der Erklärung die Wirkung eines unbedingten Kaufes. Die Erklärung ändert das Verhältniß nur, wenn sie eine Mißbilligung enthält. Es löst sich dann der Handel auf, doch bleiben die mittlerweile vom Käufer auf die Waare constituirten dinglichen Rechte unverändert [21], der Verkäufer darf aber ihrentwegen das Aufschießen der Waare ablehnen. Die Mißbilligung folgt nicht aus dem bloßen Besicht und hinterherigem Stillschweigen, sondern sie muß vom Käufer positiv, ausdrücklich oder stillschweigend, rechtzeitig erklärt werden. Rechtzeitig, d. h. wenn keine Frist gesetzt ist, binnen sechzig Tagen [22]. Ohne solche Erklärung gilt der Kauf als fortdauernd. Daher muß der Theil, welcher auf die Auflösung des Kaufes einen Anspruch gründet, die rechtzeitig

18) L. 13. §. 27—29. D. de act. empti. (19. 1.) Cropp S. 198.

19) L. 122. §. 3. L. 135. §. 2. D. de V. O. (45. 1.) Cropp S. 198. 199.

20) A. M. ist von Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 635. II. 2. S. 414. weil der Kauflustige zum wirklichen Besicht gar nicht verpflichtet, also nicht in mora sei. Allein seine Mora besteht darin, daß er mit der Erklärung säumig ist. Vgl. noch Cropp S. 199. 200., wo übrigens S. 199. Käufer statt Verkäufer zu lesen ist.

21) L. 3. D. quibus modis pignus (20. 6.)

22) L. 31. §. 22. D. de aedil. edicto (21. 1.)

erfolgte Mißbilligung beweisen. V. Ob der Handel für suspensiv oder resolutiv bedingt anzunehmen sei, ist zunächst aus der Wortfassung [23] und den Umständen zu entscheiden, im Zweifel, z. B. wenn nur eine der obigen Clauseln gebraucht ward, ist, wenn die Waare vor Eintritt der Bedingung tradirt ist, oder beredetermaßen tradirt werden sollte, eine Resolutivbedingung [24], sonst eine Suspensivbedingung [25] anzunehmen. Die Tradition muß aber als Erfüllung des Handels geschehen seyn, oder geschehen sollen, und nicht lediglich zum Zweck des vorzunehmenden Besichtes [26]. VI. Der Handel auf Besicht kann auf eine bereits bestimmte species gerichtet seyn, oder auf eine erst aus einem genus durch Zählen, Messen, Wägen, zu entnehmende species, wo dann das genus oder eine Probe aus dem genus dem Besicht unterliegt. Im letztern Fall liegt bis zur Billigung ein Handel

23) Cropp S. 189—191. Vgl. z. B. oben Note 5. u. 6.

24) Cropp S. 193. 194. besonders Note 13. Es läßt sich vernünftigerweise nicht annehmen, daß die Erfüllung, welche Kosten-, Mühe- und Zeitaufwand verursacht, aufs Ungewisse hin geschehe, daß ein erfülltes Geschäft gänzlich noch in suspenso seyn solle.

25) Dies ergeben allgemeine Grundsätze (Cropp S. 195. 196.), und speciell die L. 1. pr. D. de periculo et commodo (18. 6.), welcher die L. 4. pr. D. eod. und L. 34. §. 5. D. de contrah. empt. (18. 1.) nicht entgegen steht. (Cropp S. 191—193). Die L. 1. pr. cit. ist von dem Fall noch nicht geschehener Erfüllung zu verstehen.

26) Wie dies regelmäßig der Fall beim Buchhandel ist, wenn Bücher zur Ansicht zugesandt werden. Wenn Cropp S. 193 bemerkt: die Waare pflege erst nach der Besichtigung empfangen zu werden, und bleibe bis dahin in Gewahrsam des Verkäufers, so ist das erstere von einem Empfang als Erfüllung, das letztere behutsam zu verstehen.

auf Besicht (auf Probe), nach derselben ein Handel nach Probe vor [27].

§. 72.

Kauf nach Probe.

Kauf nach Probe[1], nach Muster. I. Abschluß. Der Kauf wird auf die Grundlage einer Probe abgeschlossen [1a]; eine der Probe entsprechende Waare wird verkauft, eine solche ist der Verkäufer zu liefern, der Käufer anzunehmen verpflichtet. Die Beziehung auf die Probe enthält die Zusicherung der aus der Probe ersichtlichen Beschaffenheit der Waare, ein dictum et promissum. Das Geschäft ist an sich ein unbedingtes [2]. II. Erfüllung. Ob die gelieferte Waare probemäßig sei, wird durch Vergleichung derselben mit der Probe untersucht. Wenn sie probemäßig ist, muß der Käufer sie annehmen, ist sie es

---

27) Über die Verbindung der Clausel: auf Besicht mit der: nach der Probe zu einem ganz andern Zweck vgl. Cropp S. 220—224. §. 10—12.

1) Código de comercio. Art. 362. Cropp in Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 1. S. 208—224.

1a) Beispiel: Seuffert Archiv Bd. 5. No. 129. S. 150. 151.

2) Über alles Vorige: Cropp S. 208—211. — Das Geschäft ist an sich ein unbedingtes, gleichviel ob eine bestimmte Parthie, als eine species, oder ob in genere verkauft worden ist. Mit Unrecht behauptet Treitschke Kaufcontract §. 46. S. 86. 87.: im ersteren Fall liege ein (suspensiv) bedingtes, und nur im zweiten ein unbedingtes Geschäft vor, (aus seinen Gründen folgt die Bedingung auch für den zweiten Fall), und Cropp habe nur von dem zweiten Fall gesprochen, dies anzunehmen, bietet die Abhandlung von Cropp keinen Grund, wenn sie gleich dieser zwei Arten, wie dem Gegenstande nach ein Kauf nach Probe vorkommen kann, nirgends ausdrücklich gedenkt.

nicht, so hat er die Ansprüche wegen nicht gehaltener Zusage[3]. III. Die Probe. Die Probe wird regelmäßig dem Käufer nach dem Abschluß des Handels eingehändigt[4]. Das Verhältniß ist dann folgendes: 1. Der Käufer erhält die Probe in seinem und des Verkäufers Interesse, damit nach derselben die Probemäßigkeit der gelieferten Waare geprüft werde, er muß sie daher aufbewahren, und zwar mit der größten Sorgfalt, um sie dereinst unverändert vorlegen zu können[5]. 2. Soweit aber nicht die künftige Prüfung der Probemäßigkeit dadurch gehindert wird, darf er die Probe anbrechen, und über einen Theil derselben verfügen[6], es möchte ihm denn, was selten ist[7], die Probe versiegelt übergeben seyn[8]. 3. Die Probe muß in Ermangelung einer besondern Beredung, wenn die Vergleichung derselben mit der Waare geschehen ist, mag diese sich als probemäßig oder als unprobemäßig herausgestellt haben, dem Verkäufer, welcher sein Eigenthumsrecht an derselben nicht veräußert, zurückgegeben oder ersetzt werden, obwohl dieses factisch, besonders im erstern Fall, und wenn die Probe an sich werthlos ist, oft nicht geschieht. Anders ist dieses natürlich dann, wenn die Probe vom Käufer gekauft ist. Dies ist oft zweifelhaft; die Umstände müs-

3) Diese Ansprüche unten §. 83.

4) Es kommt aber auch der umgekehrte Fall nicht selten vor, namentlich wenn der Verkäufer die Waare nach einer Probe anfertigen lassen soll.

5) Cropp S. 212. 213. zu Anfang.

6) Cropp S. 213—216. §. 5. 6.

7) Nach russischem Recht muß die Probe mit dem Siegel des Verkäufers sowohl als des Käufers versehen werden (von Bunge §. 103.). Wird die Vorschrift im Verkehr beobachtet?

8) Cropp §. 211. 212. §. 3. S. 214.

sen über die Meinung der Contrahenten entscheiden, als Criterium des Kaufes dient der Umstand: wenn der Käufer eine größere oder andere Quantität hat kommen lassen, als zur bloßen Untersuchung der Qualität hinreichend ist [9]. 4. Leugnet der Verkäufer die Ächtheit der Probe, d. h. die Identität der vom Käufer vorgelegten mit der demselben eingehändigten Probe, oder leugnet er, daß die Probe unverändert sei, so muß er für den Beweis des Käufers, daß sie identisch oder (und) unverändert sei, sich mit der eidlichen Versicherung des Käufers begnügen, traut er dieser nicht, so muß er den Beweis übernehmen, daß die Probe vertauscht, verfälscht oder sonst verändert sei [10]. 5. Hat der Käufer durch Schuld die Probe abhanden kommen lassen oder verwahrlost, entweder gänzlich oder doch soweit, daß eine Vergleichung nicht mehr möglich ist, so haftet er für das Interesse, d. h. bürdet sich die Beweislast auf, daß die gelieferte Waare unprobemäßig ist, und muß, kann er diesen Beweis nicht erbringen, die Waare als probemäßig gelten lassen [11]. IV. Von dem Kauf nach Probe, so wie von dem Kauf auf Probe (§. 71.), ist das Kaufen einer Waare mit dem, juristisch bedeutungslosen Zusatz: zur Probe zu unterscheiden. Factisch bringt der Zusatz oft bessere Waare, und es wird häufig auf die Grundlage einer Waare, die man zur Probe hat kommen lassen, oder eines Theiles derselben, ein weiterer Kauf nach Probe geschlossen.

---

9) Pöhls Handelsrecht. S. 164. 165.

10) Cropp S. 218—220. §. 8. 9. Hamburger Sammlung Bd. 1. No. 49. S. 461—469. (auch in Seuffert Archiv Bd. 2. No. 104.) und Bd. 2. No. 92. S. 805—815.

11) Cropp S. 213. §. 4. S. 215. i. f. 216. §. 6.

§. 73.

Übergang der Gefahr.

(Perfection, die Waare anlangend.)

Wann muß der Käufer, obgleich die Waare untergegangen oder verschlechtert ist, den Kaufpreis bezahlen? oder[1] wann trägt der Käufer die Gefahr?[2]. Der Kauf muß sein 1. perfect in der Bedeutung bindend. 2. Perfect in einer andern Bedeutung[3], welche jetzt zu entwickeln ist. Erst dann, aber auch dann, hat der Käufer

---

1) §. 3. I. de emptione (3. 23.) emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Vgl. unten §. 77. Note 10.

2) Titulus D. de periculo et commodo rei venditae (18. 6.) Titulus C. de periculo et commodo rei venditae (4. 48.) — Preuß. Ldr. Th. 1. Tit. 11. §. 95—108. 117—123. 128—134. Código de comercio. Art. 366—368. Codigo commercial. Art. 458. 461. Über die allgemeine Frage: wer trägt bei Obligationen die Gefahr? Wächter im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 15. S. 97—138. 188—222. F. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht. Erste Abtheil. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. 1853. Über die Gefahr beim Kauf Wächter a. a. O. S. 189—202. Glück Bd. 17. S. 126—198. Mommsen a. a. O. S. 289. Note 3. S. 330—342. S. 345—352. Hamburger Sammlung. Bd. 1. No. 35. S. 326—335. (unvollständig in Seuffert Archiv Bd. 1. No. 42. 43.) Von der oft citirten Abhandlung im Archiv für das Handelsrecht Bd. 1. No. 18. S. 299 ff. gehört nur S. 299—301. und S. 318—320. hierher. Aus der Abhandlung von Wächter und von Mommsen sind die mannichfachen Weisen, wie die römischen Sätze über die Gefahr beim Kauf in handelsrechtlichen Büchern gerechtfertigt werden, zu berichtigen.

3) Eine andere ist es, denn der Kauf von noch Zuzumessendem, eben so wie ein bedingter Kauf ist perfect als Contract.

die Gefahr[4]. Wann ist er so perfect? A. Unbedingter Kauf. I. Die Waare anlangend muß fest stehen das quid, quale, quantum. Dies steht fest 1. wenn eine species gekauft ist, d. h. wenn beim Abschluß der Gegenstand des Kaufes als solcher von allen übrigen Gegenständen körperlich unterscheidbar ist[5]. Als species ist demnach nicht lediglich eine Einzelsache aufzufassen, sondern auch eine Mehrheit von gleichartigen oder ungleichartigen Sachen, welche die Contrahenten als ein Ganzes zum Gegenstand des Kaufes gemacht haben[6]. 2. Wenn von einem Ganzen ein noch erst abzusondernder Theil, mit andern Worten: von einem genus eine erst auszuscheidende species gekauft ist, dann kann unterge-

4) Die Cardinalstelle ist L. 8. pr. D. h. t. Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et, si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio. Quod si sub condicione u. s. w.

5) §. 3. I. de emptione (3. 24.) L. 5. §. 2. D. de rescindenda venditione (18. 5.) L. 35. §. 5. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 5. 6. C. de periculo et com. (4. 48.) L. 30. pr. D. de actionibus empti. (19. 1.)

6) Dieses Faß Kaffe, aller Kaffe in diesem Lager, diese Schiffsladung Eisen, dieser Vorrath Korn. L. 62. §. 2. D. de contrah. empt. (18. 1.) res in aversione empta. L. 4. §. 1. 2. D. de periculo (18. 6.) aversione (per aversionem) vinum venit. L. 1. §. 1. D. eod. non ad mensuram, sed forte amphoras vel singula dolia. L. 35. §. 5. D. de contrah. empt. (18. 1.) omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset. L. 2. C. de periculo (4. 48.) universum vinum quod in horreis erat positum. L. 35. §. 6. D. de contrah. empt. (18. 1.) grex venit.

hen[7] a. das ganze genus, ehe die species ausgeschieden ist. Dann ist der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit zu liefern und das Interesse zu vergüten frei, den Kaufpreis braucht aber der Käufer nicht zu zahlen. Insofern trägt also der Verkäufer die Gefahr des ganzen genus[8]. In der ersteren Hinsicht ist der Umstand bedeutend, wie weit die Contrahenten das genus sich gedacht haben; aber nur bei einem übersehbaren genus[9], nicht aber bei einem unübersehbaren[10] kann der Verkäufer, um auf den Satz impossibilium nulla est obligatio sich zu berufen, das impossibile darthun[11]. Für den Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis ist der Umstand gleichgültig, weil der Verkäufer, mag das genus weit oder eng gedacht seyn, nicht darthun kann, was er muß, daß eine bereits ausgeschiedene species untergegangen ist. — Es kann untergehen oder verschlechtern b. eine species aus dem genus. Dann trifft die Gefahr den Käufer, wenn eben diese

---

7) Wie steht es bei bloßer Verschlechterung des ganzen genus?

8) L. 35. §. 7. D. de contrah. empt. (18. 1.) So auch Wächter S. 199. Thibaut ed. 8. Bd. 2. §. 478. S. 33. Glück Bd. 17. S. 185. 186. Ohne die L. 35. cit. möchte man nach allgemeinen Grundsätzen (Wächter S. 189. 190. 199. 200) und nach L. 34. §. 6. D. de contrah. empt. (18. 1.) unus enim utique periculo emptoris vixit, den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verbindlich halten.

9) Z. B. so viel Pfund Kaffe aus dem Faß X., so viel Pfund oder Faß Kaffe aus dem Schiff X., aus dem Magazin X.

10) Z. B. so viel Pfund oder Faß Kaffe mittlerer Qualität, bester Qualität.

11) Nur von einem unübersehbaren genus darf der Satz der Doctrin (er ist kein Quellenausdruck): Genus perire non censetur verstanden werden.

species bereits als das Kaufobject aus dem genus ausgeschieden war [12]. Ist die species gehörig ausgeschieden, so hat dann der Käufer die Verbindlichkeit, aber auch das Recht, die ausgeschiedene species als das Verkaufsobject zu betrachten, er hat die incommoda aber auch die commoda. Der Theil, welcher die Ausscheidung für sich geltend macht, muß sie beweisen. Die Disposition behält freilich, wenn nicht die Ausscheidung mit der Tradition zusammenfällt, der Verkäufer, und der Käufer kann diese nicht hindern, aber der Verkäufer ist im vollsten Maaße entschädigungspflichtig, weil er die einmal Verkaufsobject gewordene species nicht tradirt. Die anderweitige Disposition hat die Folge, daß das periculum nun nicht auf den Käufer geht, das commodum aber bei ihm bleibt [13].

§. 74.

Übergang der Gefahr.
(Gehörige Ausscheidung.)

Wann ist nun aber gehörig ausgeschieden[1]? Es versteht sich: der Käufer hätte diese species anneh-

12) Hierauf deutet, außer auf die Gattung, das quid der L. 8. pr. „Der Scheffel und die Waag muß darüber gegangen seyn", — „Die Waare muß die Waagschale passirt haben."

13) Denn man kann durch einseitige rechtswidrige Lossagung sich seiner Rechte begeben, aber nicht seiner Verbindlichkeiten entledigen. L. 74. de R. J. L. 65. §. 5. 6. D. pro socio (17. 2.) Und dann verstößt der Verkäufer gegen die ihm obliegende custodia.

1) Der Verkäufer hat für diesen seinen Käufer 1. zehn Pfund Taback abgewogen, zehn Ellen Tuch vom Stück abgeschnitten, zehn Flaschen Wein abgezogen, das Lotterieloos No. 100. zurückgelegt. Er hat 2. diese ausgeschiedene Waare als eine für den Käufer bestimmte gebucht, 3. als eine solche vor

men müssen, sie muß also contractmäßig, namentlich probemäßig und ohne Fehler gewesen seyn[2]. Unzweifelhaft 1. wenn die ausgeschiedene species kaufeshalber dem Käufer tradirt ist[3]. Denn die Tradition bindet beide Theile, diese Ausscheidung als sie bindend, diese ausgeschiedene species als Object ihres Kaufes anzusehen. Die Tradition, als solche, ist aber nicht das entscheidende Moment[4], das Tragen der Gefahr ist von dem Eigen-

---

Zeugen erklärt, 4. gepackt und an den Käufer adressirt, 5. an seinen, des Verkäufers, Spediteur, Fuhrmann, Schiffer, Bedienten, zur Beförderung an den Käufer übergeben. 6. Die Waare ist am Bestimmungsort angekommen. Der altonaer Verkäufer hat das von ihm für den hamburger Käufer bestimmte Faß Leinöl vor das Haus des Käufers fahren lassen, wo es beim Abladen vom Wagen stürzt und zerbricht. Rechtsfälle Bd. 2. S. 113—117. Beide Kammern des hamburger Handelsgerichts: Gefahr des Verkäufers. 7. Der Verkäufer hat den einen oder andern dieser Umstände oder sämmtliche in einem für den Käufer bestimmten Brief geschrieben, der Brief ist noch in seiner Hand, unterwegs, in den Händen des Käufers, vom Käufer gelesen. — Übrigens kann die Ausscheidung auch durch den Käufer geschehen, dem z. B. der Verkäufer auf die Bestellung statt zwei Loose fünf Loose sendet, indem er drei offerirt. Frankfurter Sammlung von Römer. Bd. 1. S. 76—78.

2) L. 37. D. locati (19. 2.) detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

3) Ungrischer XVI. Gesetzartikel §. 36.

4) L. 8. pr. D. h. t. Nam perfecta emptione.... §. 3. I. de emptione (3. 24) periculum statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. L. 16. D. h. t. (18. 6.) L. 15. D. de jure dotium (23. 3.) L. 5. §. 2. D. de rescindenda vend. (18. 5.) L. 6. C. h. t. (4. 48.). Dem Satz, daß die Tradition nicht entscheidet, steht nicht ent-

gegen L. 2. C. h. t. (4. 48.), denn in der ersten Hälfte bedeutet traditio nicht mehr als mensura, in welcher regelmäßig die Tradition liegt, dies ist um so klarer, da die mora als eine mora mensurae faciendae bezeichnet ist, die zweite Hälfte erklärt sich daraus, daß in dem concreten Fall die Schlüssel übergeben waren, entweder als Tradition, oder weil der Käufer die custodia übernommen hatte. Es stehen auch nicht entgegen die Stellen bei Mühlenbruch Pandektenrecht. Bd. 2. §. 362. Note 6. vgl. mit §. 397. Note 4. (§. 2. I. quib. mod. re. (3. 15.) L. 1. §. 4. D. de O. et A. (44. 7.) L. 30. §. 5. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) L. 35. §. 7. D. de contrah. empt. (18. 1.)), welche unsere Frage nicht treffen; auch nicht L. 33. D. locati (19. 2.) Si fundus publicatus sit u. s. w. und L. 12—14. D. (18. 6.) Lectos emptos Aedilis concidit u. s. w. Vgl. über diese beiden Stellen Glück Bd. 17. S. 134—151. und Mühlenbruch Bd. 2. §. 397. Note 2. und Wächter S. 190. 191. Note 3. und Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung S. 332—336. und unten §. 81. Note 4. und §. 87. Note 4. — Daß die Tradition entscheide, behauptet Pöhls Handelsrecht. S. 190: die Perfection sei nur beim Kauf einer species entscheidend. Allein wenn auch die von ihm Note 4. (wo es statt §. 5. I. heißen muß §. 3. I.) citirten Stellen nur eine species im Auge haben, so spricht doch die Cardinalstelle L. 8. pr. D. h. t. ganz allgemein. Pöhls verlangt, wenn man das S. 194. Gesagte vergleicht, die Tradition deßhalb, weil nun erst der Käufer als Käufer einer species anzusehen sei, soll aber dieser Moment durch die Tradition bestimmt werden, so ist es nicht consequent, bei aus der Fremde verschriebenen Waaren die Gefahr schon dann auf den Käufer übergehen zu lassen, wenn die Waare „ausdrücklich für seine Rechnung verladen ist." Dies behauptet Pöhls S. 195. durch die Vermittelung des Satzes, daß durch das Abladen der Waare für Rechnung des Empfängers dieser zum juristischen Besitz der Waare, soweit derselbe zur Übertragung der Gefahr erforderlich, gelangt sei. Allein daß er Besitzer sei, widerstreitet den Grundsätzen über Besitzerwerb, und will man,

thum unabhängig [5]. Anders freilich Particularrechte [6]. Unzweifelhaft aber auch schon dann 2. wenn dem Käufer oder einem Stellvertreter desselben gegenüber die species aus dem genus ausgeschieden ist. Daher wenn die Waare dem Käufer oder einem Stellvertreter [7] desselben zugewogen, zugemessen, zugezählt worden ist [8]. Darin liegt nun auch regelmäßig die Tradition, und das Anerkennen dieser Species, aber weder in jener liegt das entscheidende Moment [9], noch liegt es in diesem. Denn der Verkäufer wählt aus dem genus die species, und der Käu-

---

dieses zugebend, ihn, soweit die Tragung der Gefahr in Betracht komme, Besitzer nennen, so ist damit das Princip, daß die Tradition den Übergang der Gefahr bewirke, mit einem andern vertauscht. — Über die wechselnden Meinungen von Cujacius vgl. Wächter a. a. O. S. 190. 191. Note 3.

5) §. 3. I. de emptione (3. 24.) vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori. L. 14. pr. D. de furtis (47. 2.) L. 31. pr. D. de act. empti. (19. 1.)

6) Preuß. Ld. R. Theil I. Titel 11. §. 128—134. und §. 95. 96. Código de comercio. Art. 366. 367.

7) Daher wenn der Verkäufer die Waare dem ihm vom Käufer aufgegebenen Fuhrmann oder Schiffer übergeben hat, mag dieser vom Käufer selbst auch gar keine Ordre haben.

8) L. 35. §. 5—7. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 1. §. 1. L. 5. D. h. t. (18. 6.) Der Käufer setzt dann nicht selten sein Zeichen auf den ausgeschiedenen Theil. Dieses kann in der Absicht geschehen, die Tradition entgegenzunehmen, oder auch nur, damit dieser Theil nicht umgetauscht werde. Die L. 1. §. 2. D. h. t. (18. 6.) macht auf die Verschiedenheit des Zwecks aufmerksam, obgleich wohl andere Verhältnisse gedacht sind. Das Zeichen kann als Beweis dienen, ist aber nicht genau der entscheidende Moment, wie Pöhls Handelsrecht S. 191. es stellt.

9) Vgl. oben Note 5.

fer muß diese annehmen, falls sie nur contractmäßig ist, es bedarf also nicht erst von Seiten des Käufers der Anerkennung der species als des Kaufobjectes [10]. Es ist überhaupt, daß die Interessenten sich bei der Ausscheidung gegenübertreten, nicht wesentlich [11]. Demnach könnte man es für genügend halten, 3. wenn der Verkäufer einseitig die species aus dem genus ausgeschieden hat. Natürlich ist der bloß innerliche Entschluß bedeutungslos; es muß die Ausscheidung körperlich vorgenommen seyn. Dem Fall steht es gleich, wenn, falls das genus schon getheilt war, so daß es eines besondern Ausscheidens nicht bedurfte, er seinen Entschluß, daß dieser Theil für den Käufer bestimmt seyn solle, durch irgend eine Handlung äußerlich gemacht hat. Diese Meinung, daß das einseitige Ausscheiden genüge, findet sich in Gesetzen [12], und bei Schriftstellern [13].

10) Daher ist die Begründung in den Rechtsfällen a. a. O. (Note 1.), der Käufer müsse die species approbiren, nicht zu billigen.

11) Daß die Stellen bei dem adnumerare nur den regelmäßigen Fall vor Augen haben und nicht das genau entscheidende Moment enthalten, ergiebt die L. 36. 37. D. locati (19. 1.) vgl. mit L. 2. §. 1. D. eod. (zur Erklärung der L. 36. 37. cit. aus andern Stellen, vgl. Glück Bd. 17. §. 1055. S. 431—440. und Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung. S. 371—381.). Dem widerstreitet nicht L. 102. pr. D. de solutionibus (46. 3.), auch nicht L. 58. §. 1. D. pro socio. (17. 2.) (über diese Stelle Wächter a. a. O. S. 207. 208. und Mommsen a. a. O. S. 412—414.), auch nicht L. 39. D. de solutionibus (46. 3.), auch nicht L. 72. pr. D. de solutionibus (46. 3.) (Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 569.). Denn alle diese Stellen treffen das Verhältniß eines die Waare ausscheidenden Verkäufers weder direct noch analog.

12) So das französische Recht Code Napol. Art. 1585.

Allein der Verkäufer kann die einseitige Ausscheidung be=

1586. Code de commerce. Art. 100. Vgl. Pardessus cours Bd. 2. S. 263—265. Kent vol. II. S. 390.

13) Strube rechtliche Bedenken (ed. Spangenberg) Bd. 2. Nr. 384. S. 168. „Die verkauften Waaren sind bestimmt, sobald sie abgeschickt worden, daher unter Kaufleuten üblich, daß wenn einer solche verschreibt, er nach deren Absendung die Gefahr übernehmen, und das Kaufgeld bezahlen muß, wenn sie gleich unterwegs verloren gegangen." Eben so: B. Carpzov opus decisionum. Lipsiae 1690. decisio 131. S. 304—308, besonders No. 14. 20. 21. 28—30. 36—40. Auch hier wird dem Käufer die Gefahr verschriebener Waaren, welche unterwegs geraubt wurden, von der Absendung an zugeschrieben. Der Grund wird No. 28—30 besonders darin gesetzt: der „Contract enthält ferner ein Mandat die Waaren zu versenden, der Mandatar trägt aber den casus nicht, damit ihm seine Gefälligkeit nicht schade, der absendende Verkäufer erweiset aber dem Käufer ein officium humanitatis." Eben so: Hommel rhapsodia quaestionum. vol. V. obs. 608. S. 46—50. obs. 689. S. 398. ohne eigentliche Ausführung, aber auch mit der Bemerkung: es ist theils ein Kauf, theils ein Auftrag S. 48. — Bei Allen liegt der Gedanke unter: die einseitige Ausscheidung genügt. (Die Annahme der doppelten Qualität läßt sich nicht rechtfertigen). — Bei dieser Meinung ist es ganz gleich, ob der Fuhrmann oder Schiffer ein Mandatar des Verkäufers oder des Käufers ist, und im ersten Fall, ob er dem Verkäufer vom Käufer aufgegeben ist oder nicht. Pöhls, welcher die Tradition oder am Ende doch ein anderes Moment entscheiden lassen will, meint S. 195: der Käufer habe stillschweigend die Gefahr übernommen, wenn er dem Verkäufer die Art der Übermachung aufgebe, z. B. „Senden Sie mir mit Fuhrmann N. oder mit Schiffer N. N. 10 Oxhoft Kaffe." Allein es ist kein Grund, die bloße Aufgabe der Mittelsperson von Seiten des Käufers an den Verkäufer dahin zu interpretiren, daß der Käufer eine Gefahr, die ihn erst später trifft (nach der Meinung von Pöhls), schon von nun an

liebig rückgängig machen[14], kann also den Vortheil sich, den Nachtheil dem Käufer zubringen, und hat damit am Ende das an debeat in seiner Gewalt[15]. Dies kommt freilich nur darauf hinaus, daß der Verkäufer den Beweis zu des Käufers Nachtheil, nicht aber der Käufer den Beweis zu seinem Vortheil hat, und es scheint, als dürfte diese factische Ungleichheit der Stellung hinsichtlich des Beweises, juristisch nicht in Betracht kommen. Aber es fehlt eben an juristischen Gründen, daß die einseitige Ausscheidung, den Käufer wie den Verkäufer, binden sollte, und jene factische Ungleichheit macht, dies anzunehmen, abgeneigter. Danach muß die einseitige Ausscheidung für ungenügend gehalten werden[16], und man muß 4. eine zweiseitige Ausscheidung verlangen. Und zwar muß die Zweiseitigkeit so seyn, daß beide Theile über die aus dem genus ausgeschiedene species auf dieselbe Weise einig sind, wie sie, wenn von vorn herein über eine species gehandelt ist, über diese einig seyn müssen. Dies modificirt sich aber dadurch, daß der Käu-

---

tragen wolle. Das preuß. Landrecht, welches Pöhls für sich anführt, hat seine Sätze (Theil I. Titel 11. §. 128—134. vgl. mit §. 95. 96.) gar nicht aus dem Gesichtspunct einer besonders übernommenen Gefahr hingestellt. Hat die Mittelsperson vom Käufer selbst Ordre, so daß sie nicht lediglich vom Verkäufer abhängt, so ist dann freilich auch bei der Ansicht, daß tradirt seyn müsse, die Gefahr als übergegangen anzusehen, aber nicht weil sie als besonders übernommen gilt, sondern weil an einen Stellvertreter des Käufers tradirt ist.

14) Er giebt die zehn Pfund Taback einem andern Kunden, ruft die Verladung ab.

15) L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco (13. 4.).

16) So auch ohne Gründe Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 631.

fer eine vom Verkäufer einseitig ausgeschiedene species, welche annehmbar, d. h. contractmäßig und ohne Fehler ist, nicht zurückweisen darf. Daher braucht der Käufer oder ein Stellvertreter von ihm die ausgeschiedene species nicht gesehen zu haben, sondern es genügt, wenn ihm, daß die species ausgeschieden sei, so angezeigt ist, daß er seine Gedanken auf diese ausgeschiedene species hat richten können [17]. Dafür ist die allgemeine Anzeige, daß die species ausgeschieden sei, nicht hinreichend, sondern es muß der Verkäufer so genau, und dies kann durch Andeutung weniger Momente geschehen, über die geschehene Ausscheidung dem Käufer berichtet haben, daß der Beweis der Identität der ausgeschiedenen und der untergegangenen oder verschlechterten species durch Beziehung auf diesen Bericht geführt werden kann [18]. — Das

17) Das entscheidende Moment des adnumerare ist darin zu setzen, daß dem Käufer die Ausscheidung dieser species erklärt worden ist. Seine Anwesenheit ist nicht als solche, sondern sein Wissen, auch nicht sein Wille ist bedeutend. Es ist das coram der L. 209. D. de V. S. (50. 16.). Coram Titio aliquid facere jussus, non videtur praesente eo fecisse, nisi is intellegat . . . si dormiat . . . . Scire autem, non etiam velle is debet: nam et invito eo recte fit.

18) Nach dieser Ansicht würden in dem in den Rechtsfällen Theil 3. Heft 4. Nr. V. mitgetheilten Fall die Knochen nicht schon seit der Verladung in Danzig, — (a. a. O. S. 81. In der hier gegebenen Mittheilung der Entscheidungsgründe des O. A. G. fehlt der, wenn man ihn auch nicht unterschreiben will, doch so sehr bedeutende Grund: daß nach Inhalt der Schlußnote die Auswahl, gerade wie bei einer verschriebenen Waare, dem Verkäufer einseitig überlassen worden, und daher durch die Verladung in Danzig geschehen sei.) — aber allerdings seit dem Empfang des Connossements auf Gefahr des Käufers seyn.

Vorige zusammengefaßt: der bloße Entschluß genügt nicht, auch nicht der Entschluß äußerlich, aber nicht dem Käufer dargethan, also nicht rein einseitiges Ausscheiden; es muß die Ausscheidung zweiseitig seyn, dazu ist aber weder erforderlich, daß die ausgeschiedene species tradirt, noch daß sie vom Käufer anerkannt, noch daß sie von ihm gesehen ist, noch ist es genügend, daß die Ausscheidung im Allgemeinen dem Käufer gemeldet ist, sondern es genügt und ist erforderlich, daß die ausgeschiedene species so genau angezeigt ist, daß der Beweis der Identität mit Beziehung auf diese Anzeige geführt werden kann [19].

§. 75.

Übergang der Gefahr.

(Perfection den Kaufpreis anlangend.)

II. Perfection den Kaufpreis anlangend. Damit der Kauf so perfect sei, daß der Käufer die Gefahr hat, muß auch der Kaufpreis feststehen, d. h. es muß auf die bedungene Art der Ausmittelung des Preises die Summe gewiß geworden seyn. Danach ist die Bestimmtheit des Preises (certum pretium), soll die Gefahr übergehen, eine andere, als welche genügt, damit der Kauf bindend sei. Daher ist 1. wenn ein Ganzes verkauft ward, der Preis aber nach dem erst später auszumittelnden Quantum berechnet werden soll, der Kauf erst dann perfect, was die Gefahr anlangt, wenn das Quantum ausgemittelt, nämlich gemessen, gewogen, ge-

19) Dieser Ansicht stimmt bei von Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 635. No. I. S. 412. 413.

zählt ist[1]. So stellt den Satz das römische Recht[2]. Daraus folgt: ist vor der Ausmittelung des Quantum das Ganze oder ein Theil untergegangen, so hat der Verkäufer den Schaden, denn es ist durch den Untergang die bedungene Art der Ausmittelung unmöglich geworden, bei einer Verschlechterung ist es eben so, wenn die Verschlechterung von der Art ist, daß sie die genaue Ausmittelung des Quantum hindert, ist dieses nicht der Fall, dann kann die Ausmittelung vor sich gehen, und der Käufer hat die Gefahr. Dies ergiebt sich auch daraus, daß der Kauf in unserm Fall als unter der Bedingung abgeschlossen gilt, daß die Zumessung (u.s.w.) den Preis bestimme[3]. Fällt dieses Mittel der Preisbestimmung weg, so ist der Kauf, welcher der Hauptsache nach im Schweben war, wegen Mangel eines Preises eigentlich nie vorhanden gewesen[4], die Bedingung kann nicht eintreten. Ist das Mittel der Preisbestimmung nicht weggefallen, so kann die Bedingung eintreten, und der Käufer hat die Gefahr nach dem Grundsatz, daß eine Verschlechterung,

---

1) L. 35. §. 5. 6. D. de contrah. empt. (18. 1.). Es muß auf die bedungene Art erhellen: wie viel dem Käufer untergegangen ist. L. 1. §. 4. D. h. t. (18. 6.).

2) Über andere Meinungen: Glück Bd. 17. S. 172—175.

3) Dies ergiebt die L. 35. §. 5. cit. aufs klarste: ... etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint: nam ... si ita venierit ... frumentum, ut in singulos modios ... certum pretium diceretur ... tunc perfici emptionem ... cum ... admensa ... sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos modios, quos ... admensus eris.

4) Es war nur eine Vorverhandlung da, welche das römische Recht aber eben als bedingten Kauf ansieht.

während die Bedingung schwebt, sein Schaden ist [5]. Daher ist 2. wenn ein Dritter den Preis bestimmen soll, der Kauf, hinsichtlich der Gefahr, erst dann perfect, wenn der Taxator den Preis bestimmt hat. Denn, wenn er nicht taxiren will oder kann, gilt der Kauf wegen mangelnden Preises als gar nicht vorhanden, und bis zur Taxe oder dem Ausfall der Taxe als bedingt [6]. Daher hat, wenn vor der Taxation die Waare untergeht, wegen der nunmehrigen Unmöglichkeit der Taxe der Verkäufer die Gefahr; wenn sie verschlechtert wird, ist es eben so, falls der Werth, den die Waare im unverschlechterten Zustande gehabt hat, nicht bestimmt werden kann. Kann dieses aber geschehen, so darf der Käufer die Taxe nicht hindern, und hat die Gefahr, es ist das die Gefahr der Verschlechterung, während die Bedingung schwebt, welche hernach eintritt.

§. 76.
Übergang der Gefahr.
(Bedingter Kauf. — Ausnahmen.)

B. Bedingter Kauf. Tritt die Bedingung ein, so ist es bedeutend, ob, nachdem sie eingetreten, oder

---

5) Dem steht L. 2. C. h. t. (4. 48.) zweite Hälfte nicht entgegen, denn daraus, daß der Kaiser in einem Fall, wo der verschlechterte Wein sine mensura gekauft war, dem Käufer die Gefahr zuschreibt, folgt für den Fall, daß ad mensuram gekauft ist, nicht das unbedingte Gegentheil, sondern gar nichts.

6) §. 1. I. de emtione (3. 24.) L. 15. C. de contrah. empt. (4. 38.) sub hac conditione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est, pretium definierit, ... Sin autem, vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto.

während sie schwebte, die Gefahr sich ereignete. Im ersteren Fall trifft alle Gefahr, der Untergang wie die Verschlechterung, den Käufer[1], im letzteren Fall trifft der Untergang den Verkäufer, die Verschlechterung den Käufer[2]. Tritt die Bedingung nicht ein, so bleibt natürlich alle Gefahr beim Verkäufer, weil gar kein Kauf vorhanden ist[3], daher beim Handel auf Besicht, wenn der Kauflustige die Waare nicht genehmigt[4]. C. Die aufgestellten Regeln leiden eine Ausnahme 1. durch besondere Beredung[5], 2. durch Culpa[6], und namentlich 3. durch mora[7]. — Übrigens hat der Käufer gleichzeitig mit dem periculum auch das commodum[8].

---

1) L. 8. pr. D. h. t. Quod si exstiterit . . . emptoris esse periculum.

2) L. 8. pr. D. h. t. (emptio perimitur) si pendente condicione res exstincta fuerit. Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris. L. 10. §. 4. 5. D. de jure dotium (23. 3.). Vgl. Wächter a. a. O. S. 200. 201. Note 21.

3) L. 8. pr. D. h. t. si quidem defecerit conditio nulla est emptio.

4) L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. h. t. L. 34. §. 6. D. de contrah. empt. (18. 1.) vgl. L. 4. D. quae res pignori (20. 3.) L. 9. §. 1. D. qui potiores in pignore (20. 4.).

5) L. 1. pr. L. 10. pr. D. h. t. (18. 6.). Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung S. 273—276.

6) 1. L. 15. D. h. t. 2. L. 2. §. 1. L. 3. L. 4. §. 1. L. 11. D. h. t.

7) 1. Des Käufers. L. 1. §. 3. 4. L. 5. D. h. t. 2. Des Verkäufers. L. 14. 15. D. de jure dotium (23. 3.) L. 4. L. 6. C. h. t. (4. 48.). 3. Beider. L. 17. D. h. t. (18. 6.). Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 263—270.

8) L. 10. D. de R. J. §. 3. I. de emptione (3. 23.). L. 7.

§. 77.
Bereithalten und Verwahren.

Nach dem Verkauf kann die Waare noch bei dem Verkäufer liegen bleiben, entweder weil sie noch nicht tradirt ist, oder obgleich sie schon tradirt ist. Es sind drei Stadien. Die verkaufte Waare lagert beim Verkäufer für Rechnung des Käufers; sie wird tradirt und empfangen; sie wird ausgeantwortet und abgenommen. — Die Waare liegt beim Verkäufer untradirt. Der Verkäufer muß, damit er seiner Verbindlichkeit, die Waare am gehörigen Ort und zur gehörigen Zeit dem Käufer zu tradiren, nachkommen kann, die Waare bereit halten und custodiren [1]. Welchen Grad des Fleißes, welche custodia, er prästiren muß, richtet sich zunächst nach der etwaigen Beredung [2]; ist nichts ausgemacht, so hat er, weil ihm als Verkäufer die custodia obliegt, die levis culpa zu vertreten [3]. Er kann auch den casus übernehmen [4], eine stillschweigende Übernahme liegt nach römischem Recht darin, wenn er die custodia besonders verspricht [5], wohl

---

D. h. t. (18. 6.) L. 12. C. de act. empti. (4. 49.). Mühlenbruch Pandektenrecht. Bd. 2. §. 397. Note 15—20.

1) L. 1. §. 1. L. 4. §. 1. D. de periculo et commodo (18. 6.) Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 1. No. 30. S. 416—424.

2) L. 35. §. 4. D. de contrah. empt. (18. 1.).

3) L. 2. §. 1. L. 3. L. 11. D. de periculo et commodo (18. 6.). L. 31. pr. D. de act. empti. (19. 1.) L. 54. pr. D. eod.

4) L. 1. pr. D. de periculo et commodo (18. 6.). L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. (18. 5.).

5) §. 3. I. de emptione (3. 23.). Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 1. No. 30. S. 417—420. No. 35. S. 476—479. Savigny System Bd. 1. §. 45. Note d. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung. S. 131. Note 13.

damit das besondere Versprechen nicht als bedeutungslos wegfalle. Auf einen Abschluß in deutscher Sprache ist dies mit richterlichem Tact anzuwenden, und darauf zu achten, ob die Interessenten durch Beredung des ohnehin Geltenden mehr als dieses, oder nur eben dieses[6] bereden wollten. Die Kosten der custodia trägt der Verkäufer soweit sie nur die Lagerung und Bewachung, dagegen der Käufer[7] soweit sie den anderweitigen Untergang oder die Verschlechterung der Waare betreffen*. Hat nun der Verkäufer in der custodia nichts versäumt, so ist er sicher[8]; denn seine Klage auf den Kaufpreis setzt zwar voraus, daß er tradirt habe oder sich dazu erbiete[9], aber der Tradition steht die unverschuldete Unmöglichkeit derselben gleich, es gilt als habe er tradirt[10], eben weil der Käufer die Gefahr trägt[11]. Doch muß

---

6) L. 81. D. de R. J. (50. 17.) L. 56. pr. D. mandati (17. 1.).

7) L. 13. §. 22. D. de act. empti. (19. 1.).

*) Und, versteht sich, nicht in einer Culpa des Verkäufers ihren Grund haben. Vgl. die Stelle der Note 7. —: si modo sine culpa venditoris.

8) L. 35. §. 4. D. de contrah. empt. (18. 1.).

9) L. 11. §. 2. L. 25. de act. empti. (19. 1.).

10) Am deutlichsten: L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. (18. 5.) . . . perinde . . . ac si traditus fuisset . . . actiones ex vendito manebunt. Die Erfüllung wird fingirt. Vgl. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung. S. 331. 343. 349—351.

11) Daher wird regelmäßig, wenn der Verkäufer die Waare zu übersenden angewiesen war, seine Klage auf den Kaufpreis durch die Nachweisung begründet seyn, daß er die Waare zur Post geliefert habe (vorausgesetzt daß die species als gehörig ausgeschieden gelten konnte. vgl. oben §. 74), denn bei der Wahl dieser Mittelperson wird er regelmäßig außer culpa

er nun, kann er die Waare nicht tradiren, dem Käufer alles noch Vorhandene ausantworten, was mit der Tradition der Käufer erhalten hätte, womit er also sich widerrechtlich zum Schaden des Käufers bereichern würde [12]. Eine Modification leiden die obigen Sätze durch mora. Der Verkäufer, welcher mit der Tradition in Verzug ist, trägt den reinen casus [13]; wenn der Käufer mit der Empfangnahme in Verzug ist, so ist der Verkäufer, nach allgemeinen Grundsätzen, von der Prästation der levis culpa, ja unter Umständen von aller custodia frei, wenn ihm die Aufbewahrung zu lästig ist [14]. Dies erhält seine volle Erklärung durch den Satz, daß der Käufer nach der Tradition sofort die Waare wegzunehmen hat.

§. 78.
Übergabe und Empfang.

Die Waare wird von dem Verkäufer tradirt, von dem Käufer „empfangen." Das heißt:

---

seyn. Was nun noch weiter die Waare betrifft, ist ein dem Käufer nachtheiliger casus. Doch muß er den Werth auf der Post declariren, wenn diese sonst nicht haftet, damit er Klagen gegen die Post seinem Käufer cediren kann. Vgl. übrigens Strube rechtliche Bedenken. Bd. 2. No. 384. S. 167. 168.

12) So namentlich seine Klagen. §. 3. I. de emptione (3. 23.) L. 31. pr. §. 1. D. de act. emti. (19. 1.) L. 35. §. 4. D. de contrah. empt. (18. 1.) L. 14. pr. L. 80. pr. u. §. 1. D. de furtis (47. 2.).

13) L. 14. 15. D. de jure dotium (23. 3.) L. 4. L. 6. C. de periculo et commodo (4. 48.) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 318. 319.

14) Der Verkäufer schüttet den Wein weg, setzt die Bettstellen auf die Straße. L. 1. §. 3. 4. L. 2. pr. L. 12. L. 13. L. 14. D. de periculo et commodo (18. 6.). Vgl. auch L. 5. D. eod. quominus . . . vinum tolleret.

der Verkäufer überträgt den Besitz der Waare auf den Käufer[1]. Diese Kosten[2], der Tradition, als der Erfüllung der ihm obliegenden Leistung, trägt der Verkäufer[3], daher namentlich die Kosten des Transportes der Waare an den Ort hin, wo, wie verabredet[4] ist, oder sich von selbst versteht, die Tradition erfolgen soll. Ist dieser Ort nicht verabredet, so versteht sich, wenn eine bestimmte Sache (species) gekauft ist, der Ort, wo dieselbe sich zur Zeit des Kaufes befindet[5], wenn nicht, so ist der Ort der natürliche, wo der Verkäufer seine ge-

1) Unter „empfangen" versteht der Kaufmann oft das Entgegennehmen des Besitzes verbunden mit der Untersuchung der Waare zu dem Zweck, um ihre Empfangbarkeit zu prüfen, worauf dann, wenn gegen die letztere nicht protestirt ist, Empfang so viel als Billigung der Waare bedeutet.

2) Nicht zu verwechseln mit den Kosten des Ausantwortens und der Abnahme. Vgl. den folgenden §. Diese Kosten werden auch in den Note 3. erwähnten Handelsgesetzbüchern von den Kosten der Tradition aufs bestimmteste unterschieden. Vgl. auch Code Napoléon Art. 1608.

3) So auch der Código de comercio. Art. 373. und der Codigo commercial. Art. 474. 471.

4) Vgl. Rechtsfälle Theil 4. Heft 4. No. V. S. 70—78 82. 83.

5) L. 12. §. 1. D. depositi (16. 3.). Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit: quoniam et in ad exhibendum actione id servatur. L. 11. §. 1. D. ad exhibendum (10. 4.). — So wie im Text auch der Codigo commercial. Art. 474. und der Code Napoléon. Art. 1609. nur ohne die, sich aber von selbst verstehende, Beschränkung auf eine bestimmte Sache.

wöhnliche derartige Waarenniederlage hat[6]. 1. Die Wirkung der Tradition ist: es gilt, als wolle der Verkäufer mit dem Besitz auch sein Eigenthum auf den Käufer übertragen. Daher hat, wenn der Verkäufer keinen Vorbehalt macht[7], oder ein solcher sich nicht von selbst versteht[8], der Käufer, welchem tradirt ist, das Eigenthum, auch wenn er irrigerweise einen Andern für den Eigenthümer hielt[9]. War der Verkäufer nicht Eigenthümer, so hat der Käufer wenigstens die der Publiciana in rem actio unterliegenden Rechte. 2. Wann die Waare als tradirt gilt, bestimmt sich im Genaueren nach der Lehre vom Besitzerwerb[10]. Namentlich ist es gleich, ob der Verkäufer selbst oder mit seinem Willen ein Anderer tradirt hat[11], und ob die Waare dem Käufer selbst oder mit seinem Willen einem Andern übergeben ist[12. 12a].

6) Der Art. 303. des Entwurfes für Württemberg sagt: „der Ort, wo der Verpflichtete zur Zeit des geschlossenen Vertrages wohnte, oder seine Handelsniederlassung hatte", und dafür berufen sich die Motive S. 261 auf den Handelsgebrauch. Vgl. auch besonders Kent Vol. II. S. 397—400.

7) L. 38. §. 1. D. de possessione (41. 2.).

8) Vgl. oben §. 69.

9) L. 9. §. 4. D. de juris et facti ignorantia (22. 6.).

10) Eine handelsrechtliche symbolische Tradition nimmt in mehreren Fällen an der Codigo commercial. Art. 472. Vgl. auch Kent vol. II. S. 393—397.

11) L. 9. §. 4. D. de A. R. D. (41. 1.) L. 33. D. de A. R. P. (41. 2.).

12) L. 14. pr. D. de fundo dotali (23. 5.) L. 19. D. de jure dotium (23. 3.) L. 65. §. 4. D. ad Sct. Trebellianum (36. 1.) L. 14. D. de Public. in rem act. (6. 2.) L. 51. D. de A. R. P. (41. 2.) L. 65. D. de A. R. D. (41. 2.) Natürlich muß der Repräsentant des Käufers sich als solcher dem Verkäufer gehörig legitimiren.

Danach bestimmt es sich, wer als Besitzer einer Waare gilt, welche in der Hand eines Spediteurs, Fuhrmanns, Schiffers sich befindet. Zufolge der Absendung einer Waare an die Adresse und zur Disposition des Bestellers ist in der Hand einer Mittelsperson, welche die Waare für den Adressaten annimmt, diesem der Besitz der Waare[13] an sich nicht erworben[14], sondern nur dann, wenn jene Mittelsperson mit dem Wissen und Willen des Adressaten die Waare empfing[14a]. Der Besitz kann auch durch bloßen Willen, versteht sich erklärten und angenommenen, übertragen werden, durch das s. g. constitutum possessorium[15].

12a) Zur Beurtheilung des vom Verkäufer zuweilen dem Käufer gegebenen Auslieferungsscheines, Extraditionsscheines, dienen die in Note 11. und 12., und die unten §. 114. Note 4. citirten Stellen. Vgl. auch Brinckmann H.R. §. 81., der aber, was er in der Note 2. mir bestreitet, daß das Indossament einer Anweisung eine weitere Anweisung ist, im Text zugiebt. Vgl. überhaupt Hamburger Sammlung Bd. 1. No. 77. S. 773—785 (auch, unvollständig, in Seuffert Archiv Bd. 3. No. 47.).

13) Also wo der Besitz den Erwerb des Eigenthums nach sich ziehen würde, das Eigenthum der Waare.

14) Nach dem hamburger Gerichtsgebrauch gilt der Besitz als erworben. Vgl. das Archiv für das Handelsrecht. Bd. 2. Nr. 9. S. 199—225. Bd. 1. Nr. 9. S. 141—149. Das badische Handelsrecht Art. 100a. ist von Pöhls Handelsrecht §. 122. Note 2. S. 284. mißverstanden.

14a) Bluhme Encyclopädie §. 540.

15) Die Hauptstelle: L. 18. pr. D. de A. R. P. (41. 2.) Anwendungen: L. 77. D. de R. V. (6. 1.) L. 28. C. de donationibus (8. 54.) L. 35. §. 5. C. eod. In diesen drei letztern Stellen kommt das conducere und usumfructum retinere nicht als solches, auch nicht als hinzutretendes Rechtsgeschäft,

§. 79.
Übergabe und Empfang.
(Kaufmännisches Zeichen.)

Besonderheiten für das Handelsrecht soll bewirken das kaufmännische Zeichen, und das Connossement. — I. Das kaufmännische Zeichen[1]. Allein in dem Aufsetzen, oder Vorhandenseyn des Zeichens liegt juristisch kein entscheidendes Moment. Es ist unrichtig, wenn man von dem Zeichen, als solchem, meint: 1. Es gebe den Besitz[2]. 2. Es gebe den Moment für den Über-

---

sondern lediglich als deutlicher Ausdruck des Traditionswillens in Betracht. Es genügt die angenommene Erklärung: es soll hiemit tradirt seyn.

1) Straccha Pars II. No. 78—101. S. 365—368. Marquard lib. III. cap. IX. No. 63—82. S. 448—450. lib. II. cap. IX. No. 45—49. S. 282. 283. Bender engeres Handelsrecht. §. 82. S. 190—192. Kent vol. II. S. 394—396. Nach Mittermaier Aufl. 6. §. 565. Note 4. hat unser obiger Text den Handelsgebrauch nicht genug berücksichtigt. Allein es wird zugegeben, daß das Zeichen bald in dieser bald in jener und in sehr verschiedener Absicht auf Waaren gesetzt wird. Dennoch soll nach einer Rechtssitte eine Tradition symbolisch beschafft seyn, wenn der Käufer auf die Waare sein Zeichen setzt. Soll dieses auch gelten, wenn der Käufer es ohne Willen oder gar wider Willen des Verkäufers thut? also eine Tradition ohne Willen des Tradenten? Dafür wird kein Kaufmann seine Stimme geben. Also nur wenn mit Willen des Verkäufers das Zeichen, und natürlich damit tradirt werde, geschieht. In diesem Fall erkennt ja auch der obige Text die Tradition und folgeweise den Eigenthumsübergang an, es bedarf dafür aber gar nicht der Berufung auf einen eigenthümlichen Handelsgebrauch, weil es aus den allgemeinen Rechtssätzen über die Tradition folgt.

2) Bender a. a. O. Nr. 5. Marquard lib. II. cap. IX.

gang der Gefahr[3]. 3. Es gebe eine Vermuthung des Eigenthums[4]. 4. Es bestimme bei einem Verkauf derselben Sache an Mehrere den Vorzug[5]. 5. Es enthalte einen Empfang in dem Sinn[5a] von Billigung der Waare[5b]. Denn alle diese Verhältnisse: Besitzerwerb, Übergang der Gefahr, Beweis des Eigenthums, Vorzug unter mehreren Käufern, Anerkennung der Empfangbarkeit, bestimmen sich nach ganz andern factischen Voraussetzungen, als nach dem Aufsetzen oder Vorhandenseyn des Zeichens[5c. 5d]. Das Zeichen kann also nur Bedeutung haben,

---

No. 69—72. limitirt seinen Satz hinterher so, daß er so gut wie zurückgenommen ist.

3) Bender Nr. 5. Pöhls S. 191.

4) Marquard lib. III. cap. IX. No. 63—68. Straccha a. a. O. No. 78—86. Casaregis I. disc. 10. No. 121. S. 69. Bender Nr. 3.

5) Bender Nr. 6. Marquard lib. II. cap. IX. No. 45—49.

5a) Vgl. oben §. 78. Note 1.

5b) Brinckmann H. R. §. 74. Note 8.

5c) So auch das O. A. G. d. v. fr. St. O. Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 2. S. 171—176 (theilweise in Seuffert Archiv Bd. 3. Nr. 143. S. 169. 170) und Hamburger Sammlung Bd. 1. Nr. 107. S. 1089—1106. (theilweise in Seuffert Archiv Bd. 3. Nr. 25. S. 33.)

5d) Diese „verneinende Theorie" bestreitet Michelsen die Hausmarke. Jena 1853. S. 64—68. Soweit ist seine Meinung klar. Es wird genügen, zum Schutz des im Text aufgestellten Satzes auf die wiederholte Billigung desselben von Seiten des lübecker O. A. G. zu verweisen. Vgl. die vorige Note. Damit wird sich auch die Behauptung erledigen, daß der Satz „aus Vorneigung für römischrechtliche Jurisprudenz" (Nein!) und „Abneigung gegen eine sogenannte symbolische Tradition" (Ja!) aufgestellt sei, und daß für den Satz „kein kundiger Kaufmann seine Stimme geben werde" (Doch!) Das

insofern es für eines der juristisch relevanten Facta den Beweis erleichtert. So sieht denn auch das römische Recht ausdrücklich auf die Absicht: warum man eine Waare signirt[6], und wenn auf das Zeichnen, um den Besitz zu ergreifen, der Besitz zuerkannt wird, so liegt das juristisch Entscheidende bekanntlich in der physischen Nähe zur Sache, ohne welche das Zeichnen nicht möglich ist. — Es läßt sich daher auch nur unter besondern Umständen behaupten, daß es gleichgültig sei, ob der Verkäufer oder der Käufer das Zeichen aufsetzt, und ob das Zeichen hinterher wieder verschwunden ist, was in Zufall, oder Absicht des einen oder beider Contrahenten seinen Grund haben kann[7].

§. 80.

Übergabe und Empfang.
(Das Connossement.)

II. Das Connossement[1]. Es ist eine Urkunde

Wort „spitzfindig" für den Einwand (oben Note 1.) gegen Mittermaiers symbolische Tradition ist übel gewählt. Was Michelsen als „positiven Handelsgebrauch" behaupten will, ist nirgends präcise in der Form eines scharfen Rechtssatzes, den man prüfen und widerlegen könnte, aufgestellt. Und seine vier Schlußfolgerungen (Wer daher S. 66. Hieraus ergeben sich S. 66. Und dieselbe Frage S. 67. Allein wir fragen S. 67.) bestehen nicht zu Recht. Die Meinung von Michelsen hat dadurch etwas Bestechendes, daß sie das practische Resultat der historischen Erörterung, an welche sie angeschlossen ist, zu seyn scheint.

6) L. 1. pr. und §. 2. L. 14. §. 1. D. de periculo et commodo. (18. 6.).

7) Dies gegen Bender a. a. O. Nr. 2 und 4.

1) Widow de dominio mercium intervenientibus literis recognitionis transmissarum. ed. II. Erfordiae 1761. Gester-

über den zwischen Befrachter und Schiffer abgeschlossenen Frachtcontract, in der Art abgefaßt, daß der Schiffer spricht: er habe diese (bezeichneten) Güter von dem Befrachter empfangen, um sie an den Destinatär abzuliefern[2]. Die Wirkung der Übertragung des Connossements anlangend, so gilt 1. nach Particularrecht[3] und nach der Ansicht vieler Schriftsteller[4] die Übergabe oder Übersendung[5] des Connossements als Übertra-

---

ding Irrthümer der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818. No. VII. S. 221—234. Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. No. 12. S. 183—207. Pöhls Handelsrecht §. 86. S. 181—189. und Pöhls Seerecht Theil 2. §. 423. S. 456—465.

2) Formulare: Büsch Darstellung. Bd. 2. S. 355. 356. Bleibtreu Handelswissenschaft §. 264. S. 181.

3) Vgl. Codigo commercial. Art. 472. Kent vol. II. S. 394. Nach Treitschke Kaufcontract §. 59. S. 133. soll dies gelten nach allen Seerechten (?).

4) Vgl. unten Note 13.

5) Unter der Übertragung ist die Einhändigung, nicht aber, wie Treitschke Kaufcontract S. 134. es stellt, das Indossiren des Connossements, und auch nicht, wie derselbe in Richters Jahrbüchern 1843. S. 710. es stellt, die mit Indossament verbundene Übergabe zu verstehen. Denn ein Connossement wird nicht immer indossirt. Übrigens ist die Bemerkung der Note 7. unten, daß man der Übertragung auch eines nicht indossirten Connossements die fragliche Wirkung beilege, keineswegs irrig. Auch habe ich nirgends gesagt, daß durch das Connossement der, an den die Waare nach dessen Inhalt abzuliefern ist, als Eigenthümer bezeichnet werde. Wenn das Connossement so lautete, so würde die Frage über den Eigenthumsübergang leicht gelöset seyn, denn dann läge der auf diesen gerichtete Wille ausgesprochen vor. Vielmehr heißt es im Text immer nur, daß das Connossement den Destinatär bezeichnet. Was dieser im Übrigen ist, ob Käufer, Commissionär, Spediteur, Committent, und was sonst noch, und ob

gung des Besitzes[6] der Güter, auf welche es lautet, an den, welcher durch das Connossement als Empfänger bezeichnet ist[7]. Der Empfang des Connossements gilt also als Besitzerwerb der Güter, er steht einem reellen Empfang der Güter gleich. Er hat daher die Wirkung des letzteren, keine geringere aber auch keine größere. Dies würde in der Anwendung auf einige Hauptfälle ergeben: a. Der Empfänger des Connossements darf dasselbe eben so retiniren, wie er die Waare selbst hätte retiniren dürfen[8]. b. Ist er Mandatar eines Andern, in dessen Interesse er das Connossement erhalten hat, so muß er so lange noch res integra ist, dem Widerruf seines Mandanten folgen. Dieser wird häufig dadurch effectuirt, daß der Mandant durch Vermittelung eines andern Exemplars des Connossements über die Waare disponirt. c. Der Empfang des Connossements giebt nur dann das

---

Eigenthümer, oder nicht, das Alles erhellt aus dem Connossement nicht. Ebensowenig erhellt aus dem Indossament des Connossements irgend mehr, als daß an den Indossatar die Güter abgeliefert werden sollen. Warum soll denn nun der Eigenthumsübergang, wenn er überhaupt zuzugeben ist, nur bei einem indossirten Connossement Statt finden können? Die Bemerkung endlich (a. a. O. S. 710.), daß des Verladers oder Befrachters Eigenthum aus dem Connossement erhellt, wird durch den Augenschein der Connossemente widerlegt.

6) Wenn Manche den Eigenthumsübergang behaupten, so haben sie dabei Fälle im Auge, in welchen an den Besitz das Eigenthum sich anschließt. Z. B. Büsch Darstellung. Bd. 2. S. 360.

7) Sei es, daß das Connossement selbst, oder ein auf dasselbe gesetzte Indossement auf ihn lautet. Das Connossement oder Indossament ist mitunter in blanco oder auf Inhaber gestellt.

8) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 206.

Eigenthum, wenn die übrigen Verhältnisse der Art sind, daß an den Besitz das Eigenthum sich anschließt [9]. So namentlich dem Käufer das Eigenthum der gekauften Waare nur dann, wenn dieser den Kaufpreis bezahlt hat oder creditirt erhielt [10]. Der Empfänger hat als Eigenthümer alle Rechte eines solchen, so namentlich das Vindicationsrecht [11]. d. Der Vorzug Mehrerer, denen die Waare durch Connossement, oder resp. theils durch Connossement, theils reell übergeben ist, bestimmt sich ganz nach den über die Tradition derselben Sache an Mehrere geltenden Regeln [12]. Diese letzteren sind aber nicht immer aus dem römischen Recht zu entnehmen, sondern die Collision kann selbst gemeinrechtlich nach dem Satz Hand wahre Hand entschieden werden müssen, wenn man nämlich überhaupt zugiebt, was aber nicht zuzugeben ist, daß dieser Satz bei Indossamenten von Ordreconnossementen zur Anwendung kommt. 2. Gemeinrechtlich soll nach der Meinung vieler Schriftsteller der Empfang des Connossements als Empfang der Güter gelten [13]. Es ist aber

---

9) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 202. 203.

10) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. No. 24. S. 411—419.

11) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 204—206.

12) Pöhls Handelsrecht. S. 184—189. Pöhls Seerecht Th. 2. S. 453—455. 457—459. 461—464. Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 184—199. 203. 204.

13) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 184. 200. Bd. 2. S. 200. 201. 216. 217. Pöhls Handelsrecht. S. 181. 182. und Seerecht. Th. 2. S. 456. Benecke System des Assecuranzwesens. Bd. 1. S. 215. Martens Grundriß des Handelsrechts. §. 15. S. 24. Büsch Darstellung Bd. 2. S. 353—398. Mittermaier Privatrecht. Bd. 2. §. 565. Eichhorn Privatrecht. §. 392. Wilda in Weiskes Rechtslexi-

diese Meinung nie unangefochten geblieben [14]. Dem römischen Recht entspricht sie nicht, — weil dieses zur Tradition Gegenwart der Sache verlangt, und weil der Fall der L. 1. C. de donationibus (8. 54.), wenn man diese Stelle als singulär auffaßt, das Connossement nicht trifft [15], — es möchte denn ein constitutum possessorium herausgestellt werden können [16]. Will man eine symbolische Tradition nach deutschem Recht statuiren, so ist im einzelnen Fall wesentlich, daß nach der Meinung der Interessenten die Sache ein Symbol, die Handlung eine symbolische Handlung seyn soll. Das Connossement wird aber dem Empfänger in der Absicht übermacht, damit er die Bedingungen des Frachtcontractes ersehe, und wenn zu seiner Legitimation gegen den Schiffer, um die Waare zu empfangen, das Connossement erforderlich ist, damit er diese Legitimation erbringen könne. Ein allgemeiner

kon Bd. 3. S. 33—36. Am ausführlichsten ist die Meinung vertheidigt von Holtius in den bydragen door den Tex en van Hall vol. VIII. und zuletzt von Elvers: practische Arbeiten. Rostock 1836. No. 4. S. 96—135.

14) Vgl. besonders Gesterding. S. 227—234.

15) Ob er die Factur trifft, hängt von der Theorie ab, welcher man über Besitzerwerb folgt. Vgl. Pardessus cours Bd. 2. No. 248. S. 210. 211. Bd. 1. No. 10. S. 233. Mittermaier §. 565. No. III. — Codigo commercial. Art. 472.

16) Auf diesen Grund ist noch mehr Aufmerksamkeit, als geschehen, zu richten. Er ist geltend gemacht in einem Erkenntniß des O. A. G. zu Rostock, obgleich hier nicht zuerst. Dasselbe ist mitgetheilt in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9. S. 489—496. Was gegen diesen Gesichtspunct a. a. O. S. 489 von dem Einsender geltend gemacht wird, ist mehrfach unrichtig, und insbesondere hat die Möglichkeit einer successiven Tradition unter Mehreren durch mehrfaches constitutum possessorium nicht das geringste Bedenken.

Handelsgebrauch, daß der Empfang des Connossements als reeller Empfang der Waare gelte, ist unerweisbar [17]. Die kaufmännische Ansicht hält es, indem sie die regelmäßigen Verhältnisse ins Auge faßt, für ganz natürlich, daß der Absender eines Connossements nicht sich, sondern den Empfänger desselben als denjenigen ansieht, welchem die Disposition über die Waare zustehe [17a]. Daß sie

17) Es spricht nicht für den Handelsgebrauch, daß fast Alle, die ihn behaupten, statt ihn nachzuweisen, den behaupteten Rechtssatz aus andern Rechtssätzen, also als ein wissenschaftliches Recht zu begründen versuchen. Vgl. z. B. auch Mittermaier Aufl. 6. §. 565. No. II.

17a) Aus dem Grunde, weil der Schiffer demjenigen, welcher durch das Connossement oder ein auf ein Ordreconnossement gesetztes Indossement als Destinatair bezeichnet ist, nicht minder selbständig und ohne Einreden verpflichtet ist, wie der Acceptant eines Trassirten oder der Aussteller eines eigenen Wechsels dem ersten Nehmer und dem Indossatar; und dem Absender die Waare nicht anders als gegen Einlieferung sämmtlicher von ihm gezeichneter Connossemente auszuliefern verpflichtet ist. Es liegt sehr nahe, diese der Wechselforderung in allem Wesentlichen gleichstehende Forderung auf die Species der eingeladenen Waaren mit dem Eigenthum an diesen Waaren zu verwechseln. Vgl. die Entscheidungsgründe des O. A. G. zu Lübeck 1849. in Seuffert Archiv Bd. 6. No. 241. S. 337—344. Es liegt aber nicht in dem Indossament eines Ordreconnossements eine Cession (dies gegen S. 343) sondern eine Anweisung, welche im Voraus von dem Schiffer acceptirt ist. Es leidet hier Anwendung was über die Wirkung des Wortes Ordre unten im §. 239 sub I. II. 1. IV. (Bd. 2.) erörtert ist. Die dem bisherigen wohlmotivirten Recht (unten §. 239. Note 11.) widerstreitende Bestimmung der allgemeinen deutschen Wechselordnung Art. 9. 10. wornach ein Wechsel an sich wie ein Ordrewechsel gelten soll, muß auf Wechsel beschränkt bleiben, und darf nicht auf Connossemente erstreckt werden.

aber über jenen Satz, wenn man ihr die juristische Bedeutung desselben in seinen Einzelheiten entwickelt, einverstanden seyn würde, mit dem Gefühl, derselbe sei in dem Wesen handelsrechtlicher Verhältnisse nothwendig begründet, ist eine Behauptung, welche der Stütze entbehren möchte. Sie ist um so gewagter, als in dem geschriebenen Recht Bestimmungen sich finden, welche mit jenem Satz unvereinbar sind [18]. Auch ist der Satz von den bedeutendsten Auctoritäten über Handelsrecht direct verworfen worden [19].

§. 81.

Ausantworten und Abnahme.

Die Waare wird ausgeantwortet und abgenommen. Ist die Waare tradirt, so hat der Verkäufer seine Verbindlichkeit als Verkäufer erfüllt. Der Käufer ist nun verpflichtet, sofort die Waare wegzunehmen [1] (die „Abnahme" der Waare); der Verkäufer darf ihn daran nicht hindern, widrigenfalls geht gegen ihn die actio ad exhibendum [2]. Die Kosten der Abnahme

18) Neue hamburger Fallitenordnung von 1753. Art. 25. Code de commerce. Art. 576—578.

19) So neuerlich von dem Hamburger Handelsgericht, dem hamburger Obergericht, und dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands. Vgl. Rechtsfälle Bd. 1. S. 233—243; (die Erkenntnisse sind aus dem Jahr 1832.) und Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 21—39. und S. 180—188. Das O. A. Gericht hat sich schon 1823 so ausgesprochen. Das Handelsgericht war lange Zeit der anderen Meinung. Vgl. Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 199. 200. Bd. 2. S. 217. Rechtsfälle Bd. 1. S. 237. 238.

1) L. 9. D. de A. E. V. (19. 1.)

2) L. 25. D. de A. E. V. (19. 1.) L. 16. pr. D. de praescriptis verbis (19. 5.) Daß es nicht die actio empti ist,

trägt daher der Käufer, namentlich die Kosten des Transportes der Waare von dem Orte weg, wo sie tradirt worden ist [3]. Der Verkäufer ist von nun an weder verpflichtet die Waare zu custodiren [4], noch dem Käufer den Platz, welchen sie einnimmt, zu gönnen. Daran wird aber oft durch besondere Beredung geändert. Die Waare bleibt noch liegen [5]. 1. Der Verkäufer übernimmt die custodia noch eine Zeitlang, entweder a. für Lohn. Dann locatio conductio operis [6]. Oder b. umsonst. Dann ist das Verhältniß ein depositum [7]. 2. Er überläßt dem Käufer nur den Platz; entweder a. für Lohn. Dann

---

ist ein Beweis gegen Pöhls Handelsrecht. Bd. 1. S. 192., welcher meint: der Kauf sei vor der Abnahme auch von dem Verkäufer noch nicht erfüllt.

3) So auch der Código de comercio Art. 373. und der Codigo commercial. Art. 474.

4) L. 14. pr. D. de furtis (47. 2.) L. 12. L. 13. L. 14. pr. §. 1. D. de periculo et commodo (18. 6.) Vgl. auch unten §. 87. Note 4.

5) Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. Nr. 18. S. 299—320. Bender engeres Handelsrecht. §. 79. S. 185—187. Pöhls Handelsrecht. S. 192. 193.

6) L. 40. 41. D. locati (19. 2.) L. 1. §. 35. D. depositi. (16. 3.)

7) Código de comercio. Art. 374. Der Depositar ist aber nicht verpflichtet, die Waare gegen Feuersgefahr zu versichern, auch nicht, wenn er seine eigenen Waaren versichert hat oder zu versichern pflegt. A. M. ist das Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 314—317. 517—522. Auch die Unterscheidung bei Pöhls Handelsrecht. S. 193. und die andere bei Bender engeres Handelsrecht §. 79. Nr. 6. ist nicht zu rechtfertigen. — Natürlich darf er nur einem gehörig legitimirten Repräsentanten, z. B. Arbeitsmann, des Käufers abliefern. Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. S. 306—310.

locatio conductio rei. Oder h. umsonst. Dann ist das Verhältniß ein Commodat *. In beiden Fällen hat der Käufer selbst die Waare zu custodiren. Wenn die Contrahenten sich nicht ausgesprochen haben, ob der Verkäufer nur den Platz oder auch die custodia gewähren solle, so kann die Meinung sehr zweifelhaft seyn [8]. So, wenn weiter nichts beredet ist, als: die Waare solle noch eine Zeitlang liegen bleiben. Der Zweifel ist aber gehoben, wenn der Verkäufer das Liegenlassen mit dem Zusatz gestattet: ohne meine Gewährleistung, — ohne mein Obligo, — auf des Käufers Gefahr. Diese Clausel zeigt das Verhältniß, je nachdem ein Lohn beredet ist oder nicht, als Miethe oder Leihen des Platzes [9]. Nicht an-

*) Gegen die Annahme eines commodatum (und einer locatio) loci wendet Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 710. 711. das Recht des Verkäufers ein, die Waare an einen andern Ort zu schaffen. Allein dieses Recht, ob und wie weit es besteht, bestimmt sich, wenn es nicht vertragsmäßig festgestellt ist, erst nach der Art des durch das Liegenbleiben begründeten Rechtsgeschäftes.

8) Vgl. auch L. 5. §. 14. D. commodati (13. 6.)

9) Danach brauchte der Verkäufer in dem Fall, den das Archiv für das Handelsrecht Bd. 1. S. 301 — 306. mittheilt, für den Diebstahl gar nicht einzustehen. Freilich war das Verhältniß ein depositum, so half die Clausel nichts, aber eben daß es dieses sei, ward durch die Clausel abgewandt. Der Verkäufer behielt eben die Waare nicht in Gewahrsam (a. a. O. S. 310.) Daher trifft auch der Satz nicht, daß das pactum ne dolus (culpa lata) praestetur, ungültig, und daher die Clausel ohne Erfolg sei (a. a. O. S. 311.), welcher bei vorhandenem depositum allerdings die Clausel bedeutungslos gemacht hätte. Dem steht das Hamburger Statut (a. a. O. S. 312. 301.) nicht entgegen.

ders ist es bei ungehobenem Zweifel, weil zunächst die geringere Verpflichtung anzunehmen ist [10].

§. 82.

Empfangbarkeit der Waare.
(Gewährleistung des Verkäufers.)

Empfangbarkeit[1]. Wenn der Verkäufer eine so beschaffene Waare liefert, wie er zu liefern verpflichtet ist, so nennt man die Waare empfangbar[a]. Der Verkäufer muß für die Empfangbarkeit der Waare einstehen. Dieser Satz bezeichnet folgende Verpflichtung. Der Verkäufer muß dafür einstehen, daß die Waare seiner ausdrücklichen und stillschweigenden Zusage entspreche, außerdem, also ohne Zusage, dafür[b], daß die Waare fehlerfrei sei. Das letztere kann er überdies versprechen, doch gilt das Versprechen nur dann und soweit für mehr als für bloßes Aussprechen der sich von selbst, von Rechtswegen,

---

10) Dies gegen Brinckmann H. R. §. 74. No. 3.

1) Código de comercio. Art. 370. 371. Codigo commercial. Art. 479. 484—489. 500. 501. Casaregis II. disc. 74. S. 129—131. I. disc. 34. No. 1—3. 47—51. S. 207. 208. 212. 213.

a) Empfangbar bedeutet hier: schlechtweg billigungswerth. Vgl. oben §. 78. Note 1. Will man bei den Ausdrücken empfangbar und nicht empfangbar daran denken, ob der Käufer verpflichtet sei, die Waare zu empfangen (zu behalten), so sind sie zwar meistens, aber nicht durchweg zutreffend, weil der Käufer in einigen Fällen der nicht empfangbaren Waare die Waare nicht zurückweisen oder zurückgeben darf, sondern nur zum Abzug am Kaufpreise berechtigt ist.

b) Nicht zu verwechseln mit einer stillschweigenden Zusage der Fehlerfreiheit.

verstehenden Haftung [c], wenn und soweit die Fehler genannt sind. Fehlerfreiheit speciell versprochen ist Zusage dieser speciellen Beschaffenheit [d]. — Die Haftung, Gewährleistung, des Verkäufers bestimmt sich regelmäßig nach dem römischen Recht, das Particularrecht und der Handelsverkehr bestimmen einzelne Abweichungen. I. Der Verkäufer muß dafür einstehen: 1. daß die Waare die Beschaffenheit habe, welche er versprach [2]. Für die Beschaffenheit, welche er nannte, nicht um sie zu versprechen [2a], sondern um die Waare zu empfehlen, kann die Pflicht der Gewährleistung auf ein Versprechen offenbar nicht zurückgeführt werden [3]. Aus der bloßen Empfehlung haftet er an und für sich nicht [4], namentlich nicht wenn es klar ist, daß er nur geschwätzig (Marktschreierei) anpreiset [5] („jeder Verkäufer lobt seine Waare"), daher nicht bei so allgemeinem Ausdruck, daß für ein Versprechen der Anhalt fehlt [6], noch bei speciellerer Bezeichnung, wenn das Gegentheil sichtbar ist [7], wohl aber dann, wenn er unredlich verfuhr, den Käufer täuschte [8]. Verfängliche Ausdrücke, die den Käufer glauben machen, daß er wirk-

c) L. 81. D. de R. J. (50. 17.) L. 56. pr. D. mandati. (17. 1.)

d) L. 13. §. 3. de A. E. V. (19. 1.) L. 31. D. de evictionibus (21. 2.)

2) L. 19. §. 2—L. 23. §. 1. L. 17. §. 20. L. 18. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

2a) Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 1. S. 50. 51. (entstellt in Seuffert Archiv Bd. 2. No. 23.)

3) L. 37. D. de dolo malo. (4. 3.)

4) L. 47. D. de R. J. (50. 17.)

5) L. 19. pr. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

6) L. 19. pr. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

7) L. 43. pr. §. 1. D. de contrahenda empt. (18. 1.)

8) L. 47. D. de R. J. L. 37. D. de dolo malo (4. 3.)

lich verspreche, präjudiciren dem Verkäufer [9]. Beim Verkauf nach Probe verspricht er probemäßige Waare, und muß er also die Qualität liefern, welche die Probe ausweiset [10]). Ist die Qualität nicht besonders beredet, so muß er Kaufmannsgut (Kaufmannswaare, empfangbare Waare in diesem Sinn [10a],) liefern, d. h. gute unverdorbene Waare mittlerer Qualität [11]. Der Verkäufer muß ferner 2. dafür einstehen, daß die Waare keine Fehler habe. Es ist gleich, ob er den Fehler kannte oder nicht [12]. Der Käufer hat aber den Regreß nicht, wenn er auf denselben wegen eines speciell genannten [13] Fehlers ausdrücklich verzichtet hat [14], wenn er den Fehler kannte [15], wo er dann die Waare mit dem Fehler billigt, also stillschweigend verzichtet, und wenn er den Fehler kennen muß, wo er als wissend und verzichtend gilt [16]. So gilt er, wenn der Fehler beim Abschluß des Contractes oder bei der voraufgehenden Besichtigung [17] der

---

9) Die bekannten Stellen ... contra venditorem ... quia clarius loqui debuisset.

10) Vgl. oben §. 72.

10a) Also in einem andern als dem oben Note a angegebenen Sinn. Vgl. Bremer Sammlung Bd. 1. S. 600.

11) d'une qualité loyale et marchande. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 210.

12) L. 1. §. 2. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

13) L. 39. D. de act. empti (19. 1.)

14) L. 14. §. 9. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

15) Namentlich aufmerksam gemacht ist. L. 1. §. 6. L. 48. §. 4. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

16) L. 14. §. 10. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

17) Der Handel auf Besicht, bei wechem die Besichtigung nach dem Contract aber vor dessen Stätigung geschieht,

Waare selbst oder einer Probe [18] so sichtbar ist, daß der Käufer ohne grobe Nachlässigkeit [19] ihn nicht übersehen konnte [20]. Ein Kennerauge giebt aber nicht den Maaßstab [21], selbst nicht wenn der Käufer Sachverständiger ist [22]. Der Verkäufer verlangt oft, um das Kennen oder Kennenmüssen des Käufers herbeizuführen und also der genaueren Beschreibung der Waare überhoben zu seyn, den Besicht durch den Käufer, er verkauft „wie zu besehen„ [23]. Die Clausel hebt zwar zunächst nur die Beziehung hervor, daß der Verkäufer wegen sichtbarer Fehler nicht haften will [23a], während die Clausel „auf Besicht"

---

bietet keine Abweichung. Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 206. 207. §. 12.

18) Bei einem Handel nach Probe muß der Verkäufer solche Mängel gewähren, die aus der Probe nicht ersichtlich sind. Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 210.

19) Nur die lata culpa präjudicirt dem Käufer. L. 55. D. de aedilitio edicto (21. 1.)

20) Die Parömien: „Augen für Geld." — „Wer die Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf." Vgl. Michelsen Oberhof zu Lübeck No. 217. Ueber den möglichen, thunlichen Umfang der Besichtigung vgl. Rechtsfälle Theil 3. Heft 2. S. 36. Heft 4. No. IV. S. 65—70. Treitschke Kaufcontract. S. 225. 226.

21) Gesterding im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 4. S. 18—22.

22) Gesterding a. a. O. S. 22.

23) Büsch Darstellung. Bd. 2. S. 511. 512.

23a) Gleichbedeutend mit der Clausel: „wie zu besehen", — der Clausel: „auf Besicht", in diesem Sinn, — der Clausel: „Besicht erklärt" ist die Clausel „Empfang erklärt", welche in Bremen in den Schlußzetteln, also, was nicht zu übersehen, beim Abschluß des Contractes vorkommt. Die folgende sachliche Erörterung dieser Clausel leidet auch auf jene

bezeichnet, daß der Verkäufer, nicht aber der Käufer durch

---

andern Clauseln Anwendung. Ueber die Clausel „Empfang erklärt" vgl. Bremer Sammlung Bd. 1. S. 94—106. 107—111. Bd. 2. Heft 1. S. 47. 51. 54. 197. 198. 199. 202. und das Bremer Handelsblatt von 1853. No. 85. S. 6. 7. (Hier sind mancherlei Unrichtigkeiten in der juristischen Beurtheilung.) Es ist, was den Sinn betrifft, kein Unterschied zwischen der Clausel: „wie zu besehen" und der Clausel: „Empfang erklärt" und daher unsystematisch, daß Brinckmann H. R. einen eigenen §. (86.) jener und weit davon einen andern §. (93.) dieser Clausel widmet, aber richtig, daß er von beiden Clauseln im Wesentlichen dasselbe sagt, daß nämlich die Wirkungen des Empfanges eintreten. Doch ist durch diese Bezeichnung, nämlich die Bezugnahme auf den mercantilischen Empfang der Sinn der Clausel nicht präcise getroffen, und dasselbe gilt von der in der Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 1. S. 198. (als Ergebniß des umständlichen Beweises und Gegenbeweises) von der Clausel gegebenen Characteristik, insofern sie zur sachlichen Erläuterung der Clausel die Parallele von dem „wirklich geschehenen Empfang" hernimmt. Sprachlich ist allerdings die Clausel mit Rücksicht auf den mercantilischen Empfang gebildet. Es ist aber verwirrend und irreführend (auch in Betreff der practischen Resultate), wenn man zur Erläuterung der sachlichen Bedeutung der Clausel auf den mercantilischen Empfang hinweiset. Dies ist aus einem doppelten Grunde verkehrt. 1. Die Clausel enthält eine Erklärung über den Inhalt des Kaufes, der mercantilische Empfang eine Erklärung über die Erfüllung des Kaufes, dahin daß sie diesem Inhalt entspreche. Dort heißt es: so gekauft wie gesehen; hier: so erfüllt wie gekauft. 2. Dem mercantilischen Empfang ist die Möglichkeit der Untersuchung (in Betreff der Beschaffenheit der Waare) wesentlich, soweit diese Möglichkeit fehlt, liegt in ihm gar keine Erklärung; die Clausel wird auch in dem Fall gebraucht und enthält auch für den Fall eine Erklärung, daß es dem Käufer unmöglich ist, die Beschaffenheit der Waare zu untersuchen, denn es wird auch schwim-

den Handel gebunden ist. Insofern ist allerdings ein

---

mende Waare, schwimmende Ladung, unter dieser Clausel verkauft. (Bremer Handelsblatt a. a. O. S. 6.) Somit ist das Verhältniß, welches die Clausel begründet, von dem Verhältniß, welches der mercantilische Empfang begründet, seiner innern Natur nach wesentlich verschieden. Es besteht aber zwischen beiden eine äußere Ähnlichkeit, und es ist offenbar, daß im Hinblick auf sie die Clausel sprachlich entstanden ist. Die Clausel drückt wörtlich aus: es soll gelten als habe ein mercantilischer Empfang Statt gefunden; der Käufer erklärt sich, was die Beschaffenheit der Waare betrifft, so beschränkt berechtigt, als ob ein mercantilischer Empfang Statt gefunden hätte. Die Vergleichung liegt zunächst in der beschränkten Berechtigung. Diese beruht ihrem Grunde nach nicht auf dem Besitzempfang, sondern auf der in diesem enthaltenen Billigung der Waare, und die Fiction dieser Billigung beruht auf der dem Käufer gewordenen Möglichkeit der Untersuchung und obliegenden Pflicht der Untersuchung, eben mit der Wirkung, daß, wenn er wirklich untersucht und nichts rügt, er so gilt als ob er die Waare billige, und wenn er nicht wirklich untersucht, er so gilt, als habe er wirklich untersucht, und, wie von selber folgt, da er nun nichts rügen kann, als habe er gebilligt. Die Vergleichung liegt also ferner in der fingirten Billigung auf Grund der wirklichen oder fingirten Untersuchung. Der Käufer erklärt demnach: er wolle gelten als billigend auf Grund einer Untersuchung, gleich viel ob einer wirklichen oder fingirten. Also zusammengefaßt: er wolle so beschränkt berechtigt seyn als ob er die Waare untersucht und gebilligt habe. Es bedarf aber nur der Erklärung, daß die Waare untersucht sei oder als untersucht gelten solle, denn die Billigung liegt deutlich darin, daß er die Waare kauft. Hieraus folgt, daß die Clausel: „Empfang erklärt", gleichbedeutend ist der Clausel: „Besicht erklärt", bei welcher ebenfalls der Käufer spricht, oder den Clauseln: „wie zu besehen" oder: „auf Besicht" (in diesem Sinn), bei welchen der Verkäufer spricht. Damit ist dann auch das Maß der Billi-

Unterschied zwischen beiden Clauseln, und bei jener liegen

gung bestimmt: soweit die Untersuchung ausreicht. Die Clausel: Empfang erklärt, welche durch die Anspielung auf den mercantilischen Empfang sprachlich eine Untersuchung und Billigung des Erfüllungsgegenstandes, der zur Lieferung bestimmten Waare ausdrückt, deutet dem Sprachsinn entgegen auf den zur Untersuchung verstellten Kaufgegenstand, auf die zum Kauf angebotene Waare, und wird dem sachlichen Verhältniß des mercantilischen Empfanges entgegen gebraucht auch in dem Fall, daß die Untersuchung dem Käufer unmöglich ist. Die Wirkung, richtiger: der Inhalt der Clausel ergiebt sich hiernach von selbst. Es ist diejenige Beschaffenheit der Waare gebilligt, welche vermittelst der Untersuchung erkennbar ist. 1. Dies gilt zunächst in Betreff von Fehlern der Waare. (Und zwar abgesehen von einer zugesicherten Fehlerfreiheit.) Hierüber hinaus ist die bremer Üsance nicht bezeugt worden (wie auch in der Bremer Sammlung Bd. 2. H. 1. S. 199. bemerkt ist). Der Verkäufer haftet also nicht wegen erkennbarer Fehler. Gleichgültig ist es, ob die Waare wirklich untersucht worden ist oder nicht, und auch gleichgültig, ob die Untersuchung möglich war oder nicht. Man kann freilich die Frage aufwerfen, ob nicht für den Fall, daß sie unmöglich war, wie bei schwimmender Waare, der Sinn der Clausel weiter gehe, ob der Käufer nun nicht die Waare kaufe, gleich viel wie sie beschaffen seyn möge. Allein es ist gleich, ob der Käufer nicht untersuchen will, wenn er kann, oder nicht untersuchen will, weil er nicht kann. Er verzichtet durch die Clausel immer nur auf die Untersuchung, die ununtersuchte Waare soll als untersucht, nicht aber als gänzlich fehlerfrei gelten. Auch bei der Clausel „Empfang erklärt, die Waare falle wie sie wolle" ist es nicht anders. (Vgl. unten.) Der in der Clausel liegende Satz, daß der Verkäufer nicht haftet wegen erkennbarer Fehler, leidet aber, auch wenn er durch diese Clausel ausgesprochen ist, keine Anwendung auf solche erkennbaren vom Käufer nicht gekannten Fehler, welche der Verkäufer kannte (ganz unrichtig setzt Brinckmann H. R. §. 93. hinzu: oder

kennen mußte) und unredlich verschwieg. 2. Was von Fehlern gilt, gilt auch von anderweitiger Beschaffenheit der Waare, in Betreff welcher eine Zusicherung fehlt. 3. Was die Zusicherungen des Verkäufers betrifft, gleich viel, ob der Freiheit von bestimmten Fehlern oder einer andern Beschaffenheit, so muß er unzweifelhaft für dieselben einstehen erstens dann, wenn die Untersuchung nicht möglich war z. B. beim Verkauf von schwimmender Waare; und zweitens dann, wenn die Untersuchung möglich war, aber vom Käufer unterlassen ward; denn in diesen beiden Fällen vertrauet der Käufer eben der Zusicherung des Verkäufers, und dazu ist er vollkommen berechtigt. Soweit die Zusicherungen reichen, darf er sich auf den Verkäufer und braucht er nicht sich auf die Untersuchung zu verlassen. Der Verkäufer muß daher auch in zweiten Fall dafür einstehen, daß die am Ort lagernde für Prima Brasil. Blätter verkaufte Waare wirklich Prima-Waare sei, (dies gegen das Bremer Handelsblatt a. a. O. S. 6.) und daß die am Ort lagernde für reines Domingo Blauholz verkaufte Waare wirklich reines Domingo Blauholz, mithin nicht mit Jamaica Blauholz gemischt sei. (Dies gegen die Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 1. S. 199, wo mit Unrecht, die von Rechtswegen eintretende Haftung für Fehlerfreiheit mit einer stillschweigenden Zusage der Fehlerfreiheit verwechselt (oben Note 2), und nun jener überhaupt jede Zusicherung gleichgestellt wird. Auch ist es eine falsche Auffassung, daß der Mangel einer Eigenschaft, welcher an sich kein Fehler ist, dadurch zu einem Fehler werde, daß diese Eigenschaft zugesagt ward. Dies ist weder factisch noch juristisch richtig. Was an sich kein Fehler ist, wird es nie dadurch, daß etwas Anderes oder das Gegentheil versprochen ward.) Nicht anders ist es auch drittens in dem Fall, daß der Käufer zwar die Untersuchung vorgenommen, aber die der Zusicherung nicht entsprechende, wenn auch noch so leicht als solche zu entdeckende Beschaffenheit nicht entdeckt hat. Denn er durfte im Vertrauen auf die Zusicherung die Untersuchung in Betreff dieser Beschaffenheit nach Belieben ganz obenhin anstellen oder gänzlich unterlassen. Nur in

oft nur Tractaten vor[24], während bei dieser der Vertrag

dem Fall ist es viertens anders, wenn der Käufer, sei es in Folge der Untersuchung oder aus andern Gründen, weiß, daß die Waare der Zusicherung nicht entspricht; wenn er sie dann dennoch kauft, so verzichtet er offenbar darauf, daß dieser Zusicherung die Waare entspreche, der Verkäufer mag geirrt haben oder haben betrügen wollen. (Dies gegen Brinckmann H. R. §. 93. Z. 12. der viel zu allgemein spricht.) Übrigens ist es möglich, daß ein Versprechen nicht im Willen und Wort des Verkäufers lag, sondern nur eine Anpreisung. Die Haftung des Verkäufers aus seiner Zusicherung geht nicht weiter, als diese reicht. Es genügt daher, daß die für Prima Waare verkaufte Waare Prima Waare ist, mag sie im Übrigen noch so schlecht fallen. (Mit Unrecht beschränkt dies Brinckmann H. R. §. 93. auf den Verkauf einer schwimmenden Ladung.) Denn in Betreff der nicht zugesicherten Beschaffenheit ist der Käufer auf die Untersuchung verwiesen.

Was die Clausel: „Empfang erklärt, die Waare falle wie sie wolle", betrifft, so ist, wenn der Sinn nicht durch eine besondere Üsance feststeht, und eine solche scheint nach der Äußerung im bremer Handelsblatt a. a. O. S. 7. zu fehlen,) nach allgemeinen Auslegungsregeln kein anderer anzunehmen, als der der Clausel: Empfang erklärt. Der Zusatz „die Waare falle wie sie wolle" ist als ein mäßiger zu nehmen, der nur recht deutlich hervorhebt, was sich von selbst versteht, daß nemlich der Verkäufer nicht haften wolle für die durch Untersuchung erkennbaren Fehler, welche es auch seyn mögen. Wollte man die Clausel dahin verstehen, daß der Käufer die Waare ohne alle spätere Rüge ganz so nehmen müsse, wie sie nun einmal beschaffen sei, mit allen auch den verborgensten erst später zu entdeckenden Fehlern, so würde man sie auslegen, als lautete sie nur: ich verkaufe die Waare sie falle wie sie wolle, und die Worte: Empfang erklärt, als gänzlich bedeutunglos aufgeben. Da dies offenbar nicht geschehen darf, so deutet auch die vollere Clausel offenbar auf eine die Rechte des Käufers beschränkende maaßgebende Untersuchung.

24) Dieses Verhältniß hat Pöhls S. 170 vor Augen.

immer bereits perfect, wenn gleich nicht stät ist. Es geht aber die Meinung bei jener Clausel zuweilen dahin, daß eben die erwähnte freie Stellung dem Käufer, nicht auch dem Verkäufer gegeben sei, und dann kommen beide Clauseln auf eins hinaus und jene hebt nur eine Beziehung des Handels auf Besicht besonders hervor. Mit dieser Beredung des vor perfectem oder stätem Kauf vorzunehmenden Besichtes ist der Fall nicht zu verwechseln, daß der Verkäufer einen nachherigen baldigen Besicht der Waare verlangt, um sicher zu seyn, ob dieselbe empfangbar befunden werde [25]. Wegen der sichtbaren vom Käufer übersehenen Fehler haftet der Verkäufer, der an sich frei wäre, dann, wenn er sie kannte und sie unredlich verschwieg [26].

§. 83.

Empfangbarkeit der Waare.

(Recht des Käufers).

II. Recht des Käufers, wenn die gelieferte[1] Waare nicht empfangbar ist. Der Käufer pflegt

25) So findet sich z. B. die Clausel nach Probe und auf Besicht verbunden, wo also die letztere Clausel in einem ganz andern Sinn gebraucht wird, als oben in dem §. 71. Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 220—224. §. 10—12.

26) Die culpa des Käufers kommt dann wegen des dolus des Verkäufers nicht in Betracht. Gegen Treu und Glauben ist es immer, wenn der die Unwissenheit des Käufers wissende oder glaubende Verkäufer den Fehler nicht anzeigt, und seine Verwahrung gegen den Fehler ohne die Anzeige ist daher, der Sache nach, wenn gleich vom Käufer nicht dafür gehalten, ein pactum ne dolus praestetur, also nichtig. Vgl. L. 14. §. 9. D. de aedilitio edicto (21. 1.).

1) Stellt sich bereits vor der Lieferung die zu dieser be-

dann wohl sofort sie zu remittiren, oder zur Disposition des Absenders (Dispositionsgut) zu stellen. Es ist dieses aber, wenn gleich das letztere meistens ein Recht des Käufers ist, nicht, wie es Manche[2] stellen, eine Pflicht desselben, um überhaupt den Regreß zu wahren. — Vielmehr steht es, was zunächst den Anspruch anlangt[3], folgendermaßen. Der Käufer darf nach seiner Wahl a. die Waare zurückgeben, und den Preis einbehalten resp. zurückfordern, also den vorigen Stand, als sei der Kauf gar nicht gewesen, verlangen (die Waare aufschießen)[4]. Diese redhibitio kann nach dem ädilitischen Edict schlechtweg darauf gegründet werden, daß die Waare nicht empfangbar ist[5]. Daneben kann er mit der Contractsklage bei mangelnder versprochener Eigenschaft das volle Interesse, daß ihm nicht versprochenermaßen (z. B. probemäßig) geliefert ist[6], bei vorhandenen Fehlern, wenn der Verkäufer sie kannte, das volle Interesse, daß die Waare nicht fehlerfrei ist[7], fordern. Er kann aber auch b. unter Einbehalten der Waare, einen Abzug (Decort) am Kaufpreise verlangen, aestimatorio i. e. quanto minoris

---

stimmte Waare als nicht empfangbar heraus, so ergeben sich die Rechte des Käufers aus dem Folgenden von selbst.

2) Z. B., freilich auf etwas schwankende Weise, Hommel rhapsodia quaestionum. vol. 4. obs. 536. S. 130—135. Vgl. darüber von Berg (unten Note 15.) S. 127. 128.

3) Über das sofort vgl. unten §. 84.

4) L. 60. D. de aedilitio edicto (21. 1.).

5) L. 1. §. 1. D. de aedilitio edicto (21. 1.).

6) Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 216. 217. Neustetel und Zimmern römisch rechtliche Untersuchungen. Bd. 1. S. 183—189. 209—216.

7) L. 13. D. de act. empti. (19. 1.).

judicio[8]. Dieser schlechtweg gestattete aut redhibitorio aut aestimatorio judicio setzt aber voraus, daß eine species gekauft ward; der Titel D. de aedilitio edicto denkt durchweg eine solche, in dieser wird stets das gekaufte Object geliefert trotz der vorhandenen Mängel und der mangelnden versprochenen Eigenschaften, das Nachholen einer contractmäßigen Lieferung ist hier also unmöglich[9]. — Bei einem Verkauf in genere aber ist die contractswidrige Waare ein anderes Object, als das gemeinte, consentirte, gekaufte, und es ist daher noch eine nachherige contractmäßige Lieferung denkbar. Das Recht des Käufers mittelst der actio empti beschränkt sich zunächst darauf, die contractmäßige Lieferung zu verlangen[10], er kann aber immer das Interesse, daß ihm zuvor eine nicht empfangbare Waare geliefert worden ist, geltend machen. Dem Interesse des Käufers kann es nun entsprechen, daß er weder die geschehene noch die nachherige Lieferung, oder daß er beide, oder daß er die eine ohne die andere hat. 1. Daß er die nachherige Liefe-

8) L. 18. pr. D. de aedilitio edicto (21. 1.). Wegen mehrerer Fehler mehrfacher Decort. L. 32. §. 1. D. de evictionibus (21. 2.). Die Schadhaftigkeit der Waare, namentlich ungewöhnliche Unreinigkeit, so wie der Abzug wegen derselben heißt Refactie. Vgl. Berghaus Encyclopädie der Handlungswissenschaft. Bd. 2. S. 219. und das Archiv für das Handelsrecht. Bd. 2. No. 31. S. 574—588.

9) Daher wird die Zusage: diese Sache ist so beschaffen, oder: ist nicht so beschaffen, für ein im Fall der Wahrheit überflüssiges, im Fall der Unwahrheit unmögliches Versprechen, und dem Sinn nach für das Versprechen erklärt: wenn sie sich als falsch erweise, das Interesse prästiren zu wollen. L. 31. D. de evictionibus. (21. 2.).

10) L. 14. pr. §. 1. 2. 3. D. de act. empti. (19. 1.)

rung verlangt, die geschehene aber zurückweiset. Diesem Wollen steht, da es nur auf dem Versprochenen beharrt, nichts entgegen. Daneben ist die Forderung begründet des Interesse, daß zur rechten Zeit nicht die contractliche Lieferung, sondern die andere geschah, und falls sie auch später ausbleibt, daß sie überhaupt nicht geschah. 2. Daß er die nachherige Lieferung zurückweiset, und indem er die empfangene Waare zur Disposition des Verkäufers stellt, den Kaufpreis einbehält oder zurückfordert. Damit ist allerdings eine Rescission des Kaufes gestattet; soweit der Käufer diese offensiv zu verfolgen hat, steht ihm unzweifelhaft die actio empti zu [11]. Daneben kann er ein weiteres Interesse, mittelst dieser Klage oder durch Einreden, verfolgen nach Maaßgabe des bei Note 6 und 7. Gesagten. Die actio empti auf Rescission setzt aber Gründe voraus, weßhalb nunmehr den Käufer der Empfang empfangbarer Waare belastet, das richterliche Ermessen hat zu würdigen, ob sie vernünftig und nicht Chicane sind [12], als ein durchschlagender Grund ist der Ablauf eines beredeten dies anzusehen [13]. 3. Daß er die nachherige Lieferung zurückweiset, die geschehene aber soweit anerkennt, daß er sie nicht rückgängig macht, und das Interesse, daß die Waare nicht contractmäßig ist, geltend macht [13a]. Dahin gehört namentlich Decort am Kaufpreis [14]. a. Die soweitige Anerkennung der geschehenen Leistung, das Be-

11) L. 11. §. 3. 5. D. de actionibus empti. (19. 1.).

12) L. 135. §. 2. i. f. D. de V. O. (45. 1.).

13) Vgl. unten §. 87.

13a) Beispiel: Frankfurter Sammlung von Römer. Bd. 1. No. XXXI. S. 148—153. Ein auch durch den Gang der Verhandlungen interessanter Fall.

14) L. 13. §. 4. D. de act. empti. (19. 1.)

halten der empfangenen Waare dem Verkäufer gegenüber, steht ihm als ein Recht zu, ohne Zweifel dann, wenn er über die Waare bereits anderweitig so disponirt hat, daß er wegen der Rechte Anderer an derselben nicht mehr willkürlich über sie schalten kann, z. B. sie verkauft hat, denn es gehört zu seinem Interesse, daß seine Disposition bestehen bleibt, oder auch es ist eine bona fide consumtio, aber auch dann, wenn die Waare noch juristisch unangetastet bei ihm ist, denn der Verkäufer, welcher die gehörige Lieferung durch eine andere surrogirt, darf nicht selbst sein Factum anfechten*. b. Die soweitige Anerkennung der geschehenen Lieferung giebt dem Käufer das Recht, die nachherige contractliche Lieferung zurückzuweisen, denn da der Verkäufer anfangs jene statt dieser geltend machen wollte, so muß er auch hinterher jene statt dieser anerkennen. c. Die soweitige Anerkennung steht dem Recht auf das Interesse, daß die Waare nicht contractmäßig ist, nicht entgegen, denn dieses Recht darf weder durch die Disposition noch durch das reine Behalten als aufgegeben erachtet werden, weil aus der Geltendmachung dieses Rechts der Verzicht auf jenes Recht nicht nothwendig folgt[15].

---

*) Der vorstehenden Meinung unter a stimmt im Resultat bei Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 711.

15) Auf die Frage: ob durch die Disposition das Recht auf Decort am Kaufpreise aufgehoben werde, ist die Abhandlung von von Berg juristische Beobachtungon und Rechtsfälle. Bd. 2. Hannover 1804. S. 123—147 gerichtet, wo sie S. 128—131. §. 8—10. verneint wird, ungefähr aus dem Grunde im Texte und unter der Voraussetzung, daß der Käufer „zur rechten Zeit die nöthigen Beweise von der Beschaffenheit der Waaren sich verschaffe", wodurch er denn eo ipso die Vermuthung einer unbedingten Billigung der Waare zerstöre. Über diese Voraussetzung vgl. unten §. 85. Der Grund, der nach

Es macht natürlich keinen Unterschied, ob der Käufer bei der Disposition wußte oder nicht, daß die Waare nicht empfangbar sei, obgleich im letztern Fall der Verzicht um so weniger angenommen werden kann. 4. Daß er die contractmäßige Lieferung nachverlangt, die gelieferte Waare aber einbehält, und das Interesse, daß die rechte Zeit für jene Lieferung versäumt ist, geltend macht. Dieses Einbehalten steht der Forderung der contractmäßigen Lieferung dann nicht entgegen, wenn die Rückgabe der Waare ohne Zuthun des Käufers, oder zwar durch seinen freien Willen, wie etwa in Folge der bereits geschehenen Disposition, aber ohne daß er damals die Nichtempfangbarkeit der Waare kannte, unmöglich geworden ist, denn dem ursprünglichen Recht auf die gehörige Lieferung kann die unverschuldete Unmöglichkeit, die Waare zurückzugeben,

---

der Mittheilung bei von Berg a. a. O. S. 128. 129. in der mir unbekannten Schrift von Lüderssen (diss. num mercator venditis mercibus actione quanti minoris adversus venditorem experiri possit. Helmst. 1801.) durchzuherrschen scheint: es sei mit der Verfügung über das Eigenthum, wenn auch nicht die Redhibition, doch das Recht auf Schadloshaltung verträglich, ist nicht zureichend. Denn factisch verträglich, was klar ist, beweiset nichts, daß juristisch verträglich, ist durch die bloße Behauptung nicht erörtert. — Gegen die Meinung unseres Textes ist Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 711.: es sei ein neuer Kauf mit demselben, also nicht einem geringeren Preis geschlossen. Allein es fehlt an allem Grunde, statt des auf Erfüllung des geschlossenen Kaufes gerichteten Willens einen neuen Kaufwillen anzunehmen. Der Meinung im Text stimmt bei: Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 1097. 1098. (O. A. G. zu Lübeck). Einfluß der Disposition auf den Gegenbeweis des Verkäufers: Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 1098. 1099. Vgl. noch unten §. 85. b. Note 14.

nicht nachtheilig werden; wohl aber dann, wenn es auf dem ungebundenen Willen des Käufers, weil ihm beide Lieferungen zusagen, beruht, denn der Käufer hat zunächst nur das Recht auf eine Lieferung, und daher steht sein bloßer Wille dem Verlangen des Verkäufers, daß es bei nur einer bewende, nicht entgegen.

§. 84.

Empfangbarkeit der Waare. (Untersuchung und Anzeige).

III. Die Untersuchung und Anzeige[1]. Man behauptet wohl: der Kaufmann müsse die Waare sofort nach dem Empfang untersuchen, und sich über die Annahme erklären[2], sein Schweigen nach dem Empfang müsse als unbedingte Billigung der Waare gelten. Dies ist auch unter der von Manchen aufgestellten Regel gemeint: der Verkäufer hafte nicht mehr, wenn die Waare die Wagschale passirt habe, d. h. dem Sinn nach wenn sie zugewogen, zugemessen, zugezählt worden, womit denn der Moment des Empfanges der Waare gemeint ist[3], obgleich der letztere keineswegs nothwendig in dem Zuwägen u. s. w. liegt. Particularrechte freilich schließen die

1) Vgl. auch Motive S. 318—322. zu Art. 347—351. des Entwurfes für Württemberg.

2) Pöhls Handelsrecht S. 166: der Käufer müsse förderſamst, sogleich nach geschehener Vergleichung, die Erklärung abgeben. Bender engeres Handelsrecht. S. 200. 201. giebt seinen Satz: sofort besichtigen und binnen 48 Stunden die Erklärung, nur für sehr heilsam.

3) So Büsch und Ebeling Handlungsbibliothek. Bd. 1. S. 266. (vgl. dazu Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 1. S. 164. Note 3.) Büsch Darstellung Bd. 1. S. 261. 262. Pöhls Handelsrecht. S. 180.

Gewährleistung des Verkäufers aus, sobald der Käufer die Waare empfangen oder an sich (in seine Gewere, aufs Lager) genommen hat[4]. Nach gemeinem Recht fehlt es aber dafür an allen Gründen. Die Besichtigung und Untersuchung kann oft gar nicht vom Käufer vorgenommen werden, ohne daß er gute Gelegenheit des Weiterverkaufes versäumt, oder der Waare schadet, oder sich unnöthige Last und Kosten macht, und daher läßt der Käufer die Waare oft gleich, nachdem er sie empfangen, und auch ohne das direct in die weitere Hand gehen, und so geht sie ununtersucht, oft in der ursprünglichen Packung, durch mehrere Hände. Ohne specielles Gesetz ist kein Grund vorhanden, den Käufer, welcher zu der Gewandtheit und Redlichkeit des Verkäufers das Vertrauen hegt, daß die Waare empfangbar sei, mit der, wenn auch noch so leicht thunlichen, Untersuchung, ob sie es sei, zu belasten[5], und es darf daher die Nichtempfangbarkeit dersel-

4) Über das lübische und hamburger Statut vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. No. 11. S. 163—186; über die hamburger Praxis das Archiv für das Handelsrecht. Bd. 2. S. 551. und Rechtsfälle. Bd. 2. S. 125—131. Dazu das erwähnte Archiv Bd. 2. No. 31. S. 574—588. stellenweise. Vgl. auch Rechtsfälle. Theil 3. Heft 2. No. III. und Heft 4. No. IV. Die Pflicht sofortiger Untersuchung und Anzeige wird als nürnberger Handelsgebrauch bezeugt in Nürmberger Sammlung nürnb. H. R. Gewohnheiten. S. 14—21. Eine vierzehntägige Frist ist als Handelsgebrauch zu St. bezeugt von den Vorstehern des Handelsstandes zu St. Diese Mittheilung in Seuffert Archiv Bd. 4. Nr. 78. S. 138. würde ohne Verschweigung des Namens werthvoller seyn.

5) Vgl. auch L. 40. pr. D. de contrah. empt. (18. 1.). So auch O. A. G. zu Dresden. (Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 22). und O. A. G. zu Kiel (Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 121. sub 1.)

ben als ein später entdeckter heimlicher Mangel der Lieferung auch noch später gerügt werden. Die sofortige (sofort nach erlangtem Wissen) Anzeige an den Verkäufer, daß die Waare nicht empfangbar sei, ist auch gemeinrechtlich eine Pflicht des Käufers[6], aber nur unter dem Rechtsnachtheil, wenn er nicht anzeigt, daß er nunmehr jedenfalls den Beweis der Nichtempfangbarkeit zu führen hat[7]. Mithin mag er, ist dieses leicht, die Anzeige unterlassen. Seinen durch die Nichtempfangbarkeit begründeten Rechten ist dadurch, daß er nicht anzeigt, nichts vergeben[8]. Nicht aber ist er verpflichtet zu einer Anzeige

---

Wenn die Pflicht der sofortigen (sofort nach Empfang) Untersuchung so ganz allgemein behauptet wird, so ist ein so präcisirter nicht weiter limitirter Rechtssatz so widersinnig, daß er seine Unmöglichkeit in sich trägt. Und wenn behauptet wird: „dem Käufer könne die sofortige Untersuchung der Waare wohl unter Umständen unbequem seyn, allein niemals Schaden bringen", so ist das unbegreiflich kurzsichtig.

6) Diese Pflicht der sofortigen Anzeige ist so sehr in der Billigkeit begründet, daß es nicht schwer seyn wird, für ein Gewohnheitsrecht die äußern Zeugnisse in ausreichender Anzahl beizubringen. Material dazu: Seuffert Archiv Bd. 4. Nr. 23. S. 47. (O. A. G. zu Lübeck). Bd. 2. Nr. 169. S. 220. 222. 223. (O. A. G. zu Dresden). Bd. 6. Nr. 27. S. 40. (O. A. G. zu München). Bluhme Encyclopädie §. 540. Nürmberger Sammlung nürnb. H. R. Gewohnheiten S. 14. 15. 16. 18. 20. 21. Brinckmann H. R. §. 74. Note 19. 20.

7) Ein anderer Rechtsnachtheil ist weder billig, noch wird er sich durch einen Rechtssatz beweisen lassen.

8) Selbst das Wissen beim Empfang ohne Anzeige und Protestation nimmt den Rechtsanspruch an und für sich (vgl. aber oben §. 82. Note 25.) nicht; die für das Gegentheil bei Heerwart im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 7. S. 359.

in Betreff der Empfangbarkeit, und daher ist in der Anzeige, daß die Waare in bestimmten Beziehungen nicht empfangbar sei, nicht auch eine Anzeige, daß sie es in andern sei oder gar irgend ein Verzicht zu finden. Noch viel weniger ist er verpflichtet zu einer Anzeige des Inhalts, welches von den durch die Nichtempfangbarkeit für ihn begründeten Rechten er geltend zu machen Willens sei[9]. Für diese Willensbestimmung darf er jede spätere Conjunctur abwarten, und hat er nur für die Geltendmachung des zuständigen Anspruches auf die Einhaltung der nach Art desselben verschiedenen Verjährungszeit zu achten.

§. 85.

Empfangbarkeit der Waare.
(Sorge und Beweis.)

IV. Die Sorge und der Beweis, wenn die Waare nicht empfangbar ist. 1. Bei einem Platzhandel, wo der Verkäufer gegenwärtig ist, ist es seine, des Verkäufers, Sache, für die Erhaltung der Waare und für den Beweis der Empfangbarkeit, soweit er ihm nach allgemeinen Grundsätzen obliegt, zu sorgen. Bei einem Verkauf in genere muß der klagende Verkäufer beweisen, daß die versprochenen Eigenschaften vorhanden sind, denn der Käufer schützt die Einrede[1] vor, daß er,

---

Note 50. angeführten Stellen haben ein Wissen der Fehler beim Abschluß des Kaufes im Auge.

9) Die Pflicht sogar dieser Anzeige behauptet Brinckmann H. R. §. 74. Note 20., wo verschiedene Fragen durch einander geworfen werden, hat aber dafür keinen andern Grund, als das, freilich unbestreitbare, Interesse des Verkäufers an einer solchen Anzeige.

1) Es liegt eine wahre Einrede vor. Vgl. Heerwart im

da der Verkäufer seinem Versprechen nicht nachgekommen sei, noch die Gegenleistung zu fordern habe, und braucht nur das Versprechen [1a], nicht auch, daß der Verkäufer dasselbe nicht erfüllt habe, daß die Gegenforderung nicht getilgt sei, zu beweisen [2]. Anders, wenn der Verkäufer der Beklagte ist, indem der Käufer den bereits bezahlten Kaufpreis ganz oder theilweise zurückfordert. Die Klage gründet sich dann auf die Nichtempfangbarkeit der Waare, und je nachdem die Zahlung nach oder vor der Lieferung erfolgt ist, auf des Käufers Irrthum, daß die bereits gelieferte Waare empfangbar sei, oder seine Voraussetzung, daß die später gelieferte Waare empfangbar seyn werde. Es muß aber der Kläger bei der condictio indebiti den Beweis des indebitum und bei der condictio c. d. c. n. s. den Beweis der causa non secuta führen. Der Irrthum braucht nicht besonders bewiesen zu werden, eben so wenig wie die Voraussetzung, weil sie hier aus den Umständen sich ergeben [3]. Bei vorhandenen Fehlern muß der Käu-

---

Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 7. S. 335—347. Der factische Grund der Einrede ist speciell und bestimmt anzugeben. Heerwart a. a. O. S. 348. lit. c.

1a) Dieses muß er unzweifelhaft beweisen. Hamburger Sammlung Bd. 2. S. 556—561. Aegyptische Perlemutterschaalen. Original Waare.

2) Heerwart a. a. O. S. 349. 361. Daher liegt beim Verkauf nach Probe dem Verkäufer der Beweis der probemäßigen Lieferung ob. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 1. S. 213. O. A. G. zu Dresden. (Seuffert Archiv Bd. 1. Nr. 337.) Eidesantrag, und zwar gerichtet auf die Nichtempfangbarkeit (nicht auf das Nichtwissen der Empfangbarkeit), ist statthaft. G. O. T. zu Berlin. (Seuffert Archiv Bd. 5. Nr. 154. S. 191—193.).

3) Die processualische Lage ist also entscheidend. Dies ist

fer, er sei Kläger oder Beklagter, die behaupteten Fehler beweisen, denn er gründet seinen Anspruch auf etwas außer dem Versprechen des Verkäufers Liegendes, nämlich auf das Daseyn eines schlechthin von Rechtswegen denselben verpflichtenden Fehlers[4]. Beim Verkauf einer species[5] würde der Verkäufer gegen den Einwand, daß

---

erörtert und bewiesen in den Entscheidungsgründen des O.A.G. d. v. fr. St. O. zu mehreren Sachen. Vgl. 1. Rechtsfälle aus dem Gebiet des H. R. Theil 3. Heft 4. Nr. V. S. 78—80. 2. Bremer Sammlung Bd. 2. H. 1. S. 219—223. (abgedruckt auch in der bremer Auswahl handelsrechtlicher Streitfälle Heft 1. S. 61—66; und auch in Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 26. S. 28. 29. Nr. 37. S. 40. 41.). 3. Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 1091. 1093. 1102. 1103. 1105. Auch das Hamburger Handelsgericht ist dieser Ansicht (a. a. O. S. 1091.). — Die andere Ansicht, daß die processualische Lage nicht entscheide, sondern der Verkäufer auch als Beklagter zu beweisen habe (die Empfangbarkeit), ist vertheidigt, aber mit unhaltbaren Gründen in 1. den Rechtsfällen a. a. O. S. 85—90. 2. in der bremer Auswahl. S. 49—53. (bremer Handelsgericht) S. 53—61. (bremer Obergericht). 3. von Brinckmann H. R. §. 68. Note 16. Hier ist in der langen Note doch nicht gründlich eingegangen.

4) Heerwart a. a. O. S. 362. Man könnte einwenden: es ist stillschweigend zugesagt, daß die zu liefernde Waare fehlerfrei seyn solle, und der Verkäufer muß demnach, um darzuthun, daß er der Zusage entsprechend erfüllt habe, beweisen, daß er gesunde Waare lieferte, und also den Beweis speciell auf die Abwesenheit der gerügten Fehler richten, und wie kann es für die Beweislast einen Unterschied machen, ob der Verkäufer besonders versprach, im Allgemeinen oder mit Bezug auf gezählte Fehler, daß die Waare fehlerfrei seyn werde, oder ob solche besondere Zusage fehlt. Dieser Einwand, der ersten Auflage, ist mehrfach unrichtig.

5) Vgl. Heerwart a. a. O. S. 357—361.

die Waare nicht der Zusage entsprechend, oder daß sie mit Fehlern behaftet, und daß also die Erfüllung nicht gehörig geschehen sei, sondern noch zu geschehen habe, sich darauf berufen: er habe die gekaufte species geliefert, und eine andere Erfüllung des Vertrages sei unmöglich. Der Käufer hat also nicht die Möglichkeit, die Erfüllung zu verlangen, wo er nur die Verbindlichkeit des Gegners nachzuweisen brauchte, sondern er fordert Preisminderung oder Aufhebung oder Entschädigung, und diese Forderung entspringt entweder aus dem Umstand, daß die Waare einen Fehler hat, oder aus dem Umstand, daß die ausdrückliche oder stillschweigende Bedingung für die Haftungsverbindlichkeit des Verkäufers: wenn die Waare die Beschaffenheit nicht habe[6], eingetreten ist. Den einen oder andern Umstand als seinen Anspruch begründend muß der Käufer beweisen[7]. — Der Beweis: daß die Waare empfangbar gewesen, oder: daß sie nicht empfangbar gewesen, ist auf die Zeit vor dem Moment zu richten, von welchem an die Gefahr auf den Käufer übergeht[8], also wenn die Gefahr der ganzen Reise den Käufer trifft, auf die Zeit vor der Absendung der Waare. 2. „Ward dagegen die Waare von auswärts her bestellt, so ist der Käufer verpflichtet, sie vorläufig bei sich aufzunehmen, für ihre Erhaltung zu sorgen, und die Mängel, wegen welcher er die Annahme weigert, zu constatiren; es ist dies Folge davon, daß bei Versendung in die Fremde der auswärtige Empfänger, will er die Waare nicht unbedingt

6) Vgl. oben §. 83. Note 9.

7) In Betracht vorhandener Fehler ist klar L. 4. D. de probationibus (22. 3.) L. 3. C. de aedilit. actionibus (4. 58.).

8) Darauf deuten auch klar die Stellen der vorigen Note.

anerkennen, einstweilen dasjenige wahrnehmen muß, was der gegenwärtige Verkäufer selbst wahrnehmen würde [9]. Diese Grundsätze [10], auf der Nothwendigkeit beruhend, sind aber nur dann anzuwenden, wenn an dem Ankunftsort Niemand vorhanden ist, dem der Besteller die Wahrnehmung des Interesse des Absenders mit Vertrauen überlassen kann, und der sich dem zu unterziehen bereit ist; findet sich dagegen ein solcher Dritter, sei es zufolge Auftrages des Absenders oder als negotiorum gestor, so kann der Empfänger um so sicherer ihm die erwähnte

9) Die Gründe für die Beweislast des Käufers können noch concreter seyn. 1. In der Sache K. c. J. hatte der beklagte Käufer eine ausdrückliche Garantie darüber verlangt, daß die an ihn abgesandte Waare von durchaus erster Qualität sei, und als der Verkäufer hierauf auf sein Ehrenwort versicherte, daß dieselbe wirklich weißes Glas von erster Qualität sei, erwiedert: diese ihm gegebene Versicherung genüge ihm. Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte nahm an: darin liege die bestimmte Erklärung, daß der Beklagte sich lediglich auf die Rechtlichkeit des Klägers verlassen, und wegen der Güte der Waare, ingleichen wegen der Erfüllung der Zusage keinen weiteren Beweis verlangen wolle, und daraus folge denn von selbst, daß, nachdem er dem Kläger einmal dieses Vertrauen geschenkt, die nähere Untersuchung der Waare unterlassen, und selbst zum Theil weiter darüber disponirt habe, nunmehr er beweisen müsse, daß er in diesem seinem Vertrauen getäuscht worden sei, und statt untadelhafter der Zusage gemäßen Waare vielmehr schlechtes und mit Mängeln behaftetes Glas empfangen habe. 2. Ein anderer Fall: Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 1102. 1103.

10) Für sie ist „ein auf Treu und Glauben gegründetes Herkommen, und ohne diese Grundsätze würde ein Handel in die Fremde kaum bestehen können." So das O. A. G. der v. fr. St. D. — Dagegen Brinckmann H. R. §. 68. Note 15. mit Berufung auf seine Erfahrung.

Sorge überlassen, als er selbst, immer interessirt, leicht den Vorwurf der Sorglosigkeit zu befürchten hat, dann cessirt die erwähnte Verbindlichkeit des Empfängers, und es bleibt daher auch die Beweislast den allgemeinen Grundsätzen gemäß beim Verkäufer" [11].

§. 85 b.

Empfangbarkeit der Waare.
(Billigung. Mercantilischer Empfang.)

V. Billigung der Waare. Die Waare wird gedacht als der vom Verkäufer zur Erfüllung des Verkaufes bestimmte individuelle Gegenstand [1]. Dieser kann zum Zweck dieser Erfüllung nur erst angeboten oder schon geliefert (übergeben und empfangen) seyn. Die Verpflichtung des Käufers zur vollständigen Erklärung über die Empfangbarkeit, also dahin ob und wieweit die Waare nicht empfangbar und ob und wieweit sie empfangbar sei, besteht gemeinrechtlich nicht [2], nur particularrechtlich [3]. Sie ist aber nicht selten contractlich festgestellt. Die Billigung der Waare ist die vom Käufer abgegebene

---

11) Das mit „....." Bezeichnete ist Entscheidungsgründen des O. A. G. der v. fr. St. O. entnommen.

1) Der zur Erfüllung des Verkaufes bestimmte Gegenstand muß als solcher von allen übrigen Gegenständen körperlich unterscheidbar seyn, also eine species seyn. Ohne Beziehung auf eine species wäre die Erklärung über die Empfangbarkeit sinnlos, ist sie undenkbar. Durch die Erklärung, daß er den also jeglichen vom Verkäufer erst zu bestimmenden Gegenstand gutheißen wolle, würde der Käufer den Kauf aufgeben.

2) Gemeinrechtlich besteht nur eine Verpflichtung zur Anzeige der Nichtempfangbarkeit, und diese auch nur unter einem Rechtsnachtheil in Betreff der Beweislast. Vgl. oben §. 84.

3) Hieher der mercantilische Empfang. Vgl. unten No. VI.

Erklärung der Empfangbarkeit. In dieser Erklärung liegt stets ein Verzicht in Betreff der Beweislast, und insofern wird sie dem Verkäufer auch für den Fall bedeutend, daß die Waare empfangbar ist. Die Erklärung des Käufers, daß die Waare empfangbar sei, überhebt den Verkäufer des Beweises, daß sie empfangbar sei. Will und darf der Käufer dennoch hinterher die Nichtempfangbarkeit geltend machen, so trifft ihn jedenfalls die Beweislast. — In der Billigung der Waare kann ferner liegen ein Verzicht des Käufers auf die für ihn durch die Nichtempfangbarkeit begründeten Rechte. Er kann die Waare billigen nach vorgängiger oder ohne vorgängige Untersuchung ihrer Empfangbarkeit, und mit oder ohne Erwähnung, daß sie untersucht oder daß sie nicht untersucht worden sei. Erster Fall. Wenn er die Waare billigt, die Empfangbarkeit erklärt, mit Erwähnung, daß sie untersucht worden sei [4], so darf die mit diesem Zusatz abgegebene Erklärung nur dahin ausgelegt werden, daß er sie soweit als ihre Beschaffenheit durch die Untersuchung herausgestellt sei, für empfangbar erkläre. Hieraus folgt a. Soweit er sie vermittelst der Untersuchung als nichtempfangbar erkannt hat, liegt in der Erklärung ein Verzicht auf seine Rechte wegen dieser erkannten Nichtempfangbarkeit. Dieser steht die nicht erkannte aber erkennbare Nichtempfangbarkeit gleich, und zwar ist es die levis culpa, welche dem Käufer präjudicirt [5]. b. Soweit vermittelst der Untersuchung die Be-

4) Diese Erwähnung liegt schon in dem Ausdruck: die Waare ist empfangbar, noch deutlicher in dem Ausdruck: ist empfangbar befunden.

5) Anders als in dem Fall des §. 82. Note 19., denn dort ist er vor dem Kauf, also als Kauflustiger zur Untersu-

schaffenheit noch gar nicht erkennbar war, liegt gar keine Erklärung, weder über die Empfangbarkeit noch über die Nichtempfangbarkeit vor. Mithin ist durch die Erklärung der Empfangbarkeit, die Billigung, seinen Rechten wegen der später sich herausstellenden Nichtempfangbarkeit nichts vergeben. c. Soweit die Untersuchung die Empfangbarkeit ergeben hat, liegt in der Erklärung der Empfangbarkeit an sich nichts weiter, als die Anzeige der Thatsache, daß die Waare untersucht und empfangbar gefunden sei, also daß er keine Rechte habe; nicht aber die Erklärung, daß die Waare jedenfalls als empfangbar gelten solle, mithin auch für den Fall, daß sie vermittelst einer genaueren als der pflichtmäßigen Untersuchung als nicht empfangbar befunden werden sollte, also nicht der Verzicht, daß er keine Rechte haben wolle[6]. Seinen Rechten wegen dieser später entdeckten Nichtempfangbarkeit ist nichts vergeben. Zweiter Fall. Wenn der Käufer die Waare billigt, die Empfangbarkeit erklärt, mit Erwähnung, daß sie untersucht worden sei, so liegt schon in den Worten, daß er sie ohne Untersuchung als empfangbar gelten lassen, sie unbesehen gutheißen wolle. Er spricht einen Verzicht aus auf seine Rechte wegen etwaiger Nichtempfang-

---

chung verpflichtet; während er hier durch den Kauf, also als Käufer verpflichtet ist. Der Käufer hat omnem diligentiam zu prästiren.

6) Dies wird nur in dem Fall bedeutend, daß die Erklärung der Empfangbarkeit speciell, d. h. in Betreff einer bestimmten Beschaffenheit abgegeben worden ist. Denn eine allgemein gehaltene Erklärung ist auf diejenige Beschaffenheit, welche nur durch eine scrupulöse d. h. eine genauere, als die pflichtmäßige Untersuchung sich herausstellen kann, gar nicht zu erstrecken.

barkeit. Dieser Verzicht darf aber nur dahin ausgelegt werden, daß er diejenige Nichtempfangbarkeit nicht rügen wolle, welche bei stattgehabter Untersuchung sich herausgestellt haben würde. Denn er verzichtet dann nur auf die Untersuchung und will die ununtersuchte Waare als untersucht und nur folgeweise als empfangbar gelten lassen, nicht aber will er sie, als wolle er sie nie untersuchen, als eine durchweg empfangbare gelten lassen. In einer solchen Billigung liegt in keiner Beziehung eine Erklärung über die wirkliche Beschaffenheit der Waare. Dritter Fall. Wenn der Käufer die Waare billigt, die Empfangbarkeit erklärt, ohne alle Erwähnung, ob untersucht worden sei oder nicht, so ist zu unterscheiden. a. Wenn untersucht worden ist und der Verkäufer weiß dies, so ist es wie im ersten Fall. Denn er kann nicht umhin, anzunehmen, daß der Käufer nur auf den Grund der Untersuchung billigen wolle. b. Wenn nicht untersucht worden ist und der Verkäufer weiß dies, so ist es wie im zweiten Fall. Denn er kann nicht umhin, anzunehmen, daß der Käufer nur auf die Untersuchung verzichten wolle. c. Wenn der Verkäufer nicht weiß, ob untersucht worden ist oder nicht, so ist er nicht berechtigt, die Billigung günstiger für sich aufzufassen, als sie in jedem der beiden Fälle, deren einer vorgelegen haben muß, zu verstehen ist. Mithin ist sie nicht so auszulegen, daß der Käufer die Waare in aller möglichen Beziehung als empfangbar gelten lassen wolle, möge sie noch so sehr unempfangbar seyn. Ein solcher Verzicht muß so deutlich, daß er gar keinem Zweifel unterliegt, ausgesprochen seyn. Vielmehr ist in der zweideutigen Erklärung zunächst nur das ausgesprochen, was in beiden Fällen übereinstimmend ist. Mithin ein Verzicht nur wegen derje-

nigen Nichtempfangbarkeit, welche eine so sorgsame Untersuchung, wie sie pflichtmäßig ist, ergiebt. Darüber hinaus ist aber immer das wirkliche Verhältniß für die beiderseitigen Rechte bestimmend, weil der Käufer seine Erklärung stets auf Grundlage und daher in dem Sinn des wirklichen Verhältnisses giebt. Wer auf dieses besondere Rechte gründen will, muß es beweisen [7]. Auszuscheidende Fälle. Weder eine Billigung der Waare, eine Erklärung der Empfangbarkeit, noch überhaupt eine Erklärung über die Empfangbarkeit, liegt an sich in folgenden Umständen, seien sie einzeln oder gar sämmtlich vorhanden: daß der Käufer die Waare 1. empfangen d. h. den Besitz entgegengenommen, 2. abgenommen, 3. bezahlt, 4. signirt [8], 5. verzollt [9], 6. nicht untersucht [10], 7. nicht angezeigt [11] (die Nichtempfangbarkeit), 8. untersucht aber nicht angezeigt [12], 9. über die Waare, gleich viel in welcher Weise verfügt hat [13], z. B. einen Theil derselben

---

7) Mithin muß der Verkäufer beweisen, wenn er behauptet, daß der Käufer darüber hinaus die Nichtempfangbarkeit gewußt habe, in Folge einer weiter gehenden scrupulösen Untersuchung; und muß der Käufer beweisen, wenn er behauptet, daß seiner speciellen (vgl. die vorige Note 6.) Billigung eine wirkliche Untersuchung unterliege, aber eine, wenn gleich pflichtmäßig genaue, doch, wie sich hinterher gezeigt, zur Entdeckung der Nichtempfangbarkeit nicht ausreichend genaue, mithin seine Erklärung auf einem entschuldbaren Irrthum beruhe.

8) Wenn auch mit dem eigenen kaufmännischen Zeichen, geschweige einer bloßen Gewichtsmarke, z. B. „90 Kilogramme". Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 1095. 1096. (auch in Seuffert Archiv Bd. 3. No. 25.)

9) Seuffert Archiv Bd. 5. No. 121. sub 2.

10) 11) 12) Vgl. oben §. 84.

13) Vgl. oben §. 83. Note 15.

als Probe versandt hat[14], oder auch die ganze Waare. — VI. Mercantilischer (kaufmännischer) Empfang[15]. Der mercantilische Empfang ist ein Besitzempfang, in welchem eine Billigung der Waare (die Erklärung der Empfangbarkeit) liegt. Die Billigung ist dann und aus dem Grunde in demselben enthalten, wenn und weil die Waare nicht als unempfangbar zurückgewiesen worden ist, sie wird fingirt. Die Fiction dieser Billigung beruht auf der dem Käufer gewordenen Möglichkeit der Untersuchung und obliegenden

---

14) Hamburger Sammlung Bd. 1. S. 1096.

15) Billigung der Waare und mercantilischer Empfang ist nicht gleichbedeutend. Dem letztern ist aber die Billigung wesentlich, außerdem der Besitzempfang und die Möglichkeit der Untersuchung, nicht die wirkliche Untersuchung. Ob die Waare wirklich untersucht und empfangbar befunden worden oder ununtersucht als empfangbar angenommen worden ist, ist gleichgültig, genug daß sie für empfangbar durch den Besitzempfang erklärt worden ist. Die Billigung der Waare für sich allein wird nie mercantilischer Empfang genannt, obgleich man mit dem Ausdruck gerade die Billigung betonen will. Die wirkliche Untersuchung vor dem Besitzempfang ist der regelmäßige Fall. Der Ausdruck: die Waare ist mercantilisch empfangen, bezeichnet also in der Regel, daß sie untersucht und gebilligt und empfangen sei, richtiger: untersucht und durch Empfang gebilligt sei, selten nur, daß sie (ununtersucht) gebilligt und empfangen sei, richtiger: (ununtersucht) durch Empfang gebilligt sei. Die Billigung muß aber immer in dem Factum des Besitzempfanges enthalten seyn. Übrigens gehört die Clausel „Empfang erklärt" dem mercantilischen Empfang gar nicht an, denn bei ihr bedeutet Empfang nicht Besitzesempfang (vgl. oben §. 82. Note 23 b.). Zum Unterschied von dem mercantilischen Empfang nennt man den Besitzempfang für sich allein wohl den einfachen Empfang.

Pflicht der Untersuchung, und geht dahin, daß wenn er wirklich untersucht und nichts rügt, er so gilt, als ob er die Waare billige, und wenn er nicht wirklich untersucht, er so gilt, als habe er wirklich untersucht, und, wie von selber folgt, da er nun nichts rügen kann, als habe er gebilligt. Das Institut besteht demnach in einer fingirten Billigung auf Grund der wirklichen oder fingirten Untersuchung. Der mercantilische Empfang ist ein nur particularrechtliches Institut [16]. Außerdem kann es contractlich festgestellt seyn, daß in dem Besitzempfang ohne Protestation eine Billigung der Waare liegen solle. Dem mercantilischen Empfang kann eine anderweitige Billigung vorausgehen und auch nachfolgen, so daß eine wiederholte Erklärung der Empfangbarkeit dem Käufer entgegensteht.

§. 86.

Klage auf die Preisdifferenz.

Klage auf die Preisdifferenz [1]. Darf, wenn der eine

---

16) Vgl. oben §. 84.

1) Über die Frage im Allgemeinen und in der Anwendung auf einzelne Waaren ist zu vgl. 1. Zimmern im Archiv für die civil. Praxis Bd. 3. S. 121—131. Thibaut in demselben Archiv Bd. 5. S. 332—337. Rechtsfälle Th. 3. Heft 2. No. IV. S. 51—74. „Nach dem Preise welches Zeitpunctes und welches Ortes ist die Geldleistung zu bestimmen, in welche ein Contrahent, der eine ihm obliegende Lieferung nicht beschaffte, zu verurtheilen ist?" Gelpcke Zeitschrift für H. R. Heft 1. No. I. S. 3—33. — 2. Souchay in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 2. S. 448—464. Bender Verkehr mit Staatspapieren. S. 393—407. Eichhorn Privatrecht. §. 191. — 3. Rechtsfälle. Bd. 1. S. 251—270. — 4. Auswahl handelsrechtlicher Streitfälle verhandelt vor dem bremischen H. G. Heft 1. No. III. S. 67—122.

Contrahent, der Käufer oder Verkäufer, mit Erfüllung seiner Verbindlichkeit säumig ist, der andere nun schlechtweg gegen ihn auf die Preisdifferenz (Coursdifferenz)[2] klagen[3]? Die Voraussetzung ist also mora. Für die Bejahung macht man geltend: 1. Der Lieferungskauf, wenigstens ein auf Staatspapiere geschlossener, sei ein Kauf für den jetzigen Cours mit dem pactum de retrovendendo für den dermaligen Cours, bei welchem, statt des Hin- und Hergebens der Waare und der Auszahlung der gegenseitigen Kaufpreise, diese compensirt, und nur die Differenz vergütet werde. Allein ein solches pactum darf in den Lieferungskauf nicht hineingelegt werden; dem Hauptvertrag direct widerstreitend, zeigt es, daß die Contrahenten von vorn herein nicht Erfüllung desselben, sondern Ausgleichung der Coursdifferenz woll-

2) Die Differenz welcher Preise bestimmt sich nach den Umständen. Auf der einen Seite steht der bedungene Kaufpreis, welcher nicht immer gerade der Marktpreis, der Cours, des Abschlußtages ist; auf der andern Seite der Marktpreis (Cours) des Lieferungstages, oder eines andern Tages, oder der Preis, für welchen der Verkäufer, entweder unter gerichtlicher Auctorisation oder ohne eine solche, eine Verkaufsselbsthülfe ausübend, die Waare verkauft hat.

3) Mit der Bejahung der Frage ist man bei dem Gegenstand, bei welchem die Frage vorzugsweise besprochen wird, Staatspapieren, besonders ängstlich, aus Furcht, daß man einem unter die Form eines Kaufes versteckten Differenzgeschäft rechtlichen Schutz verschaffen möchte, und dieses ist doppelt unrichtig, weil die bloße Vermuthung einer Simulation keinen Einfluß auf die Beurtheilung haben darf, und weil Differenzgeschäfte nicht für unerlaubt zu halten sind. Andrerseits hat man die haltlosesten Gründe vorgebracht, um die Klage, da die kaufmännische Ansicht für sie ist, als statthaft zu beweisen.

ten. 2. Dem nicht säumigen Contrahenten, welcher auf die Erfüllung und das Interesse klagen könne, stehe es frei, das Recht auf die Erfüllung aufzugeben, und nur auf das Interesse zu klagen [4]. Allein diese Meinung verwechselt das Interesse wegen nicht geschehener Erfüllung mit dem Interesse wegen verspäteter Erfüllung, nur dieses letztere kann neben der Erfüllung gefordert werden. 3. Die Klage sei eine Klage auf das Interesse wegen der nicht geschehenen Leistung. Dieser Standpunct ist der rechte. Die Klage setzt danach voraus, daß der nicht morose Contrahent berechtigt ist, seine Leistung und die Annahme der gegnerischen nach eingetretener mora zu weigern (zweite Frage), und daß als Interesse wegen gar nicht geschehener Leistung die Differenz erscheint (erste Frage). — I. Erste Frage. Die Differenz kann das Interesse des Käufers seyn. Es kann sich zwar höher belaufen, wegen besonderer Umstände, welche dann bewiesen werden müssen [5], aber seinem Willen es auf die Dif-

4) Gegen diese Meinung (Benders Verkehr mit Staatspapieren S. 395. und Fischers österreichisches Handelsrecht. §. 181. No. 4.) vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren. S. 231. 232.

5) Z. B. Er kann nun seinem Käufer die versprochene Lieferung nicht machen, haftet diesem wegen dessen Interesse, vielleicht sogar über die Wirklichkeit hinaus, weil er eine Conventionalstrafe verwirkt, und ihm entgeht der Gewinn, den er durch Erfüllung dieses seines vielleicht ungewöhnlich vortheilhaften Verkaufes gemacht hätte. Hat der Käufer den Kaufpreis bereits bezahlt, so gehört zu seinem Interesse auch die Restitution desselben, aber ohne andere Zinsen, als Verzugszinsen wegen etwa verspäteter Restitution, denn die Entbehrung des pränumerirten Kaufpreises wird durch die Lieferung, also auch durch das Interesse wegen nicht geschehener Lieferung ausgeglichen.

ferenz zu beschränken, steht nichts entgegen. Dieses Interesse ist lediglich durch den Marktpreis der Waare zur Zeit, wo sie geliefert werden sollte, begründet. Der Käufer entbehrt zu dieser Zeit der Waare, und damit des Werthes derselben, den der Marktpreis ausweiset. Er hätte, zu Geld die Waare angeschlagen, diesen Werth in seinem Vermögen gehabt, und dies genügt, damit er diesen fordern darf[6]. Der Käufer kann also als Interesse die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höheren Marktpreise der Lieferungszeit fordern[6b]. Die Differenz kann auch das Interesse des Verkäufers seyn. Freilich nicht, wenn man den Käufer nur mit der Zahlung des Kaufpreises säumig denkt[7]. Das zu denkende Factum ist aber dieses. Der Verkäufer bietet zur bestimmten Lieferungszeit die Waare an, der Käufer zögert aber widerrechtlich mit der Zahlung des Kaufpreises, weßhalb der Verkäufer die Waare, welche er bis zur Zahlung einhal-

---

6) L. 1. pr. D. de A. E. V. (19. 1.). So auch Bremer Sammlung Bd. 2. Heft 2. S. 91. (auch in Seuffert Archiv Bd. 4. No. 21. und in der Auswahl S. 112.) Der Umstand, daß er vielleicht wegen besonderer Verhältnisse die Waare nicht hätte loswerden können, oder sie erst später wieder für geringeren Preis verkauft hätte, ist gänzlich irrelevant, und kann daher nicht einmal Gegenstand eines Gegenbeweises seyn.

6b) Seuffert Archiv Bd. 1. No. 44. S. 49. 50.

7) Auch wenn man die L. 19. pr. D. de periculo et com. (18. 6.) und L. 13. §. 26. D. de A. E. V. (19. 1.) nicht dahin versteht, daß der Verkäufer bei der mora solvendi auf die gesetzlichen Zinsen beschränkt ist, sondern ihm gestattet, ein erweislich höheres Interesse (L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco (13. 4.)) zu liquidiren. — Vgl. den Deputationsabschied von 1600. §. 139.

ten darf [8], statt sie zu deponiren und den vollen Kaufpreis zu fordern, für den Tagspreis weiter verkauft oder selbst, für eigene Rechnung, übernimmt, und nun die Differenz zwischen diesem und dem höheren Kaufpreis fordert. Denn diese Differenz ist sein Interesse.

§. 87.

Klage auf die Preisdifferenz. (Zulässigkeit der Klage).

II. Zweite Frage. Die Klage nicht auf die Erfüllung, sondern schlechtweg auf das Interesse, also auf die eine oder andere Preisdifferenz, ist beredetermaßen zulässig: A. Wenn gleich beim Abschluß des Kaufes bedungen ist, daß der nicht säumige Contrahent bei der mora des andern nicht mehr an den Contract gebunden seyn solle. Dieses ist der Sinn der in den Engagementsbriefen und Schlußzetteln sehr häufig vorkommenden Clausel: „fix am 1sten März und ist am 2ten März das Engagement erloschen", oder „am ersten März Mittags 1 Uhr ist meine Verbindlichkeit erloschen", der s. g. Erlö-

8) Anders stellt sich die Sache dann, wenn die Lieferung, die Tradition, bereits geschehen, und das Eigenthum übergegangen ist, der Verkäufer kann dann die Erfüllung nicht rückgängig machen, L. 6. C. de A. E. V. (4. 49.) L. 8. C. de contrahenda emptione (4. 38.) L. 12. C. de R. V. (3. 32.) und der Titel D. de lege commissoria (18. 3.) (vgl. unten §. 87. Note 10.), und es kann also von dem Interesse wegen gar nicht geschehener Erfüllung nicht die Rede seyn. Er wird also nicht eine Preisdifferenz, sondern den vollen Kaufpreis nebst dem Interesse der verspäteten Zahlung desselben fordern. Ist das Eigenthum nicht übergegangen, und der Verkäufer nimmt die Waare wieder an sich, so ist sein Recht nun dasselbe, wie bei gar nicht geschehener Lieferung.

schungsclausel, Resolutivclausel [1]. Das Engagement ist erloschen für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit, d. h. der Anspruch des nicht säumigen Contrahenten auf das Interesse wegen des nicht erfüllten Vertrages besteht, ohne daß der Säumige aus dem für ihn verwirkten Vertrage die Einrede hat, daß der Kläger erst seinerseits erfüllen solle. Die Klage auf die Differenz ist also in Folge der Erlöschungsclausel lediglich durch die mora begründet, und die Möglichkeit einer purgatio morae ausgeschlossen. Hierüber ist die kaufmännische Ansicht ganz entschieden. B. Wenn nach bereits eingetretener mora die Contrahenten übereingekommen sind, daß nur die Differenz vergütet werden, und die eigentliche Erfüllung cessiren solle. Die Klage stützt sich dann gültig auf die neue Beredung. C. Fehlt es an solchen Beredungen, so müssen zunächst die allgemeinen Grundsätze über mora solvendi und accipiendi, namentlich über purgatio morae, in Betracht gezogen, und in einer vernünftigen Anwendung den zur Beurtheilung stehenden Verhältnissen angeschlossen werden [2]. 1. Eine bestimmte Zeit der Erfüllung ist nicht beredet worden. Dann müssen die individuellen Verhältnisse das Interesse des nicht morosen Contrahenten ausweisen, daß die Erfüllung nach eingetretener mora nicht nachgeholt werde. Ein solches Interesse liegt vor, des Käufers, wenn das Haben der Waare seinen Zwecken nunmehr nicht entspricht, er kommt also nicht umhin,

1) Über diese Clausel: Linde in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. 3. S. 25—30. Souchay in derselben Zeitschrift Bd. 2. S. 465 — 467. Bender Verkehr mit Staatspapieren §. 83. Seuffert Pandektenrecht §. 392.

2) Omne ad judicis cognitionem remittendum est. L. 135. §. 2. D. de V. O. (45. 1.)

seine Geschäftsverhältnisse und seine Beweggründe zu declariren, — des Verkäufers, wenn das Bereithalten und Verwahren der Waare für Rechnung des Käufers, um sie diesem später zu tradiren, seine Lage verschlimmert, ihn in Verlegenheit bringt, welcher er durch den Weiterverkauf entgeht [3]. Die Gründe der Verlegenheit und also der geübten Verkaufsselbsthülfe können sehr mannichfach seyn [4]. Doch muß der Verkäufer vor dem Weiterverkauf

---

3) Daß die mora zu einem Verkauf berechtigen kann, der ohne sie rechtswidrig gewesen wäre, hat keinen Zweifel. L. 122. §. 3. D. de V. O. (45. 1.). — L. 1. §. 3. D. de periculo et commodo (18. 6.). — L. 135. §. 2. D. de V. O. (45. 1.), und eben so wenig, daß das Interesse des Verkäufers diese Berechtigung bestimmen muß. (So auch Bremer Sammlung Bd. 1. S. 559. 560.) Es genügt, wenn er bei dem Weiterverkauf nur nicht unredlich verfahren ist, denn er haftet, ist der Käufer in mora, nur für dolus L. 5. L. 17. D. de periculo (18. 6.), und ein solcher liegt darin nicht, daß er nicht durch Aufbewahren der Waare dem morosen Käufer hinterher noch die Vortheile zu verschaffen sucht, als wäre dieser nicht in mora gekommen, daß er in seinem, und nicht in des Käufers Interesse verfährt.

4) Er bedarf des Raumes, den die Waare einnimmt, daher schüttet er den Wein weg, um die Fässer zu benutzen L. 1. §. 3. 4. L. 2. D. de periculo et commodo (18. 6.), oder setzt die Bettstellen auf die Straße L. 12. L. 13. L. 14. D. eod., (vgl. oben §. 81. Note 4.) im eigenen Interesse wird er sie aber lieber verkaufen, um wegen des nicht bezahlten Kaufpreises wenigstens in etwas gedeckt zu seyn. L. 1. §. 3. D. eod.; — das Conserviren der Integrität der Waare verlangt Aufwand von eigener oder fremder, zu bezahlender, Thätigkeit, und er will nicht und braucht nicht für den morosen Käufer zu arbeiten oder Vorschüsse zu machen; — die Waare droht mit der Zeit, vielleicht der kürzesten, wegen ihrer Verderblich-

dem Käufer die Androhung, Verwarnung, denunciatio, daß er zu demselben schreiten werde, haben zukommen lassen [5], und muß der Verkauf der Waare in Folge der mora des Käufers, und nicht aus anderweitigen Gründen geschehen seyn. Daß der Verkauf in Folge der mora geschah, ist aber nicht nur schon dann anzunehmen, wenn vom Verkäufer bewiesen wird, daß er nach der mora, und es gehört zum Gegenbeweis, daß er aus anderweitigen Gründen, sondern auch schon dann, wann bewiesen wird, daß er an dem Lieferungstage, und es gehört zum Gegenbeweis, daß er nicht nach der mora oder aus anderweitigen Gründen geschah [6]. Dem Weiterverkauf steht

---

keit, oder der Wandelbarkeit ihres Preises (Courses), oder der Sterblichkeit der Nachfrage, theilweise oder gänzliche Entwerthung, und sie deckt ihn, worauf er ein Recht hat, wegen seiner Forderung auf den Kaufpreis also dann gar nicht mehr oder nur theilweise so, wie es zur Lieferungszeit der Fall gewesen wäre (auf diesen Grund stützt Kent vol. II. S. 397. 400. 401. überhaupt das Recht der Verkaufsselbsthülfe); — er bedarf des Geldes für die Waare, um es vortheilhaft umzusetzen, ohne daß er, wenn es nicht geschieht, beweisen kann, daß, und daß und wie vortheilhaft es geschehen wäre; — das Aufbewahren der Waare ist ihm durch die Bewachung lästig, obgleich, und ängstlich, eben weil sie wenig Raum einnimmt; — es ist ihm peinlich, so lange in Ungewißheit zu seyn, ob der Käufer die mora purgiren werde oder nicht. L. 122. §. 3. D. de V. O. (45. 1.).

5) In der L. 1. §. 3. D. de periculo et commodo (18. 6.) wird sie zwar nur von dem, ganz andern Fall des Weggießens verlangt, aber man versteht dies auch von dem Weiterverkauf, und dieses hat alle Billigkeit für sich. So auch O. A. G. zu Lübeck. (Bremer Sammlung Bd. 1. S. 560. und ausführlicher in Seuffert Archiv Bd. 5. No. 156. S. 195—198.)

6) Denn es ist mit dem Beweis des nicht morosen Con-

das Übernehmen der Waare für eigene Rechnung gleich. Dies ist um so unbedenklicher, wegen der voraufgehenden Verwarnung. Ein gerichtlicher Verkauf ist nicht erforderlich [6a]. 2. Eine bestimmte Zeit der Erfüllung ist beredet worden, ein Tag [6b], eine Stunde, eine Frist. Die Verhältnisse, insbesondere die Art der Waare, können auch hier darauf hinweisen, daß die strenge, pünctliche, Einhaltung des bestimmten Zeitpunctes nicht [7], oder daß sie in der Meinung der Contrahenten lag. Im Zweifel ist eine streng gemeinte Pünctlichkeit anzunehmen. Nicht nur wenn der Lieferungszeit noch die Bestimmung „fix" oder „präcise" oder „prompt" oder „spätestens" [7a] oder eine gleichbedeutende beigefügt ist, sondern auch wenn ein solcher Zusatz nicht gemacht, zumal wenn eine bestimmte Stunde, ein Glockenschlag, beredet ist. Ist nun aber eine solche Pünctlichkeit als gemeint anzunehmen, so ist die auf eine bestimmte Zeit verabredete Erfüllung nach Ablauf die-

---

trahenten nicht zu streng zu nehmen. Und „es ist die gewöhnliche kaufmännische Procedur, die Papiere, deren Abnahme verweigert worden, für Rechnung des andern Contrahenten zu verkaufen, und die Differenz zu fordern; wenn nun die Klägerin an demselben Tage gerade 10 Stück wiener Bankactien verkauft hat, so ist nach dem natürlichen Lauf der Dinge nichts anderes anzunehmen, als daß solches in Folge jener Weigerung des Beklagten, also nach demselben geschehen sei." O. A. G. d. v. fr. St. D.

6a) Bremer Sammlung Bd. 1. S. 561. 562.

6b) Über Tag und Geschäftszeit: Seuffert Archiv Bd. 1. No. 204. S. 213. 214. (O. A. G. zu Lübeck.)

7) L. 24. §. 4. D. locati (19. 2.) Vgl. Michelsen Oberhof zu Lübeck. Nr. 150. Seuffert Archiv Bd. 4. No. 108. 109. 110. 111.

7a) Auswahl handelsr. Streitfälle Heft 1. S. 68. 72—78. 85—88.

ser Zeit unmöglich, also die spätere Erfüllung eine andere, als die beredete. Der Käufer braucht also, da ihm eine andere, als die beredete, Lieferung nicht aufgedrungen werden darf, die schlechtweg auf das Interesse, die Differenz, gestellte Forderung nicht erst durch den Beweis zu begründen, daß ihm die spätere Lieferung unnütz ist[7b]. Die Forderung des Käufers schlechtweg auf das Interesse ist auch ausdrücklich im römischen Recht gestattet[8]. Die Klage des Verkäufers schlechtweg auf das Interesse[8a], die Differenz, ist dadurch begründet, daß der Käufer bei eigener mora nicht eine andere, also hinterherige, Lieferung verlangen kann[9]. Dafür auch die Analogie des römischen Rechts[10]. Aus diesem Grunde erhellt, daß es für diese Klage nicht nothwendig ist, daß der Verkäufer die Waare, welche er liefern sollte, wirklich vorräthig gehabt[11]. Es

---

7b) So auch 1. Seuffert Archiv Bd. 1. No. 44. S. 49. 50. (O. A. G. zu Lübeck) und 2. Auswahl handelsr. Streitfälle S. 78—82. — 84—89. (Bremer H. G. und O. G. und O. A. G.)

8) L. 1. pr. D. de A. E. V. (19. 1.) L. 4. L. 10. L. 12. C. eod. (4. 49.).

8a) So auch O. A. G. zu Lübeck (Seuffert Archiv Bd. 2. No. 154. S. 199.)

9) Es kann hierfür der Gedanke der L. 6. D. de periculo et commodo (18. 6.) geltend gemacht werden, daß, was der Käufer nicht anzunehmen braucht, er auch nicht verlangen kann.

10) Wegen der Gleichheit der Rechte beider Theile beim Kauf muß die dem Käufer gestattete Interessenklage auch dem Verkäufer zugebilligt werden. Auch spricht dafür, daß der Titel de lege commissoria (18. 3.) nur den Fall im Auge hat, daß der Verkäufer, welcher die lex commissoria beigefügt, bereits tradirt hat.

11) Denn wenn dieses nicht deshalb nothwendig war,

ergiebt sich also: Im Zweifel erlischt mit dem bestimmten Zeitpunct das Recht des morosen Contrahenten auf die Erfüllung, und der nicht morose Contrahent kann ohne Weiteres das Interesse verlangen. Mithin hat der bestimmte Zeitpunct allein dieselbe Wirkung, wie die ihm beigefügte Erlöschungsclausel, und ist diese in vielen Fällen nicht nothwendig, sondern nur Cautel, aber immer anzurathen.

§. 88.

Speculationsgeschäft und Realisirungsgeschäft.

Das Kaufgeschäft ist entweder ein Speculationsgeschäft oder ein Realisirungsgeschäft. Die Speculation des Kaufmanns ist eine zweifache. Entweder 1. er gedenkt theuerer verkaufen zu können, als er gekauft hat[1]. Dann beginnt er seine Speculation durch einen Kauf und beendet, realisirt, sie durch einen Verkauf, jener Kauf konnte, als er diesen Verkauf schloß, ein bereits consummirter oder ein noch erst zu consummirender seyn, das heißt, er war bei dem Abschluß des Verkaufes Eigenthümer der Waare, oder doch in der Lage sich hinsichtlich derselben mit der Publiciana in rem actio zu schützen, oder ihm stand eine actio empti auf die Waare zu. Dem Speculationskauf entspricht also ein Realisirungsverkauf, die Speculation ist auf das Steigen des Preises, Courses,

---

um die mora solvendi des Käufers zu begründen, sondern diese ohnehin vorlag, so würde aus der Unfähigkeit des Verkäufers zu liefern, nur eine s. g. gleichzeitige mora beider Theile hervorgehen, und in diesem Fall ist, freilich nicht unbestritten, nur eine mora des Käufers vorhanden. L. 17. D. de periculo et commodo (18. 6.) L. 51. pr. D. de A. E. V. (19. 1.).

1) Mein Verkehr mit Staatspapieren. §. 4. und 6. S. 17—21.

gerichtet. Oder 2. er gedenkt wohlfeiler einkaufen zu können, als er verkauft hat[2]. Dann beginnt er seine Speculation durch einen Verkauf, und realisirt sie durch einen Kauf, er hat also bei dem Abschluß jenes Verkaufes weder das Eigenthum der Waare, noch sonst ein Recht, das ihn zum Verkauf derselben befugte[3]. Dem Speculationsverkauf entspricht also ein Realisirungskauf, die Speculation ist auf das Sinken des Preises, Courses, gerichtet. — Die folgende Darstellung in diesem und dem folgenden §. wird, obgleich sie, mit geringen leicht sichtbaren Ausnahmen, auf jede Waare Anwendung leidet, doch als Gegenstand des Kaufgeschäftes nur Creditpapiere denken, weniger weil das Feinere der Speculation besonders bei ihnen vom Kaufmann beachtet wird, als weil die später darzustellenden Geschäfte, für deren Auffassung sie die Grundlage bildet, die verbundenen Kaufgeschäfte[4], so wie die modificirten Kaufgeschäfte, nämlich das einfache Prämiengeschäft und die zusammengesetzten Prämiengeschäfte, meistens nur über Creditpapiere, manche derselben vielleicht bis jetzt lediglich über solche abgeschlossen werden[5]. Dabei kommen die Papiere nur in ihrem Tauschwerth in Betracht[6]. I. Speculiren kann man als Käufer sowohl beim Tags- als auch beim Lieferungsgeschäft, dagegen als Verkäufer nur[7] bei dem letztern;

2) A. a. O. §. 5. 7. 9. S. 17. 18. 21—24. 27—29.

3) vendre à découvert, welches unpassend: ungedeckt verkaufen, aber bezeichnend: speculirend verkaufen, übersetzt wird. A. a. O. S. 27—29.

4) Unten in §. 90.

5) Mein Verkehr S. 9. 10.

6) A. a. O. S. 10.

7) A. a. O. S. 18. §. 5. S. 29. §. 10. No. 1. S. 31. Note 2.

realisiren kann der speculirende Käufer, wie der speculirende Verkäufer sowohl durch ein Tagsgeschäft, als durch ein Lieferungsgeschäft[8]. Das Speculationsgeschäft kann beliebig große Summen zum Gegenstand haben, das Realisirungsgeschäft nur so viele, wie das Speculationsgeschäft hat, auf welches es sich bezieht. Ersteres leidet eine Einschränkung durch die Summeneinheiten des Papieres, und durch die Einheiten, welche für das Geschäft oft bestehen[9]. II. Die Speculation anlangend, so hat sie 1. nur dann, aber auch immer dann ein Resultat[10], wenn eine Coursänderung eintritt, nämlich der Coursstand am Abschlußtage des Realisirungsgeschäftes ein anderer ist, als der am Abschlußtage des Speculationsgeschäftes. Je nachdem die Richtung der Coursänderung die günstige, d. h. die der Überzeugung des Speculanten entsprechende, oder die ungünstige ist, oder eine Coursveränderung gar nicht Statt findet, tritt Gewinn, oder Verlust, oder weder der eine noch der andere ein. Je mehr die Coursänderung die günstige Richtung verfolgt, desto größer ist der Gewinn, je mehr die ungünstige, desto größer der Verlust. Weil aber die geringste Änderung des Courses nach der günstigen Richtung hin schon Gewinn bringt, so ergiebt sich, daß bei jedem der drei aufgeführten Speculationsgeschäfte (Tagskauf, Lieferungskauf, Lieferungsverkauf) bloß auf den Thatumstand der günstigen Coursänderung, nicht auf eine bestimmte Größe derselben speculirt wird. 2. Dem Abschluß eines Speculationsgeschäftes liegt also nothwendig die Über-

8) A. a. O. §. 10. No. 2. S. 30.

9) Z. B. a. a. O. S. 30. Note 1.

10) Vgl. unten die Schlußbemerkung bei No. 4. des §. 89.

zeugung von einer Coursänderung zum Grunde, entweder, je nachdem es ein Speculationskauf oder ein Speculationsverkauf ist, die Überzeugung von dem Steigen oder von dem Sinken des Courses. 3. Ein Interesse an der Coursänderung findet, ehe durch den Abschluß die Möglichkeit von der letzteren Vortheil zu ziehen, gegeben ist, natürlich noch gar nicht Statt, die Überzeugung allein kann nicht Veranlassung geben, einen Coursstand, denselben, einen höheren, einen tieferen, zu hoffen oder zu fürchten; nach dem Abschluß des Speculationsgeschäftes beginnt das Interesse an der Veränderung des Courses, und damit Hoffnung und Furcht. Der Speculant hofft nun die günstige und fürchtet die ungünstige Richtung der Coursveränderung. Dieses Hoffen und Fürchten dauert so lange, bis der Ausgang der Speculation entschieden ist.

§. 89.
Realisirungsgeschäft.

III. Realisirung. 1. Der Ausgang der Speculation wird entschieden durch das Realisirungsgeschäft und zwar durch den bloßen Abschluß desselben[1]. 2. Die Zeit der Realisirung anlangend, so muß das Realisirungsgeschäft nothwendig dem Speculationsgeschäft, mag dieses oder jenes ein Tags- oder ein Lieferungsgeschäft seyn, nachfolgen, nämlich hinsichtlich des Abschlusses; hinsichtlich der Lieferung gilt dasselbe nur beim Speculationskauf, das Umgekehrte beim Speculationsverkauf. Genauer stellt sich die Zeit der Realisirung so heraus. Eine Zeit, wo der Speculant das Realisirungsgeschäft abschlie-

1) A. a. O. S. 19. 20. No. 4. S. 22. 23. No. 4.

ßen muß, fehlt insofern, als weder für den Käufer noch für den Verkäufer ein Zwang zur späten Realisirung vorhanden ist, sie können die letztere beschaffen, so früh sie wollen[2]. Wohl aber existirt ein Zwang zum frühzeitigen Abschluß. Zu diesem wird die Zeit absolut, das heißt für jeden Speculanten durch einen dreifachen Umstand bestimmt. a. Durch die Natur des Objectes, nämlich des Papieres. Da nicht der Consumtionswerth, sondern nur der Tauschwerth für den Speculanten in Betracht kommt, so muß, soll die Speculation wirklich realisirt werden, diese Realisirung binnen der Zeit geschehen, wo das Papier noch einen Tauschwerth hat. Dieser letztere hört auf, wo der Consumtionswerth sich recht eigentlich zeigt, nämlich im Augenblick der Eincassirung des Papieres. Damit ist die Zeit negativ gegeben, nicht später darf realisirt werden, es ist die weiteste Frist. b. Durch die Natur des Speculationsgeschäftes. Diese führt für den speculirenden Käufer, der so spät, wie er will, realisiren kann, weil nichts ihn zwingt, die Papiere wegzugeben, keinen Zwang herbei, wohl aber für den speculirenden Verkäufer, denn dieser muß vor dem Lieferungstage seines Verkaufes den Realisirungskauf abgeschlossen (und die gekauften Papiere empfangen) haben. Damit ist eine weniger weite Frist bestimmt, als durch die Natur des Objects, auch nur eine negative Bestimmung. c. Durch die Natur der Speculation, als einer in der Absicht, Gewinn zu machen, unternommenen Handlung, wird binnen der so zu sagen offenen Zeit positiv der Zeitpunct gegeben, wo zu realisiren ist. Der Begriff der Speculation ergiebt, daß man sich den möglich größten

2) A. a. O. S. 18. 19. No. 2. S. 22. No. 2.

Gewinn, dessen Perception man in der Willkür hat, nicht durch Zögern schmälert, so wie daß man den nun einmal nicht abzuwendenden Verlust nicht durch Zögern vergrößert; ebenso ergiebt er, daß man nicht durch voreiliges Realisiren den möglichen größeren Gewinn, oder den möglichen geringeren Verlust sich abschneidet. Die Meinung von der Art der Coursveränderung wird allein entscheidend. aa. So lange die Hoffnung dauert, daß die Coursveränderung die günstige Richtung noch mehr verfolgen, oder daß sie in der ungünstigen Richtung einhalten, und wieder umkehren (zurückweichen) werde, kürzer: so lange die Hoffnung auf einen günstigeren Coursstand, als der gegenwärtige ist, dauert, wäre die Realisirung unvernünftig. bb. So wie der Speculant nicht nur die Überzeugung von einem günstigeren Coursstand verliert, sondern zugleich die positive von einer ungünstigeren gewinnt, also zu fürchten anfängt, muß realisirt werden; das Aufschieben des Realisirens wäre unvernünftig. cc. Wenn der Speculant aufgehört hat, zu hoffen, ohne jedoch Schlimmeres zu fürchten, also von der Stabilität des Courses überzeugt ist, dann läßt sich im Allgemeinen, d. h. so, daß es jeden Speculanten träfe, nichts über den vernünftigsten Moment der Realisirung bestimmen, sondern es müssen relative Gründe, d. h. individuelle Gründe des einzelnen Speculanten entscheiden, ob der Fall dieser Überzeugung dem Fall der Furcht oder dem der Hoffnung gleich zu stellen, ob also sofort oder erst später zu realisiren sei. — Solche relative Gründe, welche unzählig sind, können aber auch den Moment der Realisirung anders, als er aus allgemeinen Gründen vernünftig erschiene, nach den Verhältnissen des einzelnen Speculanten bestimmen. 3. Der Grund der Abschließung des Realisirungsgeschäftes liegt

also in der nahen Fälligkeit des Papieres, oder in dem nahenden Verfalltag des Speculationsverkaufes, oder in der Furcht vor einem ungünstigeren Coursstand, oder wenigstens in der fehlenden Hoffnung auf einen günstigeren. 4. Das Resultat der realisirten Speculation, der Gewinn oder Verlust, besteht in der Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem Verkaufspreis, also, wenn man von besonderen Gelegenheiten einer günstigeren Geschäftsabschließung, als dies für die Zeit des Abschlusses die Regel seyn würde, absehend, den gewöhnlichen Fall denkt, daß als Preis der Marktpreis der Zeit, zu welcher der Kauf und der Verkauf abgeschlossen wird, der Cours, beredet ist, in der Coursdifferenz zwischen dem Cours der Einkaufszeit und der Verkaufszeit. Da der speculirende Verkäufer den Einkauf häufig erst am Lieferungstage macht, so spricht man bei ihm, diesen häufigeren Fall vor Augen habend, oft von der Differenz zwischen dem Cours des Schlußtages und dem des Lieferungstages; der speculirende Käufer wählt aber nach der freiesten Willkür für seinen Verkauf den Tag, welcher Tag dieses sei, darüber ist nicht einmal eine Regel der Gewöhnlichkeit oder Häufigkeit aufzustellen, daher auch nicht über den Cours, nach welchem er realisirt[3]. Es ist aber unter der Coursdifferenz genauer die Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis zu verstehen, denn der Einkaufspreis wird vermehrt, der Verkaufspreis vermindert durch Unkosten, welche vor, bei, und nach dem Abschluß des Geschäftes aufzuwenden sind, insbesondere durch Maklercourtage und

3) Statt von dem Marktpreis des Tages, dem Tagscours, sollte man umsichtiger von dem Cours der Zeit des Abschlusses reden, weil der Cours an einem und demselben Tage oft ein verschiedener ist.

Stempel, und danach kann es, ungeachtet eine Coursdifferenz vorhanden ist, an einer Differenz zwischen Kauf- und Verkaufspreis fehlen, so wie umgekehrt diese immer vorhanden ist, wenn jene fehlt, wo sie dann in den vergebens aufgewandten Kosten besteht. Daher ist, wenn von dem Gewinn oder Verlust in Folge eines bestimmten Coursstandes die Rede ist, dabei die Limitation zu verstehen: soweit dieser oder jener allein von dem Coursstand abhängt. 5. Weil nach dem Abschluß des Realisirungsgeschäftes das Resultat der Speculation entschieden ist, so hat für den Speculanten, so weit diese Speculation in Betracht kommt, der weitere Coursstand kein wirkliches Interesse[4]. Es findet von nun an weder Hoffnung noch Furcht Statt. Nur zur Bereuung der schon geschehenen Realisirung kann der günstigere spätere Coursstand Anlaß geben, und es also wünschenswerth machen, daß man die geschehene Realisirung, den Abschluß, rückgängig machen dürfe, um nach dem späteren Cours realisiren zu können.

§. 90.

Verbindung mehrerer Kaufgeschäfte.

Es können mehrere Kaufgeschäfte entweder 1. Folge eines Entschlusses, oder 2. Folge mehrerer (successiver) Entschlüsse seyn. 1. Hier ist besonders der Fall des s. g. report (das Prolongationsgeschäft in diesem Sinn) hervorzuheben. Es ist ein Kauf und ein Verkauf, beide als Folge eines Entschlusses nach verschiedenem Cours abgeschlossen. Derjenige, der die beiden Geschäfte abschließt, verkauft theuerer, als er kauft, die Differenz ist sein ge-

4) A. a. O. S. 21. No. 6. S. 24. No. 6.

wisser Gewinn. Eine Speculation liegt gar nicht vor. Der report ist der Unterschied zwischen dem Preise des Papieres an einem dem Termin der Zinszahlung ferner und dem Preise an einem dem letzteren näher liegenden Tage. Je entfernter sich die beiden Tage sind, desto grösser ist natürlich der report, je näher, desto geringer. Der report wird besonders für den Capitalisten bedeutend, der müßiges Capital anlegen will. Er kauft per contant in einem Tagskauf, und verkauft auf Lieferung, oder er kauft ein so, daß ihm geliefert werde an einem näher, und verkauft so, daß er liefere an einem ferner liegenden Termin. Er belegt auf diese Art sein Capital auf kurze Zeit, und zwar bestimmt vortheilhaft, indem er den report gewinnt. Bei dieser Darstellung, wie dem Capitalisten der report bedeutend werde, ist von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Papiere an einem früheren Tage wohlfeiler sind, als an einem späteren, und dies ist der gewöhnliche Fall, weil das Papier um so mehr Werth hat, je näher der Termin der Zinszahlung ist[1]. Unter der entgegengesetzten Voraussetzung wird der report für den Besitzer von Papieren bedeutend[2].

2. Hier ist besonders der Fall hervorzuheben, den die pariser Börsensprache mit dem Ausdruck se faire une commune bezeichnet, und den man das vereinigte Geschäft nennen könnte, wobei denn die Grundspeculation von der Vereinigungsspeculation zu unterscheiden ist. Der Fall ist dieser: der Speculant glaubt, daß der Cours in der angenommenen ungünstigen Richtung nicht fortge-

1) Für das Genauere alles des vorher Bemerkten vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren. §. 11. S. 37—46.

2) Das Genauere hierüber: a. a. O. S. 43. 44.

hen, sondern wieder zurückweichen werde. Dann beginnt er eine zweite Speculation nach derselben Richtung hin, welche für die erste Speculation die günstige ist. Er realisirt dann beide Speculationen gleichzeitig. Ist nun der Cours wirklich zurückgewichen, so ist aus der zweiten Speculation immer Gewinn, vielleicht auch aus der ersten, hierfür kommt es auf die Größe des Zurückweichens an, jedenfalls ist, wenn aus der ersten Verlust seyn sollte, dieser Verlust geringer oder ganz gedeckt durch den Gewinn, den die zweite Speculation bringt. Es tritt nun in Folge der zwei Geschäfte zwischen dem Cours, nach welchem die erste Speculation, und dem Cours, nach welchem die zweite geschlossen ist, ein Zwischencours, Mittelcours, hervor, der Stand des Courses, nach welchem realisirt wird, über oder unter diesem Cours entscheidet, ob die beiden Speculationen, als ein Geschäft, als eine Speculation gedacht, Gewinn oder Verlust bringen[3].

3) Vgl. a. a. O. S. 57—59. Man nehme dieses Beispiel: Der Speculant kauft 100 Papiere zu 80, indem er Steigen über 80 hofft, also gedenkt, theuerer verkaufen zu können. Der Cours sinkt aber auf 70. Verkaufte er zu diesem Cours, so würde er 10×100 verlieren. Er glaubt, der Cours werde wieder steigen, und kauft daher noch 100 zu 70. Steigt nun wirklich der Cours über 70, so hat er aus der zweiten Speculation, diese für sich allein gedacht, Gewinn, der Cours muß aber schon über 80 steigen, damit er aus der ersten Speculation, diese für sich allein gedacht, Gewinn hat. Denkt man aber beide Speculationen zusammen, als eine einzige, so hat der Speculant Gewinn, wenn der Cours über 75 steigt, dagegen Verlust, wenn er nicht den Stand von 75 erreicht. Man kann die Sache auch so denken: 100 Stück zu 80 und noch 100 Stück zu 70 gekauft ist eben so gut wie 200 Stück zu 75 gekauft. — Über die andern Fälle mehrerer Kaufgeschäfte in Folge mehrerer Entschlüsse: a. a. O. S. 46—56.

Zweite Abtheilung.

Das einfache Prämiengeschäft.

§. 91.
Wahlrechte.

Das Lieferungsgeschäft wird auf mancherlei Art modificirt, besonders dadurch, daß dem einen der Contrahenten ein Wahlrecht zusteht. Dieses betrifft entweder die Erfüllung selbst, so daß ein Rücktritt vorbehalten ist (einfaches Prämiengeschäft), oder die Zeit der Erfüllung (Wandelgeschäft), oder die Art der Erfüllung (Stellgeschäft, zweischneidiges Prämiengeschäft), oder das Object der Erfüllung (Nochgeschäft, Schluß auf fest und offen). Es ist daher der einfache, reine, feste Lieferungskauf zu unterscheiden von dem modificirten[1]. Am wichtigsten ist das Wahlrecht hinsichtlich der Erfüllung selbst, das einfache Prämiengeschäft. Der eine Contrahent, der Käufer oder der Verkäufer, hat das Recht des Rücktritts, also die Wahl zwischen Erfüllung und Nichterfüllung, er ist also nur berechtigt, nicht verpflichtet; der Käufer hat demnach das Recht, zu beziehen oder nicht zu beziehen, der Verkäufer das Recht, zu liefern oder nicht zu liefern. Durch dieses Rücktrittsrecht des einen Theils entsteht eine Ungleichheit der Gegenleistungen, indem das Geschäft dem Wahlberechtigten nur Vortheil, nie Nachtheil, dem andern Contrahenten nur Nachtheil, nie Vortheil bringen kann, und zwar wird dem Wahlberechtigten der Vortheil allein durch den Nachtheil des andern Contrahenten gewährt; die Gegenleistungen sind so

1) Mein Verkehr. §. 19. S. 71—74.

ungleich wie nur möglich[2]. Diese Ungleichheit wird durch eine besondere von dem Wahlberechtigten an den andern Contrahenten zu machende Vergütung ausgeglichen. Diese Vergütung heißt Prämie, das Geschäft Prämiengeschäft, die Contrahenten Prämiengeber und Prämiennehmer.

§. 92.

Arten und Zahlung der Prämie.

Die Prämie wird entrichtet entweder für das Recht des Rücktritts, oder für den gewählten Rücktritt, oder für den nicht gewählten Rücktritt[1]. Bei den beiden letzteren Arten der Prämie sind in der Regel beide Theile Prämiengeber und Prämiennehmer. Durch die Prämie für den gewählten Rücktritt ist der Verlust so wie der Gewinn beider Contrahenten dem maximum nach begrenzt, nämlich auf den Betrag der Prämie beschränkt, das ganze Lieferungsgeschäft bewegt sich auf einem abgeschlossenen Gebiet des Coursstandes, so daß jeder Cours, welcher dieses der Höhe oder Tiefe nach überschreitet, für das Geschäft nicht wirkt[2]. Durch die Prämie für den nicht gewählten Rücktritt ist der Verlust so wie der Gewinn beider Contrahenten dem maximum nach insofern begrenzt, als der Anfangspunct des Gewinnes so wie des Verlustes zufolge der Prämie weiter hinausgerückt ist, als dies ohne die letztere gewesen seyn würde, das ganze Lieferungsgeschäft bewegt sich außerhalb eines abgeschlossenen Gebietes des Coursstandes, so daß jeder Cours, welcher

---

2) A. a. O. §. 20—22. S. 74—80.

1) A. a. O. §. 23. S. 80. 81.

2) A. a. O. §. 35. 36. S. 112—118.

diesem Gebiet angehört, für das Geschäft nicht wirkt[3]. Am häufigsten kommt die Prämie als eine Prämie für das Recht des Rücktritts vor[4]. Diese wird immer nur von einem der Contrahenten entrichtet, so daß nur einer das Recht des Rücktritts hat[5]. Sie ist, je nachdem das Recht des Rücktritts dem Käufer oder Verkäufer zusteht, entweder Lieferungsprämie[6] oder Empfangsprämie[7]. Bei beiden kann der Prämiengeber unbedingt gewinnen, hat aber auch den gewissen Verlust der Prämie, der Prämiennehmer unbedingt verlieren, hat aber auch den gewissen Gewinn der Prämie. Durch den gewissen Werth, den der Prämiennehmer in Händen hat, und für welchen er einen ungewissen Werth aufopfert, — ungewiß ist: ob und wie groß die Aufopferung seyn werde, — sind die Gegenleistungen gleich[8]. Die Lieferungsprämie ist häufiger im Gebrauch als die Empfangsprämie[9]. Die Zahlung der Prämie[10] kann natürlich

---

3) A. a. O. §. 37. 38. S. 119—122.

4) A. a. O. §. 39. S. 123—131.

5) A. a. O. §. 22. 32. S. 79. 80. 107.

6) A. a. O. §. 24—28. S. 82—97.

7) A. a. O. §. 29. S. 98. Die Empfangsprämie kann auch da, wo sie als solche nicht bedungen ist, dem Resultat nach vorkommen. Es wird nämlich das Lieferungsgeschäft mit Empfangsprämie surrogirt. 1. Für den Prämiengeber: Gekauft mit Lieferungsprämie und fest verkauft. 2. Für den Prämiennehmer: Verkauft mit Lieferungsprämie und fest gekauft. A. a. O. §. 30. 31. S. 99—106.

8) Es ist hier dasselbe Verhältniß wie bei der emptio spei, bei welcher der Verkäufer einen in seiner Existenz und in seiner Größe ungewissen Werth gegen den unbedingt ihm zufallenden bestimmten Kaufpreis weggiebt.

9) A. a. O. §. 33. S. 107—110. An der pariser Börse

stets in einem selbstständigen Zahlungsact vorgenommen werden. Dies ist, wenn der Rücktritt gewählt wird, insofern nothwendig, als das Geschäft selbst dann keine Gelegenheit zu einer der anderweitigen Zahlung überhebenden Anrechnung giebt. Die Gelegenheit liegt aber vor, wenn das Geschäft zur Erfüllung kommt, und wird dann wohl benutzt, und eben daher abgewartet. Die Prämie wird dann, je nachdem der Prämiengeber Käufer oder Verkäufer ist, zu dem Kaufpreis hinzugerechnet oder von demselben abgerechnet; so daß also der Käufer um den Betrag der Prämie höher kauft, der Verkäufer um diesen Betrag niedriger verkauft. Die Zeit der Zahlung der Prämie kann natürlich beliebig bedungen werden. In dem gewöhnlichen Geschäftsgange scheint die Prämie im Voraus, d. h. bei Abschluß des Geschäftes bezahlt zu werden, also das Abwarten der Gelegenheit, die Prämie auf den Preis anzurechnen, nicht der häufigere Fall zu seyn [11].

§. 93.
Rechtliche Natur.

Was die rechtliche Natur des Prämiengeschäftes anlangt, so ist die Prämie eine Vergütung, die der Prä-

---

wird das Prämiengeschäft mit Empfangsprämie nur unter den coulissiers, nicht im parquet abgeschlossen, doch erscheint es hier der Sache nach durch die Verbindung eines mit Lieferungsprämie abgeschlossenen Prämiengeschäftes mit einem festen Verkauf oder Kauf, (vgl. Note 7.), also versteckterweise, weil die verschiedenen Geschäfte nur in dem Kopf, in der Absicht desjenigen, der bei allen Contrahent ist, zu einem Ganzen sich gestalten.

10) A. a. O. §. 34. S. 110. 111.

11) Bresson bemerkt S. 177. ausdrücklich, daß die Vorausbezahlung der Prämie der gewöhnlichere Fall sei. Eben so auch Bizet S. XIV.

miengeber wegen des zu seinen Gunsten abgeschlossenen pactum displicentiae dem Prämiennehmer bewilligt, also eine Vergütung für die zu seinen Gunsten dem Kauf beigefügte Clausel: ut, si displicuerit, inempta sit res, oder ut, si placuerit, empta sit res; sie ist also das, was unsere heutige Rechtssprache arrha poenitentialis, Reugeld, nennt. Diese arrha war dem römischen Recht unbekannt, wenigstens braucht es für die in unserer Rechtssprache so genannte arrha poenitentialis nie, sondern nur für die von den Neueren so genannte confirmatoria arrha den Ausdruck arrha; daher treffen die von der arrha redenden Stellen des römischen Rechts die Prämie nicht[1]. Die Prämie ist ihrer eigentlichen Bedeutung nach eine Assecuranzprämie[2]. Der Speculant kann durch eine sogenannte auf Conjunctur geschlossene Assecuranz den po-

---

1) Namentlich leiden auf die Prämie nicht Anwendung 1. L. 17. C. de fide instrumentorum (4. 21.), welche in pr. I. de emptione et venditione (3. 23.) wiederholt ist. Die arrha, welche hier der zurücktretende Theil an den Andern verliert, ist nicht die sogenannte arrha poenitentialis, sondern eine verwirkte confirmatoria arrha; das Rücktrittsrecht ist nicht Folge der gegebenen arrha, sondern es ist der Verlust der arrha Folge des Zurücktretens. — 2. L. 6. D. de lege commissoria (18. 3.) — 3. L. 11. §. 6. D. de A. E. V. (19. 1.) L. 2. C. quando liceat (4. 45.). Genauer über alles Vorige in meinem Verkehr S. 208—215. Über den Unterschied der arrha poenitentialis von der poena conventionalis: a. a. O. S. 216—218. Beide Institute unterscheiden sich wesentlich dadurch, daß die arrha poenitentialis zu Gunsten dessen, der sie erlegt, das Recht des Rücktritts giebt, die Conventionalstrafe aber, wenn sie bei einem klagbaren Geschäft stipulirt ist, zum Nachtheil dessen, der sie wegen seiner mora verwirkt, das Interesse fixirt.

2) A. a. O. S. 199—201.

sitiven Schaden, welchen er durch die ihm ungünstige Richtung der Coursveränderung leiden kann, decken; der Versicherer hat die Verbindlichkeit, im Fall, daß der übernommene Unglücksfall (jene ungünstige Richtung) eintritt, an die Stelle des Versicherten zu treten; übernimmt nun der eine Contrahent selbst die Qualität des Versicherers, so werden, macht der andere von seinem Recht aus der Assecuranz Gebrauch, so daß jener in seine Stelle treten muß, der Käufer und Verkäufer identisch, und das Geschäft löst sich ohne Erfüllung auf. Es ist also in der Beredung des Rücktrittsrechts neben dem abgeschlossenen Kauf noch ein Versicherungsvertrag enthalten, und die Prämie für das Rücktrittsrecht ist nichts anderes, als die dem Contrahenten, welcher es einräumt, in seiner Qualität des Versicherers bewilligte Assecuranzprämie. — Die Prämie erhält der Prämiennehmer für den Risiko, den er in Folge des von ihm bewilligten Rücktrittsrechts läuft, also in seiner Eigenschaft als Versicherer; es ist daher für sein Recht auf dieselbe gleich, ob der Prämiengeber sich für den Rücktritt oder für die Erfüllung erklärt hat, und im letztern Fall, wo der bedingte Kauf ein unbedingter geworden ist, gleich, wie die Interessenten den ihnen nun obliegenden Verbindlichkeiten nachkommen. Daher können Contractswidrigkeiten des Prämiennehmers hinsichtlich der Erfüllung des Kaufes sein Recht auf die Prämie nicht alteriren[3], und so giebt namentlich die mora des Prämiennehmers dem Prämiengeber nicht das Recht, die bezahlte Prämie zurückzufordern[4]. Die Prämie ist, wenn nur ein Theil Prämiengeber ist, im Zweifel als für das Recht des Rück-

3) A. a. O. S. 203. 204.
4) A. a. O. S. 182—191. 203—225.

tritts bedungen anzunehmen[5]. — Nach Particularrechten ist das Prämiengeschäft ein verbotener Windhandel[6], gemeinrechtlich hat die Statthaftigkeit kein Bedenken[7].

Dritte Abtheilung.

Die zusammengesetzten Prämiengeschäfte*.

§. 94.

Zweiprämiengeschäft.

I. Das Zweiprämiengeschäft wird durch die Beziehung characterisirt, in welcher zwei Prämiengeschäfte zu einander

5) A. a. O. S. 192—203.

6) So nach dem hamburger geschriebenen Recht. Rechtsfälle. Th. 3. Heft 4. No. I.

7) Sie würde zweifelhaft werden, wenn die Behauptung von Bluhme Encyclopädie Abth. 2. §. 539, daß der Kauf mit Prämie in ein gewagtes Geschäft, ein Differenzgeschäft übergehe, zuzugeben wäre.

*) Die juristische Seite dieser Geschäfte ist fast noch gar nicht bearbeitet. Bei Bender findet sich nur über einige Geschäfte etwas Weniges (Wandelclausel, Nochgeschäft, Stellgeschäft). Übrigens lassen sich viele Fragen bei diesen Geschäften leicht beantworten, wenn man nur erst die einzelnen Geschäfte, welche mit einander verbunden werden, für sich allein betrachtet, und dann weiter fragt: ob und wieweit an den gefundenen Resultaten die Verbindung (vgl. L. 72. D. de evictionibus (21. 2.)) eine Änderung bewirken kann.

Wenn Brinckmann H. R. §. 90. Note 7. meint, daß das Zweiprämiengeschäft nicht ins Handelsrecht gehöre, so übersieht er den innern Zusammenhang zwischen diesem Geschäft und dem zweischneidigen Prämiengeschäft und Stellgeschäft. Die von ihm gewählte Reihenfolge der einzelnen Geschäfte (in §. 90.)

stehen; sie sollen demjenigen, welcher bei beiden entweder als Prämiengeber oder als Prämiennehmer Speculant ist, sowohl für den Fall des Steigens als auch für den des Sinkens des Courses zu einem Gewinn verhelfen[1]. II.

---

ist verwirrt. Die Geschäfte sind so zu ordnen, wie sich eines aus dem andern erklärt und entwickelt.

1) Es hat sich noch kein Name für diese Verbindung von zwei Prämiengeschäften gebildet. Zwar bemerkt Bender Verkehr S. 435, daß sie in Paris opérations de primes contre primes heiße. Allein unter dieser Benennung, deren, so viel ich weiß, nur Bresson (Fonds publics. S. 195.) erwähnt, versteht dieser nicht die Verbindung zweier Prämiengeschäfte, von denen das eine mit Lieferungs- und das andere mit Empfangsprämie abgeschlossen ist, sondern die Verbindung zweier Geschäfte, von denen jedes mit Lieferungsprämie abgeschlossen ist, wie sich dies auch aus dem pariser Börsengebrauch, der im parquet nur die Lieferungsprämie nennt, von selbst erklärt. Die Geschäfte selbst sind in meinem Verkehr §. 39. Note 5. ohne weitere Ausführung angegeben. — Mir schien die Benennung Doppelprämiengeschäft, und Zweiprämiengeschäft passend, die letztere aber bezeichnender, weil sie mehr hervorhebt, daß hier die Lieferungs- und Empfangsprämie als zwei gesonderte Prämien erscheinen, welche an zwei Prämiennehmer oder von zwei Prämiengebern bezahlt werden, im Gegensatz der Geschäfte, bei welchen die doppelte Prämie zwar vorhanden ist, aber nur als eine einzige Prämie erscheint, weil sie von einem Prämiengeber an einen Prämiennehmer zu bezahlen ist, und diesem in einer Gesammtsumme bezahlt oder berechnet wird, wie dieses bei dem zweischneidigen Prämiengeschäft und dem Stellgeschäft der Fall ist. Der Gegensatz zu diesen Geschäften scheint sich schärfer in dem Namen: Zweiprämiengeschäft herauszustellen, und man kann die oben im Text unter II. und III. angegebenen Fälle mit den Namen: Zweiprämiengeschäft mit einem Prämiengeber, und Zweiprämiengeschäft mit einem Prämiennehmer unterscheiden.

Beide Prämiengeschäfte haben einen Prämiengeber[2]. Der Speculant verkauft an A, und kauft von B, beides auf Lieferung mit vorbehaltenem Rücktritt, der natürlich nur gegen Prämie bewilligt wird. Er schließt also zwei Prämiengeschäfte, ist bei beiden Prämiengeber, bei dem einen Verkäufer, bei dem andern Käufer, er schließt also ein Lieferungsgeschäft mit Empfangsprämie, ein anderes mit Lieferungsprämie. — Sinkt der Cours, so macht er den Verkäufer, steigt er, den Käufer, ändert der Cours sich nicht, so tritt er von beiden Geschäften zurück. Er hat dann sicher Gewinn, wenn die Coursänderung die Größe beider Prämien übersteigt. Seine Speculation beruht also auf der Zweifelhaftigkeit über die Richtung, und auf der Überzeugung von einer dem minimum nach bestimmten Größe der Coursveränderung. — Da der Speculant gegen beide Prämiennehmer den Rücktritt geltend machen darf, so ist die Möglichkeit, welche ihm durch die zwei Geschäfte gegeben wird, eine dreifache: er kann nach seiner Wahl als Käufer, oder als Verkäufer, oder gar nicht verpflichtet seyn. III. Beide Prämiengeschäfte haben einen Prämiennehmer[3]. Der Speculant verkauft an A, und kauft von B, und bewilligt Beiden gegen Prämie den Rücktritt, er erhält also eine Lieferungsprämie und eine Empfangsprämie. Er hat dann sicher Gewinn, wenn der Cours sich gar nicht ändert, oder so wenig, daß die Coursdifferenz geringer als der Betrag der beiden Prämien ausfällt. Seine Speculation beruht also auf der Überzeugung von dem Nichtändern des Courses, oder auf der Zweifelhaftigkeit über die Richtung der Coursveränderung

2) Mein Verkehr §. 40. S. 132—138.

3) Mein Verkehr §. 43. S. 144. 145. u. S. 143.

verbunden mit der Überzeugung von einer ein maximum nicht überschreitenden Größe derselben. — Da der Speculant beiden Prämiengebern den Rücktritt bewilligt hat, so wird das Verfahren derselben in Folge des einem jeden zustehenden zweifachen Wahlrechts dahin führen, daß er am Lieferungstage entweder gar nicht, oder nur als Verkäufer oder nur als Käufer verpflichtet ist.

§. 95.

Das zweischneidige Prämiengeschäft.

Das zweischneidige Prämiengeschäft [1] ist ein Lieferungsgeschäft, bei welchem der Prämiennehmer sich verpflichtet, nach der Wahl des Prämiengebers diesem entweder die Waare (meistens Papiere) zu liefern, oder sie von ihm zu beziehen, oder von dem Vertrage ganz abzustehen [2]. Dem Prämiengeber ist also ein Wahlrecht nach drei Richtungen hin eingeräumt. Die Prämie hat den Character theils der Lieferungs- theils der Empfangsprämie. Das zweischneidige Prämiengeschäft unterscheidet sich von dem Zweiprämiengeschäft mit einem Prämiengeber nur dadurch, daß die bei diesem vorkommenden zwei Prämiennehmer, und von dem Zweiprämiengeschäft mit einem Prämiennehmer nur dadurch, daß die bei diesem vorkommenden zwei Prämiengeber in einer Person vereinigt sind. Die Speculation des Prämiengebers ist dieselbe, wie beim Zweiprämiengeschäft mit einem Prämiengeber die des letztern [3], die des Prämiennehmers

---

1) Mein Verkehr §. 42. S. 142—144.

2) An einer speciellen technischen Benennung der Interessenten fehlt es bei diesem Geschäft.

3) Ein anderes Surrogat des zweischneidigen Prämiengeschäftes für den Prämiengeber ist: Gekauft mit Lieferungs-

dieselbe, wie beim Zweiprämiengeschäft mit einem Prämiennehmer die des letztern [4]. Über die Zahlung der Prämie gilt ganz das von dem einfachen Prämiengeschäft Gesagte. Zu beachten ist, daß, da wegen des gestatteten Rücktritts die Erfüllung wegfallen kann, keineswegs immer das Geschäft selbst zu einer der anderweitigen Zahlung überhebenden Abrechnung Gelegenheit giebt [5].

§. 96.

Das Stellgeschäft.

Das Stellgeschäft [1] ist ein Lieferungsgeschäft, bei welchem der Prämiengeber (der Wähler) das Recht hat, nach seiner Wahl die Papiere dem Prämiennehmer (dem Steller) zu liefern, oder von ihm zu beziehen. Die Prämie hat den Character theils der Lieferungs-, theils der Empfangsprämie. Die Speculation beider Theile ist im Ganzen eben so, wie bei dem zweischneidigen Prämiengeschäft [2]. Die Prämie wird gewöhnlich — so gewöhnlich, daß man dies fast eine Eigenthümlichkeit des Stellgeschäf-

---

prämie und die Hälfte fest verkauft. Vgl. meinen Verkehr §. 41. S. 138—141.

4) Ein anderes Surrogat des zweischneidigen Prämiengeschäftes für den Prämiennehmer ist: Verkauft mit Lieferungsprämie und die Hälfte fest gekauft. Vgl. meinen Verkehr §. 44. S. 145—148.

5) Anders beim Stellgeschäft, daher auch bei diesem, und nicht bei dem zweischneidigen Prämiengeschäft die eigenthümliche Definition von Nebenius. Vgl. §. 96.

1) Mein Verkehr §. 45. 46. S. 148—155. Böhmer im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. IX. S. 415—421.

2) Mein Verkehr. S. 149. Über die Verschiedenheit der Speculation bei dem Stellgeschäft und dem zweischneidigen Prämiengeschäft: a. a. O. §. 46. S. 151—155.

tes nennen kann, — erst dann, wenn das Geschäft zur Erfüllung kommt, bei Gelegenheit der Zahlung des Kaufpreises entrichtet. Sie wird dann, je nachdem der Wähler kauft oder verkauft, entweder zu dem Kaufpreis geschlagen oder von demselben abgezogen, so daß jener die Papiere um den Betrag der Prämie entweder theuerer bezieht oder wohlfeiler liefert. Die Berechnung wird in der Regel schon bei dem Abschluß des Geschäftes gemacht, und danach werden zwei verschiedene Kaufpreise festgesetzt. Hieraus erklären sich die Schlußbriefe, welche, ohne der Prämie zu erwähnen, einen höhern Preis für den Fall, daß der Wähler bezieht, einen niedrigeren für den, daß er liefert, festsetzen. Die Hälfte der Differenz zwischen diesen beiden Preisen ist der Betrag der Prämie. Es erklären sich daraus auch manche Definitionen [3]. Der Wähler muß übrigens die ganze Quantität der zur Lieferung oder zum Bezug stehenden Papiere liefern oder beziehen, und darf nicht einen Theil der Papiere beziehen und den andern liefern [4].

---

3) Die von Nebenius öffentl. Credit S. 564. aufgestellte Definition: „Das Stellgeschäft ist das gleiche Geschäft wie das zweischneidige Prämiengeschäft, dieses ohne Prämienbestimmung mit der Modification abgeschlossen, daß der Wahlberechtigte die Papiere entweder annehmen oder liefern muß, und für den Fall, daß er annimmt, ein höherer, für den Fall, daß er liefert, ein niedrigerer Preis bestimmt wird," übersieht und verdeckt das innere Wesen des Geschäftes, und faßt das letztere nur nach seiner äußerlichen Erscheinung auf. So auch die Definition Benders Verkehr §. 84. S. 407: „A. verpflichtet sich dem B., nach des letzteren . . . Wahl entweder . . . zu liefern, oder . . . zu einem etwas höheren Preis zu beziehen."

4) Mein Verkehr S. 226—229.

§. 97.
Der Schluß auf fest und offen.

Der Schluß auf fest und offen[1] giebt dem Käufer das Recht, einen bestimmten Theil der zu liefernden Papiere nicht zu nehmen, unter der Verpflichtung, den anderen Theil, den er beziehen muß, etwas höher zu bezahlen, als der nach dem Preise jenes Theiles auf diesen berechnete Kaufpreis betragen würde. Man kann jenen Theil die offenen Papiere, diesen die festen nennen. Die Summe, um welche der Kaufpreis der festen Papiere erhöht wird, ist ein Reugeld, eine Prämie[2]. Die festen Papiere sind gekauft, während die offenen entweder auch gekauft sind, oder gekauft werden können: also entweder unter einer Resolutivbedingung oder unter einer Suspensivbedingung gekauft sind. Der resolutiv bedingte Schluß auf fest und offen ist ein Geschäft, nämlich ein Lieferungskauf mit einer für einen Theil der gekauften Papiere geltenden Resolutivbedingung. Der suspensiv bedingte besteht aus zwei verschiedenen, in einem Engagementsbriefe aufgezeichneten Geschäften, nämlich in Hinsicht auf die festen Papiere aus einem einfachen Lieferungskauf, in Hinsicht auf die offenen Papiere aus einem Prämiengeschäft. Der Schluß auf fest und offen kann auch so abgeschlossen werden, daß der Verkäufer das Recht hat, einen Theil der zu beziehenden Papiere nicht zu liefern, wo er dann den andern Theil, welchen er liefern muß, um etwas geringer liefert, als der nach dem Preise jenes Theiles auf diesen berechnete Preis betragen würde. Für diesen Fall gilt mutatis mutandis alles vorhin Gesagte.

1) Mein Verkehr §. 48. S. 164—166.

2) Um den Betrag der Prämie muß stets der Preis der festen Papiere erhöhet werden. Mein Verkehr S. 165.

§. 98.
Das Nochgeschäft.

Das Nochgeschäft[1], auch Geschäft „auf Noch" oder „mit Noch", ist ein Lieferungsgeschäft, bei welchem der Käufer oder der Verkäufer das Recht hat, zur Lieferungszeit noch eine Anzahl Papiere mehr, als zunächst bedungen ist, resp. zu fordern oder zu liefern. Der eine Theil ist „zum Noch berechtigt", der andere „mit Noch verbindlich". Es liegt ein doppeltes Geschäft vor, nämlich in Hinsicht auf die Papiere, welche die Grundlage des Geschäftes ausmachen, also bezogen und geliefert werden müssen, die festen Papiere, ein einfaches Lieferungsgeschäft; in Hinsicht auf die Anzahl, welche noch nachverlangt oder noch nachgeliefert werden darf, die Nochpapiere[2], ein Prämiengeschäft. Die Prämie kommt erkennbar selten vor, sondern steckt in dem für die festen Papiere bedungenen Kaufpreis. Sie muß, soll sie nicht in einem selbstständigen Zahlungsact berichtigt werden, auf den Preis der festen Papiere gerechnet werden, und danach muß, wenn die festen und die Nochpapiere dieselben sind, d. h. derselben Gattung gleich nahe angehören, nothwendig der aus der Berechnung sich ergebende Preis der festen Papiere höher oder niedriger seyn, als der der Nochpapiere, je nachdem der Käufer oder der Verkäufer zum Noch berechtigt ist. Mit der Festsetzung desselben Preises für die einen wie für die andern läßt sich das Anrechnen der Prämie nicht vereinigen[3]. — Vergleicht man das Noch-

1) Mein Verkehr §. 49. S. 166—175.

2) Wegen der gestatteten Nachforderung oder Nachlieferung nennt man die Papiere auch Nachpapiere, und das Geschäft Nachgeschäft.

3) Dies ist in meinem Verkehr S. 167—172 durchge-

geschäft mit dem suspensiv bedingten Schluß auf fest und offen, so ergiebt sich: Die beiden Geschäfte, welche den Schluß auf fest und offen bilden, stehen nur dadurch in Verbindung mit einander, daß sie in einem und demselben Engagementsbrief aufgezeichnet werden, und daß die für den Kauf der offenen Papiere zu entrichtende Prämie mit dem Preise der festen Papiere zu einer Gesammtsumme geschlagen wird. Eben so ist es mit den beiden Geschäften, welche das Nochgeschäft bilden[4]. Dieses sowohl wie jener Schluß, — kann man daher definiren — wird gebildet durch die Verbindung zweier Lieferungsgeschäfte nämlich eines einfachen Lieferungsgeschäftes und eines Prämiengeschäftes in einem und demselben Schlußbrief. In der That ist auch zwischen den Geschäften selbst gar kein Unterschied, sie enthalten nur eine ver-

---

führt, und danach müssen die von Bender, von Baumstark und von Nebenius über das Nochgeschäft gemachten Darstellungen gewürdigt werden. Wenn hier ein gleicher Preis der festen Papiere und der Nochpapiere angenommen wird, so muß der Umstand, in welchem allein das hinsichtlich der Nochpapiere zustehende Wahlrecht sein Gegengewicht, und daher das ganze Nochgeschäft seine Erklärung findet, nämlich daß eine Prämie bedungen war, und außerdem daß sie in einem selbstständigen Zahlungsact berichtigt wird, hinzugedacht werden. A. a. O. S. 172—174.

4) Die Rechtsbeständigkeit des festen Geschäftes ist daher gänzlich unabhängig von der (particularrechtlichen vgl. oben §. 93. Note 6.) Unstatthaftigkeit des Prämiengeschäftes, wenn gleich die auf den Preis der festen Papiere angerechnete Prämie von demselben abzurechnen oder demselben zuzurechnen ist. Mit Unrecht wird in den Rechtsfällen Th. 3. Heft 4. S. 21. ein so enger Zusammenhang beider Geschäfte behauptet, daß auch das feste Geschäft für unstatthaft zu halten sei.

schiedene factische Auffassung desselben Rechtsverhältnisses. Bei dem Schluß auf fest und offen ist es die Gesammtzahl der festen und offenen, bei dem Nochgeschäft nur die Zahl der festen Papiere, welche zunächst (ursprünglich) den Contrahenten als Kaufobject vorschwebt. Ein rechtlicher Unterschied wird durch diese verschiedene factische Auffassung nicht begründet.

§. 99.

Das Wandelgeschäft.

Das Wandelgeschäft[1] ist ein Lieferungsgeschäft, bei welchem dem einen Contrahenten ein Wahlrecht hinsichtlich der Zeit der Lieferung zusteht. Der Tag (genauer die Zeit) der Lieferung ist entweder fest bestimmt, so daß er einseitig nicht geändert werden darf, oder es ist dem einen Contrahenten, dem Käufer oder dem Verkäufer, das Recht zugestanden, vor dem letzten Lieferungstage resp. die Lieferung zu verlangen oder zu machen, und zwar entweder so, daß das Recht schon von dem Tage des Abschlusses (der Perfection), oder erst von einem bestimmten andern Tage an läuft, und in beiden Fällen so, daß es entweder bis zum letzten Lieferungstage, oder nur bis zu einem früheren Termin geltend gemacht werden kann. Es beziehen sich hierauf z. B. die Clauseln: „auf Verlangen früher", oder „täglich zu liefern", „täglich zu beziehen", oder „die Lieferung kann von . . . bis . . . täglich verlangt werden" oder „täglich geschehen". Diese und ähnliche Clauseln geben also demjenigen Contrahenten, zu dessen Gunsten die eine oder andere beigefügt ist, das Recht, die Lieferung vor dem letzten Lieferungstage an-

1) Mein Verkehr §. 47. S. 155—163.

zusetzen. Dieses Recht, zu Gunsten des Verkäufers festgesetzt, ist im ganzen unerheblich, und es kommt daher als ein Recht des Verkäufers selten vor [2]. Die eigentliche Bedeutung hat das Wahlrecht, wenn es zu Gunsten des Käufers Statt findet [3]. Sie liegt dann hauptsächlich [4] darin, daß dieser den Coursstand benutzen kann, welchen seiner Meinung nach ein späterer Cours bis zum letzten Lieferungstage nicht übersteigen wird. Eine Prämie, als Ausgleichungsmittel der günstigeren Stellung des wahlberechtigten Käufers, ist vernünftigerweise unerläßlich, doch kommt sie erkennbar nicht vor, indem sie in einer Erhöhung des sonst niedriger gesetzten Kaufpreises liegt. Wird der Lieferungskauf nicht lediglich durch ein Wahlrecht hinsichtlich der Zeit modificirt, sondern auch noch durch ein Wahlrecht in anderer Beziehung, so ist es räthlich, um nicht den Namen, der für das in dieser Beziehung modificirte Geschäft hergebracht ist, aufzugeben, den letzten Namen beizubehalten, und das Wahlrecht hinsichtlich der Zeit durch einen Zusatz, wie „mit der Wandelclausel", zu bezeichnen, z. B. zu sagen: das Stellgeschäft mit der Wandelclausel.

---

2) Bresson erwähnt sogar der Clausel ou plutôt à volonté immer nur als zu Gunsten des Käufers bedungen.

3) In dieser Bedeutung kommt das Recht auch zu Paris im Verkehr vor. Die Clausel lautet: ou plutôt à volonté. und wird nach Bressons Bemerkung (Fonds Publics S. 173. u. 224.) bei allen Lieferungskäufen bedungen. Das Ausüben des Wahlrechts, nämlich das frühere Kündigen, heißt escompter; — escompte, des escomptes.

4) Mein Verkehr S. 157. 158. Über andere Veranlassungsgründe, welche den Hauptgrund nicht ausschließen, wenn auch vielleicht mancher Käufer auf den Nebengrund das Hauptgewicht legen wird: a. a. O. S. 158—162.

Zweiter Abschnitt.

Einzelne Creditgeschäfte.

§. 100.

Der Credit.

I. Credit ist das Vertrauen, daß ein Versprechen erfüllt werde[1]. Je nachdem man dieses Vertrauen genießt oder schenkt, hat man oder giebt man Credit. II. Je nachdem bei einem Vertrage die Erfüllung hinausgeschoben wird oder sofort dem Versprechen folgt, ist er ein Creditgeschäft oder creditlos. Ein Geschäft, bei welchem nur der eine Contrahent verspricht, ist entweder ein Creditgeschäft oder creditlos[2]; ein Geschäft, bei welchem beide Contrahenten versprechen, kann hinsichtlich des einen ein Creditgeschäft, hinsichtlich des andern creditlos seyn[3]. Alle Geschäfte sind entweder ihrer Natur nach

1) Der Titel D. de rebus creditis (12. 1.) gehört hieher. Vgl. besonders L. 1. L. 2. §. 3. 5. rerum creditarum titulus . . . omnes contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur . . . credendi generalis appellatio est . . . nam cuicumque rei adsentiamus alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur. Rei quoque verbum, ut generale, Praetor elegit.

2) Man darf nicht lediglich an onerose Geschäfte (der nicht sofort tradirende Schenker genießt Credit), noch lediglich an solche, bei denen gegen empfangene Werthe Gegenwerthe gegeben werden, denken.

3) Credit kann genießen und nicht genießen der Käufer, — Creditkauf, Baarkauf; und bei demselben Kauf der Verkäufer, — Lieferungskauf, Tagskauf. Auch der, welcher seine Leistung noch nicht gemacht hat, creditirt, ungeachtet seines Retentionsrechts, dem Andern, denn sein Interesse an der jen-

Creditgeschäfte, wenn nämlich die Erfüllung wesentlich nicht sofort dem Versprechen folgt [4], oder sie sind es in Folge einer besonderen Verabredung. Zu den ersteren gehören alle Geschäfte, bei denen ein empfangener Werth später restituirt werden soll, sei es identisch (in specie), oder in derselben Quantität und Qualität (in genere) [5]. III. Der Credit ist öffentlicher [6] oder Privatcredit, je nachdem der Schuldner der Staat oder eine Privatperson ist. IV. Die Gefahr, welche der Gläubiger durch die Creditgebung läuft, ist die: daß der Vertrag ihm nicht erfüllt werde. Je größer die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung, desto geringer, je geringer, desto größer die Gefahr. Auf diese, wie auf die Erfüllung wirken zwei Momente: das Können und das Wollen des Schuldners [7]. Für das Können wird bedeutend sein jetziges Vermögen, und die Wahrscheinlichkeit, daß es vermindert, erhalten, vermehrt werde, für welche nicht nur seine Persönlichkeit, sondern auch sein s. g. Glück und Unglück in Betracht kommt. Sein Wollen ist bedeutend, weil er dem Gläubiger ohne daß dieser rechtliche Hülfe hat, auf mancherlei Weise die Forderung werthlos machen kann. Namentlich kann er 1. sein Vermögen weggeben, schen-

---

seitigen Erfüllung ist nicht durch das Zurückhalten seiner Leistung ersetzt.

4) Wesentlich genießt Credit z. B. der Commodatar, der precario rogans, der Depositar, der Faustpfandgläubiger, der Miether einer Sache; — der Schuldner beim Darlehn; — der Vermiether von Diensten, der Mandatar.

5) Vgl. die vorige Note.

6) F. Nebenius der öffentliche Credit. 2. Aufl. Th. 1. Karlsruhe und Baden 1829.

7) So auch Codigo commercial. Art. 274.

kungsweise oder oneros, aber gegen geringere und immer wieder geringere, oder zwar angemessene, doch solche Gegenwerthe, welche dem Gläubiger nicht zu Gute kommen können. 2. An seinem Vermögen auch Andern Rechte einräumen, also sich neue Gläubiger constituiren, welche mit unserm Gläubiger concurriren, oder ihm gar vorgehen, so daß er vielleicht nichts erhält, und kann den einen vor dem andern[8] befriedigen. 3. Durch Weigern der Erfüllung den Gläubiger in Verlegenheit und Kosten setzen. Für das Wollen, und folgeweise das Können, werden namentlich die Mittel bedeutend, welche dem Gläubiger nach dem Rechtszustande des Ortes gegen den Schuldner zu Gebote stehen. Das Können ohne redlichen Willen genügt so wenig, wie dieser ohne jenes. Das Können und Wollen ist also entscheidend für die Größe der Gefahr[9]. V. Der Credit kann auf verschiedene Art und mit verschiedener Stärke gesichert, oder auch ungesichert seyn. Folgende Abstufungen lassen sich denken: 1. Der Gläubiger trauet ohne Weiteres dem Können und Wollen des Schuldners. 2. Der Gläubiger läßt sich vom Schuldner einen Schuldschein ausstellen, oder eine Anweisung acceptiren. Der Schuldschein, wie das Accept, kann als wiederholtes Versprechen und als Beweisdocument das Wollen des Schuldners sichern. 3. Der Gläubiger läßt den Schuldner wechselrechtlich sich verpflichten,

---

8) L. 21. pr. D. de peculio (15. 1.) licet creditori vigilare ad suum consequendum. L. 52. pr. eod. occupantis melior . . . conditio, quam ceterorum. L. 3. §. 10. L. 4. D. de in rem verso (15. 3.) L. 19. D. de re judicata (42. 1.).

9) L. 112. §. 1. D. de V. O. (45. 1.) . . . plerumque idonei non tam patrimonio quam fide quoque aestimarentur.

indem er sich von ihm einen eigenen Wechsel ausstellen läßt, oder auf ihn einen Wechsel zieht, oder auf sich von ihm einen Wechsel indossiren läßt. Die Wechselstrenge wirkt auf das Wollen, so wie auch auf das Können des Schuldners. 4. Dem Gläubiger stehen dingliche Rechte an dem ganzen Vermögen oder an einzelnen Vermögensstücken des Schuldners zu, — Faustpfand, Hypothek. Das dingliche Recht wirkt durch seinen Vorzug im Concurs und durch seine Verfolgbarkeit in die dritte Hand auf das Können und das Wollen des Schuldners diesem Gläubiger gegenüber. 5. Der Gläubiger hat das Eigenthum an der vom Schuldner ihm zu gebenden Sache. Dies meistens, nicht immer, wenn dieselbe Species zu restituiren ist. Das Separationsrecht im Concurs und die Verfolgbarkeit des Eigenthumsrechts in die dritte Hand machen den Credit gefahrloser. Wenn dem Gläubiger nur die Publiciana in rem actio zusteht, so kommt ihm zwar das erstere Recht zu Gute, dem Anspruch gegen den dritten Besitzer, an welchen der Schuldner unmittelbar oder mittelbar die Sache gab, steht aber, da die Partheien von verschiedenen Auctoren die Sache erhalten haben, eben der Besitz des Beklagten entgegen. 6. Der Gläubiger hat wegen der Forderung ein eingeräumtes oder gesetzlich gegebenes Retentionsrecht an Gegenständen, welche er dem Schuldner auszuantworten hat. Der Vorzug, den die Retention vor andern Gläubigern des Schuldners giebt, macht den Credit gefahrloser. 7. Der Gläubiger erwirkt eine Intercession (Bürgschaft, Creditmandat). Der Credit ist dann gesichert durch das Wollen und Können des Intercedenten, welcher neben oder nach oder vor dem Schuldner haftet. Im letztern Fall ist der Credit des Schuldners gegen den Credit des Intercedenten vor-

läufig umgetauscht, vorläufig, das heißt: trügt dieser Credit, so wird zu jenem zurückgegangen. Dieser Fall wird häufig so herbeigeführt: daß der Schuldner dem Gläubiger Staatspapiere, Banknoten, Schuldscheine oder eigene Wechsel Dritter, von Dritten acceptirte Anweisungen oder acceptirte Tratten übergiebt (ihm acceptirte Rimessen macht) mit der Beredung der Regreßpflichtigkeit, wo diese sich nicht von selbst versteht, falls der Dritte nicht zahle. Der Credit des Dritten kann übrigens außer durch die Wechselstrenge in der angegebenen verschiedenen Maaße verstärkt seyn. — Für die einzelnen obigen Abstufungen der Creditsicherheit fehlt es an technischen Namen; man unterscheidet wohl, mit verschiedener Characteristik, persönlichen und Realcredit, persönlichen und hypothecarischen Credit. Der Fall, daß der Gläubiger Schuldner seines Schuldners ist, so daß gesetzlich oder verabredetermaßen die Compensation statthaft ist, gehört nicht hieher. Denn ein solcher Gläubiger creditirt nicht, sondern contrahirt gegen sofortige Zahlung, welche durch Anrechnung geschieht. Die Creditgebung, mag sie auch noch so gefahrlos erscheinen, ist immer ein bedeutendes Andere, als die Zahlung, immer ein aliud pro alio. VI. Im Folgenden werden von den Creditgeschäften einige besprochen werden, bei welchen nur die zwei Contrahenten, zwischen welchen der Credit gegeben und genommen wird, in Betracht kommen (Differenzgeschäft, Heuergeschäft, Darlehen); und einige, bei welchen das zu besprechende Creditgeschäft zu einem andern Geschäft in Beziehung steht, indem es entweder den bei dem letztern gegebenen Credit sichert, und zwar nur sichert oder auch verschafft (Assecuranz des Credits, Verpfändung von Creditpapieren, Creditauftrag), oder in-

dem es eine andere Gefahr, als gerade die der Creditgebung dem einen Contrahenten abnimmt (Assecuranz auf Conjunctur, Assecuranz von Loosen). Die Empfehlung ist kein Vertrag. — Die folgende Darstellung hat eine Ordnung, wie sie für das Verständniß am zweckmäßigsten scheint.

§. 101.

Kaufmännische Empfehlung.

Kaufmännische Empfehlung*. Die Verbindlichkeit aus einer Empfehlung oder einem Rath hat unter Kaufleuten[1] nichts Besonderes. Sie ist gemeinrechtlich nach dem römischen Recht zu beurtheilen, und die Particularrechte sind in Gemäßheit desselben zu verstehen. Ein allgemeiner vom römischen Recht abweichender Handelsgebrauch läßt sich nicht beweisen, und hat auch keine inneren Gründe für sich[2]. Indessen ist es vorsichtig und nicht ungewöhnlich, daß die Kaufleute durch besondere Clauseln, wie: ohne mein Obligo, — ohne meine Vertretung, — ohne meine Gewährleistung, — ohne mein Präjudiz, — so viel ich weiß verhält es sich so . . ., gegen alle Regreßnahme im Voraus protestiren.

---

*) Codigo commercial. Art. 446. 450—452. Entwurf für Württemberg Art. 422. 423. und Motive S. 371—374.

1) Klein merkwürdige Rechtsansprüche. Bd. 3. No. 15. Mittermaier §. 559. Pöhls §. 93. Bender §. 156. Morstadt §. 19. C. S. 52. Gelpcke Zeitschrift für H. R. Heft 3. S. 55. Vor Allen: Trummer im Archiv für das Handelsrecht. Bd. 1. No. 15. S. 227 — 269. Die häufig citirte Schrift von Pavenstedt de mandato consilii sive de commendationibus inter mercatores usitatis. Gottingae 1800 enthält eine Behandlung des Gegenstandes nicht, was der Verfasser mit einer vorzunehmenden Reise entschuldigt.

2) Trummer a. a. O. S. 242—249.

§. 102.

Das Differenzgeschäft.

Das Differenzgeschäft ist ein Vertrag, bei welchem eine Quantität Waaren, deren Preis, und ein Termin festgesetzt werden, und beide Contrahenten versprechen, daß je nachdem die Veränderung des Preises (Courses) an diesem Termin die eine oder andere Richtung (Sinken oder Steigen) genommen haben sollte, der Eine oder der Andere die Differenz der Preise von dem Mitcontrahenten ausgezahlt erhalten solle. Es wird oft in die Form eines Lieferungskaufes eingekleidet[1], dessenungeachtet ist aber nicht jeder Lieferungskauf für ein verstecktes Differenzgeschäft zu halten[2]. Eben so wenig jeder Prämienhandel[3]. Über die Klagbarkeit des Differenzgeschäftes sind die Meinungen getheilt. Die Meinung von Bender[4] und die von Souchay[5] ist unhaltbar, so auch paßt der Begriff der emptio spei nicht[6]. Für die Klagbarkeit streitet Folgendes: das Geschäft ist ein bedingter Vertrag, oder specieller: es fällt seinem Begriff nach unter den Begriff der römischen sponsio[7], von den bedingten Verträ-

---

1) Mein Verkehr §. 16. S. 65. 66. Vgl. auch Entwurf für Württemberg. Art. 369—371. und Motive S. 338—340.

2) A. a. O. S. 230—234. Vgl. oben §. 70. No. IV.

3) Das Gegentheil behauptet, aber ohne allen Grund: Treitschke Kaufcontract §. 9. S. 11. Noch anders Bluhme Encyclopädie §. 539. Vgl. oben §. 93. Note 7.

4) A. a. O. S. 250—252.

5) A. a. O. S. 252—257.

6) A. a. O. S. 235—237.

7) Will man auf den Grund der L. 17. §. ult. D. de praescr. verb. (19. 5.) und der L. 3. D. de aleatoribus (11. 5.) das Wort sponsio auch zur Bezeichnung einer zweiseitigen Ob-

gen oder specieller den sponsiones sind nur diejenigen ihrer Natur nach unerlaubt, welche unter den Begriff des Spieles fallen[8]. Dem Spiel ist characteristisch, daß die Contrahenten den Ausgang des Contracts, den entscheidenden Thatumstand, durch ihre Thätigkeit verabredetermaßen herbeiführen[9]; dies ist bei dem Differenzgeschäft nicht der Fall, es ist mithin nicht ein Spiel, also eine nicht verbotene, klagbare, sponsio[10]. Ob man das Differenzgeschäft als eine Wette, welche eine Art der sponsio ist, auffassen will, hängt davon ab, wie man den Begriff der Wette stellt, ob man nämlich das Aussprechen der Behauptung ihr wesentlich hält, der Sprachgebrauch scheint dieses nicht für wesentlich zu halten, danach wäre denn das Differenzgeschäft eine Wette, womit aber nur ein Wort gewonnen ist[11]. Das Differenzgeschäft ist also seiner Natur nach klagbar[11a]. Nach Particularrechten ist es verboten[12].

---

ligation gebrauchen, so muß die sponsio als das Nebeneinanderbestehen von zwei unter entgegengesetzten Bedingungen geschlossenen Verträgen, namentlich Stipulationen, welche von den Interessenten als ein Zusammengehöriges gedacht worden sind, aufgefaßt werden; zur Annahme einer engeren Bedeutung bieten die Stellen keinen Grund. Vgl. a. a. O. S. 264—267.

8) A. a. O. S. 267.

9) A. a. O. S. 267. 268. 270. Note 63. S. 237—248. Vgl. dagegen Wilda in der Zeitschr. für deutsches Recht Bd. 2. S. 133—193. Bd. 8. S. 200—239. und Puchta Pandekten. §. 258.

10) A. a. O. S. 268—272.

11) A. a. O. S. 248—250. 269. 270.

11a) So auch Gerber d. Pr. R. §. 179 Note 6. Bluhme Encyclopädie Abth. 2. §. 388. Morstadt H. R. §. 27. C. S. 86.

12) So nach dem hamburger geschriebenen Recht, wenn

§. 103.
Das Heuergeschäft.

Das Heuergeschäft[1], auch Promessengeschäft, ist ein Vertrag, bei welchem der eine Contrahent gegen eine Vergütung verspricht, daß der andere den auf ein Loos[2] fallenden Gewinn erhalten solle. Der Verheuerer verspricht dem Heuerer; der Schlußbrief heißt Heuerbrief, auch Promesse; die Vergütung Heuergeld, Prämie. Diese besteht fast ausnahmslos in Geld, und dieser regelmäßige Fall ist im Folgenden gedacht. Die Speculation stellt sich so: 1. Der Inhaber eines Looses tauscht gegen einen ungewissen großen Werth den gewissen kleinen Werth ein, und will lieber Wenig sicher haben, als Viel in unbestimmter Aussicht. 2. Das Geschäft artete dahin aus: daß der, welcher nicht einmal einen Erwerbstitel auf das Loos hatte, den etwaigen Gewinn versprach, in der Hoffnung, daß kein Gewinn auf dieses Loos fallen und er also die Prämie, das Heuergeld, für nichts erhalten werde. — Für die rechtliche Beurtheilung des Heuergeschäftes[3]

---

man zugiebt, daß nach der neuen Fallitenordnung Art. 104. nicht lediglich der Actien- und Prämien-, sondern auch anderer dergleichen Windhandel für verboten zu erachten ist, denn ein dergleichen Windhandel ist das Differenzgeschäft. Über die hamburger Praxis vgl. Rechtsfälle Th. 3. Heft. 4. S. 14. Note *.

1) Bender Verkehr §. 96—99. Unger das Prämiengeschäft des königlichen Seehandlungs-Instituts in Berlin. Gotha und Erfurt 1832. S. 59—62.

2) Loos d. h. ein eine Ausloosung von Gewinnen verheißendes Creditpapier, gleich viel ob es lediglich hierauf, oder auch auf Capital, und auch noch auf Zinsen lautet. (Lotterieloos, Lotterieanlehnspapier).

3) Die rechtliche Beurtheilung des Heuergeschäftes hat dadurch an Bestimmtheit und Schärfe gelitten, daß man die bei-

muß man so unterscheiden: 1. Der Verheuerer ist Eigenthümer des Looses oder hat auf dasselbe die Publiciana in rem actio, oder eine persönliche Klage, daß ihm das Loos geliefert werde; — also: ihm steht das Recht auf den auf das Loos fallenden Gewinn zu. Dann liegt in dem Versprechen des Gewinnes der Verkauf eines nomen, und zwar eines seiner Existenz und seinem Umfang nach ungewissen nomen. Ein solcher Verkauf ist statthaft [4]. 2. Der Verheuerer ist nicht in der bezeichneten Lage, also ihm steht kein Recht auf den auf das Loos fallenden Gewinn zu. Dieser Umstand ist a. dem Heuerer unbekannt. Dann ist der Verheuerer, wenn auf das Loos ein Gewinn fällt, verpflichtet, das nun zur Gewißheit gelangte verkaufte Object dem Heuerer in der bedungenen Weise zu liefern, also den Gewinn auszuzahlen oder das Loos aus-

---

den unter 1. und 2. berührten Fälle nicht von einander geschieden hat, daher die unbedingt hingestellte Meinung: das Heuergeschäft sei gültig, oder eben so unbedingt: es sei ungültig, je nachdem man den einen oder den andern Fall im Auge hatte.

4) Es beweist dies direct, nicht analogisch, die Gültigkeit der venditio sine re, — quasi alea emitur, — spei emptio est. Fern, obgleich nahe genug, steht unserm Fall der Kauf eines captus piscium (cum futurum jactum retis a piscatore emimus), vel avium (. . . pantheram ab aucupe . . .) vel missilium, so wie cum indaginem plagis positis a venatore emimus, L. 8. §. 1. D. de contrahenda emptione (18. 1.) L. 11. §. 18. L. 12. D. de A. E. V. (19. 1.), lauter Sachen, herrenlose, auf deren Erlangung man Aussicht hat; näher der Kauf eines hinsichtlich des ob und des wie viel ungewissen Erbrechts, si id actum est: si quid juris esset venditoris, venire — quasi spes hereditatis, (L. 10. L. 11. D. de hered. vel act. vendita (18. 4.)) also eines in beider Beziehung ungewissen nomen.

zuliefern. Kann er das Letztere nicht, so muß er das volle Interesse prästiren, das heißt regelmäßig den Gewinn auszahlen[5]. b. Der Umstand ist dem Heuerer bekannt. Dann läßt sich noch insofern der gute Glaube des Heuerers, daß er ein nomen kaufe, denken, als dieser Grund hatte, zu meinen: der Verheuerer werde noch ein Recht auf den Gewinn erlangen; dann ist der Fall wie unter 2. a. Es kann aber auch die Meinung beider Interessenten dahin übereinstimmen: daß das Recht des Verheuerers auf das Loos und den Gewinn unerheblich sei, sondern unabhängig davon der Verheuerer verspreche, den auf ein bestimmtes Loos fallenden Gewinn dem Heuerer auszuzahlen. Dann ist der Verheuerer in Hinsicht auf den Heuerer ein Lotterieunternehmer, der die öffentliche Ziehung auch über den Gewinn und Verlust des Heuerers entscheiden läßt. Dieses Geschäft ist kein Spiel, sondern seiner Natur nach klagbar; die Bezeichnung desselben als einer Wette ist gemeinrechtlich fruchtlos[6].

---

5) Denn er versprach, daß falls das Loos Gewinn bringe, die Forderung auf diesen Gewinn dem Heuerer gebühren solle, indem er sie ihm cediren, oder mit abgenommener Sorge der Eincassirung, den Betrag derselben ihm zahlen werde. Er verkauft in beiden Fällen ein nomen, verkauft aber ein ihm nicht zustehendes nomen, und sein Haften ist nun, da ein Gewinn auf das Loos gefallen, also die vertragsmäßigen Voraussetzungen für die Cession oder deren Surrogat, eingetreten sind, ein praestare debitorem esse L. 4. D. de hereditate vel actione vendita (18. 4.) oder in einer deutlicheren Fassung ein praestare ad se nomen pertinere. L. 8. D. eod. ut si est quidem hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur.

6) Das Geschäft ist klagbar, weil von den bedingten Verträgen nur diejenigen ihrer Natur nach unerlaubt sind, welche

§. 104.

Die Assecuranz auf Conjunctur.

Der Assecuranzvertrag, kraft dessen der eine Contrahent verspricht, einen an sich den andern Contrahenten treffenden ungewissen Verlust diesem zu ersetzen, wird hier und in den beiden folgenden §§. in Beziehung auf einige Arten der Gefahr besprochen werden[1]. — Der Speculant, wie er früher geschildert worden ist[2], kann eine Assecuranz nehmen, um wegen des Verlustes gedeckt zu seyn, den das Mißglücken der Speculation ihm bringen möchte. Es ist das eine s. g. Assecuranz auf Conjunctur, die nach den Umständen eine Assecuranz entweder auf Sinken, oder auf Steigen, oder auf Bestand des Preises (Courses) ist. Der Versicherer tritt, wenn der übernommene Unglücksfall eingetreten ist, in die Stelle des Versicherten. Eine solche Assecuranz ist, soweit sie den positiven Verlust decken soll, unzweifelhaft eine rechtsbeständige Assecuranz[3]. Insofern sie den entgangenen Gewinn decken soll,

---

unter den Begriff des Spieles fallen. Dem Spiel ist characteristisch, daß die Contrahenten den Ausgang des Contractes, den entscheidenden Thatumstand, durch ihre Thätigkeit verabredetermaßen herbeiführen (mein Verkehr S. 267. 268. 270. Note 63. S. 237—248); dies ist bei unserm Geschäft nicht der Fall, weil die Contrahenten die fremde Ziehung für sich entscheiden lassen. Ob man das Geschäft Wette nennen will, ist ein Wortstreit. Vgl. a. a. O. S. 269. 270. 248—250.

1) Es wird hier Manches andeutungsweise vorweggenommen, was später bei Seeassecuranz zusammenhängender entwickelt werden wird.

2) Vgl. oben §. 88—99.

3) Mit Unrecht erklären Benecke treatise on the principles of indemnity. S. 26. und System des Assecuranzwesens. Bd. 1. S. 135. und (Magens) Versuch über Assecuranzen S. 30. die

entgangen dadurch, daß der Thatumstand, auf den speculirt ist, nicht eingetreten ist, ist sie dann keine Assecuranz, wenn dieses Interesse nicht einmal im Ungefähren bemessen werden kann[4]. Zuweilen kann der entgangene Gewinn genau berechnet werden[5]. Eine Assecuranz des positiven Schadens liegt versteckt in dem Prämiengeschäft, sei es mit Lieferungs- oder mit Empfangsprämie geschlossen[6].

§. 105.

Die Assecuranz von Loosen.

Assecuranz bei Creditpapieren, welche auf Verloosung lauten. Die Ziehung kann nach Beschaffenheit der Einrichtung entweder dadurch, daß das Papier nicht gezogen wird, oder dadurch, daß es gezogen wird, Verlust bringen. Der Verlust kann 1. als ein positiver darin bestehen, daß der Eigenthümer das, was er für das Papier gegeben hat, gar nicht oder nur theilweise wieder erlangt[1].

Assecuranz auf Conjunctur schlechtweg für eine Wette, und Pöhls Seeassecuranzrecht. Bd. 1. S. 65. 94. sie schlechtweg für ein Spiel. Vgl. meinen Verkehr S. 199. 200.

4) Wie viel hätte ich denn gewonnen, wenn z. B. der Cours statt zu sinken, gestiegen wäre, d. h. wie hoch wäre er denn gestiegen?

5) Den Prämiennehmern in den §. 94. No. III. und §. 95. u. §. 96., die beim Bestand des Courses die Prämie ungeschmälert gewonnen hätten, entgeht bei einer Änderung desselben so viel Gewinn als die Differenz beträgt.

6) Vgl. oben §. 93.

1) Es gehört hieher: ich vergüte Dir, wenn Dein Lotterieloos mit einer Niete, oder mit weniger, als der Einsatz beträgt, herauskommt, den Einsatz oder den Ausfall; und ferner: wenn Dein auf Capital, oder auf Capital und Zinsen, oder auf Capital, Zinsen und Gewinn lautendes Loos gezogen wird, und es bringt Dir die Auszahlung desselben, die Tilgung

Der Vertrag, daß dieser Verlust ersetzt werden solle, ist, da ein berechenbares Interesse vorliegt, ein Assecuranzvertrag. Der Verlust kann 2. als ein entgangener Gewinn, um die Hauptfälle anzuführen, darin bestehen: a. daß der Eigenthümer, indem er das Papier, statt es zu verkaufen, für eigene Rechnung behielt, den möglichen höheren Verkaufspreis nicht erhalten hat[2]. Dieses Interesse ist berechenbar, also eine Versicherung desselben statthaft. b. Daß durch die Ausloosung des Papiers ein Gewinn entgangen ist, der ohne dieselbe nach der Einrichtung der Ziehung und den vorliegenden Umständen sicher auf dasselbe gefallen wäre[3]. Das Interesse ist genau oder doch dem minimum nach bestimmbar, soweit also eine Versicherung desselben statthaft. c. Daß durch die Ausloosung, die keinen oder geringen Gewinn brachte, die Aussicht und Anwartschaft auf einen Gewinn oder auf einen bedeutenderen Gewinn aus einer ferneren Ziehung verloren ist, indem man bei dieser nicht berechtigt ist. Das Interesse

---

Deiner Gläubigerschaft, (es kann nur Capital, oder auch Zinsen, oder auch noch Gewinn darauf gefallen seyn) weniger, als Du für das Loos aufgewandt hast (z. B. es wird der Nominalwerth ausgezahlt, das Loos ist aber über Pari gekauft), so ersetze ich Dir den Ausfall, die Differenz.

2) Ich riskire bei der Ausloosung nur 100 zu erhalten, obgleich ich auch 1000 erhalten kann, und kann durch Verkauf 140 erhalten. Ich laufe, indem ich, nicht verkaufend, diese Einnahme zurückweise, die Gefahr, durch mir ungünstigen Ausgang der Ziehung, weniger zu erhalten. Diese Gefahr übernimmt der Versicherer, und ersetzt, was ich einbüße.

3) Z. B. die nun noch restirenden Papiere müssen sämmtlich mit Gewinnen fallen, von gleicher oder verschiedener Größe. Der entgangene Gewinn ist danach genau oder dem minimum nach bestimmt.

ist selbst im Ungefähren nicht zu bemessen [4], also eine Versicherung desselben nicht denkbar. Der Ersatz soll den Verlust decken. Es kann verabredet seyn, daß nach dem angegebenen Interesse der Verlust genau so, wie er seyn werde, oder in Gemäßheit einer im Voraus gemachten Taxe ersetzt werden solle; es kann das Interesse gar nicht angegeben seyn, dann ist alles nachweisbare Interesse als versichert anzunehmen. — In dem Vorstehenden sind die Hauptmomente gegeben, um zu prüfen, ob ein auf verloosbare Creditpapiere bezogener Vertrag ein Assecuranzvertrag sei. — Namentlich kommt vor: 1. Fällt auf Dein Loos kein Gewinn, so zahle ich, der Versicherer, Dir folgende bestimmte Summe [5]. Der Vertrag kann nur bis zum Betrag des Einsatzes eine Assecuranz seyn. 2. Werden Deine Papiere in dieser Ziehung ausgelooset, so liefere ich, der Versicherer, Dir andere noch nicht ausgelooste [6]. Der Vertrag kann, soweit es vom Interesse des Versicherten abhängt, ein gültiger Assecuranzvertrag seyn; der Ersatz correspondirt dem denkbaren Interesse für

---

4) Denn wäre der Unglücksfall, die Ausloosung in dieser Ziehung, nicht gewesen, hätte ich denn Gewinn, und wie viel, in einer ferneren Ziehung gehabt?

5) (Magen) Versuch über Assecuranzen S. 30. 31. S. 1129. 1139. Weskett Theorie und Praxis der Assecuranzen ed. Engelbrecht. Bd. 2. S. 18—21. Law publicirte 1712: gegen Prämie von 100 fl. werde er 300 fl., zahlen, wenn auf 10, und 500 fl., wenn auf 15 ihm angegebene Loose kein Gewinn falle.

6) Diesen einen Fall erwähnen Unger das Prämiengeschäft des königlichen Seehandlungsinstituts. S. 59—64. (hier Berechnung wie hoch die Assecuranzprämie zu nehmen sei.), Bender Verkehr §. 112. 113., Rebenius öffentl. Credit. S. 566. 574. Note.

den Fall 2. b.: das neue Loos giebt genau die durch die Ausloosung entgangene Lage; und für den Fall 2. a.: das neue Loos giebt den durch das Behalten entgangenen Verkaufspreis, nicht immer genau, da der Cours sich geändert haben kann, aber doch, und dies genügt, in einer der wahrscheinlichen Größe des Verlustes sich nähernden Taxe. Für den Fall 2. c. blendet die Auffassung: es wird die verlorne Hoffnung mit einer neuen Hoffnung gedeckt, es scheint der recht eigentliche Ersatz. Allein da das Interesse gar nicht, auch nicht annäherungsweise bemessen werden kann, so ist die Vereinbarung auf ein neues Loos, so wie jeder Anschlag, insofern er Ersatz seyn soll, reine Willkür, und läßt sich auch nicht als ungefähre Taxe aufrecht halten, weil die Taxe sich der wahrscheinlichen Wirklichkeit anschließen, ihr also die Möglichkeit der Taxirung unterliegen muß. Soweit nun der Vertrag nicht als Versicherung aufgefaßt werden kann, ist er eine sogenannte Wettassecuranz. Diese ist als Versicherung immer ungültig, kann aber nach den Umständen als Wette aufrecht erhalten werden [7].

§. 106.

Die Assecuranz des Credits.
(Selbstassecuranz.)

I. Selbstassecuranz. Der Gläubiger kann sich für die Gefahr, die er durch die Creditgebung läuft, eine besondere Vergütung vom Schuldner machen lassen. Diese ist eine Assecuranzprämie. Für die Größe derselben ist die Größe der Gefahr, also das Können und Wollen des Schuldners entscheidend. Das vollkommenste Vertrauen

7) Vgl. unten beim Seerecht Wettassecuranz.

zu Beiden macht alle Prämie überflüssig, so wie gänzliches Mißtrauen in Beides, oder auch nur in das Können, Creditlosigkeit wirkt. Zwischen diesen beiden äußersten Puncten liegen viele Stufen. Die Größe der Prämie entspricht nicht immer den wirklichen Verhältnissen, sondern wird, weil der Gläubiger seiner Meinung nach Vergütung will, durch die Meinung des einzelnen Gläubigers von der Größe der Gefahr fixirt, diese Meinung ist aber selten unabhängig von der allgemeinen Meinung des hier interessirten Publikums. Daher wird die einzelne Prämie in der Regel mit Beachtung der s. g. mittleren Assecuranzprämie[1], welche auf die gewöhnlichen Umstände basirt ist, festgesetzt. Die Festsetzung der einzelnen Prämie beruht nun entweder auf einem Anerkennen dieser Umstände für das Verhältniß zwischen diesem Gläubiger und diesem Schuldner, oder auf der Meinung, daß die Umstände hier mehr oder minder gefahrbringend sind, und besteht danach in Anerkennung, Erhöhung, Verminderung der mittleren Assecuranzprämie.

§. 107.

Die Assecuranz des Credits.
(Kaufmännische Bürgschaft.)

II. Kaufmännische Bürgschaft[1]. Die Gefahr, die an sich den Gläubiger trifft, übernimmt oft ein Dritter gegen eine Vergütung. Er steht ein für die Gefahr

1) Vgl. Nebenius öffentl. Credit S. 4.

1) Código de comercio. Art. 412—416. — Sehr detaillirt: Codigo commercial Art. 840—865. vgl. besonders Art. 851. 852. 855. — Entwurf für Württemberg. Art. 416—421. 427. und Motive S. 367—421. — Gelpcke Zeitschrift f. H. R. Heft 3. No. V. S. 48—55.

aus der Creditgebung, für den Credit, er steht del credere. Das Geschäft ist eine Assecuranz, die Vergütung, die Assecuranzprämie, heißt hier Delcredereprovision, es ist ferner eine Interceſſion, denn der Versicherer übernimmt eine fremde Verbindlichkeit. Daher entscheiden über das Genauere die Grundsätze der Assecuranz und der Interceſſion, daher ist im Zweifel eine Novation, das heißt statt vermehrter Sicherheit ein Tausch der Sicherheit, nicht anzunehmen[2]. Das Institut ist dem römischen Recht bekannt, da es ein Intercediren für Geld kennt[3]. Es geschieht das Delcrederestehen oft in der Form des Trasſirens oder Indoſſirens eines Wechsels[4]. Die Personen von denen es häufiger geschieht, sind 1. der Verkaufscommiſſionär. 2. Der Einkaufscommiſſionär[*]. 3. Der Assecuranzcommiſſionär. 4. Der Makler[5], insbesondere der Wechselmakler. 5. Der Institor. — Der del credere Stehende haftet dem Gläubiger für die Gefahr aus der Creditgebung, dieselbe mag auf dem Können des Schuldners beruhen[6], oder auf dessen Wollen[7]. Mit

---

2) Pöhls in den Rechtsfällen I. S. 89—92.

3) L. 6. §. 7. D. mandati (17. 1.) fidejusserat . . . mercedem pactus ob suam fidejussionem. L. 10. §. 8. L. 6. §. 6. D. eod. L. 23. C. ad Sct. Vellej. (4. 29.) si intercesserit . . . aliquid accipiens. Vgl. meinen Verkehr mit Staatspapieren S. 251. Note 25. Heutzutage muß „jeder vom constitutum abweichende eigenthümliche Einfluß der fidejussio aufhören." Vgl. Neuſtetel und Zimmern römisch rechtliche Unterſuchungen S. 279. 281. u. Mühlenbruch Pandektenrecht. Bd. 2. §. 484.

4) Fischer österr. Handelsrecht §. 202. — Codigo commercial. Art. 856. 857.

*) Daniels Wechselrecht S. 334. 335.

5) Pöhls in den Rechtsfällen. I. S. 92. i. f. — 98.

6) Daher hat er nicht die beneficia, die der Schuldner

dem Schuldner steht regelmäßig der del credere Stehende als solcher in keinem contractlichen Verhältniß, da er in der Regel ohne Zuziehung des Schuldners intercedirt; er kann gegen diesen aus fremdem Recht, nämlich mit der ihm cedirten Klage des Gläubigers auftreten, und zu dem Ende die Cession derselben vom Gläubiger, dem er zahlt, wie jeder Intercedent, verlangen; er kann aber auch aus eigenem Recht gegen den Schuldner klagen, nämlich weil er diesen durch die Zahlung, oder wenn es so bedungen ist, schon durch die Interception von dem Gläubiger liberirt hat, negotiorum gestorum actione. Weil aber diese nur soweit begründet ist, als er wirklich dem Schuldner gedient hat, so muß er im eigenen Interesse nicht nur Alles wahrnehmen, wozu der mandatarische Intercedent contractlich verpflichtet ist[8], sondern es ist seine Stellung für ihn weit gefahrvoller, weil er nicht wie der Mandatar sich auf mangelnde Instruction von Seiten des Schuldners berufen kann, oder darauf, daß er gehandelt

---

wegen seiner Insolvenz hat, denn er will den Gläubiger in den Stand setzen, als sei der Schuldner solvent. L. 63. §. 1. D. pro socio (17. 2.).

7) Dies beweiset die unbedingte Haftungspflicht des fidejussor für die mora des Schuldners, also auch soweit sie auf Böswilligkeit des letzteren beruht. Vgl. L. 58. §. 1. D. de fidejussoribus (46. 1.) und L. 24. §. 1. D. de usuris (22. 1.) in dem Zusammenhang mit der L. 21. bis L. 24. pr. eod.

8) Z. B. die Einreden des Schuldners, welche er weiß, vorschützen L. 10. §. 12. L. 29. pr. §. 2. D. mandati (17. 1.); den Schuldner von der geschehenen Zahlung benachrichtigen L. 29. §. 3. D. eod.

9) Z. B. wenn er eine ihm unbekannte Einrede des Schuldners nicht vorschützte. L. 10. §. 12. L. 29. pr. §. 2. D. mandati (17. 1.).

habe, wie ihm aufgetragen sei [10]; denn nicht sein subjectiver guter Glaube, sondern der objective Nutzen begründet jene Klage. — Nur dieses Allgemeine vom Delcredereſtehen hier; das Weitere unten bei den einzelnen Personen.

§. 108.

Der Creditauftrag.

Das Mandat zu creditiren, das heißt mit Credit zu contrahiren [1]. Creditauftrag, Creditmachen, Creditbrief in diesem Sinn [2], Accreditiv in diesem Sinn. I. Verhältniß zwischen dem Mandator und seinem Mandatar. 1. Form des Mandats. Es wird ertheilt a. durch die Aufforderung dem Dritten zu creditiren. b. Mit dem Zusatz: auf meine Gefahr. c. Oder: auf meinen Cre-

10) Z. B. wenn er zahlt, während der Schuldner von vorn herein nicht schuldet. L. 47. D. de condictione indebiti (12. 6.).

1) Dem Mandat, sich zu berechtigen, als Gläubiger zu contrahiren, steht gegenüber das Mandat, sich zu verpflichten, als Schuldner zu contrahiren. Von diesem unten.

2) Der Creditbrief, (das Accreditiv,) ein zweideutiges Wort, enthält 1. den Auftrag zu creditiren; oder 2. den Auftrag zu zahlen. Von dem Creditbrief in dieser letztern Bedeutung unten; §. 114. Note 6. Was Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 712 gegen die Darstellung im Text erinnert, daß, wer heutzutage einen Creditbrief honorirt, nur den Aussteller, für dessen Rechnung er zahle, zu seinem Schuldner machen wolle, nicht auch den Inhaber, welchem er zahle, trifft nur den Creditbrief, welcher ein Zahlungsmandat enthält (vgl. unten §. 114. Note 6. und §. 125. den ersten Satz), nicht aber den Creditbrief, welcher den Antrag zu creditiren, also mit dem Empfohlenen zu contrahiren enthält, und von diesem, von dem Creditauftrag, ist ja hier (§. 108. 109.) die Rede. Hiermit erledigen sich auch die weiteren Erinnerungen.

dit und meine Gefahr. d. Oder: und stellen es mir in Rechnung[3]. 2. Gradationen des Auftrages: a. der Mandator ist die erste Veranlassung des Contractes. b. Der Mandatar war ohnehin Willens gewesen, mit dem Dritten zu contrahiren. c. Der Mandatar hatte bereits contrahirt. Dann ist der Auftrag nur soweit gültig, als er in erweiter Maaße Credit zu bewilligen aufträgt[4]. 3. Rechtswirkung. 1. Beide Theile sind aus dem Auftrag tenent[5]. 2. Der Mandatar dahin, daß er ihn genau in der vorgeschriebenen Maaße erfülle[6]. 3. Der Mandator dahin, daß er dem Mandatar, welcher das Mandat erfüllte, die dadurch gehabte Auslage erstatte, ihm Deckung mache[7]. Der Mandatar ist durch die Voll-

---

3) a. Mando ut Titio credas. L. 6. §. 4. L. 10. §. 8. L. 21. L. 56. pr. D. mandati (17. 1.). b. Periculo meo crede, bene credis. L. 12. §. 13. eod. Periculo meo pecuniam fore dico. L. 12. §. 14. eod. c. Peto des ei nummos fide et periculo meo. L. 24. D. de fidejussoribus (46. 1.) d. Mando tibi, ut . . . credas . . . in quam pecuniam indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati . . . praestaturum. L. 59. §. 5. D. mandati (17. 1.) Es kann auch die Acceptation des Auftrages dem Auftrag vorangehen.

4) a. Der gewöhnliche Fall, wie er auch als das Regelmäßige im römischen Recht angenommen wird. — b. L. 71. §. 2. D. de fidejussoribus (46. 1.) — c. L. 12. §. 14. D. mandati. (17. 1.). In dem Fall unter c. ist dann das Mandat zu creditiren, ein Mandat weiter zu creditiren, aber immer, da dieses ohne Contract undenkbar ist, ein Mandat zu contrahiren.

5) L. 6. §. 4. D. mandati (17. 1.).

6) Z. B. gieb nur gedeckten (durch Bürgschaft, Pfand) Credit. L. 59. §. 6. D. mandati (17. 1.). Vgl. L. 10. §. 8. D. eod.

7) L. 20. pr. L. 6. §. 4. L. 28. L. 27. §. 5. D. man-

ziehung des Mandats Gläubiger des Dritten geworden; nach den reinen Grundsätzen des Mandats, also nur die Form ins Auge gefaßt, hindert dieser Anspruch aus diesem Titel gegen diesen Schuldner ihn nicht, den Mandator auf Erstattung des dem Dritten (Schuldner) creditirten Betrages anzusprechen, und zwar ohne Weiteres, und neben dem Schuldner, so daß er doppelt erhält, und ohne daß die Einreden des letzteren in Betracht kommen; allein der Sache nach liegt in der Mandatsertheilung eine Intercession und dies modificirt jene Folgen der Form. Der Mandatar, der Gläubiger, creditirt für Rechnung des Mandator; — der Mandator nimmt den Contract auf seine Rechnung. Damit nimmt er ihn auch auf seine Gefahr. — Das Genauere anlangend, so muß a. über die Frage: ob der Mandator ohne Weiteres dem Mandatar den creditirten Betrag erstatten muß, oder nur dann und soweit, als und wieweit er denselben von dem Schuldner nicht erhält, die Meinung der Contrahenten entscheiden. Diese muß, es mag nun der Auftrag zu creditiren ohne Zusatz, oder mit dem Zusatz, daß man den Contract auf seine Gefahr, oder daß man ihn auf seine Rechnung, oder daß man ihn auf seine Gefahr und Rechnung nehme, ertheilt seyn, zunächst so verstanden werden: daß die Vorausklage nicht erforderlich sei. Denn die Form giebt die Klage auf Deckung wegen erfüllten Mandats, und es ist daher Sache des Mandators, zu beweisen, daß die

---

dati (17.1.). Mehrere Mandatoren haften solidarisch L. 21. D. eod. L. 28. C. de fidejussoribus (8. 41.) L. 7. D. de fidejussoribus tutor. (24. 7.) L. 3. C. de constituta pecunia (4. 18.). Vgl. Neustetel und Zimmern römisch rechtliche Untersuchungen. S. 267—274.

Meinung nur auf subsidiäre Haftung gegangen sei. Daher giebt denn auch das römische Recht dem Mandatar die Wahl, ob er den Schuldner oder den Mandator ansprechen will [8]. Jener Beweis liegt auch in der bloßen Clausel „auf meine Gefahr" nicht [9]; es muß deutlicher ausgesprochen seyn, daß der Mandator die Schuld nur auf seine Gefahr und nicht auf seine Rechnung nehmen will [10]. Der

8) L. 60. pr. D. mandati (17. 1.) L. 7. D. quod cum eo qui in aliena potestate (14. 5.) L. 56. pr. D. mandati (17. 1.). L. 7. C. eod. (4. 35.) L. 19. C. de fidejussoribus (8. 41.). Dem steht L. 27. §. 5. D. eod. (L. 13. D. de fidejussoribus (46. 1.)) nicht entgegen, denn sie sagt nur: wenn der creditor den debitor belangte und einen Theil der Schuld gezahlt erhielt, so haftet der Mandatar nur für den Rest; sie beweist vielmehr ebenfalls das Wahlrecht.

9) Denn da in der Übernahme auf die Rechnung, welche der bloße Auftrag enthält, nothwendig auch die der Gefahr liegt, so ist durch die Clausel nicht ausgesprochen, daß sie das, was aus dem bloßen auf Rechnung Nehmen folgt, daß nämlich der Mandator, es mag Gefahr vorhanden seyn oder nicht, zahlen muß, beschränken, nämlich seine Zahlungspflicht auf den Fall der Gefahr beschränken soll.

10) Dem hier Gesagten steht die L. 12. §. 14. D. mandati (17. 1.) nicht entgegen, obgleich sie bei einem Mandat in der Fassung periculo meo fore dico die Entscheidung giebt: omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere, und man diese letzten Worte gewiß als auf subsidiäre Haftung deutend verstehen muß, während die Stellen der Note 8. anders den Auftrag und die Entscheidung fassen. Denn jene Stelle hat den besondern Fall, daß der Mandator nicht das Creditiren, sondern das weitere Creditiren über die ursprüngliche Zeit hinaus veranlaßt hat, er haftet mithin auch nur für die Gefahr dieses Aufschubs, und will nur soweit den Contract d. h. nur diesen neuen Contract auf seine Rechnung nehmen. Die Gefahr des Aufschubs ist aber erst durch die Nach-

Mandatar darf die gegen den Schuldner angestellte Klage fallen lassen und den Mandator belangen [11], so wie umgekehrt, ja auch beide gleichzeitig belangen [12]. So das Recht vor der Nov. 4. cap. 1. Die Novelle [13], das Wesen des Instituts, daß man den Contract auf seine Rechnung nehmen wolle, verkennend, gestattet dem Mandator, den Gläubiger zuvor an den Schuldner zu verweisen, aber nur dann, wenn der Gläubiger den Schuldner zur Stelle hat, oder der Mandator ihm denselben zur Stelle schafft [13a]. Die subsidiäre Haftung des Mandators muß, da sie contra rationem juris ist, auf diese beiden Fälle beschränkt werden, für die übrigen Fälle bleibt es bei dem älteren Recht. Auf das kaufmännische Creditmachen dieses angewandt, so bezieht es sich selten

---

weisung dargethan, daß der Schuldner nun nur so und so weit solvent sei.

11) L. 71. D. de fidejussoribus (46. 1.) „quamvis enim . . . mandator liberatur.

12) L. 60. pr. D. mandati (17. 1.).

13) Die Novelle giebt die Bestimmung so: 1. Der Gläubiger darf zuerst nur den Schuldner belangen, und wegen dessen, was er von diesem nicht erhält, sodann den Mandator. 2. Ist aber der Mandator am Platz, der Schuldner abwesend, so braucht der Gläubiger dem Schuldner nicht zu folgen, sondern darf ohne Weiteres den Mandator belangen. 3. Der Mandator darf aber den Schuldner stellen, um ihn als Beklagten vorzuschieben, und darf zu dem Ende eine Frist vom Richter gesetzt verlangen. 4. Ist die Frist verlaufen, ohne daß der Schuldner gestellt ist, so ist nun der Mandator der rechte Beklagte und muß gegen Klagencession zahlen.

13a) Vgl. die vorige Note 13. Hamburger Sammlung Bd. 1. No. 52. S. 484—492. Seuffert Archiv Bd. 6. No. 42. S. 56. 57.

auf einen Platzhandel, sondern in der Regel ist der Schuldner wie der Creditmacher dem Creditor entfernt, und kann von dem Creditmacher nicht zur Stelle geschafft werden. Daher stellen sich im kaufmännischen Verkehr die Verhältnisse regelmäßig so, daß die subsidiäre Haftung nicht anders Statt hat, als wenn sie ausdrücklich bedungen worden ist, und überhaupt das ältere Recht entscheidet. b. Der Mandator ist liberirt, wenn die Forderung des Mandatars durch Zahlung oder auf anderweitige Art getilgt ist; denn der Mandatar hat nun die Auslage bereits erstattet erhalten [14]. Er ist nicht liberirt, wenn der Mandatar dem Schuldner versprach, daß *er* ihn nicht, oder daß er *ihn* nicht behelligen wolle, wohl aber, wenn das Versprechen dahin, daß er überhaupt liberirt seyn solle, also das Versprechen auf eine Schenkung ging, die der Mandatar durch seine Regreßnahme gegen den Mandator, weil dieser sich wieder an dem Schuldner erholt, hinterlistig wieder anfechten würde [15]. c. Von den Einreden des Schuldners gegen den Gläubiger hat der Mandator offenbar diejenigen nicht, wegen deren Gefahr er eben intercedirte [16]; die andern Einreden hat er nicht nur dann,

14) Also gegen die contraria mandati actio die exceptio doli. Vgl. L. 71. D. de fidejussoribus (46. 1.).

15) L. 21. §. 5 — L. 25. L. 32. D. de pactis (2. 14.).

16) Z. B.: 1. Das Senatusconsultum wird Dir nicht entgegen stehen, leihe nur dem filius familias auf meine Gefahr. L. 12. §. 13. D. mandati (17. 1.). 2. Die minor aetas des Schuldners, derenthalben der creditor nur nach Aufforderung des Mandator contrahirte, giebt diesem keine Einrede, hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contrahatur. L. 13. pr. D. de minoribus (4. 4.) Der Mandator hat hier die Gefahr dieser Einreden deutlich genug übernommen.

wenn sie zugleich auf eine Mandatswidrigkeit zurückkommen, sondern auch ohne das, wenn sie aus dem Contract selbst hergenommen sind, ungeachtet er nicht aus der Schuld, sondern aus seinem Auftrag haftet, denn er nimmt den Contract so auf seine Rechnung, wie er auf Rechnung des Schuldners stehen würde [17]. d. Gegen die Zahlung kann der Mandator verlangen, daß ihm der Mandatar seine Klage gegen den Schuldner abtrete, das heißt, herausgebe, was er durch Erfüllung des Auftrages erlangt hat [18]. Die Klagencession ist auch noch dann statthaft, wenn, selbst ohne daß sie vorher ausbedungen ist [19], bereits die Zahlung geschehen ist, weil der Mandator nicht in der Absicht, um die Schuld des Dritten zu tilgen, zahlt, sondern um seine eigene Verbindlichkeit, Deckung zu machen, zu erfüllen [20]. e. Der Mandator darf seine Haftungsverbindlichkeit auf eine bestimmte Zeit beschränken; — Erlöschungsclausel [21].

---

17) Daher hat der Mandator, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, vgl. Note 16., die Berufung auf das Sct. Macedonianum. Die L. 9. §. 3. D. de Scto Macedoniano (14. 6.) hat freilich einen andern Grund: mandati habet regressum.

18) L. 27. §. 5. D. mandati (17. 1.). [L. 13. D. de fidejussoribus (46. 1.)] L. 95. §. 10. D. de solutionibus (46. 3.). Der Mandator ist von der Haftung frei, wenn der Mandatar die Unmöglichkeit der Cession selbst verschuldet hat. L. 95. §. 11. eod.

19) Vgl. L. 76. D. de solutionibus. (46. 3.).

20) L. 28. D. mandati (17. 1.) L. 95. §. 10. D. de solutionibus. (46. 3.).

21) Der Gültigkeit dieser conventionellen Verjährung steht entgegen L. 59. §. 5. D. mandati (17. 1.).

§. 109.

Creditauftrag.

(Fortsetzung.)

II. Verhältniß zwischen dem Mandator und dem Dritten, dem Schuldner[1]. Der Mandator kann das Creditmandat gegeben haben 1. im Auftrag des Schuldners. Dann ist er Mandatar[2]. 2. Ohne das in der Absicht, dem Schuldner einen Dienst zu leisten. Dann ist er negotiorum gestor. Die unaufgeforderte Dienstleistung wird zum Mandat durch die Ratihabition derselben von Seiten des Schuldners. Diese liegt in dem Geschehenlassen[3], das heißt in dem Wissen des Creditauftrags ohne die Verwahrung, daß man nicht haften wolle. 3. Ohne Auftrag des Schuldners und ohne die Absicht diesem gefällig zu seyn, sondern aus anderm Interesse. Dann haftet der Schuldner dem Mandator nicht[4]. — Der Mandator kann in jedem dieser Fälle das Creditmandat im Auftrag eines Vierten gegeben haben[5]. Dies ändert an seinem Verhältniß zu dem Schuldner nichts. Sein Verhältniß zu dem Mandatar anlangend, so kann er für Rechnung dieses Vierten den Contract auf seine Rechnung genommen, oder, daß er lediglich auf Rechnung des Vierten gestellt werde, bedungen haben. III. Verhältniß zwischen dem Mandatar und dem Dritten, dem Schuldner. 1. Der Schuldner überbringt dem Mandatar meistens den

---

1) Vgl. L. 71. D. de fidejussoribus (46. 1.).

2) L. 9. §. 3. D. de Scto Maced. (14. 6.).

3) L. 18. D. mandati (17. 1.).

4) L. 60. §. 1. D. mandati (17. 1.). Eben so wenig haftet der Schuldner dem Mandator, wenn dieser ihm hat schenken wollen. L. 9. §. 3. D. de Scto Macedoniano (14. 6.).

5) L. 62. §. 1. D. mandati (17. 1.).

Creditbrief[6]. 2. Das Rechtsverhältniß zwischen beiden kann jedes Creditgeschäft seyn, denn bei jedem Creditgeschäft ist eine Intercession denkbar[7]. 3. Die Zahlung des Mandator an den Mandatar, wenn gleich in der Absicht, daß er seiner Verbindlichkeit zur Deckung nachkomme, gemacht, giebt dem Schuldner gegen den Mandatar, seinen Gläubiger, die exceptio doli, nicht aber gegen dessen Cessionar, den Mandator.

§. 110.

Die Verpfändung von Creditpapieren.

Verpfändung von Creditpapieren[1]. Creditpapiere können zur Sicherung einer Forderung verpfändet werden. Es werden meistens so viele Papiere hinterlegt, daß der Gesammtwerth derselben zur Zeit der Hinterlegung den Werth der zu deckenden Forderung bedeutend — 10, 15, 20, 25 Proc. — übersteigt. Häufig verspricht der Schuldner, im Fall, daß der Cours der Papiere um einen bestimmten Betrag (um 10 oder 15 Proc.) gesunken seyn werde, einen sogenannten Nachschuß machen zu wollen. Auch wird oft verabredet: der Gläubiger dürfe die Papiere, wenn die Schuld am Verfalltag nicht getilgt werde,

6) So hat den Fall auch L. 7. C. mandati (4. 35.).

7) Vgl. L. 32. D. mandati (17. 1.).

1) Vgl. Bender Verkehr mit Staatspapieren. §. 101—106. Der Vertrag heißt Pfandgeschäft, Versatzgeschäft, Depotgeschäft, Deckungsgeschäft; das Pfandobject: Deckung, Depot, Deponade, Gegensatz. — Über kaufmännisches Pfand im Allgemeinen handelt Codigo commercial. Art. 312—320. — Ungrischer XV. Gesetzartikel. Theil I. §. 193—200. — Entwurf für Württemberg. Art. 409—415. und Motive S. 365—367.

„versilbern" oder „sofort versilbern" oder „nach.....[2] versilbern" oder „zum Tagscours selbst behalten." — Die Verpfändung des Papieres, als einer Schuldurkunde, ist Verpfändung der Forderung, und das Geschäft daher nach den Grundsätzen der Verpfändung eines nomen zu beurtheilen. Sie verlangt mitunter die Formen der Verpfändung von Immobilien[3]. Die Beredung des Nachschusses ist ein bedingtes pactum de pignorando, nach heutigem Recht klagbar; das Pfandrecht an dem Nachschuß datirt erst vom Moment seiner Errichtung. Die Verabredung: der Gläubiger dürfe die Papiere versilbern, ändert an der gesetzlichen Wartezeit des Pfandgläubigers nichts, es mag allein in ihr die Zuerkennung des Pfandrechts liegen, oder diese noch außerdem ausgesprochen seyn[4]. Dahingegen die Verabredung sofortiger oder auf eine andere Zeit gesetzter Veräußerung derogirt der gesetzlichen Veräußerungszeit ganz nach Maaßgabe der Verabredung[5]. Die Verabredung, daß der Gläubiger bei mangelnder Zahlung die Papiere zum Tagscours behalten dürfe oder müsse, ist keine lex commissoria, sondern ein bedingter Verkauf[6].

---

2) eine bestimmte Zeit.

3) Bender Verkehr §. 33.

4) Ungeachtet des Grundsatzes: daß überflüssige Worte nicht anzunehmen sind, denn es heißt auch: überflüssige präjudiciren nicht, und das Recht des Verpfänders auf die Wartezeit darf nicht ohne Noth als aufgegeben gelten. Vielleicht paßt auch L. 4. C. de pignerat. act. (4. 24.) L. 1. C. de pactis pignorum (8. 35.).

5) L. 8. §. 3. D. de pignerat. act. (13. 7.) L. 3. §. 1. C. de jure dom. impetr. (8. 34.) quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est.

§. 111.
Das Darlehen.

Ein Creditgeschäft, bei welchem der empfangene Werth nicht identisch, sondern in genere restituirt werden soll, ist das Darlehen. Der gewöhnlichste Gegenstand desselben ist Geld[1]. Der eine Contrahent, der Gläubiger, überträgt eine Geldsumme, Capital, auf den andern, den Schuldner, der es nach einiger Zeit zurückerstatten soll. In der Regel erhält der Gläubiger von dem Schuldner wegen des Geschäftes eine Vergütung, Zinsen[2]. Wesentlich ist also 1. Capitalübertrag, und 2. Pflicht der Rückerstattung in genere, und regelmäßig ist 3. eine Vergütung. Die Zinsen bestehen in der Regel eben so wie das Capital in Geld, und werden nach Procenten vom Capital bestimmt. In den Zinsen steckt 1. eine Schadloshaltung dafür, daß dem Gläubiger der anderweitige Gebrauch des Capitals entzogen wird; ein Miethgeld[3].

---

6) L. 16. §. 9. de pignoribus (20. 1.). Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Ich folge der Meinung, daß diese Bestimmung durch die L. ult. C. de pactis pignorum (8. 35.) nicht aufgehoben ist.

1) Über Papiergeld und Staatspapiere als Gegenstände des Darlehns: Maurenbrecher Lehrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. 2. §. 343. Bei Creditpapieren ist entweder das Papier oder die Summe, auf welche es lautet, der Gegenstand des Darlehns.

2) Vgl. Rau Volkswirthschaftspolitik. §. 319—323. Rau Volkswirthschaftslehre §. 222—236. Weishaar würtembergisches Privatrecht. Bd. 3. §. 988—1000. Haubold sächsisches Privatrecht. §. 269 b. da Silva Tomo V. cap. XIX. S. 35—44.

3) Daher sagt L. 3. D. de eo quod certo loco (13. 4.)

2. Eine Vergütung für die Gefahr, welche der Gläubiger durch den gegebenen Credit läuft: daß die Rückerstattung nicht in der bedungenen Maaße erfolgen werde; eine Assecuranzprämie[4]. Die Größe der Zinsen bestimmt sich, soweit sie Miethgeld sind, wie jeder Preis, nach dem Verhältniß zwischen Angebot und Nachfrage[5], soweit sie Assecuranzprämie sind, nach der Größe der Gefahr. Wo gar keine Gefahr ist, weil die Erfüllung sicher ist, sind die Zinsen nur ein Miethgeld. Danach ist der Zinsfuß unter verschiedenen Umständen verschieden, und ist niedriger bei Pfand, und zwar um so niedriger, je besser die Hypothek ist, als bei reinem Personalcredit. Entrichtet werden die Zinsen entweder nach der Capitalübertragung, und zwar in der Regel in bestimmten Terminen,

---

scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates, regionesque: maxime vini, olei, frumenti: pecuniarum quoque . . . L. 67. §. 2. D. pro socio (17. 2.) usuras percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset.

4) Daher L. 67. §. 1. D. pro socio (17. 2.) quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. Vgl. L. 10. §. 8. L. 6. §. 6. D. mandati (17. 1.). In der letztern Stelle theilen sich die Zinsen als Miethgeld und Assecuranzprämie zwischen dem dominus und dem procurator. In der L. 10. §. 8. hat der dominus auf das Miethgeld verzichtet. Das periculi pretium der L. 5. D. de nautico foenore (22. 2.) gehört theilweise hieher. Über diese Stelle vgl. Pardessus collection de lois maritimes. Bd. 1. S. 115. Die obigen Stellen widerlegen die Behauptung von Treitschke in Richters Jahrbüchern 1843. S. 712., daß die Zinsen rechtlich nie als Assecuranzprämie behandelt werden dürfen.

5) Die L. 3. D. de eo quod certo loco (13. 4.) sagt: pecuniarum quoque, licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius, et gravibus usuris.

oder gleich anfangs bei derselben, ganz oder theilweise, durch einen Abzug vom Capital. Im erstern, gewöhnlichen, Fall ist außer dem Capital auch Miethgeld und Assecuranzprämie creditirt, im andern Fall sind diese beiden Vergütungen, gänzlich oder theilweise, nicht creditirt worden. Der gesetzliche Zinsfuß ist eine Preistaxe, er beschränkt die Autonomie, und kann daher das Nehmen einer angemessenen hohen Assecuranzprämie hindern, so daß der Gläubiger sich begnügen oder nicht hinleihen muß. Die Überschreitung des gesetzlichen Zinsfußes ist Wucher. Der Wucher ist entweder 1. Wucher am Zins, wenn die Zinsen namentlich als Zinsen gesetzwidrig hoch bestimmt sind; oder 2. Wucher am Stamm, wenn an Capital weniger gegeben, als zurückversprochen wird. Er geschieht in folgenden Formen: a. der Schuldschein wird auf mehr Capital gestellt, als gegeben worden ist. b. Der Capitalübertrag geschieht statt in Geld in andern Sachen, welche der Empfänger veräußern soll, und welche höher angeschlagen werden, als er aus ihnen löset. c. Die bedungenen Zinsen werden sofort von dem zu leihenden Capital abgezogen. Hierdurch stellen sich die Zinsen höher, als sie ohne diese Zahlungsart zu berücksichtigen festgesetzt sind, weil der Capitalübertrag vermindert, und daher Miethgeld und Prämie auf ein größeres, als das creditirte, Capital berechnet ist; dem Schuldner kommt ein Theil des besprochenen Capitals und die Creditirung der Zinsen nicht zu Gute. Der Wucher am Stamm ist juristisch ein indirecter Wucher am Zins, die Zinsen sind der Wirklichkeit nach höher, als sie scheinen. In fraudem legis kann seyn die Bewilligung einer Provision für den Darleiher[5b]. —

5b) Sie ist es nicht nothwendig. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 1. No. 26. S. 31. Bd. 3. No. 308. S. 342.

Das Vorstehende trifft alle Darlehen, sowohl das nicht kaufmännische als das kaufmännische [6], mag man unter diesem ein solches, bei welchem der Gläubiger, oder bei welchem der Schuldner ein Kaufmann ist, oder bei welchem beide Kaufleute sind, verstehen [7]. Der Kaufmann giebt keine Darlehen, aber nimmt sie, als Schuldner *. Das Capital heißt dann Depositengeld [8], die Rechnung conto a deposito; der Name ändert aber das gemeinte Darlehen nicht [9]. Das Depositengeld steht gewöhnlich auf

---

6) Marquard S. 491 — 500. da Silva Tomo V. cap. XVIII. S. 33—35. Fremery Chap. XIII. S. 71 — 82.

7) Vom kaufmännischen Darlehen, characterisirt durch seinen Zweck, einer Handelsunternehmung zu dienen, und dadurch, daß wenigstens der Schuldner Kaufmann ist, handelt in eigenen Abschnitten der Código de comercio Art. 387—403, und der Codigo commercial Art. 272 — 278. Vgl. auch Entwurf für Württemberg Art. 390 — 403. und Motive S. 354 — 360. Merkwürdig, eigenthümlich, scheinbar, anregend, aber unrichtig und unweise ist die Bestimmung des Art. 274. Todo o contracto commercial feito a credito involve em si o contracto de mutuo. O credito é um emprestimo reciproco, que se faz de fazendas ou dinheiro sobre a reputaçao da probidade, e solvabilidade d'um negociante. O credito pois é o mutuo mercantil; e em ultima analyse o unico contracto, a que todas as convençoens commerciaes se podem referir.

*) Mit einem Kaufmann, namentlich Banquier, kann auch ein irreguläres Depositum abgeschlossen werden. Im Zweifel, ob das Geschäft ein solches oder ein Darlehn sei, ist das letztere anzunehmen. A. M. ist v. Vangerow Pandekten Bd. 3. §. 630. S. 393., wenn nicht die Meinung nur die ist, daß das irreguläre Depositum factisch gewöhnlicher sei, was aber ebenfalls nicht zuzugeben ist.

8) Martens Ursprung des Wechselrechts §. 7. 13. Pöhls Handelsrecht. Bd. 1. S. 202. Note 1.

9) L. 24. D. depositi (16. 3.) L. 26. §. 1. D. eod.

willkürliche Kündigung mit sofortiger Zahlung, und daher zu geringeren Zinsen, als die sonstigen Umstände an die Hand geben, und genießt oft im Concurs ein Vorzugsrecht vor den andern simpeln Buchschulden. Die Zinsen [10] sind gemeinrechtlich auch für den Kaufmann, sei er der Schuldner oder der Gläubiger, auf fünf Procent beschränkt [11], die Particularrechte gestatten aber sechs Procent [12], namentlich bei eigenen Wechseln [13], auch wohl unter besonderen Umständen [14], oder selbst ohne solche [15], noch mehr Procent zu nehmen.

Für die Vergleichung des Darlehens mit dem unregelmäßigen Depositum vgl. Neustetel und Zimmern römischrechtliche Untersuchungen. S. 1—26. — Código de comercio. Art. 404—411. — Codigo commercial. Art. 304—311.

10) Código de comercio. Art. 393—403. — Codigo commercial. Art. 279—290.

11) Denn die 8 Procent der L. 26. §. 1. de usuris (4. 32.), welche das canonische Zinsverbot cassirt hat, sind durch die Reichsgesetze so wenig, wie durch die an dieselben sich anlehnende Praxis wieder gestattet worden.

12) Z. B. österreichisches Patent vom 4. July 1792. (Meißner Codex. Bd. 1. S. 40. 43.). — Código de comercio. Art. 397. — Codigo commercial. Art. 281.

13) Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte. Bd. 2. S. 832—834.

14) Z. B. nach preuß. Ld. R. §. 692. willkürlich hohe Zinsen, wenn ohne besondere Sicherheit auf nicht länger als sechs Monate geliehen ist.

15) Willkürlich hohe Zinsen zu stipuliren gestattet der Codigo commercial. Art. 280. 637. Vgl. auch Motive S. 288—290 zu dem Entwurf für Württemberg.

Dritter Abschnitt.

Die Zahlung.

§. 112.

Einleitung.

Als Gegenstand der Zahlung ist im Verlauf immer Geld gedacht. I. Directe und indirecte Zahlung. Die Zahlung geschieht unter Gläubiger und Schuldner entweder direct, oder sie geschieht indirect durch Vermittelung eines Dritten, welcher zur Zahlung oder zur Eincassirung beauftragt ist, oder welcher Schuldner des Gläubigers oder Gläubiger des Schuldners wird. Der Dritte kann dann wieder direct oder indirect die Zahlung machen oder erhalten. Die directe Zahlung ist entweder Baarzahlung oder Compensation; die indirecte findet Statt bei dem Zahlungsmandat, dem Eincassirungsmandat, der Cession, der Assignation, der Delegation, der Scontration, dem trassirten Wechsel, der Girobank. Die directe Baarzahlung wird durch alle diese andern Zahlungsarten entweder wesentlich oder unter Umständen vermieden, surrogirt. Alle Surrogate der baaren Metallzahlung führen zur Ersparung: geringere Münzmenge, weniger Raum, Zeit, Last, Kosten des Zählens, des Aufbewahrens, der Verpackung, des Transports, der Assecuranz. II. Zahlung oder Surrogat. Was nicht Baarzahlung dieser Schuld an den Gläubiger oder dessen Stellvertreter[1] ist, ist ein Surrogat. Der Gläubiger braucht sich ein

---

Die Zahlung. Marperger neu eröffnetes Handelsgericht. Cap. XV. XVI. S. 377—524.

1) L. 11. §. 5. D. de pigneratitia actione (13. 7.) L. 49. D. de solutionibus (46. 3.).

Surrogat, ein aliud pro alio, nicht gefallen zu lassen [2], er darf es aber, und dann ersetzt für immer oder einstweilen sein Begnügen die Zahlung, das Surrogat gilt als Zahlung, satisfactio pro solutione est [3]. Als Surrogat, welches ein für allemal oder vorläufig als Zahlung gilt, sind folgende Verhältnisse häufig; das vorläufige Surrogat kann für die künftige wirkliche Zahlung eine Sicherheit gewähren. 1. Der Gläubiger begnügt sich mit einem später fälligen Schuldschein oder Wechsel. Darin liegt eine Prolongation, statt Baarzahlung ist der Credit genommen. 2. Der Schuldner acceptirt eine vom Gläubiger auf ihn gezogene Anweisung oder Tratte. Er verspricht dann nicht Zahlung der Schuld, sondern der Summe, und macht sich zum Schuldner des Assignatars oder Remittenten. Bei späterem Verfalltag des Accepts liegt eine Prolongation vor, und statt Baarzahlung ist Credit genommen; aber auch bei zugleich fallenden Verfalltagen ist es so. Denn der Gläubiger steht seinem Nehmer für den Regreß, und ist, kommt es dazu, immer noch auf den Schuldner hingewiesen; der Zeitverlust ist klar, kann durch die grundlosesten Ausflüchte des Schuldners herbeigeführt werden, dieser mittlerweile insolvent werden. Also creditirt der Gläubiger länger bei Annahme des Accepts, er riskirt nach vergeblichen Kosten und Zeitverlust endlich ganz auf den alten Fleck zu kommen, wo-

---

2) L. 2. §. 1. D. de R. C. (12. 1.) L. 10. D. de pigneratitia actione (13. 7.) L. 16. C. de solutionibus (8. 43.) L. 98. §. 6. D. de solutionibus (46. 3.).

3) pr. §. 1. I. quibusmo dis tollitur obligatio (3. 30.) L. 52. L. 54. D. de solutionibus (46. 3.) L. 6. §. 1. D. quibus modis pignus (20. 6.) L. 9. §. 3. D. de pigneratitia actione (13. 7.).

bei es ganz gleich ist, ob der Nehmer des Papieres einfacher oder in rem suam procurator ist. 3. Der Gläubiger läßt sich durch unacceptirte Rimessen auf den Credit eines Dritten verweisen; sind diese so früh fällig, daß noch vor dem Verfalltag der Schuld die Honorirung oder Nichthonorirung sich entscheidet, so daß also am Verfalltag der Schuldner angegangen werden kann, so ist nichts gewagt, wenn später, dann ist prolongirt, und wie bei jeder Prolongation riskirt. 4. Der Gläubiger nimmt einen andern Schuldner, nämlich einen ihm übermachten Schuldschein eines Dritten (Staatspapier, Banknote, eigenen Wechsel Dritter, fremdes Accept von Anweisungen oder Wechseln), oder der Dritte verspricht eben in Beziehung auf diese Schuld als Intercedent. Ist der Regreß des Gläubigers gegen den Schuldner nun ausgeschlossen, so ist mit fremdem Credit bezahlt, ist er offen, so ist nach der Unterscheidung unter 3. entweder nichts verloren, oder der Credit verlängert. 5. Die Compensation ist ein Surrogat, denn Anrechnung ist nicht Baarzahlung. Sie gilt als solche gesetzlich oder vertragsmäßig. 6. In der Annahme eines Pfandrechts oder Retentionsrechts liegt kein Surrogat, denn der Anspruch auf Baarzahlung bleibt.

Erste Abtheilung.

Die directe Zahlung.

---

§. 113.

Baarzahlung. Compensation.

I. Die Baarzahlung (per cassa) geschieht in Metallgeld (Contanten) oder Papiergeld. Das characteristische Unterscheidungszeichen des letzteren von ähnlichen Subsstituten

des Metallgeldes, namentlich den Creditpapieren, ist der Zwangscours, daß es von jedem Unterthan statt Metallgeldes angenommen werden muß. Die Baarzahlung hat für das Handelsrecht nichts Besonderes [1]. Keine Zahlung ist Zahlung mit verrufenem Geld [2], oder mit fremdem Geld bevor es der Empfänger consumirt hat [3]. II. Compensation [4]. Auch über sie gelten im Handelsrecht nicht besondere Grundsätze. Unter den Kaufleuten werden meistens eine Menge von Schulden und Forderungen durch einen Generalabschluß gegen einander compensirt. Wenn sie in dauernder Geschäftsverbindung, und daher in einem gegenseitigen Creditverhältniß (in laufender Rechnung, — in Contocourant) stehen [5], Freunde, so werden zur Zeit des Rechnungsabschlusses von jedem Einzelnen die Schulden und Forderungen an den Andern, das debet und credit, gegen einander berechnet [6], und die für den einen Theil sich als credit herausstellende Differenz, der „Saldo," ist dann Gegenstand der Zahlung. Dieser Saldo, der also das Resultat einer Reihe von Compensationen ist, wird dann entweder bezahlt, oder, um bei einer künftigen

1) Pöhls Handelsrecht §. 126. S. 289—293. Über die Zahlung mit Geldpaketen und Geldsäcken vgl. Gaudlitz diss. de voluminibus et saccis pecunia impletis. Lipsiae 1834. Motive S. 276—280 zu den Art. 313b. 313c. des Entwurfes für Württemberg.

2) L. 24. §. 1. D. de pigneratitia actione (13. 7.) L. 102. pr. D. de solutionibus (46. 3.).

3) L. 19. §. 1. D. de R. C. (12. 1.).

4) Casaregis I. S. 192—197. II. S. 136—140.

5) Casaregis I. S. 311—319. passim. II. S. 394. 395. 294—299.

6) Über Rechnungsfehler: Brinkmann Rechtskunde. Bd. I. Schleswig 1831. No. 26.

Abrechnung in Anschlag gebracht zu werden, dem Gläubiger, sowohl von sich selbst in seinen Büchern, als auch vom Schuldner in seinen Büchern, als credit des Gläubigers und debet des Schuldners zu Gute geschrieben, der Saldo wird „vorgetragen." Ist der Saldo auf diese Weise berechnet („aufgemacht," „die Bilanz gezogen"), so wird diese Berechnung mit der Schlußsumme in einer besondern Urkunde, diese heißt auch der Contocourant, dargestellt, und wie jede andere Rechnung vom Gläubiger dem Schuldner zugestellt. Ob dies als Mahnung, also mit der Wirkung der mora anzusehen sei, ist aus den Umständen zu beurtheilen, denn oft wird der Contocourant nur deshalb übersandt, um dem Schuldner über den Stand seines Schuldverhältnisses eine Nachweisung zu geben, daher auch oft auf Auffordern des Schuldners, und vor dem gewöhnlichen Abschlußtermin. Dieser ist in der Regel der Jahresschluß, so daß die vorgetragenen Posten vom ersten Januar an neu verzinst werden. Bei mehrmaliger Abrechnung nicht eingeforderte Posten gelten, wenn nicht besondere Umstände dagegen sind, als erlassen[7]. III. Die Zahlung a conto bedeutet entweder eine Abschlagszahlung, oder das Ab- und Zuschreiben in den Handelsbüchern des Gläubigers und Schuldners, wo sie also eine Zahlung durch Compensation ist. Da aber die letztere eine Gegenforderung des Schuldners voraussetzt, so ist da, wo diese noch nicht existirt, unter jenem dann unpassenden Ausdruck nur das Setzen auf Rechnung zum Behuf einer künftigen Compensation zu verstehen.

---

7) L. 26. D. de probationibus (22. 3.). Vgl. L. 13. pr. D. de usuris (21. 1.) L. 5. 8. C. eod. (4. 32.).

Zweite Abtheilung.

Das Zahlungsmandat.

§. 114.

Form und Annahme.

I. Das Zahlungsmandat kann mündlich[1] und schriftlich[2], ausdrücklich und stillschweigend[3] ertheilt werden. Es kann darauf gehen, daß der Mandatar eine ihm vom Mandanten übermachte species, dieses ihm überlieferte Geld, dem Dritten einhändige[4]. Dann erhält der Dritte wohl einen s. g. Extraditionsschein, Auslieferungsschein. Nicht dieser Fall wird gedacht werden, sondern daß das Mandat auf eine in genere zu machende Zahlung geht. Ein solches Mandat liegt vor namentlich bei den s. g. Dispositionsscheinen[5], bei dem Creditbrief in diesem Sinn[6],

1) Das Zahlungsmandat in Stipulationsform: L. 38. §. 21—23. D. de V. O. (45. 1.).

2) L. 89. §. 1. D. de solutionibus. (46. 3.).

3) Z. B. der procurator omnium rerum hat es. L. 89. §. 1. L. 34. §. 3. D. de solutionibus (46. 3.). Dem Zahlungsmandat steht das Mandat gleich: liberire Deinen Schuldner. L. 27. pr. D. mandati (17. 1.).

4) L. 17. D. de solutionibus (46. 3.) [vgl. L. 20. D. eod. L. 13. L. 19. §. 1. D. de R. C. (12. 1.)] L. 2. §. 6. L. 9. §. 2. L. 13. L. 25. D. de donationibus (39. 5.) L. 9. pr. D. de jure dot. (23. 3.) L. 36. D. de pactis (2. 14.) L. 22. §. 7. D. mandati (17. 1.) L. 52. §. 16. D. de furtis (47. 2.) L. 26. pr. D. de donat. int. V. et U. (24. 1). L. 6. §. 2. L. 24. D. de negot. gestis (3. 5.).

5) Sie kommen als ein lediglich zwischen dem Mandanten und Mandatar verhandeltes Zahlungsmandat vor, um Anweisung und Tratte wegen des Stempels zu vermeiden. Vgl. Bender Wechselrecht. Bd. 2. S. 36. Note. In einem andern

und bildet die eine Seite bei der Anweisung und bei dem trassirten Wechsel. Das Mandat lautet regelmäßig: zahle die Summe von 100. Ist der Mandatar Schuldner des Mandanten, so kann es lauten: 1. Zahle die Summe von 100. 2. Zahle die mir schuldigen 100. 3. Zahle die Summe von 100, wir wollen auf die mir schuldigen 100 anrechnen[7]. II. Die Annahme des Zahlungsmandats ist wie überhaupt die Annahme eines jeden Mandats, und allgemeiner das Eingehen eines jeden Vertrages[8], reine Willkür des Beauftragten[9]. Dies gilt auch, wenn der Mandatar Schuldner des Mandanten, und auf

---

Sinn, nämlich als einer cautio indiscreta, ist des Dispositionsscheines bei Noback H. W. §. 245. S. 544. gedacht.

6) Der Creditbrief (das Accreditiv), nicht als Creditmandat (vgl. oben §. 108.), sondern als Zahlungsmandat gedacht (über den Creditbrief in diesem Sinn vgl. mit Vorsicht: Pöhls Handelsrecht §. 93. Mittermaier §. 560. da Silva Tomo V. cap. X. S. 21. Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 98. Morstadt H. R. §. 19 C. S. 53. 54. — Preußisches Landrecht §. 712. — Código de comercio. Art. 572—579. — Codigo commercial. Art. 444—449. 452. — Entwurf für Württemberg Art. 424—426. und Motive S. 374. 375.), wird entweder direct vom Aussteller dem Mandatar übersandt, oder dem Dritten, zu dessen Gunsten er lautet, eingehändigt und von diesem überbracht, dann hat er ganz die Natur einer Anweisung. So ist es immer der Fall bei dem Circular-Creditbrief. Vgl. über diesen: Noback H. W. §. 147. Morstadt H. R. §. 19. C. S. 53. 54.

7) Nur bei der zweiten Clausel ist es direct so, als habe der zahlende Mandatar seinem Gläubiger selbst gezahlt. L. 12. C. de solutionibus (8. 43.). Bei den andern beiden Clauseln wird der Mandatar erst durch Compensation liberirt.

8) L. 5. C. de O. et A. (4. 10.).

9) L. 22. §. 11. D. mandati (17. 1.).

dieselbe Summe ist, gleich viel, welcher Art die Schuld sei. Denn muß gleich der Schuldner nicht nur dem Gläubiger, sondern auch jedem legitimirten Stellvertreter desselben zahlen, und kann gleich dieser, wenn ihn der Gläubiger mit den ihm zustehenden Mitteln versehen hat, die Zahlung erzwingen, so braucht doch nie ein Schuldner seinem Gläubiger zu versprechen, daß er einem Andern zahlen wolle, weder daß er diese Schuld, noch daß er die Summe dieser Schuld zahlen wolle, denn es wird dadurch neben dem debitum noch eine neue obligatio begründet, und deren Übernahme ist willkürlich [10], selbst wenn das debitum als getilgt gelten soll.

§. 115.

Erfüllung.

Das übernommene Mandat muß erfüllt werden [1], d. h. der Mandatar ist dem Mandanten verpflichtet, dem Dritten zu zahlen. Der Mandant hat, die Erfüllung zu erzwingen, die directa mandati actio. I. Die Zahlung muß auftragsmäßig beschafft werden. Daher muß er 1. zahlen. Der Zahlung steht jedes Abfinden gleich, welches der Dritte als Zahlung gelten lassen will [2]. 2. Die beorderte Summe zahlen, nicht mehr [3], und nicht weniger. 3. Zur beorderten Zeit [4] und am beorderten Ort zahlen. 4. Der benannten Person, deren Identität mit

---

10) L. 5. C. de O. et A. (4. 10.).

1) L. 12. §. 11. D. mandati (17. 1.).

2) Allgemeine Grundsätze, und speciell z. B. L. 45. §. 4. D. mandati (17. 1.).

3) L. 89. §. 1. D. de solutionibus (46. 3.) L. 57. §. 1. D. de cond. indebiti (12. 6.).

4) Vgl. L. 22. pr. §. 1. D. mandati (17. 1.).

dem Empfänger er also zu prüfen hat. Die Zahlung an den Unrechten steht auf Gefahr des Mandatars [5], es möchte denn der Mandant diese mandatswidrige Zahlung ratihabirt haben [6], oder vielmehr binnen paßlicher Zeit nicht protestirt haben [7]. Soweit aber das dem Unrechten Bezahlte dem Mandanten zu Gute kommt, ist der Mandatar außer Verantwortung [8]. Der Mandatar kann sich, ist er über die Legitimation zweifelhaft, die Rückforderung, falls nicht dieser Empfänger genehmigt werde, vorbehalten [9]. 5. Wenn die Zahlung als eine von dem Mandanten dem Dritten gemachte gelten soll, nicht suo nomine, sondern Namens des Mandanten zahlen [10]. Es kann dann aus denselben Gründen, aus welchen eine direct vom Mandanten gemachte Zahlung angefochten werden kann, auch die Zahlung des Mandatars angefochten werden; es kann auch natürlich die anfechtbare Zahlung nicht die Wirkung haben, wie die zu Recht beständige, und was die

---

5) L. 34. §. 4. D. de solutionibus (46. 3.).

6) L. 12. pr. §. 4. D. de solutionibus (46. 3.) L. 12. C. eod. (8. 43.).

7) L. 13. D. eod.

8) Vgl. L. 34. §. 9. D. de solutionibus (46. 3.).

9) L. 14. pr. D. eod.

10) Vgl. 1. L. 82. D. de jure dotium (23. 3.). — 2. L. 5. §. 9. D. eod. — 3. L. 52. §. 16. D. de furtis (47. 2.). — 4. L. 25. D. de donationibus (39. 5.). — 5. L. 9. §. 8. D. de R. C. (12. 1.) nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio, cum cottidie crediturі pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor [meus et] futuro debitori nostro. Lies entweder: nomine credatur futuro, oder nomine creditor meus det futuro. (vgl. L. 15. D. eod.). — L. 32. D. de R. C. (12. 1.).

letztere bewirkt hätte, ist bei jener wenigstens nicht nach allen Seiten hin, oder wohl nach keiner Seite hin erreicht[11]. 6. Die Zahlung so bewerkstelligen, daß das gezahlte Geld bei dem Dritten auch sicher verbleibt, also namentlich nicht dieser wegen Ansprüche Dritter tenent ist[12]. Wenn er gezahlt hat, muß er sofort den Mandanten davon benachrichtigen[13]. II. Das factisch von dem Mandatar an den Dritten gehende Zahlungsobject gilt juristisch als zuvor in den Besitz des Mandanten und dann an den Dritten gegangen[14]. III. Der Mandatar, welcher nicht zahlt, muß mandati actione haften[15], nämlich das Interesse ersetzen[16].

§. 116.

Revalirung.

I. Revalirung. Der Mandatar, welcher auftragsmäßig

---

11) Die Verhältnisse des einzelnen Falles bestimmen, wie diese Regel sich concret herausstellt. Interessant ist das Verhältniß der L. 51. §. 1. D. de pactis (2. 14.).

12) Z. B. er zahlte mit fremdem Geld L. 19. §. 1. D. de R. C. (12. 1.); oder er zahlt mit geborgtem Geld, aber unter Verhältnissen und auf eine Art geborgtem, daß der Dritte dem Darleiher verhaftet ist. L. 22. §. 8. D. mandati (17. 1.).

13) L. 29. §. 3. D. mandati (17. 1.).

14) 1. L. 3. §. 12. 13. D. de donationibus inter V. et U. (24. 1.) L. 15. D. de R. C. (12. 1.). — 2. L. 19. D. de jure dotium (23. 3.). — 3. L. 19. §. 5. D. ad Sct. Vellejanum (16. 1.). — 4. L. 57. §. 1. D. de cond. indebiti (12. 6.). — 5. L. 44. pr. D. de furtis (47. 2.) L. 18. D. de condictione furtiva (13. 1.).

15) L. 5. §. 1. L. 6. §. 1. L. 22. §. 7. D. mandati (17. 1.).

16) L. 8. §. 6. D. mandati (17. 1.) L. 38. §. 23. D. de V. O. (45. 1.) L. 12. §. 10. D. mandati (17. 1.)

gezahlt hat[1], ist berechtigt, von dem Mandanten Schadloshaltung zu fordern. Denn er gilt im Zweifel nicht als Schenker[2]. Die Klage, contraria mandati actio, ist eine Klage auf Abrechnung[3]. Es ist für den Anspruch auf Schadloshaltung gleich, ob das Verhältniß zwischen dem Mandanten und dem Dritten im Reinen ist, oder nicht[4]. Der Anspruch geht wesentlich auf Erstattung der dem Dritten gezahlten Summe, sodann der in Folge des Auftrages aufgewandten Kosten und der etwa verdienten Provision[5]. Ohne weitere Beredung geht er auf baare Erstattung. Der Mandant kann von Einreden namentlich die der Compensation haben, der gesetzlichen oder verabredeten. Diese liegt in der Beredung, daß der Mandatar nach beschaffter Zahlung bis auf die concurrente Summe aufhören solle, Schuldner zu seyn. II. Zeit der Revalirung. Der Mandatar kann ohne Zweifel, wenn er bereits gezahlt hat, sofort sich revaliren[6], und nicht längere Zeit vor dem Termin, auf welchen die Zahlung beordert ist[7]. Muß er aber, ehe er sich revaliren darf, gezahlt haben, oder darf er, ehe er zahlt, die Revalirung verlangen? Zuvörderst muß die ausdrückliche Beredung entscheiden, und das, was aus den besonderen Verhältnis-

1) Dem kann Beerbung gleich stehen. L. 11. D. mandati (17. 1.).

2) L. 12. §. 17. D. mandati (17. 1.).

3) L. 6. §. 7. D. de his qu. n. inf. (3. 2.).

4) L. 34. §. 7. D. de solutionibus (46. 3.).

5) L. 12. §. 9. L. 27. §. 4. D. mandati (17. 1.). L. 1. L. 20. §. 1. C. eod. (4. 35.).

6) L. 26. §. 5. D. mandati (17. 1.).

7) L. 22. pr. §. 1. D. eod. L. 31. D. de fidejussoribus (46. 1.).

sen als die stillschweigende Meinung erhellt; so macht die Girobank nur gedeckte Zahlungen, so ist bei der Clausel: und stellen Sie es in Rechnung [8], oder wenn der Mandant durch seine augenblickliche Geldverlegenheit den Auftrag motivirt, die Meinung klar, daß der Mandatar in Vorschuß gehen solle. Im Zweifel ist er, so scheint es, nicht verpflichtet, in Vorschuß zu gehen [9].

§. 117.

Contreordre und Ablehnung.

I. Contremandiren 1. Der Mandant darf das Zah-

---

8) Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 32.

9) Die Hauptstelle, direct vom Zahlungsmandat redend, ist L. 45. §. 4. 5. mandati (17. 1.). Sie leidet aber auch eine andere Interpretation, als die bei Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 33. gegebene; sie erklärt, scheint es, die beiden Umstände, expromissio und condemnatio, nicht für solche, daß erst dann, sondern daß schon dann, und nicht zu einer spätern Zeit vor der wirklichen Zahlung, die Mandatsklage gestattet ist. Nur dazu möchte das humanius est, und et in hoc casu passen, es ist damit auf eine Begünstigung des Mandatars gedeutet, während nach jener Erklärung der Mandant der gegen den allgemeinen Grundsatz, daß der Mandatar nicht in Vorschuß zu gehen brauche, Begünstigte ist. Vgl. auch a. a. O. S. 356 Note 24. Zu vergleichen wären noch etwa: 1. L. 12. §. 17. D. mandati (17. 1.). — 2. L. 13. L. 45. pr. D. eod. 3. L. 45. §. 2. D. eod. 4. L. 38. §. 1. D. eod. L. 10. C. eod. (4. 35.) L. 47. L. 50–52. L. 56. §. 1. D. eod. (17. 1.) L. 45. 64. D. de fidejussoribus (46. 1.) L. 8. §. 2. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.). — 5. L. 58. §. 2. D. locati (19. 2.). Über Gleichstellung der solutio und condemnatio L. 6. L. 10. C. mandati (4. 35.) [L. 67. D. de fidejussoribus (46. 1.).]

lungsmandat einseitig zurücknehmen[1]. Anders dann, wenn der Mandatar nicht lediglich die Verbindlichkeit, sondern ein Recht, dem Dritten zu zahlen, hat[2]. Der Tod des Mandanten steht dem Widerruf gleich[3]. 2. Das Zahlungsmandat kann so lange zurückgenommen werden, als noch res integra, d. h. so lange die Zahlung noch nicht geschehen ist, mag sie auch vom Mandatar dem Dritten selbstständig versprochen worden seyn*. Denn dieses Versprechen, ein, wenn Worte und Meinung des Mandats auf Zahlung gehen, offenbar mandatswidriges[4] Verfahren, kann dem Revocationsrecht des Mandanten nicht präjudiciren, ihm nicht zu mehr verpflichten noch zu weniger berechtigen, als ohne das Versprechen seine Verbindlichkeit und sein Recht gewesen wäre. Das Revocationsrecht ist aber dann durch das Versprechen ausgeschlossen, wenn das

1) Vgl. z. B. L. 106. D. de solutionibus (46. 3.).

2) Vgl. z. B. L. 12. §. 3. L. 106. L. 108. D. de solutionibus (46. 3.). Über die L. 108. D. cit. Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 4. Nr. 19. — 2. L. 36. D. de pactis (2. 14.). — 3. L. 3. C. de novationibus (8. 42.). Vgl. unten §. 120.

3) L. 26. pr. §. 1. D. mandati (17. 1.) L. 19. §. 3. D. de donationibus (39. 5.) L. 77. §. 6. D. de legatis II. (31.) L. 41. D. de R. C. (12. 1.).

*) Das Versprechen steht der Zahlung nicht schon dann gleich, wenn keine Zahlungszeit bestimmt ist (so meint Günther in Weiskes Rechtslexikon Bd. 1. S. 328. 329.), sondern wenn überdies der Dritte es als Zahlung gelten lassen will, also z. B. als Gläubiger des Mandanten diesen durch das Versprechen des Zahlungsmandatars liberirt seyn lassen will.

4) Vgl. L. 51. §. 1. D. de pactis (2. 14.) und die Stellen in Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 354. Note 19. S. 394. Note 90.

Zahlungsmandat der eigentlichen Meinung nach als ein Mandat zu versprechen aufzufassen ist. 3. Das Zahlungsmandat ist stillschweigend widerrufen, wenn das demselben correspondirende Eincassirungsmandat widerrufen ist, denn jenes Mandat kann neben der Aufhebung von diesem nicht bestehen. Daher darf der Zahlungsmandatar, der diesen Widerruf weiß, nicht zahlen, zahlt er dennoch, so wird er, mandatswidrig handelnd, nicht liberirt[5]. So ist also die Meinung des Mandanten hinsichtlich des einen Mandats aus seiner Meinung hinsichtlich des andern zu entnehmen. 4. Der Widerruf muß dem Mandatar bekannt geworden seyn. Hat er, ohne ihn zu kennen, gezahlt, so gilt die Zahlung zwischen dem Mandanten und Mandatar als mandatsmäßig[6], der Mandatar ist als Schuldner liberirt[7]. Nicht so, wenn er den Widerruf wissend zahlt, es möchte denn die Zahlung hinterher vom Mandanten genehmigt seyn[8]. Jedenfalls wird aber der Dritte Eigenthümer des empfangenen Geldes[9]. II. Aufkündigungsrecht des Mandatars. Der Mandatar darf einseitig das Mandat aufkündigen. Doch nur dann, wenn dem Man-

5) L. 12. §. 2. L. 18. L. 34. §. 3. L. 51. D. de solutionibus (46. 3.). — Widerruf des Widerrufs: L. 12. §. 16. D. mandati (17. 1.).

6) L. 15. D. mandati (17. 1.) L. 51. D. de solutionibus (46. 3.).

7) So die Stellen der Note 5. Tiefer geht auf die Frage ein L. 38. §. 1. D. de solutionibus (46. 3.): wie liberirt? nicht immer schlechtweg, er kann unter Umständen ihm nutzlose Klagen gegen den Empfänger haben, diese muß er dem Mandanten cediren.

8) L. 12. §. 16. D. mandati (17. 1.).

9) Vgl. L. 19. §. 3. D. de donationibus (39. 5.) L. 34. §. 7. D. de solutionibus (46. 3.).

danten noch factisch und juristisch die Möglichkeit bleibt, die Zahlung selbst oder durch einen Andern bequem zu bewerkstelligen; er muß also rechtzeitig den Mandanten benachrichtigen, daß er den Auftrag nicht besorgen werde [10]. Ein Casus, der die Ausführung oder Benachrichtigung hindert, präjudicirt dem Mandanten [11]. Nie aber sind gerechte Entschuldigungsgründe zu überhören [12].

§. 118.

Anderweitiges Verhältniß.

I. Außer dem Mandat kann zwischen dem Mandanten und Mandatar noch ein anderweitiges Verhältniß seyn. 1. Es wird dem Mandatar durch das Mandat etwas Angenehmes erwiesen, gewissermaßen geschenkt, wegen des Interesse, das er an dem Dritten nimmt [1]. 2. Es wird ihm wirklich geschenkt, z. B. Baarfonds übermacht, damit er seinen Gläubiger bezahle [2]. 3. Der Mandant will seine Darlehnsforderung einziehen [3]. 4. Der Mandant

---

10) L. 22. §. 11. D. mandati (17. 1.).

11) L. 22. §. 11. D. eod. idque sua non alterius culpa fecerit. L. 27. §. 2. D. eod. quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatioris intersit tenebitur: si alia ex causa non poterit nuntiare, securus erit.

12) L. 23—25. D. eod. Sane si valetudinis adversariae, vel capitalium inimicitiarum, seu ob inanes rei actiones, seu ob aliam justam causam excusationes alleget, audiendus est.

1) L. 5. §. 9. D. de jure dot. (23. 3.). Es ist Schenkung und auch wieder nicht Schenkung.

2) Hier wird es bedeutend, ob die Schuld causa donandi oder conditio ist. Vgl. L. 2. §. 7. L. 3. D. de donationibus (39. 5.).

3) L. 19. §. 3. D. de donationibus (39. 5.).

will ein Darlehen vom Mandatar aufnehmen[4]. 5. Der Mandant schenkt und borgt wieder, die Auszahlung an den Dritten beordernd[5]. Danach können die obigen Sätze eine Modification erleiden. II. Das Verhältniß des Mandanten zu dem Dritten kann sehr mannichfacher Art seyn[6]. III. Aus dem Zahlungsmandat erhält der Dritte weder gegen den Mandanten noch den Mandatar einen Anspruch[7].

Dritte Abtheilung.

Das Eincassirungsmandat.

§. 119.

Das Eincassirungsmandat.

I. Der Eincassirungsmandatar, Mandatar oder Commissionair zum Incasso, soll eine Summe eincassiren, nämlich entweder eine Summe oder eine Schuld sich von dem Dritten auszahlen lassen. Er soll die Summe entweder lediglich zum Vortheil des Mandanten erheben, um sie darauf diesem auszukehren, — erster Fall; oder auch *

4) L. 19. §. 5. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.).

5) Ohne Hereinziehen des Dritten hat den Fall L. 33. §. 1. D. de donationibus (39. 5.) „novum dominium quaeritur" und genauer L. 20. D. de R. C. (12. 1.).

6) Z. B. 1. donaturus. L. 34. §. 7. D. de solutionibus (46. 3.). — 2. creditori, — futuro debitori. L. 49. D. eod. — 3. ut per eum sibi mitterentur. L. 89. §. 1. D. eod.

7) L. 53. D. familiae erciscundae (10. 2.). L. 9. §. 4. D. de R. C. (12. 1.). Bei der Schenkung ist eine Ausnahme. L. 3. C. de donationibus quae sub modo (8. 55.).

*) Dies bedeutende Wort fehlt in der ersten Auflage durch einen Satzfehler.

zu eigenem Vortheil, in rem suam, um sie zu behalten, — anderer Fall. II. In beiden Fällen muß er die Eincassirung rechtzeitig [1], und mit allem Fleiß [2] betreiben, widrigenfalls haftet er für das Interesse. Im ersten Fall muß er die empfangene Summe dem Mandanten auskehren [3], verzögert er die Auskehrung [4], oder unterläßt er sie [5], so muß er für das Interesse einstehen. Er darf, ist der Dritte Schuldner, die Schuld weder ganz noch theilweise erlassen [6]. Im andern Fall darf er die Summe einbehalten, z. B. als Darlehn [7], oder Bezahlung seines Guthabens [8]. Auch in diesem Fall hat er die Stellung eines Mandatars und dessen Verbindlichkeit, die Eincassirung gehörig zu betreiben und für das Interesse einzustehen, welches sich aber hier in der Form gestaltet, daß es, ungeachtet er gar nicht oder nicht gehörig empfing, gilt, als habe er gehörig empfangen. Der durch den Empfang bezweckte Titel wird nun durch den Empfang verwirklicht, und er tritt nun hervor, und die Stellung aus dem Mandat in den Hintergrund [9]. In beiden Fällen kann er den Aufwand, den er hat machen müssen, ersetzt verlangen [10]. III. Die Zurücknahme des Mandats ist im

1) L. 56. D. de jure dotium (23. 3.).

2) L. 11. C. mandati (4. 35.) vgl. L. 108. §. 12. D. de legatis I. (30.).

3) L. 8. §. 9. L. 17. L. 20. D. mandati (17. 1.).

4) L. 10. §. 3. D. mandati (17. 1.).

5) L. 11. C. mandati (4. 35.).

6) L. 4. C. de novationibus (8. 42.).

7) L. 9. §. 8. D. de R. C. (12. 1.) L. 34. pr. mandati (17. 1.) L. 10. §. 5. eod.

8) So in vielen Stellen.

9) L. 10. §. 4. D. mandati (17. 1.).

10) L. 11. C mandati (4. 35.).

ersten Fall statthaft[11], nicht so im andern Fall, doch kann der Mandant dadurch, daß er dem Mandatar zuvorkommt, diesem den Empfang hindern, wo er dann aber für das Interesse einstehen muß. IV. Das Eigenthum an dem Geld, das in der Hand des Mandatars ist, hat im ersten Fall der Mandant, indem durch den Empfänger der Zahler es auf ihn übertragen und er es für sich haben will[12]; im andern Fall hat es der Mandatar, indem nun noch der übereinstimmende Wille des Mandanten wie des Mandatars, daß der Mandatar es, statt es aus dem Mandatstitel ihm auszukehren, aus dem andern Titel als Eigenthümer behalten solle, hinzukommt. So geht das Geld factisch von dem Zahler an den Mandatar[13], den Empfänger, das Eigenthum geht aber von dem Zahler zuvörderst auf den Mandanten, und von diesem sodann auf den Empfänger über[14]. V. Der Mandant ist oft Schuldner des Mandatars. Das Mandat bezweckt die Tilgung der Schuld, es wirkt also auf die Abrechnung zwischen ihnen, indem dem Anspruch aus dem Mandat der Anspruch aus der Schuld, und umgekehrt

11) L. 12. §. 16. D. mandati (17. 1.).

12) Nicht entgegen ist L. 34. §. 7. D. de solutionibus (46. 3.).

13) Statt von dem Zahler ex mandato an den Mandatar, sodann von diesem ex mandato an den Mandanten, und sodann von diesem wieder ex mutuo an den Mandatar.

14) L. 15. D. de R. C. (12. 1.) . . . si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

entgegensteht. Die Verweisung auf den Zahler ist aber immer ein anderes, als die Baarzahlung, ein Surrogat, und daraus folgt: 1. Kein Gläubiger braucht sich statt der Baarzahlung eine solche Verweisung gefallen zu lassen [15], sobald in dieser irgend mehr, als die nach den Umständen sich von selbst verstehende Art, die Baarzahlung zu bewerkstelligen, liegt. 2. Die Verweisung gilt nur als Versuch, die Zahlung durch die Vermittelung des Dritten zu bewerkstelligen, also zahlungshalber nicht an Zahlungsstatt ist verwiesen. Es ist mithin, bevor der Dritte gezahlt hat, das alte Schuldverhältniß nicht alterirt, und steht dem Gläubiger die Klage aus demselben unverkürzt zu [16].

Vierte Abtheilung.

Die Cession.

§. 120.
Die Cession.

Bei der Cession [1] vermittelt immer der Cessionar die Zahlung zwischen Schuldner und Gläubiger, indem er für den letztern eincassirt; geschieht die Cession, weil der Cedent Schuldner des Cessionars ist, so vermittelt zugleich der debitor cessus zwischen diesen beiden die Zahlung, indem er für den Cedenten zahlt. Der Cession können

15) L. 16. C. de solutionibus (8. 43.).

16) Der allgemeine Grundsatz der L. ult. C. de novationibus (8. 42.) und speciell L. 46. pr. §. 1. D. de solutionibus (46. 3.) L. 23. C. eod. (8. 43.).

1) C. F. Mühlenbruch die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Dritte Auflage. Greifswald 1836. Puchta in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2. S. 636—664.

mannichfaltige Titel unterliegen, wonach sich die Wirkungen derselben verschieden gestalten. Für das Handelsrecht intercessirt die Cession[2] vorzugsweise insofern, als ihr der Verkauf eines nomen, oder die Absicht, eine Forderung des Cessionars zu tilgen, unterliegt. I. Cession als Verkauf eines nomen. 1. Zum Verkauf seines nomen kann kein Gläubiger gezwungen werden[3]. 2. Auch bedingte und betagte Forderungen können verkauft werden[4], davon ist der bedingte Verkauf einer unbedingten Forderung zu unterscheiden[5]. 3. Die Accessorien der Forderung gelten als mitverkauft[6], namentlich das Pfandrecht[7], und die Bürgschaft[8]. 4. Der Cedent ist zur Gewährleistung in der Maaße verpflichtet, wie der Verkäufer einer Sache, das habere licere stellt sich namentlich so: die Forderung muß existiren[9], d. h. der cessus wirklich Schuldner[10], der Cedent zur Cession berechtigt[11], und die Forderung nicht durch Einreden, von der Forderung selbst oder aus der Person des Cedenten hergenommene, kraftlos seyn[12]. Der Cedent kann sich von dieser s. g. Haftung de veri-

---

2) Código de comercio. Art. 382—385.

3) L. 5. C. de solutionibus (8. 42.).

4) L. 17. D. de hered. vend. (18. 4.).

5) L. 19. D. eod.

6) Codigo commercial. Art. 495.

7) L. 6. D. eod.

8) L. 23. D. eod.

9) L. 74. §. 3. D. de evictionibus (21. 2.). Codigo commercial. Art. 496. Seuffert Archiv Bd. 2. Nr. 32.

10) L. 4. D. de hered. (18. 4.).

11) L. 8. D. eod.

12) L. 112. D. de R. J. (50. 17.). L. 27. 28. D. de evictionibus (21. 2.).

tate nominis liberiren, wenn er dabei in gutem Glauben versirt [13], so namentlich, wenn er, selbst Cessionar, das Sachverhältniß nicht kennt [14], eine unredliche Protestation wäre ein pactum ne dolus praestetur. 5. Die commoda der Forderung hat der Cessionar [15], eben so das periculum, daher steht der Cedent für die Fortdauer der Solvenz des Schuldners, für die Einbringlichkeit der Forderung (de bonitate nominis), nicht ein [16], wenn er nicht die Haftung versprach [16a], oder dolose verfuhr [17]. Dahin gehört, wenn er die Muthmaßung der bevorstehenden Insolvenz verschwieg [17a]. Die bereits zur Zeit des Kaufabschlusses bestehende Insolvenz giebt dem nicht wissenden Käufer, wenn der Verkäufer sie wußte, wegen dessen dolus, wenn nicht, wegen des wesentlichen Irrthums, das Recht, den Kauf anzufechten. 6. Das anastasische Gesetz ist auch bei der Cession kaufmännischer Forderungen anzuwenden [18]. II. Cession um eine Forderung des Cessionars zu tilgen. Hieher kann auch gehören das s. g. Zahlen mit Bankzetteln, mit gemachten eigenen Wechseln oder Schuldscheinen, mit gemachten acceptirten Tratten oder Anweisungen. 1. Der Gläubiger braucht die Cession statt

---

13) L. 10. D. de hered. vend. (18. 4.).

14) L. 68. pr. D. de evictionibus (21. 2.) L. 11. §. 18. D. de act. empti (19. 1.).

15) L. 6. D. de hered. vend. (18. 4.).

16) L. 4. D. de hered. vend. (18. 4.). L. 30. D. de pignoribus (20. 1.).

16a) Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 149.

17) L. 74. §. 3. D. de evictionibus (21. 2.).

17a) A. M. in Seuffert Archiv. Bd. 4. Nr. 27.

18) Rechtsfälle. Bd. 1. S. 191—204.

der Baarzahlung nicht anzunehmen[19], denn Annahme eines Surrogats ist in der Willkür[20]. 2. Der Cedent haftet hier in der Maaße, wie ein Verkäufer, für die veritas nominis; und steht, abgesehen von besonderer Beredung, auch für die bonitas ein. Nämlich wegen einer zur Zeit der Cession bereits vorhandenen Insolvenz haftet er dem nicht wissenden Cessionar in Folge seines dolus oder des Cessionars error, und dem wissenden, so wie, wegen einer später eintretenden Insolvenz haftet er, weil im Zweifel die Cession nicht als Zahlung, sondern als Versuch, die Zahlung durch den debitor cessus zu bewirken gilt, es ist im Zweifel zahlungshalber nicht an Zahlungsstatt cedirt[21]. Das anastasische Gesetz leidet auf eine Cession pro debito keine Anwendung[22].

---

19) L. 16. C. de solutionibus (8. 43.).

20) L. 2. §. 1. D. de R. C. (12. 1.).

21) Die herrschende Meinung ist dagegen, sie stellt ohne alle Unterscheidung den Satz auf: der Cedent hafte de veritate, nicht de bonitate nominis, und davon mache die Cession in solutum keine Ausnahme. Allein schon daß der der Cession unterliegende Titel gar nicht in Betracht gezogen wird, während es doch offenbar ein Unterschied ist, ob ich verkaufe, schenke, zahle, in dotem gebe, macht jenen allgemeinen Satz verdächtig. Die Gründe gegen diesen und für die Ansicht im Text wollte ich an einem andern Ort ausführen. Die ganze Frage ist nun aber gründlich erörtert in der Schrift: Die Haftung des Cedenten. Von A. Schliemann. Rostock 1848. Zweite Ausgabe 1850.

22) L. 22. C. mandati (4. 35.).

Fünfte Abtheilung.

Die Anweisung.

§. 121.

Begriff. Form.

Anweisung[1]. Bei der Anweisung, Assignation, giebt Jemand, Assignant, einen Auftrag dahin, daß ein Anderer, Assignat, einem Dritten, Assignatar, eine Zahlung mache und dieser sie empfange[2]. Also einen zweifachen Auftrag, ein Zahlungsmandat und ein Eincassirungsmandat*. Wesentlich ist weder 1. daß der Assignatar die eincassirte Summe für sich behalten dürfe, noch 2. daß er, als sei dieses der Fall, sie in seinem Namen eincassire, noch auch 3. daß der Assignant Gläubiger des Assignaten, noch endlich 4. daß er Schuldner

---

1) Wetboek van Koophandel. Art. 210—220. Auch die Wechselordnungen enthalten Manches über Anweisungen. — Cocceji de assignationibus. Francof. 1705. auch in dessen exercitationes curiosae. Tom. II. Nr. 3. Stryck usus modernus ad lib. XVIII. tit. IV. Archiv für das Handelsrecht. Bd. 2. Nr. 19. S. 377—393. Pöhls Wechselrecht. Th. 1. §. 211—216. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. Nr. 13. passim. Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte. Bd. 1. S. 128—134. Bd. 2. S. 767—775. Mittermaier Privatrecht ed. 5. Bd. 2. §. 561. Bender Wechselrecht. Bd. 2. §. 386—388. S. 17—36. Entwurf für Württemberg. Art. 758—774. und Motive S. 646—656. Günther in Weiskes Rechtslexicon Bd. 1. S. 327—339.

2) Als Object der Zahlung wird im Folgenden immer Geld gedacht, ist es eine Waare, so heißt die Anweisung eine Waarenanweisung.

*) Von dem seltenen Fall, daß der Assignatar gar nicht Mandatar ist, ist im Folgenden durchweg abgesehen.

des Assignatars sei. Es kommen aber diese Umstände, entweder einzeln oder vereinigt [3], sehr häufig vor. Daher sind sie für wesentlich gehalten worden [4], und daher kommen die juristisch untreffenden Bezeichnungen des Assignaten als debitor assignatus, des Assignanten als debitor assignans, des Assignatars als creditor assignatus. — Die Anweisung kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden. Unter Kaufleuten ist, obgleich das erstere nicht selten vorkommt, das letztere der gewöhnliche Fall. Es geschieht dann fast ausschließlich durch Ausstellung einer besonderen Urkunde nach einer hergebrachten Form, welche sich von der des trassirten Wechsels im Wesentlichen nur durch das Wegfallen des Wortes Wechsel, mit oder ohne Ergänzung desselben, durch das Wort Anweisung unterscheidet. Die Form ist diese, wobei das Eingeklammerte concret ist:

(Göttingen) den . . . . Gut für (10 Thlr.).

(Nach Sicht) belieben Sie gegen diese Anweisung an den Herrn C. (oder dessen Ordre) die Summe von (10 schreibe zehn Thalern) zu zahlen, und mir solche in Rechnung zu stellen (laut oder ohne Bericht). Werth (erhalten).

Herrn B. in (Lübeck). A.

Das Wort Anweisung, Assignation, hat dreifachen Sinn, es bezeichnet das Rechtsgeschäft, den Auftrag, die Urkunde.

---

3) Z. B. der Assignant ist Gläubiger des Assignaten u. Schuldner des Assignatars. L. 64. L. 66. D. de solutionibus (46. 3.).

4) Zu 1. von Wening Ingenheim Civilrecht. ed. 4. Bd. 2. §. 305. Zu 2. Pöhls Wechselrecht. Th. 1. §. 211. S. 34. — Zu 3. Thibaut Pandectenrecht. Bd. 2. §. 517. — Zu 4. Glück Erläuterung der Pandecten. Bd. 15. S. 241. — Vgl. aber Cropp a. a. O. S. 343. 344. Note. Mühlenbruch Cession ed. 3. S. 226. Note 430.

§. 122.

Geschäftsgang. Begründung der Rechtsverhältnisse.

Der Geschäftsgang ist regelmäßig dieser. Der Assignant stellt die Urkunde aus, händigt sie dem Assignatar ein, und dieser präsentirt sie dem Assignaten. Der letztere erfährt den ihm ertheilten Zahlungsauftrag eben so häufig erst durch diese Präsentation, wie durch ein direct ihm zugestelltes Benachrichtigungsschreiben. Der Assignatar präsentirt meistens nur zu dem Zweck, damit der Assignat den Auftrag erfahre und damit er die Zahlung mache, zuweilen aber auch, damit er sich erkläre, ob er den Auftrag annehmen und also ihm dem Assignatar die Zahlung machen wolle. Die verneinende Erklärung wird dann fast ausnahmslos mündlich; die bejahende regelmäßig schriftlich auf der Urkunde selbst, und zwar gewöhnlich durch das eine Wort: acceptirt, oder angenommen, oder ein gleichgeltendes gegeben, „die Anweisung wird acceptirt. — Das Rechtsverhältniß zwischen dem Assignanten und Assignatar, das Eincassirungsmandat, wird begründet durch die Annahme dieses Auftrages. Daher nicht nothwendig erst durch die Übernahme der Urkunde, weil der Auftrag schon früher angenommen seyn kann; daher auch nicht immer schon durch diese Übernahme, weil die Absicht bei dieser eine andere, als die, den Auftrag zu übernehmen, gewesen seyn kann. Meistens liegt aber die Annahme des Auftrages in der Übernahme der Urkunde, d. h. beide fallen in der Zeit zusammen, immer ist aber juristisch dann jene als die voraufgehende zu denken. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Assignanten und Assignaten, das Zahlungsmandat, wird begründet durch die Annahme dieses Auftrages, diese kann vor der Acceptation der Anweisung geschehen seyn, wie etwa durch

bejahende Beantwortung des Avisbriefes, liegt aber immer auch in der Acceptation der Anweisung. Ein Rechtsverhältniß zwischen dem Assignaten und Assignatar wird durch die bloße Zahlung, die jener diesem macht, nicht begründet, kann aber begründet werden durch eine besondere Beredung, und namentlich durch das Versprechen, welches der Assignat dem Assignatar giebt, daß er ihm zahlen wolle.

§. 123.

Assignant und Assignat.

Über das Rechtsverhältniß zwischen dem Assignanten und Assignaten gilt das oben vom Zahlungsmandat Bemerkte *, aber mit folgender Modification. Das Mandat lautet den Worten nach zwar nur auf Zahlung, und danach wäre das vom Assignaten dem Assignatar gegebene Zahlungsversprechen mandatswidrig, und könnte dem Recht des Assignanten, den Auftrag, bevor gezahlt ist, zurückzunehmen, nicht präjudiciren. Die Meinung muß aber anders aufgefaßt werden wegen des neben dem Zahlungsmandat ertheilten Eincassirungsmandats. Der Assignatar kann seiner Verpflichtung, die Zahlung mit allem Fleiß zu erwirken, nicht besser nachkommen, als wenn er sich die Zahlung versprechen läßt, und sonach darf es der Meinung des Assignanten nicht zuwider geachtet werden, daß er sich das Zahlungsversprechen geben läßt. Bei dieser Meinung würde er aber mit sich selbst in Widerspruch seyn, wollte er das Versprechen des Assignaten der Meinung des diesem ertheilten Zahlungsauftrages widerstreitend erklären; da nun das eine der beiden sich ent-

*) Vgl. oben §. 114—118.

sprechenden Mandate aus dem andern, und namentlich das Zahlungsmandat aus dem Eincassirungsmandat zu interpretiren ist[1], so ist die eigentliche Meinung der Anweisung dahin zu verstehen, daß der Assignat zahlen solle, und, werde es verlangt, versprechen dürfe[2]. Es darf also eine acceptirte Anweisung nicht contremandirt werden[3].

§. 124.

Assignant und Assignatar.

Über das Rechtsverhältniß zwischen dem Assignanten und Assignatar gilt das oben vom Eincassirungsmandat Gesagte*. I. Der häufige Umstand, daß der Assignant Schuldner des Assignatars ist, wirkt nur auf die Abrechnung zwischen diesen Beiden, ohne die andern durch die Anweisung entstehenden Verhältnisse zu alteriren. Mit diesem Umstand hängt das Sprichwort zusammen: Anweisung ist keine Zahlung. Es hat einen doppelten Sinn: 1. Ein Gläubiger braucht sich statt Baar-

---

1) L. 34. §. 3. D. de solutionibus (46. 3.) und oben §. 117. Nr. 3.

2) Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 353—357.

3) Vgl. Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 392. — 397. §. 24. 25. Anders Puchta Pandekten. §. 326. zu Ende, welcher aber bei seinem Widerspruch auf die eigentliche Meinung der Anweisung (vgl. oben Text vor Note 2.) nicht eingeht, und Günther in Weiskes Rechtslexicon. Bd. 1. S. 328. 329., welcher aber nur das Zahlungsmandat, nicht die Anweisung im Auge hält, daher den Einfluß des Eincassirungsmandates auf die Auslegung des Zahlungsmandates unbeachtet läßt. Vgl. auch oben §. 117. Nr. 2. 3.

*) Vgl. oben §. 119.

zahlung eine Anweisung nicht gefallen zu lassen[1]. Ortsgesetz und Üsance modificiren diesen Satz verschieden[2]. Demselben widerspricht es nicht, daß, wenn die Zahlung an einem andern Ort, als wo der Schuldner sich aufhält, zu machen ist, der Gläubiger die Annahme einer dahin lautenden Anweisung nicht weigern darf[3]. 2. Der Assignatar hat, wenn die Anweisung nicht bezahlt wird, den Regreß gegen den Assignanten[4]. Hierauf vorzugsweise deutet das Sprichwort[5]. Es ist nämlich die Forderung des Assignatars nun nicht getilgt, und es bleibt also der Anspruch aus dieser Forderung *. Anders, wenn er auf den Regreß verzichtet hat[6], was aber weder in dem Annehmen der Anweisung ohne Vorbehalt liegt[7], noch in der bereits geschehenen Quitirung der Summe[8], oder wenn

---

1) Daniels Wechselrecht. §. 66. S. 270—272. Bender Wechselrecht. Bd. 2. §. 386. S. 18—20. Pöhls Wechselrecht. B. 1. §. 213. S. 36. 37.

2) Vgl. die Citate der vorigen Note.

3) Vgl. oben §. 119. Nr. V.

4) Pöhls Wechselrecht. Bd. 1. §. 213. S. 37—46.

5) Vgl. Erläuterung der leipziger Handels- und Wechselordnung von 1699. ad. 3. bei Zimmerl Sammlung der Wechselgesetze. Bd. 2. S. 189.

*) Hiermit ist wohl deutlich genug ausgesprochen, daß ein Regreßrecht aus der Anweisung nicht erfolgt.

6) Es ist ganz verkehrt, wenn Bender meint: bei einem ausdrücklichen Verzicht werde die Anweisung eine Delegation (Wechselrecht Bd. 2. S. 22. lit. d.), bei einem stillschweigenden, durch Quitung, eine Cession (Handelsrecht S. 353. lit. a.).

7) A. M. ist Bender Handelsrecht. S. 353. lit. c. Vgl. aber dessen Wechselrecht. Bd. 2. S. 22. lit. c.

8) A. M. ist Bender Handelsrecht S. 353 und Wechselrecht Bd. 2. S. 21. Allein wenn nicht die Umstände oder die

ihm eine Mandatswidrigkeit bei der Eintreibung zur Last fällt [9], in welchem Fall der Assignant nur nach Maaßgabe der Bereicherung haftet. II. Das Indossament einer Anweisung ist eine weitere Anweisung [10]. Der Assignatar assignirt weiter mit Beibehaltung desselben Assignaten, eine Cession liegt in dem Indossament nicht.

§. 125.

Assignat und Assignatar.

1. Die Zahlung, welche der Assignat auftragsmäßig macht, der Assignatar auftragsmäßig entgegennimmt, begründet an und für sich zwischen diesen Beiden keine obligatio [1]. Es kann aber eine solche begründet werden durch eine besondere Beredung bei der Zahlung, namentlich durch einen Vorbehalt, welchen der Assignat ihr beifügt [2], oder durch eine Beredung vor der Zahlung, da-

---

Fassung der Quitung unabweislich auf den Verzicht deuten, so ist dieser ungeachtet der Quitung nicht anzunehmen, nach allgemeinen Grundsätzen, und der L. 23. C. de solutionibus (8. 43.), welche direct hier zutrifft. Denn nicht ob der Zahlungsmandatar Aristo seinem Mandanten Auxeno gegenüber (so meint Treitschke in Richters Jahrbüchern. 1843. S. 712.), sondern ob der letztere seinem Gläubiger (tibi), zu dessen Gunsten er den Zahlungsauftrag gab, gegenüber durch die von diesem ausgestellte Quitung befreiet sei, wird verneinend entschieden. Der Auftragende wollte den Einfluß der Quitung auf seine Forderung wissen.

9) Vgl. oben §. 119.

10) Vgl. unten §. 133. No. II.

1) L. 3. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.). Non satis autem est, dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur: sed etiam hoc animo dari, et accipi, ut obligatio nascatur. L. 5. pr. D. quod jussu (15. 4.).

2) z. B. er zahlt, über die Ächtheit der Anweisung un-

hin gehört die Acceptation der Anweisung. 2. Die Acceptation, eigentlich nur ein Ja auf den Zahlungsauftrag, begründet nach den Worten keine Verpflichtung des Assignaten gegen den Assignatar. Weil aber der Assignatar den Auftrag überbringt, und zu dem Zweck auf die Auslieferung der Anweisung gegen den Assignanten ein Recht hat, und zur Eintreibung der Summe mit der höchsten Sorgfalt verpflichtet ist, und es dieser entspricht, wenn er strebt, ohne Hülfe des Assignanten aus eigener Befugniß von dem Assignaten die Zahlung erzwingen zu können, so ist mit Recht im kaufmännischen Verkehr die Präsentation zur Acceptation immer dahin verstanden worden, daß der Assignatar ein Versprechen für sich, zu seinem eigenen Recht, haben wolle, und die Acceptation, daß der Assignat ein selbständiges, von seinem Verhältniß zum Assignanten unabhängiges Zahlungsversprechen dem Assignatar gebe[2b]. Diesen Sinn geben denn auch der Acceptation die herrschende Ansicht der Schriftsteller, so wie die Particularrechte. 3. Die Acceptation verpflichtet den Assignaten selbständig. Daher kann er dem As-

---

gewiß, unter Vorbehalt eintreffenden Avises. L. 14. D. de solutionibus (46. 3.) L. 15. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.). Vgl. L. 16. D. de solutionibus (46. 3.).

2b) Gemeinrechtlich ist die Gültigkeit dieses Versprechens sehr bedenklich, richtiger: die Ungültigkeit unbedenklich. Denn das in der Acceptation enthaltene Versprechen des Assignaten an den Assignatar ist ein reines Summenversprechen. Dieses Versprechen enthält dadurch keine causa debendi, daß ein Auftrag eines Andern, des Assignanten, unterliegt, denn ein seiner Natur nach ungültiges Versprechen kann dadurch nicht gültig werden, daß es mit dem Willen eines Andern gegeben wird. Vgl. unten §. 181. 182. (Band 2.).

signatar nur solche Einreden entgegensetzen, welche auf ein Rechtsverhältniß zwischen ihnen Beiden sich gründen, hingegen keine, welche aus dem Rechtsverhältniß des Assignaten zum Assignanten, oder des Assignatars zum Assignanten hergenommen sind. Die Acceptation berechtigt den Assignatar. Er ist als Assignatar nicht verpflichtet. Der Assignat, welcher ohne Deckung bleibt, kann höchstens, wenn nämlich die Umstände sich ganz besonders gestalten, den Assignatar, weil dieser sich sonst mit seinem Schaden bereichern würde, in Anspruch nehmen; aber der Bereicherung steht regelmäßig entgegen, daß der Assignatar den Werth der erhaltenen Summe dem Assignanten zahlte oder schuldet. 4. Ob der Assignat dem Assignatar zufolge der Anweisung (ohne acceptirt zu haben) zahlen, oder acceptiren muß, kann nur dann bedenklich seyn, wenn der Assignat Schuldner des Assignanten ist, ist aber aber auch dann zu verneinen. Er braucht nicht zu zahlen. Denn der Assignatar steht mit dem Assignaten vor der Acceptation in keinem Verhältniß, er kann daher nur aus der Forderung des Assignanten klagen, und dazu bedarf es einer Cession dieser Forderung, oder einer Proceßvollmacht. Keines von beiden liegt aber in der Assignation als solcher [3]. Er braucht nicht zu acceptiren [4]. Denn die Schuld gegen den Assignanten verpflichtet ihn nicht, weder gegen diesen noch gegen einen Dritten (Assignatar), diesem die Zahlung derselben Summe

3) L. 7. C. de novationibus (8. 42.).

4) A. M. ist, aber ohne Ausführung, Pöhls Wechselrecht. Bd. 1. S. 48, wonach unter dem ebendaselbst S. 35. Z. 14. erwähnten „Rechtsgeschäft, welches zur Annahme verpflichtet" jede Schuld zu verstehen ist.

zu versprechen, zumal da er durch dieses Versprechen (Acceptation) von dem alten Gläubiger nicht frei wird. Selbst wenn dieser ihn für die Acceptation ganz von der Schuld befreien wollte, so liegt es ja in der Willkür des Schuldners, ob er noviren will.

§. 126.

Assigniren auf Schuld.

Sehr häufig kommt bei der Anweisung der Umstand vor, daß der Assignant Gläubiger des Assignaten ist, daß „auf Schuld" assignirt ist. Dieser Umstand ist aber der Anweisung nicht wesentlich, und nur für die Abrechnung zwischen dem Assignanten und Assignaten, wenn dieser die Anweisung bezahlt hat, von Einfluß. Für das Rechtsverhältniß des Assignatars sowohl zum Assignanten als auch zum Assignaten ist das Schuldverhältniß, die Forderung, ohne Bedeutung. Denn gegen den Assignaten hat er sein Recht auf Zahlung lediglich aus dessen Versprechen, aus der Acceptation, nicht aus der Forderung des Assignanten; und gegen den Assignanten sein Recht auf Schadloshaltung nur aus dem Grunde, weil er das Mandat ausgeführt, und, falls die Zahlung nicht erfolgte, weil der Assignant durch den Assignaten nicht geleistet hat, was er zu leisten Willens war. Danach ergiebt sich von selbst, daß die Forderung des Assignanten gegen den Assignaten die Assignation nicht zur Cession dieser Forderung macht[1]. Selbst wenn der Assignatar nur aus Rücksicht auf dieselbe die Anweisung annimmt, so ist darin nur das Verlangen zu finden, daß der Assignat durch dieses Deckungsverhält-

1) Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. Nr. 13. §. 8—16. S. 361—378. Mühlenbruch Cession ed. 3. S. 226—229.

niß zur Acceptation und Zahlung bewogen werde. Zur Cession würde gehören, daß der Assignatar die Forderung des Assignanten, wie sie nun einmal, gut oder schlecht, ist, geltend machen, also sie sein Rechtsmittel gegen den Assignaten seyn solle, dies ist aber durch die Anweisung, welche der Forderung nicht einmal erwähnt, nicht ausgesprochen. Würde es, wie das wohl vorkommt, ausgesprochen werden, so würde dann neben der Anweisung noch eine Cession der zur Deckung dienenden Forderung vorkommen, aber in der Anweisung kann eine Cession nicht liegen. Auf der Verwechselung des Assignirens auf Schuld mit der Cession beruht der so häufig aufgestellte Satz: der Assignant hafte im Gegensatz des Cedenten nicht nur de veritate, sondern auch de bonitate nominis[2], deshalb schief, weil das nomen für die Haftung des Assignanten gar nicht relevirt. Der Ausdruck assignatio per modum cessionis kann nur durch besondere Verständigung Bedeutung erhalten.

§. 127.

Kaufmännische Anweisung. — Anwendung des Wechselrechts auf Anweisungen.

Das Vorige genügt für die Lehre von den Anweisungen. Unter diesen sind sowohl die kaufmännischen, bei welchen die eine oder die andere oder alle Personen Kaufleute sind, als auch die nicht kaufmännischen zu verstehen; es ist zwischen ihnen kein wesentlicher Unterschied[1]. Für das Weitere über Anweisungen ist auf das

---

2) Stryck a. a. O. §. 26.

1) Die von Bender Wechselrecht Bd. 2. §. 388. Nr. 14. a. S. 33. 34. eingeführten vielen (acht bis zehn) Unterschiede sind sämmtlich falsch, und die distinguirenden Worte as-

Wechselrecht zu verweisen. Wieweit? wird aus der Vergleichung der Anweisung und der Tratte erhellen. Von dem trassirten Wechsel unterscheidet sich eine Anweisung der Form nach nur dadurch, daß sich jene Urkunde einen Wechsel nennt[2]. Daher tritt bei jener, nicht aber bei dieser, die Wechselstrenge, und zwar in ihrem dreifachen Sinn ein. Die processualische Wechselstrenge mit der zu ihr gehörenden Personalhaft, Wechselhaft, welche letztere allein oft unter der Wechselstrenge verstanden wird, dient zur Verstärkung der materiellen Wechselstrenge. In der letzteren liegt der wesentliche juristische Unterschied zwischen der Tratte und der Anweisung[3]. Dennoch leidet ein großer Theil der Rechtssätze des Wechselrechts Anwendung auf die Anweisung. Denn in der Tratte ist eine Anweisung enthalten[4], die Tratte ist, richtig verstanden, eine Anweisung mit hinzukommender Wechselstrenge. Aber nicht so verstanden, als ob zu dem durch die Anweisung begründeten Rechtsverhältniß

---

signationes plenae, minus plenae (nudae) und dgl. fruchtlos. Vgl. übrigens Günther in Weiskes Rechtslexikon Bd. 1. S. 334 — 338. Die hier für zwei Rechtssätze, welche der kaufmännischen Anweisung eigenthümlich seyn sollen, behauptete allgemeine deutsche Praxis (S. 334. Z. 1. u. Z. 8.) ist zu bestreiten. Und in welchem Sinn soll für sie die kaufmännische Anweisung verstanden werden, da man diese in einem mehrfachen Sinn (vgl. oben den Text) nehmen kann?

2) Vgl. oben §. 121.

3) Der juristische Unterschied zwischen der Anweisung und der Tratte liegt nicht in dem, was Bender Wechselrecht Bd. 2. S. 35., und auch nicht in dem, was Treitschke Encyclopädie des Wechselrechts Bd. 1. S. 128—130. aufführt.

4) Die Tratte ist eine Anweisung. Nicht aber ist eine Anweisung ein unvollkommener Wechsel, sie ist gar kein Wechsel.

die Wechselhaft und die übrige processualische Wechselstrenge hinzutrete, sondern es tritt zu der Anweisung die materielle Wechselstrenge, das Wechselversprechen hinzu, und an dieses schließt sich dann jene andere zweifache Wechselstrenge an. Der trassirte Wechsel ist also eine Anweisung mit hinzutretendem Wechselversprechen. Wechselversprechen und Summenversprechen ist identisch. Es giebt kein anderes Wechselversprechen, als ein Summenversprechen. Durch das Hinzutreten des Wechselversprechens ändert sich aber, wenn es bedeutend wird, das durch die bloße Anweisung begründete Rechtsverhältniß. Wenn dagegen die Zahlung der Tratte trassirtermaßen erfolgt, so hat die Tratte nicht als Wechsel, sondern nur als Anweisung Bedeutung gehabt, und wenn die Tratte als Wechsel nichts bedeuten konnte, weil das Wechselversprechen ungültig, z. B. von einem Wechselunfähigen gegeben war, so kann sie die volle Bedeutung einer Anweisung behalten. Von den im Verkehr umlaufenden Tratten geht nun aber die Mehrzahl nicht unter Protest, die meisten haben ihre Bedeutung daher nicht als Wechsel, sondern als Anweisungen, obgleich gerade die Wechselstrenge, die materielle und processualische, dahin wirkt, daß die in der Tratte enthaltene Anweisung honorirt wird. Die Tratten sind die besten Anweisungen, sie sind durch das Wechselversprechen gesicherte Anweisungen, sie sind dem baaren Gelde nahe kommende Anweisungen. Der Handelsverkehr hat daher die (reine) Anweisung immer als ein untergeordnetes Institut angesehen, und daher haben sich die factischen Verhältnisse bei Wechseln ungleich feiner und complicirter, als bei Anweisungen gestaltet, die Doctrin und die Gesetzgebung hat sich bei der rechtlichen Beurtheilung und Bestimmung

dem immer angeschlossen, und den Wechseln eine vorzugsweise Aufmerksamkeit geschenkt. Daher wäre es gegen den Sinn der Gesetze, wollte man das, was sie über Wechsel aussprechen, ausschließlich auf Wechsel und gar nicht auf Anweisungen anwenden. *Wie weit ist aber diese Anwendung zu machen?* Die leicht zu erkennenden Rechtssätze, welche die processualische Wechselstrenge, also das Verfahren und die Wechselhaft betreffen, sind dem Wechselversprechen eigenthümlich [5]. Um von den übrigen Rechtssätzen, welche man wohl das *materielle Wechselrecht* nennt, diejenigen auszuscheiden, welche gar nicht dem (eigentlichen) Wechselrecht, sondern dem Recht der Anweisung angehören, sind die drei Seiten der Anweisung zu unterscheiden. Aber auch so ist eine durchgreifende Regel nicht zu gewinnen. Zuweilen gilt auch derselbe Rechtssatz für Tratte und Anweisung, aber aus verschiedenen Gründen [6]. Die Prüfung der einzelnen für die Tratte geltenden Rechtssätze wird Folgendes ergeben. Der Wille der Wechselinteressenten geht nicht dahin, daß das durch die Tratte begründete Wechselversprechen, sondern daß die in der Tratte enthaltene Anweisung wirksam werde. Daraus folgt: die Rechtssätze, welche die Tratte *in ihrem gewollten Gange* betreffen, gleichviel ob *ausschließlich* in diesem oder *auch* in diesem, sind ein Recht nicht des Wechsels, sondern der Anweisung. Dies angewandt ergiebt. 1. Der *Assignant* und *Assignat* stehen in demselben Verhält-

5) Ausnahmsweise leidet nach einigen Particularrechten ein Theil derselben Anwendung auf die Anweisung.

6) So bei dem Contremandiren. Die Begründung bei Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 392—397. §. 24. 25. ist nur für Anweisungen, nicht auch für Tratten zutreffend.

niß, wie der Trassant und Trassat. Das Deckungsverhältniß ist bei der Anweisung ganz dasselbe, wie bei der Tratte. 2. Der Assignat und der Assignatar stehen in demselben Rechtsverhältniß, wie der Trassat und Wechselnehmer. Der Inhalt der Acceptation ist derselbe, es sei der Acceptant ein Trassat oder ein Assignat, der Inhalt bestimmt sich nach dem in der Urkunde enthaltenen Zahlungsauftrag. 3. Das Rechtsverhältniß des Assignanten zum Assignatar ist gänzlich verschieden von dem Rechtsverhältniß des Trassanten zum Wechselnehmer. Zwar ist möglicherweise und wirklich das unterliegende (Valuten-) Verhältniß derselben mannigfaltigen Art, was bedeutend wird für die Abrechnung zwischen jenen beiden, wie zwischen diesen beiden, wenn die Zahlung der Anweisung und der Tratte erfolgt. Allein die Anweisung begründet gar keine obligatio zwischen dem Assignanten und Assignatar, die Tratte begründet eine solche zwischen dem Trassanten und Wechselnehmer. Wenn nach dem unterliegenden Verhältniß zwischen dem Assignanten und Assignatar eine obligatio besteht, und dies ist der häufigste, nun zu besprechende Fall, dann ist der Assignatar stets Mandatar (Eincassirungsmandatar), und daher wesentlich verpflichtet, gleichviel ob er die Summe lediglich zum Vortheil des Assignanten erheben soll, um sie diesem darauf auszukehren, oder zu eigenem Vortheil, um sie zu behalten[7]. Der Wechselnehmer ist Gläubiger, und zwar Gläubiger ohne alle Verpflichtung, was man seine Verpflichtungen nennt, ist Bedingung seines Rechtes. Das Wechselversprechen ist ein Summenversprechen ohne Ge-

7) Das Weitere ist oben §. 119. ausgeführt.

genversprechen. Es besteht kein Recht aus der Form der Anweisung, nur ein Recht aus dem der Anweisung unterliegenden (Valuta-) Verhältniß, dagegen besteht ein Recht des Wechselnehmers aus dem Wechsel, für dieses Recht ist das unterliegende (Valuta-) Verhältniß gleichgültig. Der Assignant als Mandant ist wesentlich[8] nur berechtigt, nicht verpflichtet, der Trassant ist nur verpflichtet, nicht berechtigt. Hieraus folgt: die Verpflichtungen des Trassanten sind nicht Verpflichtungen des Assignanten. Die Rechtssätze des Wechselrechts können also für die Anweisung nur bedeutend werden, um die Verpflichtungen des Assignatars genauer zu bestimmen[9]. Diese Verpflichtungen fallen aber mit den s. g. Verpflichtungen, d. h. den Bedingungen, welche der Wechselnehmer zu erfüllen hat, nicht durchweg zusammen[10], ihrer sind, weil der Assignatar Mandatar, der Wechselnehmer Gläubiger ist, theils mehr theils weniger. Von den Rechtssätzen, welche das Verfahren des Wechselnehmers bestimmen, leiden auf den Assignatar nur diejenigen Anwendung, welche die Auslegung des Zahlungsauftrages und das Suchen der Zahlung betreffen, nicht aber diejenigen, welche (für den Fall des Ausbleibens der beauftragten Zahlung), den Protest und die Protesterhebung betreffen, denn der Protest wird nur für die Ver-

---

8) Es ist rein zufällig, ob der Assignatar eine ihm zu ersetzende Aufwendung gemacht hat. Vgl. oben §. 119. Note 10.

9) Nicht um Rechte des Assignatars (gegen den Assignanten) herauszustellen.

10) Dies würde der Fall seyn, wenn die bisherige Meinung, daß der Wechselnehmer Mandatar sei, wahr wäre, dann wären die Verpflichtungen des Wechselnehmers und des Assignatars dieselben.

pflichtung des Trassanten bedeutend. Es ist aber in den das Suchen der Wechselzahlung bestimmenden Rechtssätzen die Verpflichtung des Mandatars nicht immer erschöpft. Alles Bemerkte wird deutlicher werden, wenn man es auf irgend eine Wechselordnung anwendet [11].

---

11) Wenden wir alles Bemerkte beispielsweise an, und zwar an der neuen bremer Wechselordnung von 1844., so ergiebt sich

I. Anwendbar auch auf Anweisungen sind außer Art. 1. folgende Artikel:

1. Rechtsverhältniß zwischen Assignanten und Assignaten: Art. 68. Satz 1.

2. Inhalt und Form der Acceptation: Art. 31. theilweise; 35. 36. 37. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 104. 112. 113. 114. Verpflichtung des Acceptanten: Art. 69. 70. 117. 118. Satz 1. 129. 130. und 131. (anwendbar auf den Concurs mehrerer Acceptanten).

3. Verpflichtungen des Assignatars: Art. 16. 17. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 71 theilweise; 100 theilweise: 101 theilweise; 102. 103. 105 theilweise.

4. Zu 1. 2. 3. gehören Art. 50—59. 61. 65.

II. Unanwendbar auf Anweisungen sind

1. Art. 7., weil das Wechselversprechen betreffend.

2. Art. 8. 108., weil die Form des Wechselvertrages betreffend.

3. Art. 9. 25. 26. 27. 28. 29. 47. 66. 68. Satz 2., weil auf der Verpflichtung des Trassanten beruhend.

4. Art. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 18. 38. 62. 63. 64. 67. 107. 109. 110. 111., weil darauf beruhend, daß für den Wechsel das unterliegende Verhältniß gleichgültig ist.

5. Art. 33. 34. Satz 1. 38. 72 bis 96. 106. 115. 121., weil Regreß und Protest betreffend.

III. Zweifelhaft, ob oder wieweit auf Anweisungen anwendbar, ist Art. 34. Satz 2. 49. 60. Zweifelhaft auch die

Sechste Abtheilung.

Die Delegation.

§. 128.

Begriff.

Die Delegation[1]. Bei der Delegation giebt Jemand, Delegant, einem Andern, Delegat, den Auftrag, einem Dritten oder dessen Stellvertreter, Delegatar, ein Versprechen zu geben[2]. Der Delegant beauftragt häufig den Delegatar, dieses Versprechen entgegen zu nehmen, so daß dann neben dem Mandat ut promitteret, auch ein Mandat ut stipularetur[3] vorliegt. Es ist der Delegation ein bestehendes Schuldverhältniß nicht wesentlich, und sie wird daher unrichtig als ein Verhältniß bezeichnet, durch welches an die Stelle entweder eines alten Schuldners ein neuer Schuldner, oder eines alten Gläubigers ein neuer Gläubiger gesetzt wird, aber es ist der eine oder andere oder der doppelte Fall bei der Delegation sehr gewöhnlich, und wo keiner dieser drei Fälle vorliegt, da wendet die Delegation regelmäßig eine Verpflichtung des Deleganten ab, indem von vorn herein der Delegat sich verpflichtet. Ein Hauptfall bei der Delega-

---

Anwendbarkeit von Art. 119. (mit welchem Art. 120. 122 bis 128. steht und fällt) auf das Accept des Assignaten.

IV. Nicht aufgenommen sind in die vorstehende Tabelle aus verschiedenen Gründen die Artikel 2. 3. 4. 5. 6. 30. 32. 97. 98. 99. 116., deren Inhalt theilweise auch von Anweisungen gelten kann.

1) Codigo commercial. Art. 884—893.

2) Delegare, delegans, delegatus, is cui delegatus est.

3) L. 4. §. 19. D. de doli mali exc. (44. 4.) L. 10. §. 6. D. mandati (17. 1.).

tion ist also, daß der Delegant demjenigen, der sein Gläubiger ist oder werden soll, statt seiner einen andern Schuldner stellt [4]. Es kommen nun bei der Delegation häufig folgende Verhältnisse vor: 1. Der Delegant ist Schuldner des Delegatars [5]. An die Stelle des alten Schuldners tritt ein neuer Schuldner. 2. Der Delegant ist Gläubiger des Delegaten [6]. An die Stelle des alten Gläubigers tritt ein neuer Gläubiger. Ein nomen wird übertragen [7]. 3. Der Delegant ist Schuldner des Delegatars und Gläubiger des Delegaten [8]. An die Stelle des alten Schuldners tritt ein neuer Schuldner, und an die Stelle des alten Gläubigers ein neuer Gläubiger. Aber es kommt auch vor 4. daß der Delegant nicht Schuldner des Delegatars ist, sondern z. B. dem Delegatar eine Schenkung machen [9], ihm eine dos constituiren [10], ihm ein mutuum geben [11], oder ihn als bloßes Werkzeug seiner Zwecke brauchen [12] will, so wie daß der Delegant

4) Diesen Fall hat die L. 11. D. de novationibus (46. 2.) vor Augen, welche als Definition nicht Stich hält. Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit.

5) L. 11. pr. L. 13. D. de novationibus (46. 2.) L. 33. §. 3. D. de donationibus (39. 5.).

6) L. 17. D. de novationibus (46. 2.). L. 3. C. de novationibus (8. 42.). L. 2. C. de O. et A. (4. 10.).

7) L. 2. C. de O. et A. (4. 10.). L. 11. C. de donationibus (8. 54.). L. 1. C. de novationibus (8. 42.).

8) L. 68. §. 1. D. de evictionibus (21. 2.). L. 3. C. de novationibus (8. 42.).

9) L. 21. §. 1. L. 34. pr. D. de donationibus (39. 5.). L. 11. C. eod. (8. 54.).

10) L. 36—38. D. de jure dotium (23. 3.).

11) L. 32. D. de R. C. (12. 1.).

12) L. 10. §. 6. D. mandati (17. 1.). Z. B. der Dele-

nicht Gläubiger des Delegaten ist [13], sondern z. B. eine Schenkung erhalten [14], ein mutuum erhalten sollte [15], so wie endlich, daß der Delegant weder Schuldner des Delegatars noch Gläubiger des Delegaten ist [16], sondern z. B. der Delegat dem Deleganten und dieser dem Delegatar schenken will [17].

§. 129.

Die Rechtsverhältnisse.

Das ganze Rechtsverhältniß wird also begründet wesentlich durch zwei, regelmäßig durch drei Verträge, aber wesentlich durch dreifachen Consens [1]. Die drei Verträge sind: 1. ein Auftrag, zu versprechen, zwischen Delegant und Delegat, 2. ein Auftrag, sich versprechen zu lassen, zwischen Delegant und Delegatar, 3. das Versprechen zwischen Delegat und Delegatar. Die beiden Mandate können schon nach römischem Recht mündlich wie schrift-

---

gant will seinen Schuldner an einem bestimmten Verfalltag recht sicher verpflichtet haben, will Einreden entgehen, z. B. in quantum facere possum, will nicht durch Delicatesse an der Eincassirung gehindert seyn, z. B. von dem Schenker.

13) L. 13. D. de novationibus (46. 2.). L. 8. §. 4. 6. D. ad Sct. Vellejanum (16. 1.).

14) L. 21. pr. L. 33. §. 3. i. f. D. de donationibus (39. 5.).

15) L. 19. §. 3. D. de institoria actione (14. 3.).

16) So auch Mühlenbruch Cession ed. 3. S. 225. Note 427, aber die hier citirten Stellen L. 33. D. de novationibus (46. 2.) L. 5. C. eod. (8. 42.) passen nicht, weil in beiden der Delegant (ego, — Alexander) Schuldner des Delegatars ist.

17) L. 2. §. 1. 2. D. de donationibus (39. 5.). L. 33. §. 3. D. eod. L. 41. pr. D. de re judicata (42. 1.). Es wird in den beiden letzteren Stellen auch das Wort delegare gebraucht.

1) L. 1. C. de novationibus (8. 42.).

lich, ausdrücklich wie stillschweigend ertheilt und angenommen werden [2], eben so heutzutage das Versprechen. Es kann auch ein fehlender Consens nachgeholt werden [3]. Die Delegation wird im römischen Recht als eine Novation bezeichnet, ist mithin eine Tilgung des früheren Verhältnisses, eine Zahlung [4], eine Veräußerung [5]. Sie novirt immer die Person, regelmäßig auch die Schuld [6], aber diese nicht immer [7]. Doch ist die Novation nicht Folge des bloßen Verhältnisses, sondern eines dasselbe begleitenden animus novandi [8]. — Das römische Recht behandelt als die eigentlich bedeutende Seite des ganzen Verhältnisses vorzugsweise die Stellung des Delegaten zum Delegatar, und sehr gelegentlich die untergeordnete Stellung des Deleganten zu diesen beiden Personen; es hat dabei meistens den regelmäßigen, aber unwesentlichen, Fall vorhandener Schuldverhältnisse vor Augen, daher muß, was mit diesen zusammenhängt, gehörig subtrahirt werden, um die Bestimmungen zu erkennen, welche dem reinen Institut angehören.

---

2) L. 17. D. de novationibus (46. 2.).

3) L. 22. D. eod.

4) L. 187. D. de V. S. (50. 16.). L. 4. §. 1. L. 5. L. 8. §. 5. D. ad Sct. Vellej. (46. 1.) L. 18. D. de fidejussoribus (46. 1.).

5) L. 15. D. de solutionibus (46. 3.).

6) Dies zeigt die regelmäßige Ausschließung der Einreden aus den früheren Verhältnissen.

7) L. ult. C. de novationibus (8. 42.) . . . . si quis . . . personam . . . mutaverit . . . . anteriora stare . . . L. 75. §. 6. D. de V. O. (45. 1.) L. 27. D. de novationibus (46. 2.).

8) L. 8. §. 2. L. 8. §. 5. L. 26. D. de novationibus (46. 2.). L. 30. §. 1. 2. D. de pactis (2. 14.).

§. 130.
Delegant und Delegat.

1. Die Übernahme des Mandats ist freiwillig, auch wenn der Delegant Gläubiger des Delegaten, und überdies Schuldner des Delegatars ist[1]. 2. Der Delegant darf das Mandat nicht mehr widerrufen, sobald der Delegat dem Delegatar versprochen hat, denn es ist dann ausgeführt, und der Delegat selbständig dem Delegatar verpflichtet: auch nicht indirect durch Geltendmachung seiner Forderung an den Delegaten, denn diese Forderung ist erloschen[2], oder ruhet[3]. Der Delegat hat die exceptio doli: es ist auf Schuld delegirt, und Du willst mir die Deckung, die mir Zahlung oder Sicherheit ist, nehmen. 3. Die Einreden, welche, aus dem Interesse des Delegaten hergenommen, der Delegat dem Delegatar entgegensetzen darf, ist er vorzuschützen verpflichtet, will er in seinem Deckungsanspruch nicht geschmälert seyn[4]. 4. Der Delegant muß den Delegaten schadlos halten, decken. Die Deckung liegt meistens in der Liberation von der Schuld. Daher muß er, wenn er den Delegaten irrig für seinen Schuldner hielt, ihm zahlen, oder ihn von dem Versprechen

---

1) L. 6. C. de novationibus (8. 42.). Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest.

2) L. 3. C. de novationibus (8. 42.). Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt . . . .

3) Nämlich wenn der Delegat sub conditione dem Delegatar versprach, denn dann steht die Forderung des Delegaten sub contraria conditione. L. 36. D. de R. C. (12. 1.) L. 80. L. 83. D. de jure dotium (23. 3.).

4) arg. L. 29. pr. §. 1. 2. 3. 4. 5. L. 48. pr. D. mandati (17. 1.).

gegen den Delegatar liberiren[5], wogegen ihm der Delegat die widerrechtliche Bereicherung herausgeben muß[6].

§. 131.

Delegat und Delegatar.

1. Begründet wird das Verhältniß durch das Versprechen und die Annahme desselben, für beides ist heutzutage eine Form nicht wesentlich. 2. Der Delegat ist dem Delegatar lediglich aus diesem seinem Versprechen verpflichtet, nicht aus seiner etwaigen Schuld an den Deleganten, noch aus der etwaigen Schuld des letzteren an den Delegatar, es ist also die etwa vorhandene Schuld novirt, der Delegatar macht aus seinem Recht gegen seinen Schuldner seinen Anspruch geltend: suum petit, suum negotium gerit, suo nomine agit, creditor debitum persequitur. Daraus folgt: 3. Den Delegatar treffen solche Einreden, die aus seinem Verhältniß zum Delegaten hergenommen sind[1], namentlich wenn dieser nicht schlechtweg versprach, sondern ein titulirtes Versprechen gab, die aus dem Titel dieses Versprechens folgen[2]. Nicht aber 4. Einreden aus dem Verhältniß, der Schuld, des Delegaten gegen den Deleganten. Denn der Anspruch des Delegatars ist unabhängig von diesem, unwesentlichen, Verhältniß, er kann es nicht leicht wissen, und weiß er es, so darf und muß

5) L. 9. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.). L. 78. §. 5. D. de jure dotium (23. 3.) L. 12. L. 13. D. de novationibus (46. 2.).

6) L. 7. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.).

1) L. 19. D. de novationibus (46. 2.). Diversum est bis zu den Worten rursum circumvenitur.

2) L. 36. D. de jure dotium (23. 3.) L. 7. pr. D. de condictione c. d. c. n. s. (12. 4.).

er es ignoriren, als eine ihm fremde Angelegenheit[3]. Also: das Deckungsverhältniß kümmert nicht, und soll nicht

3) Die Cardinalstelle: L. 19. D. de novationibus (46. 2.). Doli exceptio quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est, et in caeteris similibus exceptionibus . . . . . Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est: aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur; et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris. Anwendungen dieser Regel: 1. Schenkung. a. Quatenus facere potest. L. 41. pr. D. de re judicata (42. 1.) L. 33. D. de novationibus (46. 2.). b. Supra legitimum modum. L. 5. §. 5. D. de doli mali exc. (44. 4.). — 2. Dolus. a. Im Allgemeinen. L. 12. L. 19. D. de novationibus (46. 2.). L. 4. §. 20. D. de doli mali exc. (44. 4.). b. Bei dos. L. 4. §. 21. D. eod. Über den Grund ne indotata fiat: L. 5. §. 5. D. eod. L. 9. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.). L. 25. C. ad Sct. Vellej. (4. 29.). Der L. 4. §. 21. cit. steht nicht entgegen die L. 4. §. 22. eod., denn hier ist nicht die Ehefrau Delegantin, sondern der socer hat beiden Ehegatten die dos constituirt. Mühlenbruch Cession. S. 125. Note 253. — 3. Indebitum. a. Im Allgemeinen. L. 13. D. de novationibus (46. 2.). b. Bei dos. L. 9. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.). L. 78. §. 5. D. de jure dotium (23. 3.). — 4. Sct. Macedonianum. L. 19. D. de novationibus (46. 2.) L. 7. §. 6. 7. D. de Scto. Maced. (14. 6.). — 5. Non adimpletus contractus, nämlich nicht beschaffte Deckung. L. 5. C. de novationibus (8. 42.). — 6. Sct. Vellejanum. Es sind mit einander zu vergleichen L. 8. §. 2. 3. 4. 5. 6. L. 17. pr. L. 19. §. 5. L. 22. L. 24. pr. §. 1. L. 32. §. 1. 2. 3. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) L. 2. L. 4. L. 9. C. eod. (4. 29.). — Die im römischen Recht aufgestellte und, wie gezeigt, in mannichfaltigen Anwendungen wiederkehrende Regel leidet allerdings Modificationen, wie sich

kümmern den Delegatar. Dem widerspricht es nicht, daß den Delegatar Einreden aus dem Verhältniß des Delegaten zum Deleganten treffen, wenn und soweit er nicht als Delegatar, sondern den Deleganten vertretend fordert[4], so wie wenn der Delegat das Object seines Versprechens nach Maaßgabe seiner Schuld an den Deleganten bestimmt hat[5]. — Es folgt ferner daraus, daß auch die Pfandrechte, Bürgschaften, Zinsen, welche das frühere Verhältniß mit sich führt, nicht in Betracht kommen[6]. Es folgt weiter: 5. Einreden aus dem Verhältniß, der Schuld, des Deleganten gegen den Delegatar, die also der Delegant gegen den Delegatar haben würde, hat der Delegat gegen ihn nicht[7]. Eben so wenig kommen die früheren Pfandrechte[8], oder Verbürgungen[9] in Betracht.

---

namentlich aus L. 7. pr. §. 1. L. 4. §. 19. L. 16. D. de doli mali exc. (44. 4.) ergiebt, doch möchten diese auf allgemeinere Grundsätze zurückkommen, als wie sie bei Mühlenbruch Pandecten Th. 2. §. 494. Text zu Note 7. und 8. aufgestellt sind.

4) Soweit paßt ja auch das suum negotium gerit, u.s.w., nicht. Daraus erklärt sich L. 9. §. 1. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.) . . . . Sed si, soluto matrimonio, maritus peteret, in eo dumtaxat exceptionem obstare debere, quod mulier receptura esset.

5) L. 32. D. soluto matrimonio (24. 3.) . . . dotis nomine tanquam debitor mulieris dotem promiserit . . .

6) L. 68. §. 1. D. de evictionibus (21. 2.) L. 18. L. 27. D. de novationibus (46. 2.).

7) Anwendungen. Schenkung. a. in solidum. L. 41. pr. D. de re judicata (42. 1.). b. immodica. L. 21. §. 1. D. de donationibus (39. 5.) . . . meus debitor exceptione te agentem repellere non potest: quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris.

8) L. 30. D. de novationibus (46. 2.).

9) L. 4. C. de fidejussoribus (8. 41.).

Also das Valuta verhältniß kümmert den Delegaten nicht. Doch kann es durch Intervention des Deleganten zwischen dem Delegaten und Delegatar zur Sprache kommen[10].

§. 132.

Delegant und Delegatar.

1. Die Übernahme des Mandats ist freiwillig. 2. Zuweilen ist nicht im Interesse des Delegatars, sondern des Deleganten, der Delegatar Mandatar und die obligatio begründet. Dann ist der Anspruch gegen den Delegaten, obgleich der Form nach dem Delegatar zustehend, doch nach der Stellung des letztern zum Deleganten ein Anspruch des Deleganten. Der Delegatar hat daher der Ordre des Deleganten nachzukommen, und muß also, verlangt dieser es, den Delegaten liberiren, oder seinen Anspruch dem Deleganten delegiren[1] (wozu freilich Einstimmung des Delegaten gehört), oder cediren[2]. 3. Der Delegant kann die Zahlung des Delegaten soweit gegen den Delegatar anfechten, als er eine eigene Baarzahlung hätte anfechten können[3]. 4. Der Delegant muß die Delegation beschaffen. In der Voraussetzung, daß dieses geschehe, wird er als Schuldner zuweilen im Voraus liberirt[4]. 5. Wer trägt das periculum des Credits des Delegaten? Der Delegant, regelmäßig Schuldner des

---

10) L. 21. §. 1. D. de donationibus (39. 5.) in den Worten: Sed ego bis condictionem. L. 5. §. 3. 4. D. de donationibus inter V. et U. (24. 1.) L. 39. D. eod.

1) L. 10. §. 6. D. mandati (17. 1.).

2) L. 59. pr. D. mandati (17. 1.).

3) Z. B. L. 8. §. 3. D. ad Sct. Vellejanum (16. 1.).

4) L. 9. D. de praescr. verbis (19. 5.) L. 4. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4.).

Delegatars, kann die Gefahr tragen entweder in der Form, daß er, bevor der Delegat gezahlt hat, von seiner Schuld nicht liberirt ist, oder daß er, liberirt allerdings, aus der besonders übernommenen Garantie haftet. Die erstere Form ist die regelmäßige, ist sie ausgeschlossen, so tritt die zweite nur durch besondere Beredung ein[5]. In dieser Beredung liegt implicite das Mandat, zu stipuliren, daher der Indemnisationsanspruch mit der Mandatsklage verfolgt wird[6]. Ob nun der Delegant, wenn er Schuldner des Delegatars ist, schon durch die bloße Delegation liberirt wird, ist, versteht sich, zunächst aus der Absicht der Interessenten zu entnehmen. Er wird liberirt, wenn der Delegatar animo novandi den Delegaten zum Schuldner, also den Credit statt Zahlung nimmt, und nicht liberirt, wenn der Delegatar den Delegaten als einen zweiten Schuldner neben dem Deleganten haben wollte[7]. Ist irgend ein Zweifel, so ist die Liberation, da sie eine Novation ist, nicht anzunehmen, also die promissio des Delegaten nicht als expromissio, sondern als adpromissio anzusehen, weil das Noviren der ausdrücklichen Erklärung, daß es gemeint sei, bedarf, wenn es nicht unabweislich in dem Verhältniß selbst liegt[8]. Ein solches Verhältniß ist aber die Delegation nicht[9]. Der Zweifel

---

5) Daher nehmen die Quellen, und mit Recht, die Novation gleich mit Gefahr des Delegatars. Z. B. L. 35. D. de jure dotium (23. 3.). L. 3. C. de novationibus (8. 42.).

6) L. 45. §. 7. 8. L. 22. §. 2. D. mandati (17. 1.).

7) L. 2. L. 8. §. 2. 5. D. de novationibus (46. 2.) L. 35. D. de jure dotium (23. 3.) L. 3. C. de novationibus (8. 42.).

8) L. ult. C. de novationibus (8. 42.).

9) So hat denn auch die L. ult. C. de novationibus (8. 42.) unter den Fällen, in welchen nicht das Verhältniß selbst

ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Delegat bereits zur Zeit der Delegation insolvent ist, und der Delegatar dieses weiß [10]. Der an sich zuständige Regreß fällt hinterher weg, wenn der Delegatar am Verfalltag nicht eincassirt, und dies an ihm liegt, er in mora ist [11], denn er folgt nun dem Credit des Delegaten [12], es gilt, als habe er erhalten und dem Delegaten wieder geliehen [13].

---

die Novation mit sich bringt, sondern es eben der ausdrücklichen auf die Novation gerichteten Worte bedarf, den Fall: Si quis aliam personam adhibuerit. Noch klarer spricht der Titel der I. quibus modis obligatio tollitur (3. 29.). Nachdem dort gesagt ist: jede obligatio erlischt durch Zahlung oder ein Surrogat derselben, z. B. Acceptilation, heißt es in §. 3. Praeterea novatione tollitur obligatio: veluti si id, quod tu Sejo debeas, a Titio dari stipulatus sit, und nachdem hierauf dieses Verhältniß noch genauer entwickelt, und sodann der Fall einer bloßen Novation der Obligation ohne Änderung der Personen hingestellt ist, fährt der §. dahin fort: es sei zwar das im älteren Recht feststehend gewesen, daß eine novatio Statt finde, wenn novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, aber wann dieses novandi animo geschehe, über diese Frage seien die widerstreitendsten Präsumtionen aufgestellt worden, bis die Constitution die ausdrückliche Erklärung, daß man noviren wolle, verlangt habe. So wird also die allgemeine Regel über die Unterlegung des animus novandi speciell auf die Delegation angewandt.

10) Die L. 41. §. 3. D. de jure dotium (23. 3.). Quod si jam tunc . . . . . darf nicht so absolut, wie die Worte lauten, verstanden werden.

11) L. 56. pr. D. de jure dotium (23. 3.) L. 6. D. de doli mali exc. (44. 4.) L. 49. pr. D. soluto matrimonio (24. 3.). Ob es an ihm lag, dafür sind zuweilen Rücksichten der Delicatesse zu beachten. L. 33. D. de jure dotium (23. 3.).

12) L. 41. §. 3. D. de jure dotium (23. 3.).

13) L. 49. D. eod.

Dahingegen präjudicirt die vor Verfall, z. B. vor eingetretener Bedingung, unterlassene Eincassirung dem Regreßanspruch des Delegatars nicht [14].

Siebente Abtheilung.

Weitere Begebung.

§. 133.

Weitere Cession, Assignation, Delegation.

I. Successive Cession, es liege ihr Verkauf oder der Zweck, zu zahlen, unter. 1. Regreß des letzten Cessionars per saltum oder per ordinem. Man kann meinen: a. Der letzte Cessionar darf gegen einen beliebigen mittelbaren Vormann klagbar werden. Denn der erste Cessionar überträgt durch die Cession des Rechts gegen den debitor cessus auch das Regreßrecht, welches er gegen seinen Cedenten hat, auf seinen Cessionar, und dieser cedirt wieder diese beiden Rechte weiter, und ist als Cedent ebenfalls verhaftet, so daß sich in der Person des letzten Inhabers die sämmtlichen Rechte vereinigen, die jeder seiner Vormänner als Nachmann gegen seinen Vormann und seine Vormänner gehabt hat [1]. Die richtigere Meinung ist aber: b. Der Cessionar kann nur gegen seinen unmittelbaren Cedenten den Regreß nehmen, wenn ihm nicht

14) L. 41. §. 3. D. eod.

1) Dieses Raisonnement läßt sich nur durch den Satz rechtfertigen, daß mit einem Recht auch die Accessionen desselben übergehen, allein gegen die Anwendung dieses Satzes sind allgemeine Grundsätze und speciell die L. 59. D. de evictionibus (21. 2.), nach welcher die im Text folgende Meinung die richtige ist.

dieser sein Recht gegen seinen Cedenten abtritt. Ist dieses der Fall, so kann dann freilich jener Cessionar E. gegen seinen nächstmittelbaren Cedenten C. klagen, nicht aber gegen den entfernteren B., weil gegen diesen nicht D., sondern nur C. eine Regreßklage hat. C. müßte also diese seine Klage dem E., oder dessen Cedenten D. und dieser sie dann wieder dem E. cedirt haben. Das nach der ersten Meinung dem letzten Inhaber von selbst zustehende Wahlrecht kommt ihm also richtiger nur dann zu, wenn jeder Vormann das ihm ursprünglich zustehende und das ihm cedirte Regreßrecht weiter cedirt hat. 2. Kann der Cedent, welcher den Schuldschein einlöste, gegen seine Vormänner wieder Regreß nehmen? Den Regreßanspruch, welchen er gar nicht cedirt hat, kann er ohne Weiteres verfolgen. Hat er seine Rechte gegen seinen Vormann oder die durch Cession erhaltenen Rechte gegen seine Vormänner seinem Nachmann cedirt, so ist es eben so, wenn der Vormann, den er belangen will, die geschehene Cession des gegen ihn statthabenden Regreßanspruches ignoriren[2] darf, wenn nicht, so bedarf es einer Rückcession dieses Anspruches an den Cedenten von Seiten des ihn belangenden Nachmannes, da dieser Anspruch nicht schlechtweg in Folge der bloßen Einlösung des Schuldscheines auf ihn übergeht. 3. Kann der Cedent, welcher den Schuldschein einlöste, den debitor cessus in Anspruch nehmen? Er kann dieses ohne Weiteres, wenn der letztere

---

2) L. 3. C. de novationibus (8. 42.) antequam lis contestatur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit. L. 3. C. mandati (4. 35.) L. 4. C. quae res pignori (8. 17.). Vgl. Mühlenbruch Cession. 3. Aufl. S. 491—495. 501. 502.

die geschehene Cession ignoriren darf[3], wenn nicht, so bedarf es einer Rückcession des Anspruchs, wie man wohl sagt des Schuldscheines, denn dadurch, daß der Cessionar dem debitor cessus gegenüber getreten ist, ist der Anspruch sein geworden, der Cedent erwirbt aber die dem Cessionar zustehenden Rechte nicht durch die bloße Einlösung des Schuldscheines, weil er damit nur seiner eigenen Verpflichtung nachkommt[4], er möchte denn[5] als eigentlicher Bürge des debitor cessus zahlen[6]. II. Weitere Assignation. Der Assignatar kann mit Beibehaltung desselben Assignaten weiter assigniren, und dieser neue Assignatar wieder weiter, und sofort. Von den mehreren Assignataren kann sich jeder nur an seinen Assignanten, also der Nachmann nur an seinen unmittelbaren Vormann regressiren, denn nur mit diesem hat er contrahirt, und der Vormann, welcher die Anweisung einlöste, hat ohne Weiteres seinen Regreß wieder gegen seinen Vormann. Eine neben der Anweisung geschehene Cession des Regreßrechtes, welches der Assignant gegen seinen Assignanten hat, an seinen Assignatar, modificirt die obigen Sätze. Der einlösende Assignant hat gegen den Assignaten alle ihm ursprünglich gegen diesen zuständigen Rechte. III. Weitere Delegation. Der Delegatar kann mit Bei-

---

3) Vgl. die Note 2.

4) Vgl. L. 28. D. mandati (17. 1.) L. 31. pr. D. de hered. petit. (5. 3.) L. 20. §. 1. D. de tutelae actione (27. 3.) L. 95. §. 10. D. de solutionibus (46. 3.). Heise und Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 7. 8.

5) Wie der verkaufende Cedent, welcher de bonitate nominis, (locupletem esse debitorem) gutsagte.

6) L. 36. D. de fidejussoribus (46. 1.) L. 76. D. de solutionibus (46. 3.).

behaltung desselben Delegaten weiter delegiren, und dieser neue Delegatar wieder weiter, und sofort. Wenn wegen ausgeschlossener Novation oder übernommener Garantie der Regreß statthaft ist, so geht er eben so, wie bei der weiteren Assignation, wenn nicht eine nebenlaufende Cession eine Modification bewirkt, nur an den unmittelbaren Vormann, dem sodann sein Vormann ohne Weiteres haftet. Der Delegant, welcher in Regreß genommen, zahlte, hat gegen den Delegaten, wenn dieser von ihm durch Novation liberirt ist, nicht aus eigenem Recht, sondern nur aus dem Recht des Delegatars einen Anspruch, sonst aber ohne Weiteres den eigenen Anspruch. IV. Von den vorhin erwähnten Fällen, wo die Person des Cessionars, Assignatars, Delegatars geändert wird, ist der Fall zu unterscheiden, daß der debitor cessus, Assignat, Delegat durch ein weiteres Rechtsgeschäft, bei welchem er als Cedent, Assignant, Delegant auftritt, die Zahlung einleitet oder bewerkstelligt.

Achte Abtheilung.

Die Scontration.

§. 134.

Character.

Die Scontration[1]. Quellen[2]. Literatur[3]. —

---

1) Zahlung mit geschlossenem Beutel. — Scontriren, Scontro (leipziger, augsburger); incontriren (braunschweiger, botzener); riscontriren, die Riscontri (frankfurter); giriren, der Giro für das Scontriren und den Scontroplatz (botzener); in die Partita gehen (augsburger); der Posten, welcher scontrirt wird, heißt auch die Partita (augsburger), die Parthei (leipziger Wechselordnung). — Im Französischen virement oder riscontre. —

2) Besanzoner W. O. von 1622. Art. 4. 13. — Botze-

Das Characteristische des Scontrirens, einer eigenthümlichen Zahlungsart, kann nicht darin gefunden werden, daß der Zahlung das Ab- und Zuschreiben in den Handelsbüchern folgt oder sie begleitet, denn dieses kommt als Folge der überall üblichen Buchhaltung bei jeder Verhandlung, welche das credit und debet ändert, vor[4], auch nicht bei der Wendung, daß die Zahlung durch bloßes Ab- und Zuschreiben in den Büchern bewerkstelligt wird[5],

---

ner Markt- (und Wechsel-) Ordnung von 1635. Art. 10. 11. 16. von 1718. Cap. 37—42. von 1742. Cap. 42—45. von 1787. Cap. 5. §. 81—83. von 1792. Cap. 4. §. 73—76. — Lyoner W. O. v. 1667. Art. 4. 5. 7. 8. — Leipziger W. O. v. 1682. §. 10. 24. 25. Erklärung der leipziger Handels- und Wechselordnung vom 23. Dec. 1699. (auch datirt 2. Januar 1700). — Braunschweiger W. O. von 1715. Art. 49. — Frankfurter W. O. von 1739. Art. 34. 42. 43. — Breslauer W. O. v. 1742. §. 39. — Augsburger W. O. von 1778. Cap. 4. §. 2. Cap. 9. §. 1. 2. — Preußisches Landrecht §. 1262—1264. — Weimarsche W. O. v. 1819. §. 89.

3) Vor Allem: 1. Der vorsichtige Banquier. Frankfurt und Leipzig 1733. Bd. 1. §. 86—90. S. 109—112. — 2. Riccius exercitationes in jus cambiale. exc. 8. Gott. 1781. sect. I. de scontratione mercatorum. — 3. Marperger neu eröffnetes Handelsgericht. S. 433—444. — 4. Ludovici (ed. Schedel) Akademie der Kaufleute oder encyclopädisches Kaufmannslexicon. Bd. 6. Leipzig 1801. S. 9—18. Außerdem vgl. Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte. Bd. 2. S. 447—452. Pöhls Handelsrecht. §. 127. S. 296. Bender Wechselrecht. Bd. 1. §. 346. S. 466. 467. und die Note * auf S. 467—469. Rau Volkswirthschaftslehre. S. 289. Pardessus cours. Bd. 2. S. 152. 160. 171. 172.

4) Dadurch erledigt sich theilweise die Definition bei Bender engeres Handelsrecht §. 158. S. 351. 352. und bei Mittermaier ed. 5. §. 567.

5) Dies scheint die Meinung des preußischen Ldr. §. 1264.

denn damit ist immer nur die Beurkundung des Zahlungsgeschäftes, nicht der innere, juristische Gehalt desselben bezeichnet. Was diesen anlangt, so ist es zu eng, ohne weitere Verständigung die Scontration 1. für eine Compensation [6], oder 2. für eine Delegation [7], oder 3. für eine Delegation mit drei Schuldverhältnissen, also mit Compensation [8], oder 4. für eine Assignation [9] zu erklären, und ohne Grund, 5. die Scontration als Delegation von der Incontration als Compensation zu unterscheiden [10]. Es ist vielmehr Scontration ein allgemeiner kaufmännischer und auch von der Gesetzgebung respectirter Ausdruck für die auf allseitiger Einwilligung beruhende Ausgleichung gegenseitiger Schulden unter mehr [11] denn zwei Personen [12], welche persönlich oder durch Bevollmächtigte ver-

6) Zipffell tractatus von Wechselbriefen. Frankfurt und Leipzig 1701. S. 252 i. f. 253. Bender a. a. O.

7) Mittermaier a. a. O.

8) Es wird nämlich verlangt, nicht nur, daß der Delegat Schuldner und der Delegatar Gläubiger des Deleganten, sondern daß auch der Delegat Gläubiger des Delegatars sei. So der vorsichtige Banquier S. 109. und Treitschke a. a. O. S. 447. und Pardessus a. a. O. S. 172. Vgl. unten Note 12. Es ist dieser letzte Umstand freilich sehr willkommen und gesucht, aber nicht wesentlich.

9) So Marperger Handelsgericht S. 434, ausdrücklich mit Anwendung des Satzes: Anweisung ist keine Zahlung.

10) So Mittermaier a. a. O. Für diese Unterscheidung fehlt es an allem Grund, da der Sprachgebrauch des kaufmännischen Verkehrs sie so wenig kennt, wie der gesetzliche, und überdies die italienischen Wörter scontrare, incontrare, riscontrare gleichbedeutend sind.

11) Denn die Compensation unter zwei Personen an und für sich betrachtet, wird nie Scontration genannt.

12) So allgemein stellt es auch Pöhls Handelsrecht S.

treten beisammen sind [13], um ohne alle oder mit geringer anderweitiger Zahlung die sämmtlichen Schulden zu tilgen. Die Verhandlung zu diesem Zweck wird, weil unter Gegenwärtigen, zuvörderst mündlich gepflogen, dem widerspricht es nicht, daß die einzelnen Acte, aus welchen sie besteht, schriftlich beurkundet werden, durch Quitungen, Eintragung in die besonderen Scontrobücher, oder überhaupt in die Handelsbücher. Diese ganze Verhandlung ist die Scontration; aber auch die einzelnen Acte, durch welche die Ausgleichung realisirt wird, nennt man *als solche* das Scontriren. Diese einzelnen Acte sind Compensation, Delegation, und anderweitiges Mandat. Sämmtliche Personen wollen und bereden, daß die vorhandenen Schuldner- und Gläubigerverhältnisse möglichst weit durch Compensation getilgt werden, zu diesem Zweck müssen

296., zerstört aber das Eigenthümliche des Instituts durch die Bemerkung, daß die Scontration auch ohne Vertrag, als negotiorum gestio, erscheinen könne; so allgemein stellt es auch Daniels Wechselrecht §. 64. 65. S. 268. 269., aber nach der Bemerkung, daß die Zahlung „ohne baares Geld", also ohne alles baare Geld bewirkt werde, und nach dem Beispiel auf der S. 269. fällt die Meinung mit der vorhin Note 8 aufgeführten zusammen.

13) Dem Wort Scontration an sich ist es nicht widersprechend, es auch dann zu brauchen, wenn die Verhandlung unter Abwesenden durch Correspondenz gepflogen wird; — diese schwerfällige Art der Besprechung und die dann meistens nur zufällige Bekanntschaft mit den Contocourantverhältnissen Anderer ergiebt von selbst, daß die Verhandlung dann nicht umfangsreich seyn kann, d. h. auf eine vergleichsweise geringe Anzahl von Gläubigern und Schuldnern und mithin auch auf geringe Summen beschränkt ist. Der Ausdruck ist aber in dieser Bedeutung ungewöhnlich, und die Gesetze denken unter Scontriren immer eine Verhandlung an *einem* Scontroplatz.

aber erst durch Delegationen und Mandate anderer Art [14] neue Gläubiger- und Schuldverhältnisse constituirt werden [15]. Sonach bezweckt das Scontriren immer ein Compensiren, und dieses wird durch Überweisungen möglich gemacht, dem Streichen aller concurrenten Summen liegt immer eine Compensation unter. Dieses ist wahr nach der oberflächlichsten Anschauung, und in einem andern Sinn wahr nach der tiefsten juristischen Auffassung.

§. 135.

Geschäftsgang.

Die Scontration geschieht meistens auf Messen und Märkten, aber auch sonst, und entweder an der Börse oder an einem eigenen Scontroplatz [1], und zu fest be-

---

14) Zu diesen gehört nicht Assignation, nämlich Zahlungsmandat, denn es genügt zu versprechen, um Schuldner zu werden und compensiren zu können, und nicht Cession, denn sie wird nicht gebraucht, weil der Schuldner den Gläubiger seines Gläubigers freiwillig adoptirt.

15) Der vorsichtige Banquier S. 109. sagt ganz richtig: In der That ist per rescontro bezahlen eben so viel, als eine Schuld per compensationem vergnügen, nur daß ich das debitum erst durch die 3. 4. oder 5. Hand und zwar per delegationem in meines Creditors Hände transferiren, und mich dadurch, mit ihm zu compensiren, in den Stand setzen muß.

1) „Am Perlach" augsburger W. O. von 1707. Art. 14; „das deutsche Haus" in Venedig (Riccius S. 5.); der Römerberg in Frankfurt (Ludovici S. 16.); das clearing house in London. Hier werden nach Rau Vwlehre S. 289. an gewöhnlichen Tagen etwa 4 bis 5 Millionen Pf. St., an solchen Tagen, wo die Geschäfte in Staatspapieren vollzogen werden, oft 20 bis 36 Millionen Pf. St. bezahlt, und selten sind mehr als 200,000 Pf. St. zur baaren Ausgleichung nöthig. Über das Verfahren Bender a. a. O.

stimmten Zeiten. Es treten an dem bald mehr bald weniger besuchten Scontroplatz eine Mehrzahl von Personen zusammen, Schuldner und Gläubiger, soweit zwei Personen gegenseitig Schuldner und Gläubiger sind, compensiren sie mit einander, soweit dieses nicht der Fall ist, werden Andere herbeigezogen, jeder Schuldner sucht sich einen andern Schuldner, jeder Gläubiger sich einen andern Gläubiger zu substituiren. Der willkommenste und immer erstrebte Fall ist dabei der, daß als Schuldner und Gläubiger zwei Personen einander gegenüber kommen, die in der umgekehrten Qualität den Scontroplatz betreten und also nun compensiren können. So tilgt die bloße Ausgleichung eine Menge von Schulden. Soweit dieses nicht geschehen ist, treten dieselben Personen mit den Resten ihrer Forderungen und Schulden mit den Übrigen zusammen, und so tilgt sich wieder ein Complexus von Forderungen und Schulden. So wird dann unter allen Anwesenden fortgefahren. Es bilden sich so zu sagen einzelne Tilgungsgebiete, Sectionen, Giri, aus bald mehr bald weniger Personen bestehend. Der Giro steigt vom einfachsten zum verwickelteren: 1. Der Schuldner läßt durch seinen Schuldner seinem Gläubiger versprechen [2]; — eine

2) Diesen Fall hat das auf den ersten Anblick verwickelt erscheinende Beispiel bei Marperger a. a. O. S. 435. Titius (A.) hat zu fordern 1000 von Claudius (B.), 800 von Gregor (C.), 700 von Sulpicius (D.); schuldet 500 an Mevius (E.), 1000 an Cajus (F.), 600 an Sempronius (G.), 780 an Petrus (H.). Er bezahlt 2500 durch sechs Delegationen, bei deren jeder A. Delegant ist, ich stelle die Personen in dieser Folge: Delegant, Delegat, Delegatar. 1. A. B. E. 500. 2. A. B. F. 500. 3. A. C. F. 500. 4. A. C. G. 300. 5. A. D. G. 300. 6. A. D. H. 400. Den ungetilgten Saldo des H. von 380 muß A. auf anderweitige Art zahlen. Jeder

Zahlung wird gespart. 2. Der Schuldner läßt durch seinen Schuldner dem Gläubiger seines Gläubigers versprechen [3]; — zwei Zahlungen werden gespart. Kommt hinzu, daß der versprechende Schuldner Gläubiger seines neuen Gläubigers ist, so werden dort drei, hier vier Zahlungen gespart. 3. Es muß eine größere Anzahl zusammenwirken, damit ohne Baarfonds getilgt werde. Es wird eine Reihe gesucht, in welcher des Einen Schuldner wieder Gläubiger eines Dritten, dieser eines Vierten, dieser eines Fünften, und so ferner fort, ist [4]. Denkt

---

Gläubiger hat einen andern Schuldner, jeder Schuldner einen andern Gläubiger freiwillig adoptirt, augenfällig im höchsten Interesse des A., welcher dem Baarempfang und der Baarzahlung entgeht, das eigene Interesse beruht, wenn nicht auf reiner Gefälligkeit gegen A., auf der Berechnung, mit dem neuen Gegner direct compensiren, oder mit ihm in einen andern Giro treten und in diesem, oder in Folge von diesem in einem weitern Giro compensiren zu können.

3) Vgl. z. B. L. 18. §. 1. D. de m. c. donationibus (39. 6.) statt donaturus denke debitor soluturus. Diesen Fall der Scontration unter vier Personen hat das Beispiel bei Königken der Stadt Leipzig Wechselordnung. Leipzig 1717. S. 66. 67; es ist auch abgedruckt im vorsichtigen Banquier S. 110, bei Siegel corp. jur. camb. B. I. S. 39. 40. und bei Riccius a. a. O. S. 16. 17. Die Scontrirenden sind so zu stellen, wobei der links Stehende als Gläubiger des rechts Stehenden zu denken ist: Sempronius (A.), Mävius (B.), Cajus (C.), Titius (D.), Sempronius (A.). Denselben Fall hat das Beispiel bei Ludovici a. a. O. S. 12—14. Die Scontrirenden sind so zu stellen: Ditzel (A.), Eberhard (B.), Anton (C.), Philipp (D.), Ditzel (A.). Die drei in der Delegation stehenden Personen sind der Delegant C., der Delegat D., der Delegatar A.; außerhalb derselben steht B. als Mandant des A. und des C.

4) Man muß, sagt der vorsichtige Banquier S. 110.,

man Baarzahlung, so würde das baare Geld von dem letzten Schuldner an den ersten Gläubiger gelangen, und ist dieser Schuldner von jenem, an jenen zurück, es hätte einen Kreislauf gemacht. Durch die Beredung wird nun aber die Baarzahlung ausgeschlossen, und die debita werden bis auf die concurrente Summe gestrichen.

§. 136.
Juristische Auffassung.

Die Folge der Reihe, wenn mehr als drei Personen scontriren, ist so zu denken, daß immer der Nebenmann rechts Schuldner seines Nebenmannes links ist[1]. 1. Der letzte Gläubiger rechts hat nun seinen Schuldner, der die äußerste Rechte bildet, angewiesen[2], d. h. beauftragt, dem ersten Gläubiger, auf der äußersten Linken, zu versprechen, und dieser ist von seinem Schuldner angewiesen, d. h. beauftragt, das Versprechen entgegen zu nehmen, demzufolge betrachtet sich der letzte Schuldner rechts als Schuldner des ersten Gläubigers links. Es ist damit eine Delegation gegeben und zwar mit mandatum de stipulando, von der Delegation unter drei Personen dadurch abweichend, daß der Mandant bei diesem Mandat nicht der Delegant ist. Der Delegat zahlt dem Delegatar, ist er sein Gläubiger, durch Compensation, sonst baar oder durch

---

um zum Creditor den Debitor zu finden, oft sechs, sieben, und mehr Personen herbeibringen, welche sich dann in der Ordnung, wie Einer den Andern bezahlt, in einen Kreis rangiren.

1) In dem Dreieck, welches die Delegation, Assignation, Tratte versinnlicht, denke ich mir den Deleganten, Assignanten, Trassanten links stehend.

2) Daher brauchen Schriftsteller (z. B. Riccius), welche das Institut keineswegs als Assignation auffassen, dennoch die Ausdrücke, assignans, assignatus, assignatarius.

ein Surrogat, welches dann meistens durch Eintreten der Beiden in einen andern Giro gesucht wird. 2. Alle Zwischenpersonen, nämlich vom ersten Schuldner links bis zum vorletzten Schuldner rechts, beide inclusive, stehen ebenfalls in Mandatsverhältniß, der Nebenmann links ist Mandant seines Nebenmannes rechts, jeder dahin, daß der Nebenmann rechts bei seinem Nebenmann rechts das weitere Mandat, und also mittelbar das Versprechen des letzten Schuldners an den ersten Gläubiger erwirke, und unter dem Einverständniß, daß wenn dieses Versprechen gegeben werde, der schuldnerische Mandatar bis auf die concurrente Summe liberirt seyn solle. Dieses bloße Versprechen des Delegaten genügt, um Alle zu liberiren. Denn jeder der Zwischenmänner ist als Gläubiger von seinem Schuldner rechts dadurch bezahlt, daß er von seinem Gläubiger links liberirt ist, ist nun der Gläubiger von der äußersten Linken vom Regreß ausgeschlossen, weil er sich für befriedigt erklärt hat, so ist die Möglichkeit eines Regresses ohne Interesse, da kein Schuldner etwas zu fürchten hat, weil jedem Gläubiger Alles geworden ist, was er verlangt hat, nämlich Friede vor seinem Gläubiger[3]. Daher stellen denn auch alle Gesetze jeden scontrirten Posten einem wirklich gezahlten gleich[4]; und daher

3) L. 61. D. de solutionibus (46. 3.).

4) 1. Die girirten Posten sind als wirklich geleistete Zahlungen anzusehen (Botzener W. O.). — 2. Von selbigem Moment an bleibet die Schuld als bezahlet auf Gefahr dessen, welcher selbige angenommen (Leipziger W. O.). — 3. Doch nehmen wir den Fall aus, wenn die Assignation in vim dationis in solutum per scontro geschehen (Erklärung der Leipziger W. O. v. 23. Dec. 1699.). — 4. Ein jeder Debitor soll sehen, wie er seinen Creditorem durch Compensation oder Delegation und dergleichen anständige Zahlungsmittel möge

werden denn auch die etwaigen Schulddocumente, Wechsel, Anweisungen, einfache Schuldverschreibungen, von dem Gläubiger dem Schuldner retradirt, und diesem auf Verlangen Quitung gegeben. — Nach dem Vorigen besteht jede einzelne so zu sagen Scontrosection, jeder einzelne Giro, aus einer Mehrzahl von juristischen Acten, die dem Auge verschwinden, weil die factische Verhandlung die einzelnen Bestandtheile nicht zergliedert, sondern nur die Voraussetzungen und das Resultat bespricht [5]. Faßt man ins Auge, daß bei der Scontration immer Compensationsverhältnisse erstrebt und gemacht werden, und daß die Liberirung des Einen, um von den Andern liberirt zu seyn, auch wohl debiti et crediti inter se contributio genannt werden kann, so erklärt es sich, wie die Scontration auch wohl Compensation genannt wird [6], aber nimmer darf man sie so definiren.

---

vergnügen, — die verschriebene Schuld soll auf Gefahr des Creditors . . . . . vor vollkömmlich bezahlt gehalten werden (Braunschweiger W. O.). — 5. Frankfurter W. O. §. 34. 42. 43. — 6. Eine scontrirte Partita kann nicht mehr revocirt werden (augsburger W. O.). — 7. Hat der Wechselgläubiger mittelst einer privativen Novation einen Andern als Schuldner angenommen (Scontration), so wird die Wechselschuld für getilgt angesehen (Weimarsche W. O.) — 8. Statt Zahlung . . . . . durch Ab- und Zuschreiben in den Büchern eine Überweisung (Scontration) preuß. Ldr. §. 1262—1264.

5) In dem einfachen Beispiel bei Königken (vgl. oben §. 135. Note 3.) enthält die einfache Beredung, wir wollen alle debita streichen, folgende juristische Acte: drei Mandate verschiedenen Inhalts, ein Zahlungsversprechen, und die Beredung von vier Compensationen, und es wandert bei dieser Zahlung mit geschlossenem Beutel juristisch das Geld durch vier Hände; durch acht juristische Acte, mit ein Paar Worten in wenigen Minuten constituirt, werden vier factische Acte ge-

Neunte Abtheilung.
Die Deckung.

§. 137.
Arten.

Der Mandant (Assignant, Delegant, Trassant) ist dem Mandatar zur Schadloshaltung (Deckung) verpflichtet. Der dazu dienende Werth heißt ebenfalls Deckung, auch Deckungsfonds, Valuta, Provision, Anschaffung. Der Mandatar macht die Zahlung, indem er dem Mandanten gar keinen Credit giebt, oder ohne Weiteres creditirt, oder gesichert creditirt. Danach ist die Zahlung 1. Zahlung ohne Credit, creditlose Zahlung, gedeckte Zahlung. Die Deckung ist entweder durch eine Schuld oder durch baaren Fonds oder diesen vertretenden Creditfonds gegeben. 2. (Reine) Creditzahlung. 3. Gesicherte Creditzahlung, gedeckte Creditzahlung[1]. So kann auch das Ac-

spart, vier Obligationen getilgt. Wenn es in L. 3. §. 12. D. de donationibus inter V. et U. (24. 1.) heißt: eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari, so verstecken sich hier acht und vier Acte hinter das allgemeine Tilgungsversprechen.

6) Compensatio per scontrationem ineunda, Riccius a. a. O. S. 5.; — es geschieht ein solcher Scontro oder Compensatio mehrentheils unter drei, vier, auch mehr Personen, Marperger a. a. O. S. 434. — La créance d'un tiers peut être opposée . . . . en compensation, Pardessus cours II. S. 171.

1) Ich nehme nicht creditlose Zahlung und nicht gesicherte Creditzahlung, sondern gedeckte. Also Deckung für Zahlung und für Sicherheit. Die Zweideutigkeit wird meistens der Zusammenhang heben. Beide Bedeutungen von gedeckt entsprechen dem kaufmännischen Sprachgebrauch, und dem doctrinel-

cept, welches, wenn es eine selbständige Verpflichtung gegen den Dritten zur Zahlung erzeugt, eben so gefährlich, wie die Zahlung selbst ist, ein gedecktes Accept, ein Creditaccept, ein gedecktes Creditaccept seyn. Die beiden letztern Arten der Zahlung oder des Acceptes sind im Gegensatz von der ersteren Art: ungedeckte Zahlung oder ungedecktes Accept (Blancoaccept, à découvert). Danach wird mandirt (assignirt, delegirt, trassirt) 1. auf Deckung, und zwar auf Schuld, oder auf baaren Fonds[2]. Diese Ausdrücke hat die Doctrin und das kaufmännische Leben. 2. Auf Credit. 3. Auf gedeckten Credit[3]. Das Mandiren kann dem Zahlen

---

len (Treitschke Encyclopädie der Wechselrechte. Bd. 1. S. 327. wo aber die Beispiele nicht durchgängig richtig rangirt sind), und da sie nun einmal, auch in der Gesetzgebung, bei einzelnen Verhältnissen die gebräuchlichen sind, so liegt der Wissenschaft ob, statt die Terminologie aufzugeben, ihre Gränzen schärfer zu bestimmen, und danach den seltenen daher namenlosen Verhältnissen, so wie den Verhältnissen, welche, häufig vorkommend, einen speciellen Namen hergebracht haben, ihre Stellung anzuweisen.

2) Auf pränumerirte oder sofort erfolgende selbständige Zahlung.

3) Bei Bender Wechselrecht Bd. 1. S. 352. 353. stehen acht Fälle unlogisch neben einander. Bei Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 9—12. S. 352. Note 16. wird unterschieden: Trassiren auf Schuld, mit Deckung, auf Borg, nämlich der Bezogene ist Schuldner des Wechselausstellers, oder ist mit der erforderlichen, nach S. 11. einer besonders übermachten, Deckung versehen, oder ist weder auf die eine noch die andere Art gedeckt, sondern borgt dem Aussteller die Zahlung ohne Sicherheit. Es ist aber nicht weiter angegeben, was unter erforderlicher, besonders übermachter Deckung zu verstehen sei.

genau correspondiren, es kann aber auch anders mandirt, als gezahlt seyn, d. h. das Verhältniß bei der Zahlung ein anderes, als das beim Mandiren vorhandene oder zugesagte seyn[4]. Den Mandatar interessirt wesentlich die Sachlage nur wie sie in dem Moment ist, wo er die Zahlung macht, oder eigentlicher wo er die Schadloshaltung fordern kann, das Verhältniß in einem früheren Moment, wo das Mandat ertheilt wird, oder wo er es annimmt, nur insofern, als er voraussetzt, daß die vorhandene oder sofort eintretende Deckung bleiben, die zugesagte erfolgen werde. Der Mandatar hat auf die Verwirklichung dieser Voraussetzung ein Recht, wenn die Deckung zugesagt, oder mit Rücksicht[5] auf die vorhandene mandirt ist.

§. 138.

Mandiren auf Schuld.

Der Hauptfall des Mandirens auf Deckung ist, daß auf Schuld mandirt wird[1], daß nämlich der Manda-

---

4) Die Deckung in der Bedeutung: Schuld, Baarfonds, so wie in der Bedeutung: Sicherheit, kann beim Mandiren a. bereits vorhanden seyn, b. sofort erfolgen, c. zugesagt seyn. Beispiel bei der Deckung als Sicherheit: a. Ich habe die committirten Waaren schon in Händen. b. In dem Avisbrief liegt ein eigener Wechsel oder ein Wechselaccept des Mandanten oder eines Dritten, oder die committirten Waaren kommen gleichzeitig mit dem Mandat an. c. Du sollst vor der Zahlung oder dem Accept Commissionsgut, oder Rimessen erhalten, oder das Schiff soll Dir vorher in der gehörigen Form verbodmet werden.

5) Das bloße Vorhandenseyn der Deckung giebt dieses Recht nicht.

1) Auf Schuld mögen drei Viertel aller Wechsel gezogen

tar Schuldner des Mandanten, und die Anrechnung gesetzlich oder verabredeterweise statthaft ist. 1. Dann ist die Forderung, so wie sie entstanden ist, auch bezahlt, der Mandatar hat seine Befriedigung in sich selbst, d. h. in seinem schuldnerischen Verhältniß zu dem Mandanten. Es werden dann durch die eine Zahlung in einem Moment zwei Obligationen getilgt, nämlich die Schuld des Mandatars, z. B. aus dem Darlehen, und die des Mandanten aus dem Mandat[2]. Für den Moment des Erlöschens ist es bedeutend: wann die Forderung des Mandatars auf die Deckung entsteht, ob erst nach der Zahlung an den Dritten, weil er in Vorschuß zu gehen verpflichtet war, oder ob, weil ihm dies nicht oblag, schon früher. 2. Es ist gleich, welcher Titel der Schuld unterliegt, so wie ob der Mandatar Geld in genere schuldet, so daß die Anrechnung als Compensation geschieht, der gewöhnliche Fall, oder ob er ein anderes genus oder eine species schuldet, so daß die Anrechnung in Folge einer beredeten satisfactio Statt hat; in dieser Beredung liegt meistens noch ein anderes Geschäft, als das bloße Behalten an Zahlungsstatt versteckt. 3. Die Verabredung der Compensation, wenn sie nicht überflüssig ist, gestattet die Compensation unter Umständen, unter welchen sie gesetzlich nicht statthaft wäre. Sie gereicht zum Vortheil des Man-

---

werden. Heise u. Cropp Abhandlungen. Bd. 2. S. 9. Note 16. S. 362. Note 31. Das römische Recht sagt vom Zahlungsmandatar, und vom Delegaten regelmäßig: liberatur. Den Hauptfall des Mandirens auf Schuld giebt die Scontration.

2) Es ist ganz derselbe Fall, als wenn der Pfandgläubiger dem Schuldner das Pfand abkauft, und nun die Baarzahlung überflüssig wird. L. 44. D. de solutionibus (46. 3.).

danten, welcher der baaren Schadloshaltung entgeht, und zum Vortheil des Mandatars, welcher der anderweitigen Zahlung seiner Schuld überhoben ist. Steht der gesetzlichen Compensation nur die ungleiche Fälligkeit entgegen, so ist die Verabredung nur dem bedeutend, dessen Forderung später fällig ist. 4. Die Verabredung der Anrechnung, namentlich Compensation, kommt nicht immer vor. Es wird zuweilen der Forderung des Mandanten weder bei der Ertheilung des Mandats, noch später gedacht, sondern sie kommt erst dann zur Sprache, wenn der Mandatar die Schadloshaltung fordert. Dessenungeachtet können beide Theile das Mandatsverhältniß nur in Berücksichtigung der Forderung eingegangen seyn, der Mandant um sie einzuziehen[3], der Mandatar um sie abzutragen, also positiv sein Interesse im Auge habend, oder doch weil er durch die Schuld gesichert ist, also vorherrschend das Interesse des Mandanten, dem daran liegt, daß die Zahlung dem Dritten geschehe, und das seinige nur negativ im Auge habend. Daß die Forderung unerwähnt bleibt, hat mancherlei Gründe: sie vertrauen der gesetzlichen Statthaftigkeit der Anrechnung; der Mandant will aus Delicatesse vermeiden, daß in der Beziehung auf die Schuld eine Mahnung, oder daß auch nur in der Schuld das Motiv des Mandats gefunden werde; die Erwähnung kann nicht füglich geschehen, ohne daß auch der Dritte von der Schuld und andern Verhältnissen unterrichtet würde; es liegt der Nichterwähnung eine reine Sorglosigkeit zum Grunde.

---

3) Der Mandant zieht die schuldige Summe nicht als solche ein, wenigstens der Form nach, obgleich es der Wirkung nach eben so gut ist, als habe er sie als solche eingefordert.

§. 139.
Mandiren auf Baarfonds.

Der andere Fall des Mandirens auf Deckung ist, daß dem Mandatar baare Fonds übermacht werden, welche früher, als er zahlt, eintreffen[1], oder Creditpapiere[2], welche entweder früher fällig sind und bezahlt werden, oder deren bloße Übermachung er, auf den Regreß verzichtend, statt Baarzahlung gelten lassen will. Er ist oder gilt als bezahlt. Es wird dabei vorausgesetzt, daß die Übermachung des Deckungsfonds, sei es Baarfonds oder diesen vertretender Creditfonds, von vorn herein mit Beziehung auf das Zahlungsmandat geschieht[3]. Es kann nach den

---

1) Das Verhältniß wird in L. 18. D. de praescriptis verbis (19. 5.) mit deposui, ut . . . bezeichnet. Bedeutend in mehrfacher Beziehung ist die L. 24. D. eod. Africanus. Der Fall ist dieser: Titius giebt dem Sempronius ein Capital von 30, und dabei wird stipulatione non interposita bedungen: der Sempronius hat das Capital keinenfalls mit mehr als 6 Procent zu verzinsen, und hat aus der so fixirten Zinssumme, und wenn diese nicht reicht, auch aus dem Capital eine dem Quantum nach für jetzt noch ungewisse Schuld des Titius zu bezahlen. Fällt der Schuldbetrag geringer aus, als jene Zinssumme beträgt, so soll er die Differenz dem Titus restituiren, wenn höher, als Zinssumme und Capital, so will Titius Deckung nachschießen. — Den Hauptfall des Mandirens auf baaren Fonds giebt die Girobank.

2) Diese gewöhnliche Form des Verweisens auf den Credit eines Dritten wird im Folgenden überhaupt das letztere repräsentiren.

3) Denn wird dem in anderer Absicht zuvor übermachten Gegenstand erst später diese Beziehung, als Deckung zu dienen, gegeben, so ist der Mandatar bereits zuvor durch den Empfang desselben in ein schuldnerisches Verhältniß zu dem

Umständen der Fonds gleichzeitig mit der Annahme des Zahlungsauftrages in die Hände des Mandatars kommen, so namentlich wenn in der Annahme des Deckungsfonds die Annahme des Zahlungsmandates stillschweigend liegt, so daß nicht sowohl auf bereits vorhandene Deckung, als vielmehr auf sofort erfolgende, auf beifolgende Deckung mandirt ist, oder früher in den Händen des Mandatars seyn[4]. Es kann der Fonds übermacht seyn mit Berück-

---

Mandanten getreten, z. B. als Verkaufscommissionär, Spediteur, Depositar, und es ist dann auf Schuld mandirt.

4) Auch wenn der Fonds früher in den Händen des Mandatars ist, liegt ein Mandiren auf Schuld nicht vor, ungeachtet der Mandatar durch den Empfang der Deckung die Ausführung des Mandats und im Entstehungsfall Zurückgabe des Fonds schuldet; es paßt der Ausdruck, daß die Deckung in einer vor dem Zahlungsauftrag bereits vorhandenen Schuld liege, nicht auf den Fall, wo die Schuld erst in Folge dieses Zahlungsauftrages entsteht, und daher nicht als ein nebenbei bestehender sichernder Umstand erscheint, sondern bloß die aus dem Zahlungsauftrag und der Entgegennahme der vom Mandanten zu machenden Leistung sich entwickelnde Verbindlichkeit ist. Nie würde ein Kaufmann hier sagen, es sei auf Schuld mandirt worden. Auch ist es dem wahren Verhältniß nach nicht die Schuld, welche den Mandatar deckt, durch welche wegen der Anrechnung die Entgegennahme einer selbständigen Zahlung überflüssig wird, sondern ihn deckt die ihm pränumerando gemachte selbständige Zahlung. Dies paßt auch auf den Fall des allgemeinen Versprechens, denn der Promittent ist dadurch schon Mandatar zum Zahlen, nur daß er noch speciell unterrichtet werden muß, nach welchen Seiten hin und in welcher Maaße er das Mandat ausführen soll, so daß es eine unrichtige Auffassung wäre, wollte man sagen: der Mandatar sei vor dem speciell erhaltenen Zahlungsauftrag bereits aus seinem allgemeinen Versprechen Schuldner, dieses ist richtig,

sichtigung eines bestimmten Dritten und einer bestimmten Summe, also in Begleitung eines speciellen Auftrages, oder ohne genauere Berücksichtigung solcher Umstände, so daß der Mandatar nur das Versprechen giebt, künftige Mandate honoriren zu wollen[5]. Der pränumerirte Baarfonds geht in das Eigenthum des Mandatars über[6]. Erfüllt dieser das Mandat nicht, so wird der Fonds zurückgefordert[7].

§. 140.

Mandiren auf Credit, auf gedeckten Credit.

I. Creditzahlung, Mandiren auf Credit. Der Mandatar geht für den Mandanten in Vorschuß, indem er ohne Weiteres dem Können und Wollen des Mandanten trauet. Man nennt dies Mandiren auf Borg, auf Creditfonds, à découvert, bills of accommodation. II. Gesicherte Creditzahlung, gedeckte Creditzahlung. Mandiren auf gedeckten Credit. Der Mandatar geht für den Mandanten in Vorschuß, nimmt aber von ihm 1. einen Schuldschein oder ein einfaches Accept. 2. Einen eigenen Wechsel oder ein Wechselaccept oder ein Wechselindossament. 3. Ein Faustpfand oder eine Hypothek. 4. Ein Retentionsrecht an von ihm dem Mandanten auszuantwortenden Sachen oder deren Erlös. Er erwirkt 5. eine Intercession mit Haftung des Intercedenten neben oder nach oder

---

aber es ist nun auch auf die Zeit des allgemeinen Versprechens zu sehen, und vor diesem war keine Schuld da.

5) So z. B. bei der Girobank, bei den verfälschten Wechseln des Hauses Tourton et Ravel.

6) L. 22. L. 7. D. mandati (17. 1.) vgl. mit L. 43. §. 1. D. de furtis (47. 2.).

7) L. 5. §. 9. D. de jure dotium (23. 3.).

vor dem Mandanten, und entweder ungesicherter oder gesicherter Haftung. Diese sämmtlichen Fälle kann man, wenn man sich versteht, als Mandiren auf Deckung bezeichnen, auch den ersten und zweiten Fall, da der Credit bei ihnen nur schwach gesichert ist, zu dem Mandiren auf Credit zählen. Da aber dieser Ausdruck einen festen kaufmännischen Sprachgebrauch nicht für sich hat, so wählt die Doctrin wohl eben so füglich die Bezeichnung: auf gedeckten Credit.

Vervollständigung
des Registers am Ende des zweiten Bandes.

Accreditiv 114.(6.) 108.(2.)
Anatocismus 65. (11.)
„Auf Besicht" 71. 82.(23b.)
Auslieferungsschein 78.(12a) 114.
Barattiren 63.(1.)
Bereicherung 27b.
„Besicht erklärt" 82.(23b.)
Billigung der Waare 85b.
Börsenpreis 64.(9a.)
Bote 25.
Causa 125.(2b.) 181.
Circular=Creditbrief 114(6.)
Conto meta 48.(1.)
Contrahiren in fremder Person 25.(2.)
Depotgeschäft 110.(1.)
Disponent 22. 31a.(10b.)
Dispositionsgut 83.
Empfang einfacher 85b.(15.)
„Empfang erklärt" 82.(23b.)
Empfang mercantilischer 82.(23b.) 85b.
Extraditionsschein 78.(12a.) 114.
Genossenschaft 44.(4.)
Geschäftszeit 87.(6b.)
Guter Glaube 8.(1.) 54d. 63.(9a.)
Handlungsdiener 22. 31a(10a.)
Kaufmannswaare 82.(10a.)
Legitimation 54b.
Legitimationsnachweisung 54b. 54f.
Legitimationsprüfung 54b.
Markthelfer 22.(10.)
Minderjähriger 17.
Nuntius 25.
Particularconcurs 19.(8.) 38.(11.)
Procuraträger 21.(6.)
Promessengeschäft 103.
Reisender 22. 31a.(10b.)
Separatconcurs 19.(8.) 38.(11.)
Stellvertretung, freie, directe, unmittelbare 25.(2.)
Troquiren 63.(1.)
Wucher 111.
Zinseszinsen 65.(11.)

Berichtigungen und Zusätze.

S. 173. Z. 12. v. u. lies: sagt statt setzt.
S. 335. Z. 19. v. u. lies: trassirten statt Trassirten.
S. 344. (welche unrichtig als S. 320 bezeichnet ist.)
Z. 1. v. u. lies: denn statt dann.
S. 347. Z. 18. v. u. lies: (und statt und.
S. 347. Z. 14. v. u. lies: müßiger statt mäßiger.

Zwei neuerlich erschienene Werke sind noch nachzutragen:

Sammlung der Entscheidungen des O. A. G. d. v. fr. St. zu Lübeck in frankfurter Rechtssachen. Herausgegeben durch einen Verein von Juristen. Bd. 1. Heft 1. Frankfurt a. M. 1854.

Ausgewählte Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a. M. Herausgeg. von Konrad Malß. Frankfurt a. M. 1854.

In Bd. 2. (Wechselrecht) S. 382. Z. 10. fehlen drei Wörter. Es ist zu lesen: zur Zahlung Jeder, zum Accept Jeder, der wechselfähig ist.