Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 13 (1866)

Heft: 1

Artikel: Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts

Autor: Heusler, Andreas

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896769

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 02.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts.

(Von Andreas Heusler Sohn in Basel.)

Daß eine Zeitschrift, welche für Erkenntniß und Fortbildung des schweizerischen Rechts zu wirken sich die Aufgabe gestellt hat, kein Stillschweigen beobachten dürfe gegenüber dem wichtigen Unternehmen eines schweizerischen Handelsgesetzbuchs, war billig von ihr zu erwarten. Um so mehr muß es der Verfasser der nachfolgenden Mittheilung bedauern, daß die Redaction nicht im Falle ist, mit einer einläßlichen Besprechung und Beurtheilung des schweizerischen Handelsrechtsentwurfs von competenterer Seite vor das juristische Publicum zu treten. Da dieß nicht möglich war, so hat er sich in einer kurzen und durch mannigfache Berufsgeschäfte vielfach durchkreuzten und zerschnittenen Zeit der Arbeit unterzogen. Was er beabsichtigt, ist Prüfung der leitenden Gesichtspuncte und Hervorhebung einiger besonders wichtiger Fragen. Für Unebenheiten in Stil und Ausdruck darf er die knapp zugemessene Zeit als Entschuldigung vorschützen, für den Inhalt nimmt er gern jede Verantwortlichkeit auf sich; daß er über Manches kürzer weggehen muß als es verdient, bedauert er zuerst, hofft aber, daß es auch so dennoch zu anderweitiger Prüfung Anlaß zu geben geeignet sei.

Wir könnten uns zuerst die Frage vorlegen, ob ein gemeinsames schweizerisches Handelsgesetzbuch zweckmäßig, wünschenswerth, gar Bedürfniß sei. Diese Frage hat ihre zwei Seiten, von denen die erste etwa so zu fassen wäre: Ist gleiches Recht im Handelsverkehr für die ganze Schweiz wünschenswerth?

Darüber haben sich in bejahendem Sinne ausgesprochen die Gutachten von Burckhardt-Fürstenberger und Munzinger, und zwar in einer Weise, mit der ich im Ganzen einverstanden bin und worüber ich vorläufig daher hinweggehe. Aber hier scheint mir dermalen der Schwerpunct der Frage, ob ein Handelsgesetz für die Schweiz zweckmäßig sei, nicht zu liegen, sondern in der andern Seite, die ich so formulieren möchte: Ist das Handelsrecht überhaupt heut zu Tage schon genug wissenschaftlich und practisch durchgebildet, um in wahrhaft befriedigender Weise codificiert werden zu können?

Als vor einem halben Jahrhundert Savigny diese Frage für das allgemeine Civilrecht aufwarf und verneinte, befand sich das Civilrecht in einer ähnlichen Lage wie heute das Handelsrecht. Der in mancher Hinsicht nicht zu verachtende, im Ganzen aber verrostete usus modernus Pandectarum des 18. Jahrhunderts hatte einer freieren Bewegung weichen müssen, historische Forschung trat an die Stelle der opinio doctorum, das römische wie das deutsche Recht wurden aus sich selber erneuert und sich selber wieder zum Bewußtsein gebracht. So lang dieser Entwicklungsgang nicht zu annäherndem Abschluß gebracht war, erschien ein Eingreifen der Gesetzgebung und damit das Fixieren des noch unfertigen Rechts als etwas Unfreies, Hemmendes, und wer die heutigen Codificationen des Civilrechts mit denen aus dem Anfang unsers Jahrhunderts vergleicht, wird das Zuwarten nicht bedauern. — Verhältnißmäßig neu ist die wissenschaftliche Durchdringung des Handelsrechts, aber die tüchtigsten Kräfte haben sich ihr zugewandt und die fruchtbare Entwicklung herbeigeführt, welche seit der ersten Auflage des Grundrisses von Martens 1797 bis zum neuesten Handbuch von Goldschmidt so schöne Resultate gewonnen hat. Aber sind wir heute auch nur annähernd bei einem gewissen Abschlusse angelangt? Man darf das kaum behaupten. Goldschmidt[1]) macht z. B. darauf aufmerksam, wie die geschichtliche und dogmengeschichtliche Forschung zunächst dem Wechselrecht, in neuester Zeit auch den übrigen Zweigen und Instituten des

[1]) Handbuch des Handelsrechts I, 1, S. 197.

Handelsrechts reiche Frucht zu tragen beginne. In der That wäre die Verwerthung der durch Bieners wechselrechtliche Abhandlungen gewonnenen Resultate den modernen Wechselordnungen wohl zu Statten gekommen und hätte vor manchem einseitigen zu weit getriebenen Formalismus bewahrt. Wenn aber Goldschmidt beifügt, die Codification des Handelsrechts in den beiden letzten Jahrzehnten habe nicht allein zu einer neuen sicherern Entwicklung den Grund gelegt, sondern auch der particulären Zersplitterung der Wissenschaft ein Ziel gesetzt, und alle brauchbaren Kräfte unseres großen Vaterlandes der gemeinsamen Arbeit zum Nutzen des Ganzen freigegeben, so ist doch darüber nicht zu vergessen, daß eine unzeitige Gesetzgebung einen unvollkommenen Rechtszustand über Gebühr fixiert und der freien Entwicklung bedenkliche Fesseln anlegt. Ist nun aber das deutsche Handelsgesetzbuch eine solche unzeitige Gesetzgebung? Meiner Ueberzeugung nach in einigen Partien, vorab in der Darstellung der Handelsgesellschaften. In Bezug auf letztere stehen sich noch immer die verschiedensten juristischen Constructionen höchst unvermittelt und feindselig entgegen, und das deutsche Handelsgesetzbuch hat hierin unter dem theilweisen Einfluß äußerer Umstände eine Richtung genommen, von der die Jurisprudenz sich vielleicht wieder entfernen wird. Bis zu förmlicher Aenderung des Gesetzes ist aber dann noch ein weiter Schritt, zu dem man sich schwer entschließt. So scheinen auch andere wichtige Grundsätze, wie die Freiheit der Firmenwahl und die Vererblichkeit und Veräußerlichkeit der Firmen, noch den ernstesten Zweifeln zu unterliegen Und besonders dürfte das nicht zu übersehen sein, was nicht nur uns in Basel tagtäglich in die Augen fällt, sondern auch von auswärts uns bezeugt wird, daß annoch unter den Kaufleuten selbst die größte Verschiedenheit der Anschauungen über die wichtigsten Principienfragen des Handelsrechts herrscht, die Vindication nicht einmal ausgenommen, und daß fast kein handelsrechtlicher Proceß debattiert wird, ohne daß das kaufmännische Publicum sich in zwei Lager theilt. Und blicken wir auf den schweizerischen Entwurf, so finden wir außerdem hier Institute geregelt, welche in der Schweiz noch erst im Entstehen begriffen sind, die Lagerscheine

und Warrants, die Cheques, und Bestimmungen hiefür aufgestellt, die in wenigen Jahren sich vielleicht als ungenügend erweisen.[1]) Und andrerseits hat unser Entwurf einen Schritt in die Zukunft gethan, der heut zu Tage noch eine Lücke in dem Gesetze läßt, indem er die Spedition, die möglicherweise in 15 oder 20 Jahren als eigenthümliches Institut verschwunden sein wird, schon ganz ausschließt, während das deutsche Handelsgesetzbuch sie noch weitläuftig behandelt und in der That noch genug Fälle vorkommen, wo die Anwendung der Grundsätze des Frachtvertrags nicht passend erscheint. Ich bin daher allerdings fest überzeugt, daß die moderne Codification des Handelsrechts eine verfrühte ist, daß sie zu sehr in ein Experimentieren hinein gekommen ist, das im Rechte und zumal in der Gesetzgebung gefährlich ist, und daß, wenn auch gewisse an sich berechtigte Wünsche dadurch momentan befriedigt werden, doch etwas auf längere Zeit Ungenügendes geschaffen wird, das um so schwerer zu ändern sein wird, je mehr Mühe es gekostet hat ihm Eingang zu verschaffen. Fühlt man in Deutschland jetzt schon das Unbefriedigende des Handelsgesetzbuchs, wobei man freilich den Fehler überall, nur nicht gerade da sucht, wo er am richtigsten zu finden wäre, so hätte uns Schweizer der practische Sinn, den man uns nachrühmt, mahnen sollen, behutsam zu sein und wenigstens die Erfahrungen eines längern Zeitraums als kaum eines halben Decenniums abzuwarten und zu beobachten.

Dieses Bedenken glaubte ich gleich vorausschicken zu sollen, weil es mir wichtig erscheint, daß man bei den Berathungen des Handelsrechtsentwurfs diese Frage scharf und unumwunden

---

[1]) Gleichzeitig mit diesem Correcturbogen erhalte ich das Journal de Genève vom 9. März 1865, welches berichtet, daß der Große Rath von Genf die Gesetze vom 5. Jan. 1859 und 30. Jan. 1861 über die Warrants wieder aufgehoben habe, in Betracht, que les warrants n'avaient été en définitive utilisés à Genève que par des exploiteurs de mauvaise foi, dans un but usuraire, et qu'il valait mieux en abolissant la loi, rentrer dans le droit commun qui permet des opérations de ce genre-là, mais entourées de toutes les garanties formulées par les lois ordinaires!

ins Auge fasse. Sie ist bisher vernachlässigt oder vielmehr als gar nicht denkbar bei Seite gelassen worden. Ich weiß nicht, ob dies geschehen ist nach allseitiger und gewissenhafter Prüfung der Frage, oder ob man von Anfang an leicht darüber hinweggegangen ist, ob man sie einer Widerlegung nicht werth hielt oder sie gar nicht erwartete. Ich muß das letztere vermuthen, weil die erwähnten Gutachten auf alle möglichen andern Einwürfe mit großer Sorgfalt eingehen; um so mehr war es mir angelegen, diesen mir wenigstens weitaus am wichtigsten scheinenden Punct zu ernster Prüfung zu empfehlen, und ich kann auch die Abfertigung, welche Goldschmidt [1]) derartigen Bedenken in Deutschland hat widerfahren lassen, durchaus nicht als überzeugend betrachten. Denn gerade die allgemeine deutsche Wechselordnung, welche nach seiner Ansicht an dem Beruf unsrer Zeit zu solcher Codification keinen Zweifel läßt, liefert selbst abgesehen von den schon jetzt nöthig gewordenen Novellen diesen Beweis nicht, und seine ironische Bemerkung, daß man warten wolle, bis die erwünschte Stagnation im Handelsverkehr eingetreten sei, ist ganz unpassend, da Abklärung der rechtlichen Gesichtspuncte die höchste Regsamkeit im Handelsverkehr nicht ausschließt, im Gegentheil durch sie nur befördert wird.

I. System des Entwurfs.

Die wichtigste Frage, die sich gleich von Anfang an aufdrängt, ist die nach dem im Entwurfe beobachteten System, oder, um mich hier gleich genauer auszudrücken und die Richtung anzugeben, auf die ich lossteuere, das Verhältniß dieses Entwurfs zu den Particularrechten, d. h. den cantonalen Civilgesetzgebungen.

Bei jeder Handelsgesetzgebung sind vorab zwei Puncte zu entscheiden:

1. Wo ist die Grenze zu ziehen für das Handelsrecht, d. h.

---

[1]) Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preuß. Staaten, in Dernburgs u. A. krit. Zeitschrift, Band 4, S. 105—108 (auch besonders gedruckt unter dem Titel: Kritik eines Entwurfs ꝛc.).

was für Institute und was für Rechtssätze des Verkehrsrechts sind dem Handelsrechte zuzuweisen?

2. Wie ist die Anwendung des Handelsrechts neben dem Civilrechte zu begrenzen, objectiv für gewisse Arten von Geschäften, oder subjectiv für den Kaufmannsstand, oder in gemischter Weise?

1. Die erste Frage ist die einfachere, zumal wo es sich um eine Handelsgesetzgebung für ein Land handelt, welches unter einem einheitlichen Civilgesetz steht. In diesem Falle gelten ja beide Gesetze gleichmäßig für dasselbe Gebiet, und man mag das Handelsrecht in noch so enge Schranken einschließen, die Rechtseinheit leidet darunter nicht, denn hinter dem Handelsrecht steht für dasselbe Rechtsgebiet ein einziges Civilrecht, das zur Anwendung kommt, sobald das Handelsgesetz schweigt. Schwieriger wird die Sache, wo für mehrere Gebiete, die unter verschiedenen Civilrechtssystemen stehen, ein gemeinsames Handelsrecht soll geschaffen werden. Jedes dieser Rechtsgebiete, sobald es nur eine einigermaßen vollständige bürgerliche Codification besitzt, hat seine besondern Sätze über Eigenthumsklage, Faustpfandbestellung, Retentionsrecht u. dgl., die vielleicht hier wesentlich anders als dort lauten, ja in principiellem Gegensatz stehen. Aber neben und über diesen Civilrechtssystemen soll nun ein gemeinsames Handelsrecht aufgebaut werden. Hier erzeugt denn die Zusammengehörigkeit von Handels- und Civilrecht, der Umstand, daß das Handelsrecht nur eine Seite des bürgerlichen, zumal des Obligationenrechts ist, in diesem seine Grundlage hat, es erzeugt dieser Umstand große Schwierigkeiten, „eine kaum überwindliche Schwierigkeit," sagt Goldschmidt.[1]) Denn wenn eben in allen dergleichen Puncten wie den obengenannten das Civilrecht auch für Handelssachen maßgebend wäre, so hätte man doch wieder die Verschiedenheit der Particularrechte auch im Handelsverkehr und damit eine verschiedene Behandlung der Handelssachen in den unter gemeinschaftlichem Handelsgesetz stehenden Rechtsgebieten, so-

---

[1]) Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt, V, S. 212.

bald das Handelsgesetz schwiege. Das deutsche Handelsgesetzbuch fand sich z. B. veranlaßt, die Eigenthumsklage im Handelsverkehr einheitlich zu gestalten, weil sonst fernerhin der Oesterreicher, der vom Rheinländer eine Waare kauft, unter Umständen gewärtigen müßte, daß sie bei ihm vindiciert würde, ohne daß er den Regreß gegen seinen Verkäufer nehmen könnte. Der Code de commerce dagegen bedurfte einer Bestimmung über die Eigenthumsklage nicht, weil eine solche schon im Code civil enthalten war.

Ziemlich übereinstimmend haben nun deutsches Handelsgesetzbuch und schweizerischer Entwurf in den Rahmen ihres Gesetzes gewisse Puncte aus dem Civilrecht aufgenommen, wie namentlich Vertragsabschluß unter Abwesenden, Ort, Zeit und Art der Erfüllung von Verpflichtungen, Conventionalstrafen, Zinsen, Eigenthumsklage, Faustpfandbestellung, Retentionsrecht. Wenn Goldschmidt (a. a. O., S. 213) einerseits zugiebt, mit anerkennenswerthem Tacte seien die für den Handelsverkehr besonders wichtigen und zur Erhaltung der Rechtsgemeinschaft vorzugsweise förderlichen Puncte aus dem gesammten Verkehrsrecht herausgegriffen worden, andrerseits aber den Mangel jeder principiellen Grenze tadelt, so daß unfehlbar in gleicher Art über Lücken der schlimmsten Art wie über unerträgliche Weitschweifigkeit und Casuistik werden Klagen geführt werden, so mag das auch zum Belege dienen, daß eben eine solche Auswahl immer nur ein Versuch bleibt, eine nie ganz zu vermeidende Schwierigkeit möglichst wenig fühlbar zu machen. Die Beantwortung der Frage aber, ob dieser Versuch im schweizerischen Entwurf als ein gelungener zu bezeichnen sei, hängt noch von andern Umständen ab, die wir bei Prüfung des zweiten Punctes vorerst näher ins Auge zu fassen haben.

2. Wenn das Handelsgesetz für den Handelsverkehr Normen aufstellt, welche von den parallelen Bestimmungen des Civilgesetzes für den bürgerlichen Verkehr abweichen, z. B. für den Handelsverkehr die Zinsen frei giebt, während das Civilgesetz noch ein Zinsmaximum festhält, so entsteht, gleichviel ob das Handelsgesetz für ein oder mehrere Civilrechtsgebiete gelten soll, die Frage, was unter Handelsverkehr gemeint sei, ob

eine gewisse Art von Geschäften, oder die Geschäfte der Kaufleute, oder beides zusammen je nach Vorhandensein gewisser Umstände. In dieser Beziehung finden wir nun eine principielle Verschiedenheit zwischen dem deutschen Handelsgesetzbuch und dem schweizerischen Entwurf.

Das deutsche Handelsgesetzbuch schloß das Handelsrecht möglichst scharf und streng gegenüber dem Civilrechte ab, und zwar dadurch, daß es den Begriff der Handelsgeschäfte feststellte, ja man kann sagen in dieser complicierten Gestalt neubildete, und nun die für das Handelsrecht besonders wichtigen Sätze des Obligationen- und Mobiliarsachenrechts selbständig und ganz unabhängig von den vier großen in Deutschland geltenden Civilrechtssystemen für diesen Begriff der Handelsgeschäfte bearbeitete. Es wird nun beispielsweise ein Berliner, der von einem Pferdehändler in dessen Handelsbetrieb ein Reitpferd gekauft hat, gemäß Art. 306 des D. H. G. B. unter gewissen Voraussetzungen als Eigenthümer geschützt, während er, wenn er das Pferd einem seiner Freunde, dem es entleidet war, abgenommen hat, nach Preuß. L. R. I, 15, § 25 dasselbe dem vindicierenden Eigenthümer zurückgeben muß und bloß Erstattung des von ihm gezahlten Preises verlangen kann. Denn im ersten Fall liegt gemäß Art. 271 und 277 des D. H. G. B. ein Handelsgeschäft vor, im zweiten nicht, und kommt also in letzterm Fall das Handelsgesetz gar nicht zur Anwendung.

Bevor wir das System des deutschen Handelsgesetzbuches näher betrachten, wollen wir den Gegensatz, den uns der schweizerische Entwurf schon gegen das Gesagte vor Augen stellt, hervorheben. Derselbe ist enthalten in Art. 204 des schweizerischen Entwurfs: „Die Bestimmungen des dritten Buchs haben mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, welche sich ausdrücklich nur auf den Verkehr von Kaufleuten beziehen, allgemeine Gültigkeit für alle Geschäfte des Mobiliarverkehrs," d. h. es beruht der Weg, den der schweizerische Entwurf eingeschlagen hat, auf dem Princip, daß das Handelsrecht, wie es seinem innersten Wesen nach nur ein Theil des Civilrechts ist, von diesem und besonders von dem Obligationen- und Mobiliarsachenrecht nicht losgetrennt werden dürfe, daß also dem Handelsgesetze eine all-

gemeine, auf den Handels- wie auf den bürgerlichen Verkehr sich beziehende Wirksamkeit überall da zu verleihen sei, wo nicht specifisch kaufmännische Bedürfnisse und Ansichten herrschen, welche dem gewöhnlichen Civilrechte widerstreben, und für welche dann allerdings im Interesse des Handelsverkehrs durch das Handelsgesetz Grundsätze zu statuieren wären, welche vom gewöhnlichen Civilrecht abweichen.[1])

Würde dieses Princip in consequentester Weise durchgeführt, so müßte ein Gesetzbuch das gesammte Gebiet des bürgerlichen Verkehrsrechts (Obligationen- und Mobiliarsachenrecht) in den Kreis seiner Bestimmungen ziehen, dasselbe vollständig und einheitlich darstellen, und dann die specifisch handelsrechtlichen Sätze anschließen. Der schweizerische Entwurf hat aber diesen Weg nur theilweise eingeschlagen, er hat eine umfassende Regelung des gesammten bürgerlichen Verkehrsrechts als Grundlage des Gesetzes nicht unternommen, und die Gründe, warum dieß nicht geschehen ist, finden sich schön und klar dargelegt auf Seite 14—23 des Schriftchens: „Zur Frage eines schweizerischen Handelsgesetzes." Der Redactor hat bloß nach zwei bestimmten Richtungen in die Cantonalcivilgesetze eingegriffen, indem er einerseits nur einzelne Puncte des allgemeinen bürgerlichen Verkehrsrechts herausnahm, welche ihm für den Handelsverkehr besonders wichtig erschienen, andrerseits gewisse Institute, wie Actiengesellschaften, Commission und Transportgeschäft, mögen sie im Handelsverkehr vorkommen oder nicht, unter die einheitlichen Regeln des Handelsgesetzes stellte.

Während also, wie wir eben sahen, das deutsche Handelsgesetzbuch ausschließlich auf den Begriff von Handelsgeschäften abstellt, und für diese in allen jenen Fragen ein besonderes Obligationen- und Mobiliarsachenrecht in nuce schafft, welches für alle andern Rechtsgeschäfte außer den Handelsgeschäften das particuläre Civilrecht, insbesondere das Obligationenrecht jedes Staates in Kraft läßt, stellt der schweizerische Entwurf die für

---

[1]) Vergl. Munzinger, zur Frage eines schweizerischen Handelsgesetzes. Derselbe in einem Artikel der schweizerischen Eisenbahn- und Handelszeitung, Ende September 1862.

den Handelsverkehr wichtigen Sätze des bürgerlichen Verkehrsrechts als ebenfalls für den gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr maßgebend auf, derogiert demgemäß damit den betreffenden Bestimmungen der Cantonalgesetze und schafft in allerdings engen Schranken ein gemeinschaftliches Obligationenrecht der concordierenden Cantone. Wenn wir mithin in dem oben gewählten Beispiele des Pferdehandels dem Berliner den Solothurner substituieren, und fingieren, der vorliegende Entwurf des schweizerischen Handelsrechts sei als Handelsrechtsconcordat in Solothurn angenommen worden, so wird der Solothurner nicht im ersten Fall nach Art. 234 des Concordats als Eigenthümer geschützt, im zweiten Fall dagegen nach § 706 des Solothurner Civilgesetzes dem vindicierenden Eigenthümer gegenüber zur Rückgabe des Pferdes verfällt, sondern es findet in beiden Fällen gleichmäßig der Art. 234 des Concordats seine Anwendung und der § 706 des Solothurner Gesetzes ist vollständig aufgehoben.

Bleiben wir vorläufig hiebei stehen und wägen wir die beiden verschiedenen Systeme gegen einander ab. Das Verfahren des schweizerischen Entwurfs hat unläugbar einen nicht gering anzuschlagenden Vorzug vor dem des deutschen Handelsgesetzbuchs, nämlich den, daß der Richter und das Publicum nicht genöthigt wird, in zwei factisch ganz gleichen Fällen, also in dem gewählten Beispiele dem des Pferdekaufs, zwei einander möglicherweise widersprechende Gesetze zu berathen und verschiedenes Recht anzuwenden, bloß weil sich der eine als Handelsgeschäft qualificiert, der andere nicht. „Einheitliche Grundsätze, sagt Munzinger,[1]) fördern die wissenschaftliche Bearbeitung; verschiedene Grundsätze dagegen verwirren leicht Volk und Richter. Einheit bringt Einfachheit; Einfachheit ist die Mutter der Klarheit, und Klarheit ist der sicherste Bürge der Rechtssicherheit." Das ist vollkommen wahr und begründet den eben von uns namhaft gemachten Vorzug vor dem deutschen Handelsgesetzbuch. Aber der Weg des schweizerischen Entwurfs hat auch seine schwache Seite, die schwer ins Gewicht fällt, und gerade

[1]) Zur Frage eines schweiz. Handelsgesetzes, S. 14.

das angeführte Wort Munzingers enthält auch, sobald wir die Sache von einer andern Seite betrachten, ein starkes Argument gegen das Princip des schweizerischen Entwurfs. Daß ein sogenanntes nicht codificiertes, sondern in einer größern oder kleinern Anzahl einzelner Gesetze zerstreutes Recht schwerer zu handhaben ist als ein einheitliches, ist natürlich. Schon aus dieser Betrachtung entsteht das Bedenken, ob es gerechtfertigt ist, den Cantonen, die ein codificiertes Obligationenrecht haben, einen Riß darein zu machen, und sie für eine Anzahl wichtiger Grundsätze an die Bestimmungen des schweizerischen Handelsrechts zu weisen. Man antworte uns nicht, es komme auf das Gleiche heraus, ob Richter und Publicum für diese Paar Sätze in das Cantonalgesetz oder in das Handelsrecht hineinschauen, die „Einfachheit" und damit die „Rechtssicherheit" werde dadurch nicht geschwächt. Wir sind nicht dieser Ansicht. Schon ein äußerlicher Grund spricht dagegen: es wird nicht geringe Unbequemlichkeit für den Berner, Solothurner u. s. f. verursachen, jeweilen zu untersuchen, ob und wieweit ein Paragraph seines Civilgesetzes durch das Handelsgesetz aufgehoben sei, denn das schweizerische Publicum und die schweizerischen Gerichte können in ihrer Mehrheit wenigstens nicht gerade als besonders gewandt in Gebrauch und Anwendung der Gesetze gerühmt werden. Man lächle daher nicht über diese Schwierigkeit als über eine fingierte, sie wird im Gegentheil im Leben noch viel größer und hindernder auftreten als es jetzt scheint, und wer schon in den Fall gekommen ist, Ergänzungsgesetze, die nicht bloß novellenweise einzelne Sätze abänderten, sondern entschiedener in eine bestehende Gesetzgebung eingriffen, neben der durch sie modificierten Gesetzgebung zu handhaben, kennt diese Schwierigkeiten als keine kleinen. So wird die Handhabung des Basler Ergänzungsgesetzes für das civilrechtliche Verfahren von 1863 neben der Proceßordnung von 1848 selbst für Juristen keine leichte, und man hätte sich kaum zu diesem Vorgehen entschlossen, wenn es sich nicht als bloßes Provisorium behufs Prüfung und Erprobung der darin aufgestellten neuen Grundsätze bis zu völlig neuer Bearbeitung des ganzen Proceßgesetzes empfohlen hätte. Und dieß führt auf den innern Grund, der gegen

das System des schweizerischen Entwurfes spricht. Ein gutes Civilgesetz, und je sorgfältiger es gearbeitet ist, in desto höherm Grade, ist nicht bloß ein Conglomerat einzelner Sätze, von denen man den einen streichen, den andern modificieren könnte, ohne wesentlich in die Oeconomie des Gesetzes einzugreifen, sondern es ist ein organisches Ganzes, eine Verkörperung eines einheitlich gedachten Rechtszustandes; wird nun durch ein neues Gesetz an einzelnen Theilen gerüttelt, so durchzittert die Bewegung das ganze Gebäude, es können nicht leicht bloß einzelne Steine aus dem Bau herausgenommen und andere an ihre Stelle hineingeschoben werden, sondern das ganze Gebäude bedarf einer Erneuerung. Der Redactor des schweizerischen Handelsrechtsentwurfs hat sich ohne Zweifel diese Bedenken selber gemacht, wie uns aus mehrfachen Aeußerungen in seinem Gutachten und den Motiven hervorzugehen scheint, aber so sehr auch die Absicht obgewaltet haben mag, nur das Nothwendigste zu thun, trotzdem wird die Schwierigkeit bei Anwendung des Gesetzes bestehen bleiben. Man braucht nur beispielsweise den Abschnitt vom Kauf im schweizerischen Entwurf demjenigen in einem Cantonalgesetz gegenüberzuhalten, um dieses Bedenken zu begreifen.

Man möchte versucht sein, gerade das als einen Uebelstand des Entwurfs zu bezeichnen, daß das bürgerliche Verkehrsrecht zu wenig in den Kreis des Gesetzes gezogen worden sei. Und in der That hat das Argument etwas für sich, daß es, um das Obligationenrecht nicht zu zerreißen, und um nicht ein Stück davon im Handelsgesetz, das andere, größere, in Particulargesetzen suchen zu müssen, das Gerathenste wäre, auf dem Concordatswege geradezu ein vollständiges gemeinschaftliches Obligationenrecht und bloß im Anschluß daran das Handelsrecht anzubahnen. Wir müssen aber freilich gleich hinzusetzen, daß uns dieses Argument nur dann gerechtfertigt erschiene, wenn von vorneherein bloß die Wahl gelassen würde zwischen dem System des dermaligen Entwurfs und der Hereinziehung des ganzen Obligationenrechts in den Kreis der projectierten Handelsgesetzgebung. Sobald aber ein dritter Weg sich als möglich und zweckmäßig darstellt, werden wir diesem auch den

Vorzug geben. Daß die Deutschen in Ermanglung der politischen Einheit in der Civilgesetzgebung einig zu werden suchen, und ob dieser „großen nationalen That" glücklich sind, das sollte uns Schweizer nicht beirren, und jedesfalls dürfen wir die gewichtigen Stimmen nicht übersehen, welche auch in Deutschland dagegen auftreten. Wir sind nun weit entfernt zu meinen, es ließe sich unter einem gemeinsamen schweizerischen Obligationenrecht gar nicht erträglich leben; was uns aber gegen ein solches stimmt, ist seine Unnöthigkeit: ein gemeinsames Obligationenrecht ist durchaus nicht Bedürfniß, sowenig in der Schweiz als (trotz Juristentagen u. dgl.) in Deutschland. Jede Centralisation aber ist vom Uebel, sobald sie über das Bedürfniß hinausgeht. Nach der dermaligen Stellung und Bedeutung der gesetzgebenden Cantonalbehörden würden wir es entschieden bedauern, wenn ihre Thätigkeit so bedeutend durch Entzug des wichtigsten Theils des Civilrechts geschmälert und beschränkt würde, und glauben auch, daß für Fortbildung des Rechts dermalen noch besser durch die Cantonalorgane gesorgt wird. Und fragen wir bloß nach juristischen Gründen, so dürften auch solche gegen eine gemeinschaftliche Civilgesetzgebung, selbst gegen Gemeinschaftlichkeit bloß im Obligationenrecht, sprechen. Schon Munzinger[1]) weist darauf hin, „wie das Obligationenrecht nach verschiedenen Richtungen mit andern Partien der Gesetzgebung, wie mit dem Hypothekenrecht, dem Concurs- und Proceßrecht fast unlösbar zusammenhängt. Wie sollte es da gelingen, ein klares einheitliches Verkehrsrecht aufzubauen?" Sodann noch etwas: Miethe, Pacht, Dienstbotendingung, Verhältniß zwischen Arbeitgeber und Arbeiter, selbst Bürgschaft u. dgl. haben in jedem Cantone ihre Specialitäten erzeugt, und es hätte keinen Zweck, den Leuten einer Einheit und Einfachheit zu Liebe, deren man gar nicht bedarf, neue Sätze aufzudrängen, die nicht nur in ihre Gewohnheiten störend eingreifen, sondern auch ihren Lebensverhältnissen gar nicht entsprechen würden. Denn wie Manches, was auf den ersten Blick als Willkürlichkeit erscheint, gewinnt nicht bei schärferer Betrachtung

---

[1]) Zur Frage eines schweiz. Handelsgesetzes, S. 21.

den Character einer auf thatsächlichen Verkehrsverschiedenheiten beruhenden Eigenthümlichkeit. Nehmen wir die Bürgschaft. Das Solothurner Gesetz mit seiner sorgfältigen Behandlung der Bürgschaft, seinen Nachbürgen und Schadlosbürgen, seinen Verbürgungen Handlungsunfähiger durch ihre Vögte, den Bürgschaften der Ehefrau, den Entlassungen und Substitutionen von Bürgen u. s. f. stellt uns einen Zustand dar, wo der persönliche Credit viel mehr ausgenutzt wird als z. B. in Basel, wo mehr reelle Sicherheit verlangt und geboten wird. Ueberhaupt zeigt die Verschiedenheit der Cultur, die in einem Cantone ausschließlich Viehzucht, im andern Ackerbau, im dritten Handel und Gewerbe ist, ihren mächtigen Einfluß auch im Civilrecht, selbst im Obligationenrechte, während in Deutschland dieß nicht der Fall ist. Man würde daher bei einem gemeinschaftlichen Obligationenrecht dennoch wohl jedem Cantone seine Besonderheiten lassen, und was wäre das Resultat? Man erhielte ein Obligationenrecht fad und dürre, ohne Färbung und Character in den allgemeinsten Sätzen sich bewegend, das in langer Paragraphenreihe ungefähr soviel sagen würde als man in einem einzigen Artikel etwa so ausdrücken könnte: „Oberstes Princip des Obligationenrechts ist Schutz von Treu und Glauben," jeder Abschnitt erhielte ein Anhängsel des Inhalts: „Es bleibt den cantonalen Gesetzen vorbehalten, über das in diesem Abschnitt nicht Gesagte das Nähere festzustellen" (vergl. z. B. Entwurf des schweizerischen Handelsrechts, Art. 4, 47, 113, 458, 483), und nun schössen die Mieth- und Dienstbotenverordnungen, Bürgschaftsgesetze u. dgl. wie Pilze aus der Erde und man hätte statt des Vortheils eines einheitlichen Gesetzes wieder die ganze Belästigung mit verschiedenen Gesetzen und die daraus resultierende Schwierigkeit in der Handhabung, von Jahr zu Jahr erhöht durch hinzutretende Novellen. Ob übrigens ein gemeinsames Obligationenrecht Aussicht auf Erfolg hätte, oder ob die Codification des Handelsrechts, wie Bluntschli glaubt, doch früher oder später die des Obligationenrechts nach sich ziehen würde, das sind Fragen, deren Beantwortung so wesentlich von den verschiedenartigsten und zum Theil ganz unvorherzusehenden Ereignissen abhängt, daß Bejahung oder Verneinung

jetzt unmöglich ist. Nur kann für unsre Zeit das, leider! so klägliche Scheitern des Wechselrechtsconcordats, das doch wahrlich wenn irgend ein Civilgesetz gerade in dem von vorneherein verworfenen wesentlichsten Theil des Wechselprocesses und der Wechselexecution Bedürfniß war, ein Fingerzeig sein.

Neben dem Allem haben wir aber noch große Bedenken gegen die Richtigkeit des Verfahrens, wonach gewisse Institute, wie die Actiengesellschaft, die Commission, der Frachtvertrag, ohne Rücksicht auf gewerbsmäßige Betreibung unter die Bestimmungen des Handelsgesetzes fallen sollen. Wenn z. B. einer meiner Bekannten, der zu seinem Vergnügen Wagen und Pferde besitzt, gegen angemessene Vergütung meine Koffer auf einen Hof im Jura zu transportieren übernimmt, wo ich meine Sommerferien zuzubringen beabsichtige, so wird unter der Herrschaft des deutschen Gesetzes dieser Vertrag dem Civilrecht, also wahrscheinlich den Regeln der Dienstmiethe unterliegen, nach der Anschauung des schweizerischen Entwurfs dagegen den Regeln des Frachtvertrags und dem Handelsgesetz gemäß Art. 284 ff. Die Gründe, warum dies geschehen ist, finde ich am vollständigsten zusammengefaßt in der Replik des Redactors in der schweiz. Eisenbahn- und Handelszeitung. Die Stelle mag hier abgedruckt werden: „Wie der Wechsel, so verdanken auch noch andere Rechtsinstitute dem Handelsverkehr ihre Ausbildung, ohne aber darum in der Anwendung auf „Kaufmann und Handelsgewerb" eingeschränkt zu sein. Dahin gehören die Aktiengesellschaft, die Commanditgesellschaft, dahin die Spedition, das Frachtgeschäft, insbesondere auch das der Eisenbahnen, dahin endlich auch die Commission. Bei allen diesen Rechtsinstituten sehen wir keine entscheidenden Motive, die Anwendung des Handelsrechts davon abhängig zu machen, ob es das Gewerbe eines Kaufmanns angeht oder aber nicht. Wenn das D. H. G. B. in Art. 207 sagt: Eine Handelsgesellschaft ist eine Actiengesellschaft u. s. f., und also zur Anwendung des Handelsgesetzes verlangt, daß eine Actiengesellschaft Handelsgeschäfte betreibe, so wäre bei uns die Folge eines solchen Systems einfach die, daß wir zwei Gesetze über Actiengesellschaften haben müßten. Dafür ist nun nicht der leiseste Grund vorhanden, da die ge-

setzliche Organisation der Actiengesellschaft in keiner Beziehung davon abhängig ist, ob sie Handelsgeschäfte betreibt oder nicht. ... In den angeführten Rechtsmaterien, welche sich einheitlich gestalten lassen, ohne allzuscharf in das bestehende Civilrecht einzugreifen, soll die Einheit des Rechts nicht verloren gehen, der Frachtvertrag, der Wechsel, die Actiengesellschaft u. s. w. sollen nicht vom gewöhnlichen Civilrecht ausgeschieden sein, es soll ebensowenig verschiedene Arten von Actiengesellschaften und von Frachtverträgen geben, als es verschiedene Arten von Hypothekenverträgen, die einen von Bauern und die andern von Städtern giebt." Wir können diese Argumentation nicht zugeben. Der Umstand, daß die genannten Rechtsverhältnisse im Handelsverkehr ihre besonders sorgfältige Ausbildung erhalten haben, berechtigt in keiner Weise dazu, den für den Handelsverkehr erzeugten handelsrechtlichen Grundsätzen auch im Civilrecht die Herrschaft zuzuweisen. Es scheint mir auch Munzinger selbst dies im Grunde anzuerkennen, wenn er in seinem ersten Gutachten (zur Frage u. s. w.) Seite 23—34 ja gerade ausführt, wie der Handelsverkehr Bedürfnisse erzeugt hat, die dem gewöhnlichen Verkehr fremd sind, wie der Kauf des Civilrechts vom Handelskauf qualitativ unterschieden ist, wie das Handelsrecht im Depotgeschäft sein eigenthümliches Bedürfniß gegenüber dem Faustpfandvertrag des Civilrechts hat, wie ferner die Entwicklung der Warrants eine selbständig handelsrechtliche, vom gewöhnlichen Civilrechte losgelöste sein wird, wie eine unverkennbare Eigenthümlichkeit des Handelsverkehrs den Commissionshandel, die Spedition und den Frachtvertrag erzeugt und die ausgedehnten Retentions- und Pfandrechte des Commissionärs, Speditors und Frachtführers zur Anerkennung gebracht hat u. s. f. Ist dieß aber richtig, so haben wir damit schon die entscheidenden Motive für die Trennung. Sehen wir zuerst auf die Actiengesellschaft, als das auch gegnerischerseits vorzugsweise gewählte Beispiel. Daß sich Actiengesellschaften auch für andere als Handelszwecke bilden können, ist bekannt, ich brauche kaum an Actiengesellschaften für Gründung eines Museums, eines Theaters, für Abhaltung eines Schützenfestes, einer Industrieausstellung u. dgl. zu erinnern. Da sind nun

eine Anzahl von Bestimmungen, welche bei Actiengesellschaften zum Betrieb eines Handelsgewerbes durchaus nicht fehlen dürfen oder doch in der Regel als höchst zweckmäßig betrachtet werden, ganz unnöthig, wie z. B. Eintragung in das Handelsregister, staatliche Genehmigung, Abhaltung von Generalversammlungen. Der Entwurf des schweizerischen Handelsgesetzes erkennt dieß vollkommen an, wenn er in Art. 113 bestimmt: „Eine Actiengesellschaft, welche nicht den Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes bezweckt, kann durch die kompetente Staatsbehörde von einzelnen Bestimmungen dieses Titels befreit werden. Dasselbe gilt auch für Actiengesellschaften, die einem blos vorübergehenden Zwecke dienen, sowie für solche, die einen landwirthschaftlichen Character haben (Actienkäsereien)." Sobald man aber dieß zugiebt, so ist auch die „Einheit des Rechts" schon durchbrochen; sobald man einem Civilgesetz gestattet, Ausnahmen für nicht gewerbtreibende Actiengesellschaften aufzustellen, kommt es factisch aufs Gleiche heraus, ein besonderes Gesetz für handeltreibende und ein besonderes für nicht handeltreibende Actiengesellschaften zu gestatten, denn es ist ganz einerlei, ob das Civilgesetz sagt: „bei nicht handeltreibenden Actiengesellschaften gelten die und die Bestimmungen des Handelsgesetzes nicht, sondern die und die," oder ob es geradezu für diese Classe ein in sich abgerundetes System aufstellt neben dem Handelsgesetz, ja der letztere Weg erscheint uns sogar principiell richtiger wegen der Einfachheit des Rechts, indem man dann für solche Actiengesellschaften nicht zwei verschiedene Gesetzbücher consultieren muß. Wenn ich nun gerne zugebe, daß bei Actiengesellschaften das Bedürfniß solcher Scheidung weniger dringend ist, indem weitaus die größte Zahl der betreffenden Bestimmungen für beide Arten gemeinsam sein werden, so ergiebt sich das Gegentheil beim Frachtvertrag. Es hat wirklich keinen rechten Sinn, Lohnkutscher, Packträger (nicht Packträgeranstalten) und dergleichen Personen oder gar solche, welche derartige Geschäfte nicht berufsmäßig übernehmen, als Frachtführer im handelsrechtlichen Sinn zu behandeln. Schon die ganze Ausdrucksweise und Fassung der handelsrechtlichen Bestimmungen über den Frachtvertrag bewegt sich in einer dem Lohndienstvertrag

fremden Anschauung und Terminologie, sodann erscheinen alle jene strengen für den Waarentransport im Interesse des Verkehrs unerläßlichen Sätze des Handelsrechts hier als unpassend, so einerseits die für den kaufmännischen Verkehr zweckmäßigen kurzen Verjährungsfristen, der Ausschluß jeder Reclamation nach Abnahme der Sache, andrerseits die strengere Haftpflicht des Frachtführers für allen Schaden außer dem durch force majeure bewirkten. Die wichtigsten neuern Gesetzgebungen haben sich denn auch veranlaßt gesehen, diese Unterscheidung aufrecht zu erhalten, so das privatrechtliche Gesetzbuch von Zürich § 1670 entgegen dem Entwurf Bluntschli's, so vor Allem das französische Recht, das im code civil Art. 1782—1786 für die voituriers par terre et par eau besondere Bestimmungen aufstellt, die mit denen des code de commerce Art. 103—108 du voiturier nicht übereinstimmen, z. B. code civil 1784: „Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées *par cas fortuit ou force majeure*," verglichen mit code de commerce 103: „Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors les cas de la force majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou *de la force majeure*," über welchen Unterschied von Zufall und höherer Gewalt zu vergleichen ist Bluntschli, deutsches Privatrecht, dritte Auflage, § 115, 3, und § 159, 4, b. Wenn es aber so in der That im Leben qualitativ verschiedene Frachtverträge giebt, warum soll sich das Recht diesem Unterschied entziehen? warum soll man der Einheit des Rechts zu Liebe Verhältnisse des gewöhnlichen Lebens in ein handelsrechtliches Gewand einkleiden, das ihnen hier zu eng und dort zu weit ist? warum „das perniciose Bett des Räubers Procrustes", in welches nach Munzinger (zur Frage u. s. w., S. 30) ungeschickte Juristen das Handelsrecht einzwängen, wenn sie das Civilrecht auf handelsrechtliche Institute anwenden, nun zur Folter gewöhnlicher civilrechtlicher Verhältnisse gebrauchen?

Zweitens aber erinnern wir daran, daß die Einheit des Rechts weit mehr dadurch gefährdet wird, wenn die Civilgesetze

bloß einzelne Ausnahmen zu statuieren genöthigt werden, als wenn sie für die parallelen Rechtsinstitute im bürgerlichen Verkehr in sich abgeschlossene, zusammenhängende Bestimmungen, wenn auch mit Wiederholung mancher schon im Handelsgesetz enthaltener Sätze, aufstellen. Wir haben darauf schon aufmerksam gemacht und auch den Grund angegeben, der nach unsrer Meinung durchschlagend ist und den jeder practische Jurist bestätigen wird: es ist mißlich, wenn die Normen für ein Rechtsinstitut in verschiedenen Gesetzen müssen zusammengelesen werden; vereinzelte Bestimmungen entziehen sich leicht dem Auge des „gemeinen Mannes", äußere Abrundung befördert die Kenntniß und die richtige Anwendung des Rechts.

Eine Ausnahme machen wir beim Wechsel, für den wir das in dieser Hinsicht befolgte System des Entwurfs, wonach ein Institut ganz und ausschließlich dem Handelsgesetz anheimfällt, für das richtige halten. Denn der Wechsel ist schon vermöge der allgemeinen Wechselfähigkeit Gemeingut aller Stände geworden, er kann im Civilrecht keine andere Gestalt erhalten als im Handelsrecht, er reist auch außerhalb des kaufmännischen Verkehrs durch alle Länder, und es hat in der That auch gar keine Schwierigkeit, für das Wechselrecht jegliche Concurrenz der Civilgesetzgebung der Cantone auszuschließen, da dasselbe ein in sich abgeschlossenes Institut bildet, welches entweder im Civilrecht gar nicht behandelt ist, oder auch wo es in ein Civilgesetz aufgenommen wäre, doch keinerlei Berührung mit den andern Materien hat. Und auch das Versicherungsrecht können wir unbedenklich hierin gleich allgemein behandeln wie das Wechselrecht, um so mehr als die Versicherungsgeschäfte fast ausnahmslos in den Händen von Instituten sind, die unter den Begriff von kaufmännischen Anstalten fallen, und die etwanigen Bestimmungen der Civilgesetze wegen ihres in sich abgeschlossenen Characters ohne Schwierigkeit dem betreffenden Abschnitt des Handelsgesetzes weichen können.

Nach dem Gesagten müssen wir dem deutschen Handelsgesetzbuch hierin den Vorzug einräumen, daß die Particulargesetzgebungen dadurch so sehr geschont und in ihrer Integrität sowie in ihrer Anwendung auf alle rein bürgerlichen Verhält-

nisse unangetastet geblieben sind. Daß zu diesem Behuf einzelne Rechtsinstitute wie Commission, Frachtvertrag getrennt werden mußten und nun je nachdem sie Handelsgeschäfte sind oder nicht, nach dem Handelsgesetz und unter Umständen vom Handelsgericht, oder nach dem Civilgesetz und vom Civilgericht beurtheilt werden, erscheint uns nicht nur nicht als Mißstand, sondern als ganz richtig. Es ist auch kein Nachtheil, daß alsdann zwei Gesetze sich über denselben Gegenstand verbreiten müssen, denn die Identität des Gegenstandes ist doch nur scheinbar, sobald eine klare Grenze der Handelsgeschäfte gezogen ist, und dann können auch die beiden Gesetze gar nicht mit einander in Conflict kommen. Wir hören aber hie und da die Behauptung äußern, eine solche Trennung von Rechtsinstituten je nach ihrer Erscheinung im Handelsverkehr oder im gewöhnlichen Leben und damit eine Trennung in der Gesetzgebung sei doch nur zweckmäßig unter Voraussetzung von Handelsgerichten, und man beruft sich hiefür, wenn auch unpassend, auf Goldschmidt's[1]) Autorität. Wir geben gerne zu, daß eine solche Ausscheidung des Handelsrechts vom Civilrecht, wie wir sie also z. B. für den Frachtvertrag wünschen, in ihrer practischen Nützlichkeit besonders zu Tage tritt, wo auch die Gerichtsbarkeit gesondert ist, und man dann eben dem Civilgericht das Civilgesetz, dem Handelsgericht das Handelsgesetz ausschließlich oder fast ausschließlich in die Hand geben kann. Aber weil diese Scheidung zwischen civilrechtlicher Dienstmiethe und handelsrechtlichem Frachtvertrag eine innere Begründung hat, so kann auch jener bloß auf äußerliche Bequemlichkeit gerichtete Einwand nicht stichhaltig sein. Zudem darf man einem Civilgerichte, das überhaupt billigen Anforderungen entspricht, gar wohl zumuthen, daß es bei Geschäften des kaufmännischen Gewerbsbetriebs das Handelsgesetz, im gewöhnlichen Verkehr aber das Civilgesetz anwende. Die Schwierigkeit, die dabei entsteht, ist blos die, bei Rechtsgeschäften, die auf der Grenze des bürgerlichen und des kaufmännischen Verkehrs stehen, zu entscheiden, wohin sie gehören, aber diese Schwierigkeit bleibt auch bei der Einrichtung von

---

[1]) Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Band V, S. 226 f.

Handelsgerichten diesen sowohl wie den Civilgerichten in reichem Maß offen. Diejenigen aber, welche die Wünschbarkeit von Handelsgerichten auch für die Schweiz verfechten, und es giebt deren eine ansehnliche und geachtete Zahl, möchten wir fragen, wie sie dann dem Handelsgerichte seine Competenz ausmessen bei dem Systeme des jetzigen schweizerischen Handelsrechtsentwurfs. Ich denke, es würde Niemanden einfallen, einen über Bezahlung des Fahrgeldes entstandenen Streit zwischen einem geringen Fuhrhalter und dem Droschkenbesteller, oder einen Proceß zwischen einem Stadtläufer und dem Aufgeber von Balleinladungen wegen schlechter oder verspäteter Vertragung und Abgabe derselben, oder gar meinen oben angeführten Handel mit meinem Bekannten wegen des Koffertransportes, vor das Handelsgericht zu weisen; dann aber ist es doch gewiß richtiger, das Handelsgesetzbuch gleich von vorneherein auf das Princip zu stellen, daß es bloß die Bestimmungen für den Handelsverkehr enthält, und es muß dieß um so wünschenswerther erscheinen, je mehr man auf Errichtung von Handelsgerichten speculiert.

Die Begrenzung des Handelsrechts auf die Handelsgeschäfte ist daher principiell gewiß die richtige. Schon auf den ersten Blick hat es etwas sehr Bestechendes, auf diesen Begriff abzustellen und zu sagen: das Handelsgesetzbuch für die Handelsgeschäfte, das Civilgesetzbuch für den bürgerlichen Verkehr. Und in der That ließe sich gegen dieses Princip nichts einwenden, vorausgesetzt, daß es in praxi ohne Complication und Schwierigkeit zu verwirklichen wäre. Aber derselbe, der dem Princip beigestimmt hat, wird es vielleicht in der Gestalt, in welcher es ihm dann ein Gesetzbuch bestimmter formuliert entgegen bringt, verwerfen. Denn mit dem Princip haben wir noch nicht den Begriff und das Wesen der Handelsgeschäfte, der eine wird sich das, der andre jenes darunter denken, und je nach dieser Verschiedenheit werden auch die Resultate in der Gesetzgebung verschieden sein. Wir müssen daher, bevor wir uns über Vorzug oder Nachtheil des Systems des D. H. G. B. erklären, prüfen, wie dieses Gesetzbuch das Problem gelöst hat.

Der preußische Entwurf, welcher bekanntlich den Berathun-

gen der Nürnberger Conferenz zur Grundlage diente, gieng von dem Begriffe des Kaufmannes aus und gelangte von diesem zum Handelsgeschäft, indem er einerseits in Art. 2 möglichst genau den Begriff des Kaufmanns definierte, andrerseits dann in Art. 211 als Regel aufstellte: „Als Handelsgeschäfte sind alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns anzusehen, in welchen entweder sein Gewerbe besteht, oder durch welche dasselbe möglich gemacht oder befördert wird.“ So ergänzen sich Art. 2 und Art. 211 in der Weise, daß Art. 2 die Grundlage abgab für den Begriff der Handelsgeschäfte in Art. 211, daß also dieser letztere Begriff geknüpft wurde an den kaufmännischen Gewerbsbetrieb. Nur einzelne wenige in sich abgeschlossene Geschäfte wurden in Art. 212 als absolute Handelsgeschäfte, also auch für Nichtkaufleute, bezeichnet. Gegenüber dieser Auffassung machte sich sofort die Ansicht geltend und drang schließlich wenn auch mannigfach modificiert durch, daß das Handelsgeschäft seiner objectiven Eigenschaft nach als ein solches erkannt werden müsse, gleichviel von welcher Person es vorgenommen worden. Diesem Antrag wurden schon in der ersten Discussion die Bedenken entgegengestellt, die seither immer wieder von Neuem als Hauptwaffe gegen das darauf basierte System ins Feld geführt werden. Sie finden sich besonders deutlich in dem Votum des Referenten Bischoff hinsichtlich des gegen den preußischen Entwurf eingebrachten Antrags ausgesprochen [1]: „Der der Discussion unterstellte Antrag sei im Wesentlichen mit dem französischen Rechte übereinstimmend, ... nach dem französischen Rechte und dem gestellten Antrage müsse sich der Richter bei der Beurtheilung eines einzelnen Handelsgeschäfts stets die schwierige Frage vorlegen, ob dasselbe unter den Begriff und die Voraussetzung solcher einzelnen Handelsgeschäfte falle, während der (preußische) Entwurf diese Schwierigkeit im Wesentlichen dadurch hebe, daß er den Begriff des Handelsgeschäftes im Allgemeinen an den kaufmännischen Gewerbsbetrieb knüpfe. ...Dem französischen Rechte seien allerdings bisher alle neuern Handelsgesetzgebungen gefolgt, aber die Unzweckmäßigkeit des

[1] Lutz, Protokolle, S. 502.

Systems bezüglich der hier in Frage stehenden Materie lasse sich nicht verkennen, wenn man erwäge, zu wie vielen Streitigkeiten dasselbe Anlaß gegeben habe. Ehe ein Proceß vor dem Handelsgerichte habe anfangen können, habe nicht selten erst der Cassationshof darüber erkennen müssen, ob ein Handelsgeschäft vorliege. Dieselbe Reihe von Competenzprocessen, welche in dieser Beziehung die französische Jurisprudenz seit 50 Jahren durchgemacht habe, werde der deutschen Jurisprudenz bevorstehen, wenn das erwähnte System in das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch übergehen würde.... Dagegen sei das System des Entwurfes klar, von ihm würden solche Zweifel in der Anwendung, solche unzählige Competenzstreitigkeiten nicht zu befürchten sein," u. s. f.

So richtig nun auch alle diese Argumente sein mögen, immer bleibt uns die Frage, ob sie dem preußischen Entwurf nicht eben so gut hätten entgegengehalten werden können. Und wenn wir näher zusehen, so ist in Bezug auf jene von Dr. Bischoff gegen den Antrag auf objective Begrenzung der Handelsgeschäfte vorgebrachte Bedenken der preußische Entwurf ganz ebenso schutzlos. Denn neben der Regel, daß Handelsgeschäft identisch sei mit Geschäft eines Kaufmanns oder daß ein Geschäft nur als Theil eines Handelsgewerbes zum Handelsgeschäft werde, hatte schon jener Entwurf in Art. 212 die Ausnahme zugelassen, daß einzelne Rechtsgeschäfte, namentlich Kauf behufs Wiederveräußerung, ohne Rücksicht auf gewerbsmäßigen Betrieb für Handelsgeschäfte gelten sollen, und die Nürnberger Conferenz hat im Grunde nur dieses Verhältniß von Regel und Ausnahme umgestellt, oder doch wenigstens beide Arten von Handelsgeschäften, die objectiven und die subjectiven, einander gleichgestellt.[1]) Denn wenn wir die Art. 211 und 212 des preuß. Entwurfs neben die Art. 271 und 272 des deutschen Handelsgesetzbuchs halten, so finden wir in beiden hinsichtlich der Handelsgeschäfte das gemischte System, bloß in jenem unter Vorwiegen des subjectiven, in diesem unter Vorgang des objectiven

[1]) Vergl. Anschütz, der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs, in Pözls kritischer Vierteljahrsschrift, Band I, S. 10.

Begriffs der Handelsgeschäfte. Mit andern Worten: auch das deutsche Handelsgesetzbuch stellt nicht ausschließlich Einen objectiven, vom Begriff des Kaufmanns und des gewerbsmäßigen Betriebs losgetrennten Begriff der Handelsgeschäfte auf, sondern kennt auch Handelsgeschäfte, die dieß erst durch gewerbsmäßigen Betrieb werden, also neben den objectiven, absoluten, auch subjective, relative, jene schon an sich dem Handelsrecht unterworfen, diese bloß dann, wenn sie von Kaufleuten in ihrem Gewerbsbetrieb geschlossen sind.[1])

Im Nähern bekommen wir nun folgendes System: Die absoluten Handelsgeschäfte des deutschen Gesetzbuchs sind im Allgemeinen nicht nach Art und Natur der Rechtsgeschäfte selbst begrenzt, sondern ein sonst gewöhnliches civilrechtliches Geschäft wird dadurch zum Handelsgeschäft, daß aus innern Merkmalen eine unmittelbare Beziehung auf den Handel hervorgeht. Als solches Merkmal ist namentlich die Absicht der Wiederveräußerung bezeichnet, welche einen Kauf ohne Weiteres zum Handelsgeschäft macht. Die übrigen Geschäfte des Handelsverkehrs, namentlich die der Bankiers, Commissionärs, Spediteurs, Frachtführer, werden erst unter Voraussetzung eines gewerbsmäßigen Betriebs oder unter Voraussetzung, daß sie zwar einzeln, aber im beliebigen Gewerbsbetrieb eines Kaufmanns gemacht werden, Handelsgeschäfte. Nun kann es geschehen, daß bloß auf der Seite eines der Contrahenten die Bedingungen des Handelsgeschäfts vorhanden sind, also ein einseitiges Handelsgeschäft vorliegt. Auch in diesem Fall treten, ausdrückliche Abweichungen vorbehalten, die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches ein: D. H. G. B. Art. 277.[2]) Für dieses sorgfältig abgeschlossene Gebiet der Handelsgeschäfte ist das deutsche Handelsgesetzbuch ausschließlich maßgebend, der ganze Organismus der Particularcivilgesetzgebungen dagegen bleibt davon unberührt und fortwährend in Gültigkeit für alle bürgerlichen Verkehrsverhältnisse, welche nicht den eigenthümlichen Character eines Handelsgeschäfts annehmen.

---

[1]) Vergl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, Abth. 1, S. 314 ff.

[2]) Vergl. Lutz, Protokolle, S. 541, 1303 f.

Dieser letztere Gedanke war offenbar bei den Commissionalberathungen das leitende Motiv für dieses System gewesen: man wollte die Civilgesetzgebungen der einzelnen deutschen Staaten nicht antasten, außer insoweit der Handelsverkehr es nothwendig forderte, und mußte daher auf die Ausscheidung der Handelsgeschäfte kommen. Neben diesem unbedingt großen Gewinn hat aber das deutsche System den unverkennbaren und sofort von allen Seiten namhaft gemachten Nachtheil, daß im einzelnen Fall zu schwer zu entscheiden ist, ob die Streitsache sich als Handelsgeschäft qualificiere oder nicht. So ließ sich gleich nach Abschluß der Berathungen Goldschmidt folgendermaßen vernehmen [1]): „Wird das Handelsrecht in so überaus schroffer Weise von dem bürgerlichen Recht gesondert, kommt in Handelssachen ein nicht allein für die einzelnen Institute, sondern auch in seinen leitenden Principien völlig abweichendes Recht zur Geltung, ist die Anwendung desselben überdieß, wie häufig in dem Gesetzbuch geschehen, durch den kaufmännischen Stand eines oder gar beider Betheiligten bedingt, so muß in jedem einzelnen Collisionsfalle die Frage, ob eine Handelssache vorliege, ob der oder die Betheiligten dem Kaufmannsstande angehören, weitaus in den Vordergrund treten, die Hauptthätigkeit der Gerichte in Anspruch nehmen, und die Competenzstreitigkeiten ungemessen vermehren." So berichtet Brix [2]): „Von der ursprünglichen Absicht, dem Buche eine Sammlung handelsrechtlicher Entscheidungen beizugeben, bin ich abgekommen, weil die Auswahl bis jetzt noch eine zu geringe ist und die bekannt gewordenen Judicate mit wenigen Ausnahmen nur Fragen über Firmen, die Begriffe Kaufmann und Handelsgeschäft, selten Gegenstände von größerer Wichtigkeit betreffen." So bezeugt uns auch Busch's Archiv für Theorie und Praxis des deutschen Handelsrechts in jedem Hefte, daß Conflicte über die Frage, ob ein Handelsgeschäft vorliege oder nicht, die Gerichte über Gebühr in Anspruch nehmen.

---

[1]) Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Band V, S. 214.

[2]) Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunct der österreichischen Gesetzgebung erläutert, Vorrede, S. V.

Alle diese Bedenken und Nachtheile treffen bloß die practische Durchführbarkeit und Handhabung des D. H. G. B. Das Princip selbst lassen sie unangetastet, und in der That kann man von rein theoretischem Standpunct aus dem D. H. G. B. die Bewunderung nicht versagen, indem ein schwieriges Princip mit seltenem Scharfsinn und geistreicher Consequenz gelöst worden ist. Weil aber das Gesetz eben nicht nur zum Gebrauch trefflicher Juristen geschrieben ist und nicht nur von Lübecker Oberappellationsgerichten oder Berliner Obertribunalen u. dgl. gehandhabt wird, sondern jedem geringen Handelsmann und manchem bescheidenen Amtsgericht zur Richtschnur dienen soll, so überwiegt der in der Praxis hervortretende Nachtheil die theoretische Vorzüglichkeit. Und auch abgesehen von der Compliciertheit des deutschen Systems möchten wir es nicht in allen Theilen als richtig adoptieren. Daß der Kauf unter der Absicht des Käufers, wieder zu veräußern, dadurch zu einem absoluten Handelsgeschäft wird, ist ein Satz von zweifelhaftem Werthe. Ich will mich nicht einmal darauf stützen, daß in manchen Fällen diese Absicht gar nicht ausgesprochen oder sonst erkennbar ist, obschon dieses Argument trotz Brinckmann (Handelsrecht § 2, Note 1 am Anfang) an sich schon relevant ist, sondern ich mache nur darauf aufmerksam, daß das Kriterium der beabsichtigten Wiederveräußerung im Grunde doch nur selber wieder eine Deduction aus dem Kriterium des Gewerbsbetriebes, resp. des beabsichtigten Gewinnes ist, und daher eigentlich ein selbst mit dieser Absicht geschlossener Kauf für den Käufer kein Handelsgeschäft sein sollte, wenn er nicht in seinem Gewerbsbetrieb gekauft hat und wieder verkaufen will. Wenn ich z. B. von einem einfachen Spengler 10 Stück von ihm fabricierter Petroleumlämpchen kaufe, um sie im Kreise meiner Bekannten abzusetzen, so ist das nach Art. 271 ein Handelsgeschäft, und ich muß daher, wenn ich mit der Zahlung säumig bin, 6% Verzugszinsen gemäß Art. 287 entrichten. Wenn ich ihm aber im gleichen Moment noch Waaren für meinen eigenen Gebrauch abkaufe, so ist das gemäß Art. 273, lemma 3 kein Handelsgeschäft und ich zahle hiefür nach dem Civilgesetz vielleicht bloß 5% Verzugszinsen. Und doch ist jener

Kauf von diesem qualitativ in nichts unterschieden, und es steht der Unterwerfung des ersten Falls unter die Regeln der Handelsgeschäfte, d. h. der Ausdehnung der Grundsätze, die nur für Kauf auf Wiederveräußerung im Gewerbsbetrieb gelten sollten, auf den Kauf mit solcher Absicht aber außer dem Gewerbsbetrieb, es steht dieser Ausdehnung dasselbe Bedenken entgegen, welches auch schon auf der Nürnberger Conferenz der Hauptgrund gewesen zu sein scheint, warum der Antrag, die Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäfte als absolute Handelsgeschäfte zu bezeichnen, verworfen wurde.[1])

Es ist natürlich, daß der schweizerische Entwurf sich unter solchen Umständen einen andern Weg suchte und von dem Begriff der Handelsgeschäfte sich möglichst fern zu halten bemühte. Doch hat er dieß mit Recht nicht ganz streng durchgeführt, sondern eine Anzahl von Sätzen bloß für den kaufmännischen Verkehr aufgestellt, womit ein, wenn schon von dem des deutschen Gesetzbuchs wesentlich verschiedener Begriff von Handelsgeschäften auch in den schweizerischen Entwurf eingeführt ist. Wenn es in Art. 204 heißt: „Die Bestimmungen des dritten Buchs haben mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, welche sich ausdrücklich nur auf den Verkehr von Kaufleuten beziehen, allgemeine Gültigkeit für alle Geschäfte des Mobiliarverkehrs," wenn dann fernerhin in den Art. 209, 210, 220, 222, 224, 225, 238—243, 249 u. a. eine große Anzahl solcher Ausnahmsbestimmungen blos für den Verkehr von Kaufleuten aufgestellt werden, so ist damit ohne lange Definition factisch eine Ausscheidung von Handelsgeschäften aus den bürgerlichen Geschäften getroffen und ein Begriff von Handelsgeschäften geschaffen. Ein einheitliches Kriterium

---

[1]) Lutz, Protocolle, S. 1306: „Gesetzt auch, es lasse sich rechtfertigen, die speciellen, das Commissions-, Speditions- und Frachtgeschäft betreffenden Bestimmungen des Gesetzbuchs auf alle Geschäfte dieser Art, ohne Rücksicht auf das Gewerbe der Betheiligten, anzuwenden, so habe man zu erwägen, daß durch den Antrag nicht nur diese Bestimmungen, sondern auch die allgemeinen Normen des Gesetzbuchs für anwendbar erklärt würden, und gerade in dieser Richtung müsse das erheblichste practische Bedenken gegen denselben gefunden werden."

für diese Ausnahmebestimmungen des schweizerischen Entwurfs giebt es aber nicht, es ist namentlich nicht etwa der Gewerbsbetrieb des Kaufmanns, der dafür maßgebend wird, sowenig als ein anderes Kriterium der Handelsgeschäfte hiefür rein durchgeführt ist. In Art. 222 z. B. wird die Ausnahme dies interpellat pro homine auf den Fall beschränkt, wo beide Parteien Kaufleute sind, und ebenso erscheint das Retentionsrecht in der vom Art. 241 normierten Ausdehnung nur zulässig, wo beiderseits Kaufleute Partei sind. In den Art. 209, 210, 220 dagegen werden ausnahmsweise Verpflichtungen der Kaufleute aufgestellt und in Art. 238—240 die Bestellung eines Faustpfands durch einen Kaufmann erleichtert, gleichviel ob die andere Partei Kaufmann ist oder nicht und ob das fragliche Geschäft in den Gewerbsbetrieb des Kaufmanns gehört oder nicht. Und endlich die Art. 224 und 225 stellen Ausnahmen auf hinsichtlich des Zinsfußes für Schulden eines Kaufmanns aus seinem Gewerbsbetrieb. Es mangelt also hier (wie wir sehen werden aus guten practischen Gründen) an einer principiellen Durchführung des Begriffs „Verkehr von Kaufleuten". Gewiß sind nun in dieser Beziehung die parallelen Sätze des D. H. G. B. theoretisch richtiger und consequenter durchgeführt; wenn dasselbe im Art. 313 dem Kaufmann das Retentionsrecht giebt wegen fälliger Forderungen, welche ihm gegen einen andern Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, wenn es in Art. 309 die Faustpfandbestellung erleichtert unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften u. dgl., so verwerthet es hier eben seinen Handelsgeschäftsbegriff. Der schweizerische Entwurf aber hat diesen Rückhalt an einem von vorneherein fixierten Begriff nicht und muß sich daher dazu bequemen, seine Ausnahmen für den Verkehr von Kaufleuten als für sich bestehende Singularitäten aufzuführen, selbst ohne auf den Gewerbsbetrieb immer abstellen zu können, da man ja z. B. bei einem Kaufmann, der ein Faustpfand bestellt, nicht immer weiß, ob das darauf aufgenommene Geld für Anschaffung von Waaren oder zur Bezahlung des Schusters und Bäckers verwendet wird.

Wenn wir jetzt das System des schweizerischen Entwurfs wieder überschauen, so bietet dasselbe gegenüber dem streng und fest in sich abgeschlossenen System des D. H. G. B. einen zerklüfteten Anblick dar, wenigstens in seinem dritten Buche, von dem wir ja fast ausschließlich zu reden hatten. Zuerst ein allgemeiner Theil, bestehend aus einer Anzahl unter sich zusammenhangsloser Sätze des Mobiliarsachen- und Obligationenrechts, gültig für alle Verhältnisse des bürgerlichen Lebens wie des Handelsverkehrs, dazwischen eingestreut einzelne unter sich wieder verschiedenen Principien folgende Ausnahmen blos für den „Verkehr von Kaufleuten", dann in ähnlicher Behandlung die Lehre vom Kauf, an sich ebenfalls unvollständig, und hierauf in umfassender Durchführung Commission, Frachtvertrag, Versicherung, Wechsel, Lager- und Pfandscheine. Wir müssen gestehen, daß es uns schwer fallen würde, uns mit diesem System zu befreunden. Aber könnten wir etwas Besseres an seine Stelle setzen? Wir verneinen diese Frage ohne Rückhalt in dem Sinn, daß wir uns nimmermehr anheischig machen wollten, für die Schweiz ein auf einheitlichem Princip beruhendes Handelsverkehrsrecht zu schaffen. Jeder derartige Versuch würde uns auf einen dem deutschen System mehr oder weniger gleichkommenden Ausweg führen, den wir für unsre Verhältnisse nicht empfehlen und annehmbar finden könnten. Wenn nun aber nichts Einheitliches erhältlich ist, so müssen wir eine Beschränkung auf das Allernothwendigste anstreben, und je mehr man sich beschränken kann, desto mehr wird auch das Gesetz an äußerer und innerer Handlichkeit gewinnen und sein Zustandekommen gesichert. Damit gelangen wir auf die am Anfang offen gelassene Frage zurück, in wiefern der schweizerische Entwurf die Grenzen der Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit bei Feststellung der in das Handelsgesetz fallenden Materien eingehalten habe.

Um diese Frage gehörig zu beantworten, müssen wir von dem, wie ich glaube anerkannten Satze ausgehen, daß eine gemeinsame Handelsgesetzgebung bloß in den Puncten nothwendig ist, wo die einzelnen Cantone nicht selber schon die Mittel ganz in der Hand haben, um ihre Angehörigen nach allen

Seiten zu schützen. Erkennt man dieß an, so sind Sätze über die Eigenthumsklage weniger dringend. Es kann dem Basler einerlei sein, ob in andern Cantonen die Art. 234—237 des schweiz. Entwurfs Geltung erhalten oder nicht, es wird ihm sogar nur angenehm sein, wenn die Cantone Bern, Solothurn, Aargau, Graubünden ihre römische Vindication behalten, er hüllt sich getrost in den redlichen Besitz, den ihm das Gesetz vom 7. März 1864 als Schild gegen die Vindication gegeben hat, ohne sich ein Gewissen daraus zu machen, mit der ihm gegenüber stumpfen Waffe dem gutrömisch gebliebenen Solothurner zu Leibe zu gehen. Und wenn Solothurn das nicht mehr leiden will, so braucht es keiner Bundeshilfe dazu. Allerdings kann es auch hier Fälle geben, wo der Basler vom Solothurner Gesetz betroffen wird, z. B. wenn bei einem Solothurner Actien vindiciert werden, die derselbe vom Basler zu Faustpfand erhalten hatte. Aber ob man solcher vereinzelter Fälle wegen ein Concordat errichten soll, ist sehr die Frage, und will man es thun, so läßt sich ein Ausweg finden, den wir bald erwähnen werden. — In gleicher Weise könnte man auch die Frage erheben, ob Aufhebung der Zinsbeschränkung durch das Handelsgesetz jetzt Bedürfniß sei. Daß ein Land, das die Zinsmaxima noch festhält, jetzt nur sich selbst, resp. seinen Angehörigen schadet, haben die Erfahrungen Zürichs in letzter Zeit bewiesen: alle Geldgesuche waren umsonst, weil man im Ausland einen viel höhern Zins erhielt und so nicht nur kein Geld von auswärts erhältlich war, sondern auch das der inländischen Capitalisten nach außen gieng; so mußte in aller Geschwindigkeit ein Gesetzesentwurf betreffend Aufhebung der Wucherverbote eingebracht werden. Wenn man mir dagegen einwendet, es schade doch auch dem Basler und Berner, wenn in Zürich bloß 5% anerkannt würden, weil jene dann in ihren Geschäften nach Zürich gehemmt seien, so ist einerseits zu bemerken, daß wenn der Zinsfuß niedrig ist, man nach Zürich so gern Geschäfte machen wird als anderswohin; wenn er aber hoch ist, man sein Geld überall anbringt, weil eben das Geld rar ist, und der ganze Nachtheil doch wieder Zürich zufällt. Andrerseits aber werden die handeltreibenden Cantone die Zinsbeschrän-

kungen doch nicht mehr aufrecht erhalten können und wollen, Baselstadt hat, was die Motive zum schweiz. Entwurf S. 206 ignorieren, durch Großrathsbeschluß vom 23. Mai 1864 jede Zinsschranke der Gerichtsordnung von 1719 aufgehoben, Zürich wird jetzt nachfolgen, und so wird die Entwurfsbestimmung unnöthig, weil jeder Canton von selbst dazu gedrängt wird. Ob ferner die Verzugszinsen 5 oder 6% betragen, das ist auch wieder eine Differenz, die keinem einzigen Kaufmann sehr erheblich erscheint und einer Einigung durch gemeinsames Gesetz so wenig bedarf als die Frage, ob Kaufleute unter einander schon vom Verfalltage an oder erst von der Mahnung an Zinsen fordern können. Dieß führt uns auf ein weiteres Erforderniß, das wir für ein schweiz. Handelsrecht als ein unerläßliches betrachten. In der Schweiz ist bekanntermaßen der Boden für eine gemeinsame Gesetzgebung noch nicht sehr geebnet; eine solche thut daher wohl daran, wenn sie sich auf möglichst wenige, dann aber scharf präcisierte Sätze beschränkt. Bestimmungen z. B., die von Ermessen des Richters u. dgl. reden, nützen nichts, denn jedes Gericht wird sich in solchen Fällen seine eigene Praxis bilden, ohne daß ein Obertribunal auf Gleichmäßigkeit hinwirken kann, und was hat dann der Zürcher von einer solchen Bestimmung, wenn er wissen will, ob er gegenüber dem Berner Recht bekommen könne? Gar viele Bestimmungen des Buch III, tit. 1 im schweiz. Entwurf entbehren nun aber solchen präcisen Characters und werden daher in keinem Falle viel nützen. Zum Beispiel: Art. 207 spricht von Abschluß eines Vertrags unter Abwesenden und der Pflicht des Empfängers einer Anfrage sofort zu antworten; „die Frage, ob eine Verspätung eingetreten sei, wird nach den Umständen und der Sitte des Verkehrs beurtheilt.“ Eine solche Bestimmung mag ganz zweckmäßig sein in der Gesetzgebung eines einheitlichen Staates, wo die Appellationsgerichte und das Oberappellationsgericht dann gerade in solchen Fällen die schöne Aufgabe haben, auf möglichst gleichmäßige Interpretation der Umstände und der Sitte hinzuwirken. Aber für die Schweiz ist mit einer solchen Bestimmung nichts gewonnen: das Basler Civilgericht wird hierin vielleicht eine ganz andere Ansicht von Umständen und Sitte des Verkehrs

haben als die Berner Gerichte, und das Bundesgericht muß diese verschiedene Praxis gelten lassen, weil es nur wegen unrichtiger Auslegung des Gesetzes, nicht wegen unrichtiger Beurtheilung der Facta, Urtheile cassieren dürfte. Ganz dieselbe Bemerkung trifft bei Art. 211 zu: „Die Erfüllung eingegangener Verpflichtungen muß beim Stillschweigen des Vertrages an dem Orte geschehen, welcher nach der Natur des Geschäfts oder nach den Umständen als Ort der Erfüllung anzusehen ist." Ebenso — oder wenigstens ähnlich — Art. 212, 213, 218 lemma 1, 221, 226. Wir glauben nicht Unrecht zu haben, wenn wir nach dem Gesagten allen diesen Artikeln einen Nutzen absprechen und sie für zwecklos erklären, und geben nur zu bedenken, ob ein Zürcher Kaufmann, der einen Basler in Basel belangen muß, weil er in Zürich und nicht in Basel bezahlt sein will, mit Art. 211 besser daran ist als jetzt ohne diesen Artikel, und umgekehrt ein Basler, der den Zürcher auf Haltung eines Vertrags beklagt, welchen der Zürcher als verspätet angenommen erklärt, aus Art. 207 sich mehr Rath holen kann als er jetzt schon weiß.

Nun kommen Bestimmungen wie die der Erfüllungszeit (Art. 215—217), Münzsorte u. dgl. für Zahlungen (Art. 219 und 220), Conventionalstrafen (Art. 226 und 227), Ordre- und Inhaberpapiere (Art. 228—233), alles Sätze, die in einer vollständigen Civilgesetzgebung einen Platz verdienen, für ein schweizerisches Handelsrecht aber auch nicht gerade nöthig sind und wirklich um so eher entbehrt werden dürften, als ein Theil von ihnen beinahe selbstverständlich, ein andrer aber in Theorie und Praxis noch nicht endgültig festgestellt und daher für gesetzliche Fixierung noch nicht reif ist.

Es bleiben noch zwei Puncte des tit. 1 im dritten Buch, die Faustpfandbestellung und das Retentionsrecht, in Bezug auf welche ich zweifelhaft bin ob sie entbehrt werden könnten. Das Retentionsrecht vielleicht eher als die Faustpfandbestellung. Will man diese beibehalten, so könnte man sie bei den Lager- und Pfandscheinen unterbringen und diesen Titel durch eine angemessene Ueberschrift „von kaufmännischen Sicherungen" oder dergleichen erweitern, wo man dann auch allenfalls noch, wenn

man sich von gleichmäßigen Bestimmungen über die Vindication nicht trennen wollte, einen Satz anbringen könnte etwa des Inhalts, daß die im Gewerbsbetrieb eines Kaufmanns veräußerten oder verpfändeten Mobilien dem gutgläubigen Besitzer nicht können abgewonnen werden.

Alles Uebrige im Titel 1 des dritten Buchs wäre dem Gesagten zufolge als unnöthig zu streichen. Ich glaube, daß der Kaufmannsstand selbst gegen die Entfernung dieses Abschnitts aus dem Gesetze wenig oder nichts einzuwenden hätte. Wenn man Kaufleute fragt, warum sie ein gemeinsames Handelsrecht wünschen, so heißt es gewöhnlich: wegen der Speditions- und Frachtgeschäfte, etwa auch wegen des Concurses, aber es wird kaum einen Kaufmann geben, der ein schweiz. Handelsrecht wünschenswerth erklärt, damit man Bestimmungen über den Vertragsabschluß unter Abwesenden, oder über Zahlungsort u. s. f. erhalte, es wäre denn, daß er einmal einen Proceß in einer solchen Frage verloren hätte und nun von dem Gesetz erwarten würde, daß es ihm nachträglich doch noch Recht gebe.

In ähnlicher Weise dürfte der Abschnitt vom Kauf (Buch III, tit. 2) revidiert werden. Eine Anzahl von Bestimmungen dürfte sich auch hier als entbehrlich ergeben, beispielsweise Art. 248, 250, jedesfalls aber sollte dann dieser Abschnitt nur für den kaufmännischen Verkehr gültig erklärt werden, wie dieß ausnahmsweise der Art. 249 thut, denn ganz dieselben Gründe wie hier sprechen auch bei den andern Artikeln, namentlich Art. 251—256 für derartige Einschränkung. Wir werden später darauf zurückkommen.

Commission und Frachtvertrag endlich (Buch III, tit. 3 und 4) wären nach dem S. 145 ff. Gesagten in der Weise zu begrenzen, daß die betreffenden Bestimmungen nur gelten unter Voraussetzung gewerbsmäßigen Betriebs.

Was ergäbe sich nun bei solchem Verfahren als Inhalt des Gesetzes?

Vorerst die zwei ersten Bücher (vom Handelsstande und von den Handelsgesellschaften), wie sie jetzt schon bestehen. Dann ein drittes Buch: von einigen Geschäften des Mobiliarverkehrs, und zwar tit. 1 vom Handelskauf, tit. 2 von der Commission,

tit. 3 von der Spedition,[1]) tit. 4 von dem Frachtvertrag, diese drei letztern Geschäfte, sofern gewerbsmäßig betrieben, tit. 5 von der Versicherung, tit. 6 vom Wechsel und von der Anweisung, diese beiden Titel allgemein für alle dergleichen Geschäfte auch im bürgerlichen Verkehr, und tit. 7 von kaufmännischen Sicherungen (insbesondre Lager- und Pfandscheinen), gutscheinenden Falls mit einem Anhang über Beschränkung der Vindication in oben angegebener Weise. Endlich das vierte Buch von dem kaufmännischen Concurse.

Wenn man uns nun einwendet, damit erhalte man kein Handelsrecht, sondern ein Conglomerat einzelner handelsrechtlicher Institute ohne inneres Band und Gefüge, so geben wir das zu, halten aber ein solches Band gar nicht für nothwendig, und glauben doch auch die Bemerkung wagen zu dürfen, daß das in Buch III, tit. 1 des Entwurfs gewobene Band der allgemeinen Bestimmungen kaum Anspruch darauf machen kann, als der das Ganze einheitlich durchströmende Geist, als die nothwendige Grundlage für die innere und äußere Einheit der Geschäfte des Mobiliarverkehrs bezeichnet zu werden. Wir verzichten von vorneherein darauf, ein in sich abgeschlossenes System des Handelsrechts zur Erscheinung zu bringen, welches übrigens durch den Entwurf wie er jetzt ist auch nicht dargestellt wird, und glauben, in dem von uns angegebenen Umfange hätte das Gesetz mehr Aussicht auf Erfolg und auch mehr innere und äußere Berechtigung als in der jetzigen Gestalt des Entwurfs, mehr äußere Berechtigung, weil es sich von vorneherein nicht als abgeschlossenes System des Handelsrechtes dargäbe, während der jetzige Entwurf mit dem Schein allseitiger Abrundung des Stoffs auftritt, im Grunde aber nur einige leichte und löchrichte Hüllen um die Blößen gelegt hat, welche wir lieber freimüthig aufdecken möchten; mehr innere Berechtigung, weil jedes unnöthige Uebergreifen des Handelsrechts in den bürgerlichen Verkehr vermieden und bloß in den Gebieten festgehalten würde, welche unbedingt und allgemein den durch das

[1]) Welche für die heutige Zeit noch nicht als ganz abgestorben erklärt werden dürfte.

Handelsrecht erzeugten Normen unterliegen, wie im Wechselrecht und wenn man will in dem Versicherungsrecht. Wir hätten dann allerdings nicht ein Werk, das mit dem stolzen Namen eines schweizerischen Handelsgesetzbuchs auftreten könnte, sondern bloß ein Concordat über die wichtigsten Partien des Handelsrechts, aber wir hätten damit den doppelten Vortheil gewonnen, dem jetzigen Bedürfnisse vorläufig genügt und doch uns freie Hand für vielleicht später wünschbar werdende Ausdehnung des Planes und Revision mancher jetzt noch nicht abgeklärter Hauptgrundsätze unter Berücksichtigung des Fortschritts der Wissenschaft und der Erfahrungen in der Praxis behalten zu haben, während der jetzige Entwurf, der den Schein eines vollständigen Handelsrechts trägt, eben darum auch schon mehr als Abschluß der Gesetzgebung erschiene, zu deren Revision man sich kaum entschließen würde, selbst wenn sie von Wissenschaft und Praxis schon längst überholt wäre.

II. Plan und Anordnung des Entwurfs.

Bei einem Rechte, das sich so wenig an staatliche und selbst nationale Schranken und Grenzen bindet wie das Handelsrecht, war schon von vorneherein wenig Veranlassung zu neuer selbständiger Bearbeitung; es empfahl sich der Anschluß an eines der Gesetzbücher der Nachbarstaaten, den code de commerce oder das Deutsche Handelsgesetzbuch. Welches von beiden Gesetzen zur Grundlage zu nehmen sei, war mehr eine Frage von formeller Art als ein Punct von materieller Bedeutung, denn das Deutsche Handelsgesetzbuch hat vom französischen Recht mehr angenommen als zu verantworten war. Daß bei diesen Umständen der Redactor sich mehr zum deutschen Gesetzbuch gehalten hat, ist mehr als natürlich; schon darum, weil jedem in deutscher Form und Denkweise geschulten Juristen das Recht der französischen Codes, mag er sich auch noch so genau damit vertraut machen, etwas Fremdes bleiben, ihm nie ganz geläufig werden wird, weil es sich nicht nur in einer von der deutschen Methode verschiedenen Anordnung bewegt (dieses Hemmniß ist

bald überwunden), sondern weil es auf einer ganz andern Anschauungs- und Denkweise beruht. Sodann aber auch darum, weil das deutsche Handelsgesetzbuch nach Form und Inhalt mehr der Ausdruck der heutigen Bedürfnisse ist. Wenn wir nun auch nicht in das unbedingte Lob einstimmen können, das von so vielen Selbstzufriedenen über das Handelsgesetz aus Deutschland zu uns herübertönt, so ist es doch gewiß nur zu billigen, daß der schweizerische Entwurf sich sowohl was die Anordnung des Stoffes als was die Ausdrucksweise und Fassung der einzelnen Bestimmungen betrifft möglichst eng an das deutsche Handelsgesetzbuch angeschlossen hat, denn so wenig der schweizerische Handel auf die Grenzen der Schweiz beschränkt ist, so sehr ist möglichste Uebereinstimmung des Handelsrechts mit dem der Nachbarstaaten wünschenswerth.

Am meisten ist diese Uebereinstimmung angestrebt worden bei dem ersten und zweiten Buche. Das erste Buch „von dem Handelsstande" behandelt in derselben Reihenfolge wie das gleichlautende des deutschen Gesetzbuchs die Grundsätze über Kaufmann, Handelsregister, Handelsfirmen, Handelsbücher, Procuristen und Handlungsbevollmächtigte, und Handelsmäkler. Das zweite „von den Handelsgesellschaften" in ebenfalls engem Anschlusse an das deutsche Gesetz enthält die Bestimmungen über die drei Arten der Collectiv-, Commandit- und Actiengesellschaft. Das dritte Buch des deutschen Handelsgesetzbuchs „von der stillen Gesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung" ist im schweizerischen Entwurf weggelassen, und zwar darum, weil die stille Gesellschaft als neben der Commanditgesellschaft zwecklos und unnöthig betrachtet wird, ein Punct, auf den wir zurückkommen werden, die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften dagegen als fünfter Titel an das zweite Buch angeschlossen ist. Bedeutende Abweichungen weist dann das dritte Buch des schweizerischen Entwurfs „von Geschäften des Mobiliarverkehrs" gegenüber dem vierten Buch des deutschen Handelsgesetzbuchs „von den Handelsgeschäften" auf. Die Hauptabweichung war geboten durch die Verschiedenheit des Systems, welche bewirkte, daß statt des ersten Titels des D. H. G. B. „von den Handelsge-

schäften im Allgemeinen" im schweizerischen Entwurf ein Titel „allgemeine Bestimmungen" für alle Geschäfte des Mobiliarverkehrs aufgenommen wurde. Es entsprechen einander dann wieder die zwei folgenden Titel vom Kauf und von der Commission, während der vierte und fünfte Titel des deutschen Handelsgesetzbuchs von Spedition und Frachtgeschäft im schweizerischen Entwurf in den einen „vom Frachtvertrag" zusammengefaßt, resp. die Spedition gar nicht mehr als selbständiges Rechtsinstitut mit eigenthümlichen Grundsätzen anerkannt ist. Unser Entwurf behandelt dann noch in drei folgenden Titeln die Versicherung, den Wechsel nebst der Anweisung und die Lagerscheine und Pfandscheine (Warrants). Das fünfte Buch des D. H. G. B. vom Seehandel ist bei uns weggefallen, dagegen enthält der Entwurf im vierten Buch einige Bestimmungen über den in Deutschland der Particulargesetzgebung überlassenen kaufmännischen Concurs und im fünften Buch etwas über Cassation und Urtheilsfällung durch das Bundesgericht.

Parallel mit der Uebereinstimmung im Plan des Gesetzes geht auch die im Wortlaute des Textes, der im ersten und zweiten Buch wesentlich mit dem des deutschen Handelsgesetzbuches übereinstimmend ist. Bloß der Titel von der Actiengesellschaft zeigt eine freiere Gestaltung und namentlich Benutzung neuerer Gesetze. Der erste Titel des dritten Buchs zeigt auch vielfache Uebereinstimmung mit dem des deutschen Gesetzes, nur natürlich in der Weise, daß was dieses für Handelsgeschäfte aufstellt, der Entwurf für alle Geschäfte oder für die des kaufmännischen Verkehrs anordnet. Im Kauf ist vielfach das zürcherische Gesetzbuch zum Muster genommen, die Redaction der Abschnitte über Commission und Frachtvertrag ist wieder selbständiger, und ebenso die der Versicherung, mit Anklängen freilich an die Bestimmungen des deutschen Handelsgesetzbuchs über die Seeversicherung, soweit Gleichheit besteht.

Die Redaction ist durchgängig präcis und klar, und gegenüber dem deutschen Werke bedeutend abgekürzt, was wir in manchen Beziehungen für einen nicht geringen Vorzug des Entwurfs ansehen. In einigen Puncten freilich, scheint es uns, hat dieses löbliche Streben nach Einfachheit und Kürze zu Un-

sicherheiten und Lücken geführt, welche wir im Folgenden noch namhaft machen werden.

III. Einzelne Theile des Entwurfs.

Zu dem Einzelnen übergehend, schicke ich die Bemerkung voraus, daß ich nur diejenigen Puncte näher besprechen werde, wo ich mich in mehr principiellem Gegensatz zu dem Redactor befinde, und mich im Uebrigen mehr auf dem Boden der Inhaltserwähnung halten will. Bekanntlich läßt sich an einer Gesetzgebung, und zumal an einem Civilgesetz, sehr viel herumstreiten, bis in das minutioseste Detail hinein hat jeder seine besondern Ansichten von Zweckmäßigkeit, und es läßt sich in manchen Puncten die eine Ansicht so gut vertheidigen wie die andere. Ich gedenke daher in minder erheblichen Puncten gar keine Bemerkungen zu machen oder bloß gelegentliche Bedenken zu äußern, etwas länger dagegen zu verweilen bei Fragen von größerer Tragweite.

Erstes Buch.

Von dem Handelsstande.

Erster Titel.

Von dem Kaufmann und dem Handelsregister.

Den Begriff des Kaufmanns allseitig erschöpfend und befriedigend festzustellen, hat für Theorie und Praxis seine nicht geringen Schwierigkeiten. Und doch kann man sich demselben im Handelsrecht nicht entziehen, weil er in vielen Partien von höchster Bedeutung wird, wie für das Handelsregister, die Handelsbücher, den kaufmännischen Concurs, namentlich aber für die Grundsätze, welche ausschließlich für den gewerbsmäßigen Betrieb eines Handelsgeschäfts oder für den kaufmännischen Verkehr aufgestellt werden. Das deutsche Handelsgesetz nun konnte sich in Bezug auf Feststellung des Begriffs Kaufmann die Sache leicht machen und in seinem Art. 4 einfach sagen: „Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt.“ Denn es verlegte den Schwerpunct der ganzen Frage in die Bestimmung des Begriffs

Handelsgeschäfte, ihm war die Schwierigkeit die, festzustellen, welche Rechtsgeschäfte unter Voraussetzung eines gewerbsmäßigen Betriebs Handelsgeschäfte werden, und war diese Frage gelöst, so ergab sich der Begriff des Kaufmanns von selbst durch einfache Bezugnahme auf diesen gewerbsmäßigen Betrieb, wie es im Art. 4 geschehen ist. Der schweizerische Entwurf mußte von vorneherein einen andern Weg einschlagen, weil er die scharfe Abgrenzung der Handelsgeschäfte von den gewöhnlichen civilrechtlichen Rechtsgeschäften und die Abschließung des Gesetzes auf diese Handelsgeschäfte verwarf und bloß hie und da specielle Normen für den kaufmännischen Verkehr aufstellte. Wo aber der Verkehr unter Kaufleuten besonders bedacht wird, muß man auch wissen, wen man als Kaufmann zu betrachten hat. Daher wurde gleich an die Spitze des Entwurfs eine sorgfältige Beschreibung des Begriffs Kaufmann gestellt. Dabei hinderte nichts, sich eng an das deutsche Handelsgesetzbuch anzuschließen, immerhin mit der Modification, daß die Geschäfte, welche das letztere bei gewerbsmäßigem Betrieb als Handelsgeschäfte bezeichnet, im schweizerischen Entwurf unter derselben Voraussetzung (des gewerbsmäßigen Betriebs) als Kriterium des Kaufmanns gelten. Dieß ist denn auch geschehen, und damit hinsichtlich des Begriffs Kaufmann ziemliche Uebereinstimmung zwischen dem deutschen Handelsgesetzbuch und dem schweizerischen Entwurf erzielt worden, wie folgende Zusammenstellung beweist:

Deutsches Handelsgesetzbuch.	**Schweizerischer Entwurf.**
Art. 4.	Art. 1.
Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist anzusehen, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt.	Als Kaufmann soll angesehen werden, wer als solcher im Handelsregister steht, aber auch ein Jeder, der zur Eintragung in das Handelsregister verpflichtet ist.
Art. 271.	Art. 2.
Handelsgeschäfte sind:	Zur Eintragung in das Handelsregister ist unter Voraussetzung eines gewerbemäßigen Betriebes verpflichtet:
1. Der Kauf oder die anderweitige Anschaffung von Waaren oder andern beweglichen Sachen, von	1. wer bewegliche Sachen kauft oder in andrer Weise anschafft oder miethet, um dieselben in Natur

Staatspapieren, Actien oder andern für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräußern; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder andern beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden sollen;

wieder zu veräußern oder zu vermiethen;

2. die Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen der unter Ziffer 1 bezeichneten Art, welche der Uebernehmer zu diesem Zweck anschafft;

2. wer Lieferungen von beweglichen Sachen unternimmt;

3. die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie;

8. wer Versicherungsgeschäfte betreibt;

4. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See und das Darlehn gegen Verbodmung.

Art. 272.

Handelsgeschäfte sind ferner die folgenden Geschäfte, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden:

1. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht;

3. wer in einem Umfange, der über den Betrieb des Handwerkes hinausgeht, die Bearbeitung oder Verarbeitung von beweglichen Sachen unternimmt;

2. die Bankier- oder Geldwechslergeschäfte;

4. wer Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt;

3. die Geschäfte des Commissionärs, des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten;

5. wer Commissionsgeschäfte betreibt;

6. wer in umfassender Weise die Beförderung von Personen, Sachen, Nachrichten u. s. w. betreibt;

4. die Vermittelung oder Abschließung von Handelsgeschäften für andere Personen; die amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler sind jedoch hierin nicht einbegriffen;

9. wer die Vermittlung von Geschäften für andere Personen betreibt;

5. die Verlagsgeschäfte, sowie die sonstigen Geschäfte des Buch-

7. wer Verlagsgeschäfte betreibt.

oder Kunsthandels; ferner die Geschäfte der Druckereien, sofern nicht ihr Betrieb nur ein handwerksmäßiger ist.

Wir haben gegen diese einzelnen Ziffern nichts einzuwenden; es ist kein Zweifel, daß alle diese Geschäfte gewerbsmäßig betrieben den kaufmännischen Beruf begründen. Zweifelhaft könnte man bloß sein, ob die Ziffer 9 nicht zu weit gefaßt ist, und ob es z. B. in der Absicht der Redaction liegt, auch Notarien wegen ihrer gewerbsmäßigen Vermittlung von Anleihen u. dgl. unter die Kaufleute zu zählen. Wir fänden eine dem D. H. G. B. analoge Beschränkung angemessener. Aber die wichtigere Frage ist, ob mit dieser Aufzählung der Begriff des Kaufmanns festgestellt sei oder nicht. Das ist nun freilich nicht der Fall. Conflicte darüber, ob Jemand dem Kaufmannsstand angehöre oder nicht, werden durch diese Fassung nicht ausgeschlossen; besonders zwei Puncte sind es, die immer den Gerichten Schwierigkeiten machen werden: die Grenze zwischen Handwerker und Kaufmann, und die Grenze zwischen Lohnkutscher (Lohndiener) und Frachtführer. Und für diese zwei Puncte, wo hauptsächlich der Begriff des Kaufmanns seine practische Bedeutung hätte, giebt der Entwurf keinen Entscheid und läßt den Richter auf demselben Standpunct, auf dem er sich ohne den Art. 2 schon befindet. Denn eben die Frage, was über den Betrieb des Handwerks hinausgehe, resp. was Beförderung von Personen ꝛc. in umfassender Weise sei, ist die Hauptsache und die Hauptschwierigkeit. Diese Schwierigkeit ist denn auch in Deutschland sehr fühlbar. Sowohl Goldschmidt als Brix reden in den S. 155 angeführten Stellen davon, daß Streitigkeiten über die Frage, ob der Betheiligte dem Kaufmannsstande angehöre, neben denjenigen über die Frage, ob ein Geschäft Handelsgeschäft sei, weitaus in den Vordergrund treten, und Processe wie der bei Busch, Archiv, II, S. 151 angeführte über die Frage: Ist der Bauunternehmer ein Kaufmann? Ist sein Vertrag mit dem Ziegelmeister ein Handelsgeschäft? werden in analoger Weise auch unter der Herrschaft des schweizerischen Gesetzes auftauchen, wenn z. B. in einem

solchen Fall die Frage wegen Zulässigkeit des Retentionsrechts zu entscheiden ist. Es ist indeß ferne von uns, dem Entwurf darob einen Vorwurf zu machen, daß er hierüber keinen Entscheid gegeben hat, denn wir wissen zu wohl, daß ein solcher nicht stricte zu geben ist, sondern für jeden einzelnen Fall dem richterlichen Ermessen unter Erwägung der Umstände anheimfällt und darum unter äußerlich ähnlichen Verhältnissen doch sehr verschieden ausfallen kann. Der Mißstand liegt eben in der Natur der Sache, in der auch im Leben äußerst schwierigen Abgrenzung der Begriffe von Kaufmann und Handwerker u. s. f. Möglich ist es aber allerdings, daß im Laufe der Zeit hierin wieder eine festere und sicherere Scheidung sich bilden wird. Wir lassen uns daher den Art. 2 des Entwurfs gerne gefallen, wenn Andere etwas Bestimmtes daraus entnehmen, glauben aber unsrerseits mit dem Hamburger Abgeordneten[1]), daß damit wenig geholfen ist, daß der Artikel ganz könnte gestrichen und der Praxis überlassen werden, wer als Kaufmann gelten solle, da ja auch dieser Artikel doch die Hauptfragen der Praxis überläßt. Dann erhielten wir einfach den Art. 1 etwas modificiert, etwa ähnlich wie § 1 der Verordnung über das Ragionenbuch des Cantons Basel-Stadt vom 6. Mai 1863: „In das Ragionenbuch haben sich einzutragen 1. Kaufleute, Fabricanten, sowie alle diejenigen, welche einzeln oder in Societät für eigene oder fremde Rechnung gewerbsmäßig kaufmännische Geschäfte betreiben oder ein ständiges Waarenlager führen." Wir würden die Unterlassung jeglicher Definition des Begriffs Kaufmann um so unbedenklicher halten, als der Art. 4 des Entwurfs selbst wieder den Cantonalgesetzen Abweichungen vom Art. 2 nach beiden Seiten, sowohl hinsichtlich Schärfung als Erlaß der Eintragung ins Handelsregister, gestattet.

In den Grundsätzen über das Handelsregister ist der schweizerische Entwurf einfach und gegenüber dem D. H. G. B. zweckmäßiger gehalten. Ich denke hier hauptsächlich an die schwierige Frage, wann ein Dritter Aenderungen im Handelsregister gegen sich gelten lassen muß, z. B. eine ordnungsgemäß

[1]) Lutz, Protokolle, S. 14 und 15.

eingetragene Entziehung der Procura, Austritt eines Gesellschafters u. dgl. Daß man nicht damit auskommt, einfach zu sagen: sofort mit der Veröffentlichung (der Procuraentziehung, des Austritts) ist der dritte Contrahent schutzlos, liegt auf der Hand: wenn ein bisheriger Procuraträger oder Associé eines Basler Hauses, der Jahre lang für dieses Haus Geschäfte abgeschlossen hat, wenige Tage nach seiner Entlassung mit einem alten Geschäftsfreund in Hamburg, dem er als Reisender des Basler Hauses wohl bekannt ist, Namens dieses Hauses einen Vertrag abschließt und ihm einen Wechsel per procura der Basler Firma ausstellt, so kann letztere dem Hamburger nicht entgegenhalten: Du hättest wissen sollen, was zu wissen noch kaum möglich war. Und bei den Berathungen über das D. H. G. B. waren es gerade die Vertreter der deutschen Handelsstaaten, welche eine solche unbedingte Sicherstellung der Geschäftseigenthümer gegen die spätern Handlungen ihrer ehemaligen Procuristen und Associés, sofort nach Beobachtung einer rein formalen Vorschrift, für das in gutem Glauben und ohne alle Fahrlässigkeit handelnde Publicum in höchstem Grade ungerecht fanden und davon die völlige Untergrabung des Verkehrs fürchteten. Ebensowenig fand man die Maßregel zweckmäßig, eine bestimmte Frist zu bestimmen, während welcher die Firma noch für die Handlungen ausgetretener Gesellschafter oder Procuristen haften solle, weil eine kurze Frist das Publicum in vielen Fällen empfindlich benachtheiligen kann, eine lange dagegen die Wirksamkeit der Aenderung zum höchsten Nachtheil der Geschäftseigenthümer verlängert.[1]) So kam man auf den Ausweg, daß ein Dritter die Aenderung gegen sich gelten lassen muß, „sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, daß er die Aenderung beim Abschlusse des Geschäfts weder gekannt habe noch habe kennen müssen." So D. H. G. B. Art. 25, 46, 115. D. h. wenn sich aus den Umständen ergiebt, daß der Dritte in der Lage gewesen ist, bei einiger Aufmerksamkeit und Sorgfalt

---

[1]) Protokolle, S. 23 f., 63 f. Vergl. die Ausgabe des D. H. G. B. mit Berücksichtigung der Vorarbeiten von Bornemann u. s. f. Berlin 1862, S. 33.

von der Aenderung Kenntniß zu erhalten, so kann er sich nicht mehr mit seiner Unkenntniß entschuldigen, sondern wird trotz seiner Unkenntniß gerade so behandelt, als habe er die Aenderung wirklich gekannt. Diese Bestimmung ist nun allerdings nicht unelegant, aber etwas schwierig in der Anwendung, und da die Hauptfrage in das Ermessen des Gerichts gelegt wird, bei schwerfälligen Richtern gefährlich. Statt dessen bestimmt der schweiz. Entwurf Art. 9 verbunden mit Art. 7: Ein Dritter muß jede Eintragung in das Handelsregister, sobald sie durch die amtliche Bekanntmachung zu seiner Kenntniß gelangt sein kann, gegen sich gelten lassen. Nur Auswärtige können sich auf ihre Nichtkenntniß berufen, wenn sie nachweisen, daß sonstige durch die Sitte gebotene Vorkehren, um die Aenderung zu ihrer Kenntniß zu bringen, verabsäumt worden sind. Also für das Concordatsgebiet sofortige Geltung mit Ausgabe des Handelsamtsblatts an dem betreffenden Orte, daneben aber billige Rücksicht auf auswärtige Kaufleute, welche durch Circulare u. dgl. nicht in Kenntniß von der Aenderung gesetzt worden sind. Dieser Grundsatz ist bedingt und empfiehlt sich durch das im Entwurf vorgesehene Centralorgan für die sämmtlichen Veröffentlichungen der Eintragungen in die Handelsregister aller Concordatscantone, während er allerdings für Deutschland, wo die Publicationen in den verschiedensten Blättern erscheinen können, nicht practisch wäre. Zur Ergänzung dient dann noch Art. 10, wonach sich ein Dritter auf die Unterlassung einer Eintragung nicht berufen kann, wenn ihm bewiesen wird, daß die Aenderung ihm dennoch bekannt war.

Zweiter Titel.

Von der kaufmännischen Firma.

In Theorie und Gesetzgebung stehen sich zwei Ansichten schroff gegenüber: die eine will in der Firma bloß zulassen den oder die Namen des oder der wirklichen Geschäftsinhaber, die andre läßt völlige Freiheit in der Wahl, Vererbung und Veräußerung der Firma zu, insoweit dadurch Täuschung und Verwechslung mit schon eingetragenen Firmen nicht bewirkt wird. Zwischen beiden Extremen bewegen sich mannigfache Vermittlungs-

versuche und Mittelwege. Die erste Ansicht hat im Code de commerce wenigstens theilweise ihren Ausdruck gefunden, die entgegenstehende zweite wird nun im schweizerischen Entwurf gebracht, und die Vermittlung hat das deutsche Handelsgesetzbuch versucht. Die Gründe, die gewöhnlich für und gegen diese Ansichten aufgeführt werden, sind im Ganzen einfach: für das französische Princip beruft man sich auf das Interesse der Dritten, aus der Firma selbst schon zu ersehen, mit wem man es zu thun habe, mithin auf die Sicherheit des Verkehrs und Verhütung von Täuschungen, für völlige Freiheit in Wahl, Vererbung und Veräußerung der Firma auf die Nutzlosigkeit solcher Zwangsmaßregeln, da kein Mensch sich durch schönklingende Firmen täuschen lasse und die Oeffentlichkeit des Handelsregisters jede Gefahr beseitige. Wenn die Motive zum schweizerischen Entwurf S. 40 diesen letztern Grund besonders betonen, so ist doch vorerst darauf aufmerksam zu machen, daß derselbe im Entwurf selbst nicht für alle Fälle als genügend erachtet wurde, indem z. B. Art. 52 lemma 2 erklärt, daß jeder Gesellschafter, dessen Name in der Firma der Gesellschaft steht, als Collectivgesellschafter solle angesehen werden, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag das Gegentheil enthält, und Art. 122 Ziff. 1 vorschreibt, daß in der Firma von Actiengesellschaften keine Namen von Actionären stehen dürfen. Und doch kann in diesen beiden Fällen jeder Zweifel durch Einsicht des Handelsregisters ebensogut gehoben werden wie in allen andern. Etwas muß also doch an der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit des Princips, daß die Firma nur aus Namen der Geschäftsinhaber bestehen darf, gefunden werden. Und in der That glaube ich, daß diesem Princip seine hohe Zweckmäßigkeit nicht kann abgesprochen werden. Allerdings, wer tagtäglich das Handelsregister unter Augen hat und Einsicht nehmen kann, oder an demselben Platze, wo die Firma ihren Sitz hat, selbst etabliert oder genau bekannt ist, wird dadurch nicht getäuscht. Aber für Auswärtige liegt diese Gefahr näher. Es hat beispielsweise ein Berliner sich über eine Zürcher Firma, mit der er noch in keiner Geschäftsverbindung steht, bei einem Geschäftsfreund derselben erkundigt und günstige Auskunft erhalten. Er nimmt sich vor, bei Ge-

legenheit den Reisenden dieses Hauses nicht mehr zurückzuweisen, sondern in Verbindung mit ihm zu treten. In der Zwischenzeit veräußert der Inhaber des Zürcher Hauses Geschäft und Firma an einen Käufer, der keinerlei Garantien bietet, oder der hauptsächlich den guten Ruf des Hauses stützende Gesellschafter tritt aus, der Berliner erfährt nichts davon, schließt nun Geschäfte mit dem Reisenden ab, und kommt schließlich zu Verlust, weil er sich auch nicht auf Art. 9 lemma 2 berufen kann, indem ihm gegenüber, der dem Zürcher Hause ganz unbekannt war, durch Unterlassung der Anzeige keine durch die Sitte gebotene Vorkehren verabsäumt worden sind. Auf der Nürnberger Conferenz wurden solche Bedenken über Freiheit der Wahl und Veräußerung von Firmen sehr dringend geäußert. „Unverkennbar werde hier, so wurde von mehreren Seiten hervorgehoben, eine Täuschung des Publicums begünstigt.“ [1]) Aber, wird beigefügt: „gleichwohl schien auch hier der Versammlung das Interesse für das Fortbestehen bereits wohlgegründeter Firmen vor Allem maßgebend zu sein.“ Das ist also der wahre Grund, nicht die Nutzlosigkeit der „Beschränkung freier Handlungsweise, welche von dem Kaufmann nur als unnütze Plackerei empfunden würde“. [1]) Das Interesse für das Fortbestehen bereits wohlgegründeter Firmen fällt nun selbstverständlich weg bei Gründung eines neuen Geschäfts, für das eine Firma zu wählen ist, aber auch unnütze Plackerei des Kaufmanns liegt in einem solchen Falle nicht vor, wenn ihn das Gesetz verpflichtet, seinem neugegründeten Geschäfte seinen eigenen Namen zu geben, und ihm verbietet, für dasselbe einen fremden Namen zu suchen. Die Hauptfrage bleibt also für die Vererbung und Veräußerung der Firmen. Und gerade da können wir mit dem Entwurf und dessen Motiven durchaus nicht finden, daß ein Verbot keinen reellen Gewinn für den Credit, sondern nur unnütze Plackerei für den Kaufmann bringe. Das erstere nicht, weil unbestreitbarer Weise Täuschung des Publicums sehr nahe liegt, das zweite nicht, weil ein Kaufmann, der ein Geschäft erbt oder kauft, zugleich

---

[1]) Lutz, Protokolle, S. 40.

[1]) Munzinger, Motive, S. 39.

mit Eintrag der Veränderung in das Handelsregister und mit Anzeige derselben an die Geschäftsfreunde durch Circulare u. dgl. in einem Zuge die Firmenänderung constatieren kann. Es bleibt also der Grund der altehrwürdigen Firmen, welche fortzuführen im höchsten Interesse der Geschäftsinhaber sei. Wir gestehen offen, daß uns dieser Grund befremdet, zumal wenn er aus dem Munde von Kaufleuten kommt, die es sehr übel aufnehmen würden und mit Recht, wenn wir ihnen behaupten wollten, der Credit ihres Hauses beruhe nur auf der alten Firma. Zudem ist es unbestreitbar, daß man jetzt den alten Firmen lange nicht mehr den gleichen Werth beilegt wie vor fünfzig Jahren. Man entschließt sich jetzt viel leichter zu einer Aenderung und der alte Kaufmannsglauben beginnt auch hier zu wanken. Es hat das einen natürlichen Grund: ein wirkliches Interesse an Fortführung alter Firmen besteht heut zu Tage in keiner Weise mehr, wo im Gebiet des Handels und der Industrie so sehr Alles auf die Spitze getrieben ist, daß nur noch die persönliche Tüchtigkeit und Anstrengung aller Kräfte die Blüthe eines Hauses erhalten kann, daß neue Häuser mit rapider Schnelligkeit zu Ansehen und Berühmtheit gelangen, während alte Firmen, trotzdem daß durchaus ehrenwerthe und solide Chefs an der Spitze stehen, und trotz Beibehaltung der Firma ihre Bedeutung verlieren, weil sie mit den Forderungen der Zeit nicht Schritt halten, und wenn irgendwo so hier der Satz gilt, daß Stillstand Rückschritt ist.

Gegen die Veräußerung der Firmen spricht außerdem noch ein gewichtiger Grund. Wenn, um mutatis mutandis ein hier vorgekommenes Beispiel zu nennen, Johann Meyer sein Geschäft sammt der Firma „Johann Meyer" an Herrn Schmidt veräußert, daneben aber fortfährt, unter dem Namen Johann Meyer Verpflichtungen einzugehen, Wechsel auszustellen und zu indossieren u. s. f., wer will ihn hindern, seinen Namen zu gebrauchen, und wenn man es wollte, wie könnte man ihn hindern? Und wenn in solchem Falle der Zürcher einen Eigenwechsel mit der Unterschrift „Johann Meyer in Basel" kauft, und der guten Zuversicht ist, der reiche Johann Meyer habe diesen Wechsel ausgestellt, am Verfalltage aber ein insol-

ventes Handlungshaus „Johann Meyer“ als seinen Schuldner erkennen muß, so wird er kaum zu überzeugen sein, daß das Verbot der Firmenveräußerung „keinen reellen Gewinn für die Sicherheit im Verkehr“ (Motive, S. 39) bringe. Man antwortet uns vielleicht, dergleichen Fälle würden trotz solchem Verbote nicht ganz vermieden, indem es eben zwei Johann Meyer geben könne, einen reichen und einen armen, und man den armen nicht hindern könne, ein Geschäft unter der Firma Johann Meyer zu gründen, wenn im Handelsregister noch keine solche Firma stehe, so wenig als man dem reichen Johann Meyer verbieten dürfe, sich stetsfort seines Namens zu bedienen. Allerdings, aber die Aufgabe des Rechts bleibt es immerhin, dergleichen Zufälligkeiten in möglichst enge Schranken zu bannen und überhaupt dem Zufall im Leben möglichst wenig Spielraum zu lassen, und das wäre eine fatale Gesetzgebung, welche das Princip proclamieren würde: Alles, was nicht absolut verhindert werden kann, ist nicht nur in den Schranken, in welchen man es thun könnte, auch nicht zu hindern, sondern ausdrücklich zuzulassen, damit man ja nicht scheinbar inconsequent werde.

Wir sehen daher die Bestimmungen, welche Wahl und Uebertragung der Firmen beschränken, nicht als bloß reglementierende Sätze an, sondern als höchst principielle Fragen von eingreifender Wichtigkeit. Durchaus verbieten würden wir die Veräußerung von Firmen mit oder ohne Geschäft, ebenso die Vererbung, falls nicht der Erbe denselben Namen führt, obschon allerdings bei Uebergang des Geschäfts in andere Hände durch Erbgang die Nothwendigkeit weniger zwingend erscheint. Dann würden sich auch für Gründung neuer Firmen und ebenso für die Firmen von Gesellschaften ähnliche Bestimmungen wie die der Art. 16, 17 und 20 des D. H. G. B. empfehlen. Ich sage ähnliche, weil allerdings ziemlich unverfänglich ist, wenn ein Einzelkaufmann seinem Namen die Worte et Cie. beifügt, oder dieser Zusatz in der Firma einer Gesellschaft unterlassen wird.

Sollte nun aber auch das Princip des schweizerischen Entwurfs dermalen noch den Sieg erhalten, so dürfte doch der Art. 13 einer genaueren Redaction unterliegen. Derselbe lautet: „Hat ein Kaufmann eine Firma zur Eintragung angemel-

det, deren Führung zu Täuschung oder zu Verwechslung mit einer andern bereits eingetragenen Firma veranlassen kann, so soll ihn die zur Eintragung competente Behörde zur Aenderung der Firma anhalten. Dasselbe hat auch nach bereits erfolgter Eintragung zu geschehen, sei es von Amts wegen, sei es auf Beschwerde eines Betheiligten." Also, wenn Johann Müller ein Geschäft eröffnet und im Handelsregister die Firma „Johann Müller" eintragen will, es besteht aber schon eine solche Firma, so muß er mit diesem Begehren zurückgewiesen werden. Dem stimmen wir bei und halten auch diese Frage entgegen frühern Ansichten, welche den bürgerlichen Namen und die Firma unterschieden und jenen gar nicht als Firma denkbar erachteten,[1]) durch Art. 20 des D. H. G. B. entschieden. Wenn aber Johann Müller für sein Geschäft den Namen seines Nachbars Abraham Schneider als Firma eintragen lassen will, und noch keine Firma dieses Namens existiert, wird dann seinem Begehren willfahrt oder wird er damit zurückgewiesen, weil die Führung einer solchen Firma zu Täuschungen veranlassen könne? Und wenn ferner Johann Müller seinem Geschäft die Firma Johann Müller geben will, und es besteht noch keine Firma dieses Namens, der Nachbar heißt aber ebenfalls Johann Müller, darf dann jene Firma angenommen werden oder wird darin ebenfalls die Veranlassung von Täuschung erblickt? Wenn endlich gar der Basler Bankier Samuel Suter sich unter dieser Firma ins Handelsregister einschreiben wollte, und der betreffende Beamte würde das nicht zugeben, weil schon ein Bankhaus dieses Namens in Bern existiere, müßte sich der Basler die Zurückweisung aus diesem Grunde gefallen lassen? Der Art. 13 giebt über alle diese Puncte nicht die genügenden Aufschlüsse. Wir würden in dieser Hinsicht einen engern Anschluß an Art. 20 des D. H. G. B. wünschenswerth finden.

Dritter Titel.

Von dem kaufmännischen Gerichtsstande.

Die wichtigste Bestimmung dieses kleinen Titels, nämlich die des Art. 15, wonach der Kaufmann, der an einem Orte,

[1]) Vergl. Brinckmann, Handelsrecht, S. 54.

wo er selbst nicht wohnt, eine Handlungsniederlassung hat, für alle Geschäfte der letztern auch den Ort dieser Niederlassung als seinen Wohnsitz und Gerichtsstand gelten lassen muß, scheint uns eigentlich vorzüglich wegen des Art. 50 der schweizerischen Bundesverfassung getroffen worden zu sein. Denn dieser Art. 50 und die ihm bisher von den Bundesbehörden gewordene Auslegung (Ullmer, staatsrechtl. Praxis, S. 251 ff. besonders Nro. 253, Ziffer 6) läßt so entschieden, ja man kann sagen so rücksichtslos nur das forum domicilii und kein forum contractus gelten, daß für die Geschäfte, welche ein Kaufmann an einer nicht an seinem Wohnort befindlichen Niederlassung geschlossen hat, am Orte des Geschäftsabschlusses keine Klage möglich wäre. Deßhalb muß nun das forum contractus, resp. gestæ administrationis, das gemeinrechtlich für solche Fälle ganz genügen würde, ermöglicht oder ersetzt werden durch die Fiction eines zweiten Domicils, und wir finden diesen Ausweg gerechtfertigt und zweckmäßig unter vorliegenden Umständen, obschon wir uns sonst mit diesem fingierten Domicil des Geschäfts, dem Handlungsdomicil, nicht befreunden können, und z. B. die Theorie Brinckmanns (Handelsrecht § 23) doch gar zu doctrinär klingt, wonach der Handelsmann in seiner Eigenschaft als solcher am Etablissementsorte das Domicil hat, welches den Gerichtsstand bestimmt.

Vierter Titel.

Von den Handelsbüchern.

Gegen das in diesem Titel befolgte System habe ich nichts zu bemerken, namentlich ist die Ausdehnung der Beweiskraft der Handelsbücher auch gegen Nichtkaufleute lobenswerth und im Einklang mit den neuen auch in Deutschland sich sehr laut kund gebenden Bestrebungen hinsichtlich Revision der Beweistheorie im Civilproceß. Nur gegen Einen Satz müssen wir Bedenken erheben, gegen Art. 23, wonach der Richter auf Antrag einer Partei der Gegenpartei die Vorlegung ihrer Handelsbücher auflegen kann und im Weigerungsfalle den behaupteten Inhalt der Bücher als wahr anzunehmen hat. Die Pflicht der Kaufleute zur Bücheredition ist nun freilich eine in der heutigen

Theorie und Praxis des Civilproceßrechts sehr verschieden beurtheilte Frage, und wir können uns hier um so weniger auf eine einläßliche Prüfung derselben einlassen, als ohne Zweifel die vorberathende Commission die Gründe für und wider schon selber sorgfältig erwogen hat. Die Motive freilich sind über diesen wichtigen Punct auffallend kurz, oder richtiger, sie lassen sich gar nicht auf eine Begründung dieses Satzes ein, sondern erwähnen bloß gelegentlich, daß das Handelsbuch auch zur Waffe gegen den Kaufmann, der es geführt hat, werden könne. Wir können uns schon darum nicht auf eine nähere Bekämpfung einlassen, weil wir nicht wüßten, wie weit wir unsern Angriff ausdehnen müßten, und Gefahr liefen, ins Blinde zu fechten, oder unsrer Kritik eine ungemessene Ausdehnung zu geben. Uns dünkt, es wäre endlich einmal an der Zeit, mit dem Grundsatz nemo contra se edere tenetur Ernst zu machen, und nicht auf Grund von Sätzen, die das römische Recht für die argentarii aufgestellt hat, noch heute die Kaufleute anders zu behandeln als Nichtkaufleute. Das Argument, daß die Kaufleute sich die Editionspflicht schon darum gefallen lassen müßten, weil sie für ihre Bücher auch zu ihren eigenen Gunsten Glaubwürdigkeit beanspruchen und solche ihnen gewährt werde, finde ich nicht zutreffend: denn einerseits dürften allerdings auch andere als Handelsbücher, selbst gewöhnliche Hausbücher oder Handwerkerjournale, wenn sie gehörig geführt sind, im Civilproceß etwelche Berücksichtigung finden, andrerseits ist es für einen Kaufmann, der von chicanosen Klägern geplagt wird und seine Bücher zu seiner großen Unbequemlichkeit dem Gericht zur Verfügung stellen muß, ein schlechter Trost, denken zu dürfen, daß ihm seine Bücher vielleicht einmal auch Vortheil bringen werden, wenn er sich darauf berufen will. Das einzig Richtige an jenem Argument ist, daß ein Kaufmann seine Bücher, wenn er selber sie eingelegt und sich darauf berufen hat, auch gegen sich muß gelten lassen, dieß versteht sich aber schon ohnedieß von selbst gemäß dem Princip der Gemeinschaftlichkeit der producierten Beweismittel. Und wenn man uns entgegenhält, die Editionspflicht sei ja nicht von der Willkür des Gegners, sondern vom Ermessen des Richters abhängig gemacht, so können

wir diese Hilfe für keine sehr große halten, da die Erfahrung lehrt, daß nichtrechtsgelehrte Richter nur zu gern von solchen Bestimmungen, von denen sie für sich selbst irgend eine Erleichterung hoffen, ungemessenen Gebrauch machen und eine Partei damit noch mehr chicanieren als der Gegner es zu thun gewagt hat.

Fünfter Titel.

Von den Procuristen und den Handlungsbevollmächtigten.

Einem Principal steht es frei, seine Angestellten mit engerer oder weiterer Vollmacht zu bekleiden; das Vertrauen, das er in sie setzt, und die Stellung, die er ihnen in seinem Geschäft anweisen will, werden hiefür maßgebend sein. Wenn er den einen dem Detailverkauf im Laden vorsetzt, so liegt darin die Vollmacht zum Eincassieren der Gelder für die von ihm verkauften Waaren, nicht aber die Vollmacht zur Ausstellung von Wechseln, und wenn er den andern mit der Cassaführung betraut, so liegt darin keine Vollmacht zum Waarenverkauf, und jener Wechsel wie dieser Verkauf binden den Principal nicht, selbst wenn der betreffende Angestellte dessen Namen sollte gebraucht haben. Wenn aber der Principal einen Angestellten des Vertrauens würdigt, seinen Namen (resp. seine Firma) per procura zu zeichnen, wenn er ihm die Procura ertheilt, so liegt hierin eine unbeschränkte Vollmacht für den ganzen Geschäftsbetrieb, die nicht durch Clauseln begrenzt werden kann, selbst nicht mittelst deren Eintragung in das Handelsregister. Ein Dritter weiß: alle Handlungen des Procuristen binden den Principal, außer soweit das Gesetz selbst Restrictionen macht; wenn ich die per procura-Unterschrift des Procuristen habe, so ist mir der Principal verantwortlich, gleichviel ob derselbe damit einverstanden ist oder nicht, und ob er dem Procuristen derartige Geschäfte ausdrücklich untersagt hat oder nicht. Dieser durch die Sicherheit des Verkehrs bedingte und im modernen Handelsrecht zum Durchbruch gekommene Grundgedanke ist auch das leitende Motiv des schweizerischen Entwurfs, aber unsrer Meinung nach in einer unrichtigen Ausdehnung.

Nachdem Art. 27 den Begriff der Procura definiert hat, wobei im Gegensatz zum D. H. G. B. mit Recht die von Goldschmidt[1]) vorgeschlagene Fassung aufgenommen ist, folgt in Art. 28 die Bestimmung des rechtlichen Inhalts der Procura folgendermaßen: „Die Procura ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken dagegen ist der Procurist nur dann ermächtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders ertheilt ist." Art. 29 sodann erläutert die Wirkung der Procuraertheilung nach außen, in der Weise, daß kein Principal sich darauf berufen könne, er habe in engerm Umfange als Art. 28 die Procura gegeben, außer wenn er dem Dritten Kenntniß von der Fassung nachweisen kann. Gegen Art. 28, obschon derselbe wörtlich dem Art. 42 des D. H. G. B. entnommen ist, richtet sich unser Angriff, und zwar gegen die Worte: „welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt." Wir halten diese Beschränkung durchaus ungerechtfertigt, und glauben jedesfalls, daß sie im schweizerischen Entwurf gar keinen Sinn hat, während sie im System des D. H. G. B. allenfalls etwelche Stütze und Erklärung findet. Prüfen wir die Sache näher.

Der preußische Entwurf hatte in seinem Art. 40 das Wesen der Procura definiert als Ermächtigung des Factors zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb des Handelsgeschäftes mit sich bringt, im Art. 43 außerdem aber Procuraertheilung in beschränkterer Weise als möglich zugelassen. Beides wurde auf der Nürnberger Conferenz angefochten; gegen die Möglichkeit einer Beschränkung der Procura trat besonders bestimmt der Hamburger Abgeordnete auf, der die Stellung des Procuristen so präcisierte: der Character des Procuristen besteht in der illimitierten Vollmacht, Verbindlichkeiten für den Principal zu übernehmen, die Firma zu zeichnen. Restrictionen, die trotz

[1]) Gutachten über den Entwurf eines D. H. G. B. dem großherzogl. bad. Ministerium der Justiz erstattet (Beilageheft zu Bd. III der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht), S. 36.

erfolgter Eintragung in die Register dem Publicum namentlich in der Ferne nicht immer bekannt sein können, sind nachtheilig. Von der Procura muß gelten was von der legis actio: non recipit diem vel conditionem.[1]) So fiel der Art. 43. Nun fragte sich, ob der Art. 40 richtig sei, ob also wie er es festsetzte die Procura nur eine illimitierte Vollmacht für Vertretung im Geschäft des Principals geben oder den Principal auch aus Rechtshandlungen seines Procuristen sogar außerhalb des Kreises seines Geschäfts verpflichten solle. Die Conferenzmitglieder, welche sich für den Art. 40 aussprachen, waren der Ansicht, „daß jede Procura, wenn sie auch noch so unbeschränkt sei, doch eine natürliche Grenze da habe, wo das Handelsgeschäft, für welches sie gegeben ist, aufhört. Kein Procurist dürfe Handelsgeschäfte vornehmen, welche zum Betriebe des jeweils in Frage stehenden Handelsgeschäftes nicht gehörten, z. B. habe der für den Betrieb einer Maschinenfabrik bestellte Procurist auch nicht einmal Dritten gegenüber das Recht, Geschäfte in Colonialwaaren abzuschließen, und wenn er es dennoch thue, so liege hierin eine Ueberschreitung seines Auftrags" (Lutz, Protocolle, S. 89 f.). „Hiegegen wurde aber, so fahren die Protocolle fort, vorgebracht, daß diese Grenze der Befugnisse eines Procuristen nicht anerkannt werden könne. Es solle die Art des Handelsgeschäftes, für welches die Procura bestellt sei, keineswegs die Befugnisse des Procuristen Dritten gegenüber einschränken, es solle vielmehr kein Zweifel bestehen, daß in dem angeführten Beispiel der Principal auch für die Colonialwaarengeschäfte seines für die Maschinenfabrik bestellten Procuristen aufkommen müsse. Dies erfordere die Sicherheit des Publicums, welches nicht zu ermessen vermöge, ob ein solcher Procurist, der alter ego seines Principals, nicht etwa dennoch in dessen Auftrag handle, indem der Principal sich ja entschlossen haben könne, einmal Colonialwaarengeschäfte zu machen. Die einzige Grenze der Machtvollkommenheiten eines Procuristen soll nur die sein, daß er nicht andere als Handelsgeschäfte machen dürfe." Diese Ansicht erhielt die Oberhand und der

[1]) Lutz, Protocolle, S. 73 f.

Art. 40 wurde demgemäß geändert: der ganze Unterschied in dieser Hinsicht zwischen dem Art. 40 des preuß. Entwurfs und Art. 42 des aus erster Lesung hervorgegangenen Entwurfs liegt in einem Wörtchen: statt der Worte: welche der Betrieb des Handelsgeschäftes mit sich bringt, heißt es nun: welche der Betrieb eines Handelsgeschäftes mit sich bringt, und man war der Meinung, diese Fassung drücke deutlich genug aus, daß „eines Handelsgeschäftes" soviel sage als: „irgend eines Handelsgeschäftes", und „mit sich bringt" soviel als: „mit sich bringen kann" (Protocolle, S. 951). Der Entwurf nach den Beschlüssen zweiter Lesung endlich hat in Art. 41 gesetzt: welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ohne daß die Protocolle nähere Auskunft über diese Aenderung geben, und diese Fassung ist im D. H. G. B. Art. 42 geblieben und auch im schweizerischen Entwurfe adoptiert worden.

Mit der eben mitgetheilten Argumentation ist dann noch zu verbinden die Erläuterung, die ihr und dem darauf basierten Art. 42 bei der Discussion über die Handelsgeschäfte gegeben wurde. Sie erscheint hienach als eine Consequenz aus dem Begriff der Handelsgeschäfte und speciell aus dem letzten Satze von Art. 272: „Die bezeichneten Geschäfte (d. h. Bankier-, Commissions-, Speditions- u. s. w. Geschäfte, kurz die, welche nur im Falle gewerbsmäßigen Betriebes Handelsgeschäfte sind) sind auch alsdann Handelsgeschäfte, wenn sie zwar einzeln, jedoch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes gemacht werden." Die Protocolle (S. 1296 f.) bemerken zu diesem Satze unter ausdrücklicher Berufung auf die Procura: „Die ebenerwähnten Worte (im Betriebe seines — Handelsgewerbes) sollen darauf hinweisen, daß der Kaufmann die in Frage stehenden Geschäfte als Kaufmann gemacht haben müsse, um die Anwendung des Schlußsatzes zu rechtfertigen. Zur Unterscheidung, ob der Kaufmann als solcher oder abgesehen von dieser seiner Eigenschaft ein Geschäft gemacht habe, werde es an den Kriterien selten fehlen, je nachdem das Geschäft z. B. im Comtoir, durch Handlungsbevollmächtigte u. s. w. geschlossen, in die Handlungsbücher eingetragen worden sei u. dgl. Der ganze Schlußsatz habe

den bereits mehrfach (z. B. in der Lehre der Procura) zur Geltung gebrachten Gedanken als Grundlage, daß das Gewerbe eines Kaufmanns handelsrechtlich nicht auf eine gewisse Gattung von Handelsgeschäften beschränkt werden könne."

Dieses Motiv trifft nun beim schweizerischen Entwurf nicht zu. Ueber seine Richtigkeit ließe sich überhaupt Manches sagen, und seiner practischen Verwendbarkeit stehen gewichtige Bedenken entgegen. Halten wir das auf der Nürnberger Conferenz aufgestellte Beispiel fest, so verpflichtet der Procurist einer Maschinenfabrik seinen Principal durch Abschließung von Colonialwaarengeschäften, doch auch nur, insofern dieselben als Handelsgeschäfte erscheinen, also etwa wenn er 1000 Säcke Caffe kauft, um sie wieder zu veräußern, oder wenn er 100 Centner Zucker zu liefern verspricht. Dagegen wenn er per procura seines Principals 1000 Stück Cigarren von Hamburg kommen läßt, um sie selbst zu rauchen, so hat er außer der Procura gehandelt und der Principal ist nicht gebunden. Führt man für die Verpflichtung des Principals in den erstern Fällen die Sicherheit des Publicums an, indem der Principal sich ja entschlossen haben könne, einmal Colonialwaarengeschäfte zu machen, so muß man auch im letztern Falle zur Sicherheit des Publicums annehmen, der Principal habe sich entschlossen zu rauchen, um so mehr als es in der That viel wahrscheinlicher ist, ein Maschinenfabricant in Basel oder Zürich wolle Hamburger Cigarren rauchen als mit Zucker und Caffe Handel treiben. Wir erblicken in dem Art. 42 geradezu ein Curiosum juristischer Spitzfindigkeit, das in dem schweizerischen Entwurf außer diesem Character auch noch den einer exotischen Pflanze annimmt. Uns scheint es sich bloß handeln zu können um die Wahl zwischen folgenden zwei Grundsätzen: entweder dem des preuß. Entwurfs, wonach der Procurist der Maschinenfabrik nur durch Rechtsgeschäfte, welche diese Fabrik und deren Betrieb betreffen, den Principal verpflichtet, oder demjenigen, wonach der Procurist durch alle per procura vorgenommenen Handlungen, mögen dieselben als Handelsgeschäfte erscheinen oder nicht, den Principal haftbar macht, es wäre denn, daß der Dritte von seiner mala fides Kenntniß gehabt und sich somit derselben

theilhaftig gemacht hätte. Aber der Mittelweg des D. H. G. B. und des schweiz. Entwurfs ist zu verwerfen. Von jenen zwei Grundsätzen ist nun gewiß dem erstern der Vorzug zu geben, er ist der natürliche, der Vernunft entsprechende und mit den allgemein civilrechtlichen Grundsätzen über Sinn und Umfang einer Vollmacht, resp. eines Auftrags übereinstimmende, und es besteht wirklich kein Grund, für diese kaufmännische Vollmacht in Abweichung von den natürlichen Anschauungen etwas Besonderes festzusetzen, und eine Präsumtion über etwas aufzustellen, was vernünftigerweise Niemand präsumieren kann. Man wendet wohl ein, er könne in praxi gar nicht durchgeführt werden sowenig als der Mittelweg des D. H. G. B., und führt etwa folgendes Argument an: Wenn der Procurist eines Bankiers per procura seines Chefs ein Reitpferd zu seinem Gebrauche kaufe, so werde der Principal, trotzdem daß der Handel per procura geschlossen sei, für den Kaufpreis nach dem Art. 40 des preuß. Entwurfs nicht haftbar, weil er kein Pferdehändler sei und auch keiner Pferde, jedesfalls keiner Luxuspferde für sein Geschäft bedürfe, nach Art. 42 des D. H. G. B. nicht, weil dieses Geschäft weder ein Handelsgeschäft sei noch der Betrieb eines Handelsgewerbes es mit sich bringe. Wenn aber der fragliche Procurist seinem Verkäufer einen per procura seines Principals unterschriebenen Wechsel über den Kaufpreis ausstelle und der Pferdverkäufer diesen Wechsel weiter begebe und schließlich ein Indossatar ihn zur Zahlung präsentiere, so müsse der Principal ihn einlösen. Darum aber eben, weil der Procurist vermöge des Wechsels jederzeit das Mittel in der Hand habe, für alle seine Handlungen, mögen sie das Geschäft des Principals oder ein Handelsgeschäft oder auch das nicht einmal betreffen, seinen Chef verantwortlich zu machen, darum ständen die Sätze des preuß. Entwurfs und des D. H. G. B. in der Luft, und darum werde man zu dem Grundsatz geführt, daß jede per procura-Unterschrift des Procuristen ohne Ausnahme den Principal gegenüber dem Dritten, der nicht in mala fide sei, verpflichte. Ich läugne nicht, daß dies, wie ich mich durch vielseitige Nachfragen versichert habe, eine bei Kaufleuten ziemlich verbreitete Meinung ist, dennoch halte ich sie für über-

trieben, und auch die Argumentation mit dem Wechsel rührt mich nicht, da der Umstand, daß durch Ausstellung eines Wechsels der Principal doch haftbar wird, ein Zufall im Rechte ist, der nun und nimmermehr Veranlassung werden kann, das Recht selbst nach dem Zufall zu gestalten und auf den Kopf zu stellen.

Der Art. 28 sollte daher meiner Meinung nach lauten: die Procura ermächtigt — Rechtshandlungen, welche der Betrieb des Handelsgewerbes des Principals mit sich bringt.

Sollte aber diese Ansicht nicht Billigung finden und das Princip des D. H. G. B. beibehalten werden, so müßten wir uns doch noch in einer andern Richtung gegen den Art. 28 des Entwurfs aussprechen. Laut demselben erscheint die Procura als unbeschränkte Vollmacht für alle Handelsgeschäfte der bezeichneten Art auch dem Procuristen, nicht bloß den Dritten gegenüber. Die Motive S. 51 sprechen sich in dieser Beziehung sehr bestimmt aus: „Der schweizerische Entwurf beschlägt zwar in Art. 28 auch die Vollmacht des Procuristen im Verhältniß zum Principal selbst, also das innere Moment. Allein in dieser Richtung ist das Gesetz nicht absolut u. s. f." Wie also hier ausdrücklich erläutert, im Art. 28 selbst aber schon durch den freilich zweideutigen Ausdruck: „die Procura ermächtigt u. s. f." angedeutet ist, hat dieser Artikel den Sinn, daß der Principal, wenn er nicht ausdrücklich die Procura nur auf sein Geschäft beschränkt hat, auch dem Procuristen gegenüber Handlungen anerkennen muß, die derselbe unter Gebrauch der Procura außerhalb des Geschäftsbetriebs des Principals vorgenommen hat. Wenn also der Procurist des Maschinenfabricanten per procura desselben eine Partie Javacaffe gekauft hat, so muß der Principal nicht nur dem Verkäufer dafür haften, sondern auch dem Procuristen gegenüber das Geschäft anerkennen und sich durch seine Vollmacht als gebunden erachten, darf ihm daher diese Partie Caffe nicht heimschlagen. Damit ist der Principal dem Procuristen gegenüber in einer unfreieren Stellung und strenger gehalten als der Associé gegenüber dem Associé laut Art. 57, welcher einen Gesellschafter dem andern gegenüber bloß zu den Handlungen ermächtigt, die der Betrieb des Handelsgewerbes mit sich bringt, und dieß ist etwas Unnatürliches

und ein innerer Widerspruch. Wir sagen: die Procura sollte, auch wenn man ihr nach außen die Ausdehnung des D. H. G. B. giebt, nach innen von dieser Ausdehnung ganz unberührt bleiben. Sie kann nie eine unbeschränkte Vollmacht (Ermächtigung), sondern höchstens eine unbeschränkte Vertretungsbefugniß nach außen sein, welche aber das innere Moment zwischen Principal und Procurist selbst ganz frei läßt. In der Ertheilung der Procura liegt an sich schon hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Principal und Procuristen die Beschränkung auf den Geschäftsbetrieb des Principals, ohne daß dies noch ausdrücklich zwischen beiden festgesetzt würde, und nur die Sicherheit Dritter kann die Bestimmung wünschbar machen, daß der Principal ihnen gegenüber für weitere Handelsgeschäfte aufkommen muß, die der Procurist unter dem Gebrauch der Procura abgeschlossen hat. Wir glauben nicht zu irren, wenn wir diese Auffassung als die des Handelsstandes bezeichnen. Keinem einzigen Seidenbandfabricanten fällt es ein, dem Procuristen bei Ertheilung der Procura noch ausdrücklich einzubedingen, er dürfe deßwegen doch nicht unter Gebrauch der Procura in Baumwolle speculieren oder Bankiergeschäfte machen, sondern es ist ganz selbstverständlich und ohne daß ein Wort darüber verloren wird die Procura bloß für das Seidenbandgeschäft gegeben. Der Kaufmann argumentiert einfach: durch die Procura gebe ich dem Procuristen Vollmacht für die Führung meines Geschäfts; kauft er Seide zu theuer ein oder verkauft er Bänder zu wohlfeil, so kann ich ihn nicht dafür verantwortlich machen, außer bei solcher Fahrlässigkeit, für die nach dem Gesetze auch mein Associé mir haften müßte. Läßt er sich aber in Baumwollspeculationen ein, so muß ich zwar unter der Herrschaft des D. H. G. B. dem dritten Contrahenten haften, aber dem Procuristen bin ich unter keinen Umständen zur Anerkennung dieser Geschäfte verpflichtet, mag er sie nun aus Verschulden abgeschlossen haben, etwa in der Absicht, den Credit des Principals zu benutzen um für sich selbst einen Gewinn zu machen, oder mag er in der guten Absicht gehandelt haben, den gehofften Gewinn dem Principal zukommen zu lassen. Daß der Principal durch ausdrückliche Erklärung den Umfang seiner Vollmacht gegenüber dem

Procuristen noch weiter beschränken und sie nur für eine Seite seines Geschäftsbetriebs geben kann, versteht sich dabei von selbst.[1])

Diese Auffassung ist auch die des D. H. G. B. Wenn dasselbe in Art. 41 sagt: „wer von dem Principal beauftragt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben, ist Procurist," so ist damit das Wesen der Procura für das Verhältniß zwischen Principal und Procuristen genau im Sinne unsrer Anschauung begrenzt als das einer Vollmacht für Betrieb des betreffenden Geschäfts. Und wenn dann Art. 42 verfügt, die Procura ermächtige zu allen Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, so kann eben darum damit nur gesagt sein, daß der Principal Dritten gegenüber für alle vom Procuristen vorgenommenen Handelsgeschäfte, gleichviel ob sie das Handelsgewerb des Principals betreffen oder nicht, aufkommen müsse. Der schweizerische Entwurf aber hat diesen Gedanken ganz zerstört und ist zum mindesten unklar und zweideutig geworden, wenn nicht geradezu (wie aus den Motiven hervorzugehen scheint) auf eine materiell unrichtige Bahn gerathen, indem er den Art. 41 geändert und den Betrieb des Handelsgeschäfts des Principals als den Inhalt der Vollmacht gegenüber dem Procuristen gestrichen, den Art. 42 aber ziemlich unverändert aufgenommen hat. Wir haben nun allerdings oben jene Aenderung des Art. 41 als passend vertheidigt und thun es noch, aber wir verlangen dann auch das nothwendige Complement zu dieser Aenderung, welches Goldschmidt, der Urheber derselben, in seinem erwähnten Gutachten anschließt, der schweizerische Entwurf aber weggelassen hat, nämlich den Satz: „Die Procura enthält den Auftrag, im Namen und für Rechnung des Principals das Handelsgeschäft zu betreiben (und die Firma per procura zu zeichnen). Sie ermächtigt zu allen Arten u. s. f." Da sind klar von einander geschieden Auftrag (Vollmacht) gegenüber dem Procuristen und Ermächtigung (Haftpflicht) gegenüber

---

[1]) Uebereinstimmend damit v. Hahn, Commentar zum D. H. G. B., S. 118 f.

den Dritten. So wird jeder Irrthum vermieden, zu dem der schweiz. Entwurf direct und indirect verleitet, und unser (freilich nur eventueller) Wunsch nach völligem Anschluß an die Redaction Goldschmidt's gerechtfertigt.

Zeigt schon das bisher Gesagte, daß diese ganze Lehre noch nicht als eine abgeschlossene zu betrachten ist, so gilt dies in noch höherm Maaß von dem übrigen Inhalt des fünften Titels. Die Grundsätze von den Handlungsbevollmächtigten sind noch ziemlich unentwickelte, weil es im Leben selbst noch nicht zu einer durchgreifenden Fixierung des Umfangs der Vollmacht der einzelnen Arten von Bevollmächtigten gekommen ist. Zwar Bestimmungen wie die des Art. 35 und 36 werden wenig oder keinen Widerspruch finden, eher könnte man fragen, ob sie nicht schon so selbstverständlich seien, daß darum nicht viel damit gewonnen sei. Denn die Hauptschwierigkeit ist auch mit diesen Sätzen nicht gehoben, sondern ist und bleibt eine factische, nämlich darüber: ob Jemand in einem Laden angestellt sei. In 99 von 100 Processen wird nicht die Rechtsfrage, ob der Angestellte befugt gewesen sei, die Zahlung in Empfang zu nehmen, sondern die factische Frage, ob der Zahlungsempfänger hiefür angestellt und nicht bloßer Packer, Magazinier u. s. f. gewesen sei, zu entscheiden sein.[1]) Diese Schwierigkeit hebt der Art. 35 doch nicht. Wie bedenklich ferner die Aufstellung fester Grundsätze über die Vollmacht der Handlungsreisenden zu Geldeinzügen ist, verkennen auch die Motive des Redactors S. 54 nicht. Die franz. Praxis sagt: es ist quæstio facti. Nicht weiter ist unsre Basler Praxis gelangt, wie an mehreren Urtheilen könnte demonstriert werden. Das D. H. G. B. Art. 49 beschränkt die Vollmacht der Reisenden zum Eincassieren auf die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte. Die Motive zum schweiz. Entwurf verwerfen diesen Satz mit Recht aus practischen und innern Gründen, und der Art. 34 stellt dafür allgemein die Berechtigung der Handlungsreisenden zum Incasso auf, jedoch mit der Beschränkung, daß der Principal durch Eintragung des bezüglichen Verbots in das Handelsregister sich der Aner-

[1]) Vergl. v. Hahn, Commentar, S. 135.

kennung solcher Zahlungen an Reisende entziehen kann. Das ist nun ganz gut als Waffe gegen den Principal selbst. Aber andrerseits wird diese Bestimmung auch zu einer Falle für den Dritten. Der Churer Kaufmann ist mit dem besten Willen nicht im Stande, im Kopfe zu behalten, ob der Basler Principal eines Reisenden vor 10 und 20 Jahren eine solche Beschränkung im Handelsregister hat vormerken lassen, zumal wenn er damals noch in gar keiner Verbindung mit dem Basler stand und diesen Reisenden jetzt zum ersten Male sieht, und selbst wenn er alle Handelsamtsblätter aufbewahrt hat, kann er nicht immer darin nachschlagen um sich zu vergewissern. Der gleiche Grund, der bei der Procura dazu geführt hat, jede Beschränkung des Umfangs derselben Dritten gegenüber für kraftlos zu erklären, die Sicherheit des Credits, fordert auch hier den Ausschluß einer solchen Möglichkeit. Entweder Ermächtigung der Reisenden zum Eincassieren oder keine Ermächtigung. Wir würden das letztere als absolute gesetzliche Bestimmung vorziehen, und höchstens dem Principal überlassen, seinen Kunden durch Circular oder durch Eintragung im Handelsregister die Möglichkeit der Zahlung an den Reisenden zu geben. Wir sagen: höchstens, weil wir überhaupt derartige facultative Eintragungen als keinen Gewinn für das Handelsregister ansehen; je mehr Modalitäten die Eintragungen annehmen, je verschiedenartiger in Inhalt und Wirkung sie sich gestalten können, desto mehr wird der Zweck des Handelsregisters geschwächt; man erinnert sich vielleicht, den Namen des Angestellten im Amtsblatt gelesen zu haben, aber man weiß nicht mehr, ob ihm die Procura gegeben wurde oder bloß eine beschränkte Vollmacht, und so geht ein guter Theil der durch das Handelsregister beabsichtigten Sicherheit wieder verloren. Deßhalb möchten wir auch den Versuch des Art. 33, die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten in das Handelsregister eintragen zu lassen, als ein bedenkliches Experiment lieber aus dem Entwurf entfernen; die Vorsorge für den Principal geht hier zu weit, er soll nicht auf einem Umwege der Vortheile genießen, welche die Procuraertheilung mit sich bringt, ohne die damit verbundene Gefahr auch auf sich zu nehmen. Der Art. 33 ist factisch nichts Anderes als die

begrenzte Procura des preuß. Entwurfs, ohne diesen Namen zwar, aber mit allen schwierigen Folgen derselben.

Nicht minder unfertig ist dermalen noch die Lehre von der Haftpflicht des Principals für die im Geschäftsbetrieb begangenen Delicte des Angestellten (Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten). Der preuß. Entwurf (Art. 42 und 57) hatte hierüber Bestimmungen vorgeschlagen, welche von Goldschmidt [1]) durch drastische Beispiele lächerlich gemacht und auch schließlich ganz aus dem D. H. G. B. entfernt wurden, obschon sie mit einer kleinen Redactionsänderung ganz passend gewesen wären und mehr als manche andere Sätze Aufnahme verdient hätten. Auch der schweiz. Entwurf hat sie weggelassen, und man kann nicht ohne Grund fragen, warum ein Gesetz, wenn es einmal das ganze Verhältniß zwischen Principal und Angestellten so einläßlich behandelte, sich diesem wichtigen Puncte ganz entzog.

Daß endlich der schweizerische Entwurf gleich dem D. H. G. B. über die Agenten Stillschweigen beobachtet, begreifen wir wohl, und wir wären auch in Verlegenheit, hierüber befriedigende Sätze aufzustellen. Denn auch hier muß noch erst im Leben selbst der Begriff fixiert werden, und jederzeit wird die Schwierigkeit die sein, zu entscheiden, ob Jemand als Agent oder in eigenem Namen gehandelt hat.

Wir können nicht verhehlen, daß dieser ganze fünfte Titel uns alle Gebrechen des heutigen Handelsrechts wiederspiegelt. Er stellt Sätze auf, die noch in keiner Weise erprobt sind, und macht Versuche, deren Nutzen zweifelhaft ist. Abgeschlossen und fertig ist in dieser Lehre die Praxis nicht und die Theorie noch viel weniger. Das müssen wir uns immer vor Augen halten und darum um so ernster und gewissenhafter prüfen.

Sechster Titel.

Von den Handelsmäklern oder Sensalen.

Dieser kurze Titel überläßt alles Administrative der Cantonalgesetzgebung und stellt bloß einige wenige civilrechtliche Sätze auf. Aber selbst dieses Wenige ist von zweifelhaftem

[1]) Kritik des preuß. Entwurfs, in der Heidelberger krit. Zeitschr. Bd. IV, S. 143, und Gutachten S. 39.

Werthe, indem es die wichtigsten Puncte doch nicht berührt, namentlich die Buchführung der Sensalen und die Beweiskraft ihrer Bücher in den Fällen, wo sie selber nicht Partei sind, sondern Dritte sich darauf berufen, die Art. 20 ff. also nicht Anwendung finden. Der Art. 44 (Pflicht des Mäklers zur Aufbewahrung des Musters) schwächt sich selber wieder durch die beigefügte Verweisung an abweichenden Ortsgebrauch, der Art. 45 ist schon in der guten Treue des Verkehrs begründet. Eine einläßlichere Behandlung dieses Titels oder völliges Fallenlassen desselben wäre daher am Platze. Das letztere dürfte sich vielleicht um so eher empfehlen, als gegenwärtig doch das Institut der Sensalen in der Schweiz wie anderwärts einer ungewissen Zukunft entgegengeht, mit den Agenten im Kampfe liegt, und die Ansichten von der Zweckmäßigkeit staatlicher Ernennung und Beaufsichtigung ganz ins Schwanken gerathen sind.

Zweites Buch.

Von den Handelsgesellschaften.

Erster Titel.

Von der Collectivgesellschaft.

Kein Institut des Handelsrechts unterliegt so sehr den verschiedenartigsten Auffassungen und hat so sehr zu abweichenden rechtlichen Constructionen geführt als die Collectivgesellschaft. Es gilt dieß gleichmäßig für Theorie und Praxis. Wir wollen in Kürze die verschiedenen Standpuncte hier feststellen. Ueberblicken wir zuerst die Ergebnisse der Theorie.

Bis vor verhältnißmäßig kurzer Zeit herrschte in der deutschen Doctrin unbestritten der Satz, daß die moderne Collectivgesellschaft im Ganzen auf den Grundlagen der römischen Societas beruhe; als wesentliche Abweichung von derselben wurde namentlich bezeichnet die gegenseitige Vertretung der Gesellschafter durch einander und demgemäß die unbeschränkte Haftpflicht jedes Gesellschafters für die von den andern Namens der Gesellschaft abgeschlossenen Verträge. Diese Modification des römischen Rechts wurde zurückgeführt auf die im neuern Recht durchgedrungene erweiterte und völlig freie Vertretungsmöglich-

keit, und dem Procuraverhältniß an die Seite gestellt, daher auch Thöl, in seiner Weise sehr zutreffend, das Rechtsverhältniß der Gesellschafter als gegenseitige præpositio institoria bezeichnet. Noch Treitschke behandelte 1844 die Lehre von der Gewerbegesellschaft völlig im Anschluß an den tit. D. pro socio, obschon er gleich am Anfang seiner Schrift sich zu der Erklärung veranlaßt gesehen hatte, daß die Anwendung des römischen Rechts auf heut zu Tage vorkommende Rechtszustände meist nur mit großer Vorsicht geschehen könne. Ein nachhaltig wirkender Angriff gegen diese Theorie, welche v. Hahn (Commentar, S. 263) als das Vertragssystem bezeichnet hat, erfolgte von Seite derjenigen Germanisten, welche den für gewisse Institute des Deutschen Rechts höchst gesunden Begriff der Genossenschaft auch auf die Handelsgesellschaft ausdehnten. Anfangs freilich geschah dieß noch in sehr vorsichtiger, ja furchtsamer und unsicherer Weise. So Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843), S. 167. Aehnlich Bluntschli, deutsches Privatrecht (Aufl. 1, 1853), Bd. I, S. 148 ff. Wichtiger aber wurde die um dieselbe Zeit sich geltend machende Ansicht, welche von specifisch handelsrechtlichen Autoritäten ausgehend auf der in Frankreich ausgebildeten Praxis beruht. Hier ist namentlich Gelpcke zu nennen, der in dem zweiten Hefte seiner Zeitschrift für Handelsrecht (1852) der Handelsgesellschaft den Character einer juristischen Person zu vindicieren suchte, und nicht sehr verschieden definierte Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts (1853) S. 126 die offene Gesellschaft als „collective Personeneinheit, in welcher die Einzelnen nach innen nur der Gesammtheit gegenüber in Betracht kommen, und nach außen hin unter einem Collectivnamen ein Ganzes bilden," unter ausdrücklicher Verwahrung sowohl gegen die romanistische Societäts- als die germanistische Genossenschaftstheorie. Ganz zu dieser Auffassung ging dann Bluntschli über theilweise schon in seinem zweiten Band des deutschen Privatrechts (1854), besonders aber in dem Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuch, man vergleiche z. B. § 1269, § 1272, die Erläuterung zu § 1269 u. a. Noch schrankenloser aber, obschon auch nicht frei von den unfehlbaren Inconsequenzen dieser Theorie, baute dann der preußische Entwurf des Handelsgesetz-

buchs (§ 85—90, 811, 992—994, 997) das System der Handelsgesellschaft auf die Grundprincipien der juristischen Person, und wichtige Folgerungen aus diesen Grundsätzen sind auch dem D. H. G. B. geblieben, obschon in der Redaction desselben absichtlich Alles vermieden wurde, was zur Construction der Gesellschaft als einer juristischen Person nöthigt.

Gegen diese Theorie der juristischen Persönlichkeit von Handelsgesellschaften trat nun sofort Goldschmidt in die Schranken und vertheidigte in seiner bekannten Kritik des preuß. Entwurfs (1857) mit großem Feuer die alte Auffassung. Der gewünschte Erfolg ist zwar dieser Philippica nicht geworden, insofern als ihre Wirkung im D. H. G. B. nicht erheblich war, aber daß sie für die Doctrin nicht verloren war, kann nicht bezweifelt werden. Denn die von Gelpcke so siegesgewiß entwickelte Ansicht findet heut zu Tage in Deutschland kaum noch einen nennenswerthen Vertheidiger, im Gegentheil wendet man sich mehr und mehr von ihr ab. Am auffallendsten ist mir in dieser Beziehung, daß gerade solche, welche noch an der juristischen Persönlichkeit festhalten, die daraus abgeleiteten Sätze auf anderm Wege zu begründen das Bedürfniß fühlen und den Gedanken einer juristischen Persönlichkeit als entbehrlich darzustellen suchen. So Ladenburg[1]) und Dietzel[2]). Am entschiedensten hat neuerdings v. Hahn in seinem Commentar zum D.H.G.B. S. 273 die Auffassung der Handelsgesellschaft als einer juristischen Person reprobiert: „Es hat der richtigen Erkenntniß großen Schaden gethan, daß man die Frage auf ein Gebiet hinüber spielte, auf welches sie nicht gehört, indem nämlich die Gegner des Vertragssystems der Handelsgesellschaft juristische Persönlichkeit zuschrieben. Es war nicht schwer, diese Auffassung als nicht stichhaltig darzuthun, aber es war eine Täuschung, daß man damit auch die innere Unbegründetheit der einzelnen als Consequenzen dieser Auffassung aufgestellten Rechtssätze nachgewiesen zu haben glaubte." In der That haben die Verfechter

[1]) Ueber Handelsgesellschaften, in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, I, S. 141.

[2]) Die Commanditgesellschaft und die actio tributoria, in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, II, S. 14.

der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaften sich selber den Boden unter den Füßen entzogen, indem sie sich schließlich durch ihr eigenes Raisonnement, so sehr sie sich auch mit „gewissermaßen" und „gleichsam" drehen und wenden mochten, zu dem boden- und haltlosen Satz gedrängt fanden, daß die juristische Persönlichkeit in der Firma ihren Ausdruck finde und zur Erscheinung komme. So Gelpcke, a. a. O. S. 23 f. Und wie sehr das Zürcher Gesetz auf demselben Boden steht, zeigt außer gelegentlichen Aeußerungen in den Erläuterungen des Redactors die Stellung der Lehre von der Firma mitten in der Handelsgesellschaft. Diese ganze Argumentation verurtheilt sich aber selbst, weil als nothwendige Consequenz derselben sich ergiebt, daß jedes unter einer Firma bestehende Geschäft eines Einzelkaufmanns auch juristische Person ist, und Alles, Ausschluß der Compensation von Privatforderungen mit Geschäftsschulden, Separatconcurs u. s. w. auch hier gelten muß, welche Consequenz aber meines Wissens nur wenige Schriftsteller,[1]) jedoch keine Gesetze gezogen haben.

Mit der Verwerfung der Firmeneinheitstheorie war übrigens nicht die alte Auffassung und Construction der Handelsgesellschaft wieder zur Alleinherrschaft gelangt, im Gegentheil sie ist dermalen als zurückgedrängt zu betrachten vor der Theorie, welche im D. H. G. B. zur Geltung gekommen ist und jetzt auch im schweizerischen Entwurf reproduciert wird. Man könnte sie die Zweckmäßigkeits- oder vielleicht noch richtiger die Bequemlichkeitstheorie nennen, weil ihre Sätze in der Regel damit begründet werden, daß sie practisch am einfachsten durchzuführen seien und am meisten der Billigkeit entsprächen, nicht aber auf ein juristisches Princip zurückgeführt werden. Als Hauptvertreter dieser Theorie ist v. Hahn zu nennen,[2]) der in seinem Commentar (S. 261 ff.) seine Ansicht weitläuftig entwickelt hat. Das Princip, auf das er seine Grundsätze baut, hat er (S. 273) so formuliert: „Die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags,

[1]) So Schauberg, Beiträge zur Kunde der zürch. Rechtspflege, Bd. I, S. 130 f. Vergl. Goldschmidt, Kritik des preuß. Entwurfs, a. a. O. S. 177.

[2]) Auf ziemlich gleichem Wege hat Schauberg, Beiträge zur zürch. Rechtspflege, Bd. VII, S. 48 ff. die nämliche Ansicht verfochten.

daß über die im Gesellschaftsfond befindlichen Activen nur zu gesellschaftlichen Zwecken verfügt werden dürfe, ist auch Dritten gegenüber wirksam." Es räumen nämlich, so argumentiert er, die Gesellschafter einander über die gegenseitig gemachten Einlagen unbeschränkte Dispositionsbefugniß zu gesellschaftlichen Zwecken ein und erklären mit ihrem ganzen Vermögen für die von den andern zu gesellschaftlichen Zwecken eingegangenen Verbindlichkeiten haften zu wollen. Diese Uebereinkunft beruht aber ganz auf der Voraussetzung, daß jeder Gesellschafter nur zu Gesellschaftszwecken seine Einlage den andern zur Verfügung stelle, jeder somit sich der Privatdisposition über das Gesellschaftsvermögen enthalte. Diese Voraussetzung darf das Recht gegenüber Dritten nicht von jener Wirkung trennen, d. h. Dritte können nicht nur das für sie Vortheilhafte aus dem Gesellschaftsvertrag herausnehmen, also die unbedingte Vertretungsbefugniß, sondern müßen sich auch die für sie lästige Seite gefallen lassen, also den Umstand, daß die Einlagen nur zu Gesellschaftszwecken bestimmt worden sind. Daher muß das Recht nicht nur jede Disposition eines Gesellschafters in eigenem Namen über seinen Antheil an Gesellschaftsactiven für nichtig erklären, sondern auch die Privatgläubiger des Gesellschafters von dem Antheil ihres Schuldners an den Gesellschaftsactiven ausschließen. Darum Separatconcurs, darum keine Compensation von Gesellschafts- mit Privatforderungen, u. s. w.

Das eben Angeführte rechtfertigt schon zur Genüge meine Bezeichnung dieser Theorie als reiner Utilitätstheorie, die eines Rechtsprincips entbehrt, und v. Hahn selbst giebt dieß zu, wenn er (S. 271) sagt: „Zwar kann es nicht verlangt werden, daß das Recht die zufällige Absicht eines Einzelnen überall berücksichtigt und ihr zum entsprechenden rechtlichen Ausdruck verhilft, allein hier handelt es sich nicht um Realisierung einer zufälligen Absicht eines Einzelnen, sondern darum, ein Bedürfniß, welches mit Nothwendigkeit überall da zu Tage tritt, wo eine offene Handelsgesellschaft sich bildet, zu befriedigen" u. s. f., mit andern Worten: wenn ich mit einem Bekannten übereinkomme, gemeinschaftlich die Bibliothek eines verstorbenen Rechtsgelehrten zu kaufen und sie zu beiderseitigem Gebrauche an einem für

beide leicht zugänglichen Orte aufzustellen, und der Andre diesen Kauf wirklich abschließt, dann aber seinen Antheil weiter veräußert, so muß ich mir das gefallen lassen und theilen, obschon dadurch meine Absicht, eine über gewisse Materien ganz vollständige Bibliothek zur Disposition zu erhalten, ganz vereitelt wird, denn „das Recht kann nicht die zufällige Absicht eines Einzelnen überall berücksichtigen". Wenn ich aber mit einem Andern einen Buchhandel beginne und dieser würde seinen Antheil verkaufen, so könnte ich diesen Verkauf als nichtig erklären lassen, „weil dadurch ein Bedürfniß, das bei offenen Handelsgesellschaften zu Tage tritt, zu befriedigen und einer Form der Association, welche im Gebiet des eigentlichen Handels die größte wirthschaftliche Bedeutung hat, die ihrem innern Wesen entsprechende Durchbildung und die rechtliche Sicherheit zu gewähren ist, die der Actiengesellschaft schon längst gewährt ist." Und wenn im ersten Fall mein Bekannter dem Verkäufer der Bibliothek mit meiner Einwilligung sich und mich als solidarische Schuldner für den Kaufpreis dargiebt, und dann in Concurs geräth, so muß ich es dulden, daß sämmtliche Creditoren meines socius an seinem Theil der Bibliothek mit dem Verkäufer concurrieren, wodurch ich dem letztern vielleicht für beinahe den ganzen Kaufpreis haftbar werde, weil das Recht nicht meine zufällige Absicht, resp. Voraussetzung berücksichtigt, daß mein socius an der Zahlung der Societätsschuld in vertragsmäßiger Weise Theil nehme, resp. seinen Antheil an der Bibliothek ausschließlich der Societät zur Verfügung stelle und nur für Societätsschulden haftbar mache. Wenn aber mein Associé im Buchhandel fallit wird, so bleibt mir, resp. der Gesellschaft und deren Gläubigern einzig und allein das ganze zu Gesellschaftszwecken angeschaffte Bücherlager, ohne daß die Privatgläubiger meines socius es angreifen könnten, weil das Bedürfniß der offenen Handelsgesellschaft zu schützen ist. Man wird nicht läugnen können, daß dieser ganzen Utilitätstheorie jede rechtliche Basis fehlt, indem in den angeführten Beispielen das Recht nur Eine Antwort für beide Fälle hätte, und daß sie mithin in dieser Hinsicht hinter der Theorie der Firmeneinheit weit zurücksteht, welche sich wenigstens durch die Annahme

der juristischen Persönlichkeit einen rechtlichen Ausgangspunct für ihre Sätze schafft. Mit andern Worten: die verschiedene rechtliche Behandlung der Handelsgesellschaft und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften auf gemeinschaftliche Rechnung läßt sich theoretisch nicht ohne Hilfe einer an sich juristisch unklaren Fiction begründen. Dieß giebt denn auch Munzinger zu, wenn er die juristische Einheit, als welche er (Motive, S. 59, 68, 83) die Collectivgesellschaft bezeichnet, nur eine äußerliche Fiction zur Erleichterung der Geschäftsführung nennt, in welchen Worten der entschiedene Verzicht auf die Deduction der Grundsätze des D. H. G. B. und des schweiz. Entwurfs aus einem Rechtsprincip liegt. Denn wenn auf S. 83 der Motive diese juristische Einheit darauf basiert wird, daß der Gesellschafter seine Rechte an den einzelnen Vermögensstücken verliert und blos das Recht auf seine Einlage als Werth betrachtet behält, so folgt aus diesem unzweifelhaft richtigen Satze doch noch keine Einheit im Sinn des Entwurfs, sondern bloßes Miteigenthum. Die Römer waren auch dieser Ansicht: die l. 58, pr. D. pro soc. 17, 2 sagt: wenn du drei Pferde hast und ich eins, und wir stellen sie zu einer quadriga zusammen, um damit Frachtgeschäfte zu betreiben, so werden wir in Bezug auf diese vier Pferde socii, d. h. Miteigenthümer. Mehr nicht als Miteigenthum kann man also aus jenem Vordersatz deducieren, und jede andere Deduction ist reine petitio principii, indem man eben den erst noch zu beweisenden Satz, daß unsre Handelsgesellschaft etwas von der römischen societas specifisch Verschiedenes, eine juristische Einheit sei, als von vorneherein feststehend annimmt.

Ich kenne keinen Schriftsteller, dem es gelungen wäre, die Grundsätze des D. H. G. B. über die Collectivgesellschaft auf ein Rechtsprincip zurückzuführen, aus dem sie mit zwingender Nothwendigkeit zu folgern sind. So lang man sich aber nur auf Bedürfniß und Zweckmäßigkeit beruft, ist das „Vertragssystem" nicht widerlegt, um so weniger, als der Nachweis nicht geleistet ist, daß die Handelsgesellschaften unter dem Vertragssystem nicht existieren könnten. Wenn wir nun auch diesem letztern in der Theorie unbedingt den Vorzug geben, so ist damit aller-

dings noch nicht gesagt, daß nicht überwiegende practische Gründe dafür sprechen können, es in der Gesetzgebung durch das Utilitätssystem zu ersetzen und dieses dann so gut als möglich juristisch auszubilden und zu beleben. Wie steht es nun aber mit der Praxis in Bezug auf die rechtliche Auffassung der Handelsgesellschaften?

Aus der Schweiz ist mir darüber wenig bekannt, nur sehe ich, daß in Zürich vor dem neuen Civilgesetzbuch obergerichtliche Sprüche, die das Vertragssystem zur Anwendung brachten, vielfachen Anfechtungen unterlagen.[1]) Nähere Auskunft kann ich über Basel geben, und ich denke, es sei die Praxis dieses Platzes für die Frage, was in der Schweiz Rechtens werden solle, nicht ganz uninteressant. Da steht nun fest, daß Liegenschaften, seien sie von einem Associé in die Gesellschaft eingeschossen oder während deren Dauer aus Gesellschaftsfonds zu Gesellschaftszwecken erworben worden, nur veräußert werden mit Einwilligung der Ehefrauen der Associés, und daß also die Gesellschaft A et Cie. nicht durch einfache Unterschrift A et Cie. von Seiten eines socius auf dem Kaufbrief den Verkauf bewerkstelligt, sondern der Kaufbrief vom Gesellschafter A und seiner Ehefrau mit Beistand, und vom Gesellschafter B und seiner Ehefrau mit Beistand u. s. f. unterzeichnet werden muß, ansonst der Käufer den Kauf nicht vollzieht. Daraus folgt, daß nicht von Vermögen der Gesellschaft als einer juristischen Einheit, sondern nur von Miteigenthum der Gesellschafter die Rede sein kann, und in der That ist man sich dieser Consequenz sehr wohl bewußt und will sie zumal im Interesse der Ehefrau und der Sicherung ihres Weiberguts aufrecht erhalten, obschon man oft und viel im gewöhnlichen Leben sagen hört, die und die Liegenschaft gehöre der und der Firma, sei Gesellschaftsvermögen. Im Fernern herrscht in Basel die Anschauung, daß der Concurs der Gesellschaft nothwendigerweise und von selbst auch den Concurs aller Gesellschafter in sich schließe. Sie ist wenigstens durch einen Gerichtsspruch neulich sanctioniert worden. Im

---

[1]) Vergl. Schauberg, Beiträge zur Kunde der zürch. Rechtspflege, Bd. VII, S. 24—80 und 176—218.

Cantonsblatt vom 15. October 1864 war nämlich eine amtliche Auskündung folgenden Inhalts erfolgt: „Wer an die insolvente Firma Siegrist Fender & Cie. dahier eine Ansprache zu machen hat," u. s. f. Dies veranlaßte den Antrag der Massacuratel vor Civilgericht, auch die zwei Geranten R. Siegrist und W. Fender insolvent zu erklären, worauf am 20. Oct. das Civilgericht folgende Erkanntniß erließ: „Da ein Grund nicht vorliegt, warum die in dem gestellten Begehren erwähnte, bisher ununterbrochen beobachtete Praxis verlassen werden sollte, wonach die Insolvenz einer Firma als die Insolvenz ihrer Gemeinder einschließend galt und gedacht wurde, so wird die bei den Gemeindern Rudolf Siegrist und Wilhelm Fender vorgenommene Inventur als richtig geschehen erklärt und das Begehren um gesonderte Beschließungsbestätigung gegen die genannten Gemeinder als mit diesen Grundsätzen im Widerspruch abgewiesen, ebenso wie umgekehrt das von dem Gemeinder Rudolf Siegrist in Bezug hierauf gestellte Communicationsbegehren." In Folge dieses Bescheids publicierte die Gerichtsschreiberei im Cantonsblatt vom 22. Oct. 1864 folgende Anzeige: „Es wird hiemit darauf aufmerksam gemacht, daß durch die am 15. d. M. erfolgte Auskündung von Siegrist Fender & Cie. auch die beiden Theilhaber dieser Firma Rudolf Siegrist-Baader und Wilhelm Fender-Munsch als ausgekündet gelten, und daß demnach auch die nicht das Geschäft betreffenden Ansprachen an dieselben in der .... Frist anzumelden sind." Was beweist das? In erster Linie, daß man hier von der Anschauung Munzingers (Motive S. 78) abweicht und es nicht „der Natur der Sache entsprechend hält, daß eine Gesellschaft in Concurs gerathen kann ohne Concurs der einzelnen Gesellschafter". Folglich, daß das Gesellschaftsvermögen nicht als vom Vermögen der Gesellschafter gesondert, als Einheit für sich betrachtet wird, sondern daß es als Miteigenthum der Gesellschafter gilt, weßhalb die Gesellschafter, sobald ihr Geschäft insolvent ist, auch persönlich zahlungsunfähig sind. Im Weitern ist über das Verfahren bei Gesellschaftsconcurs aus der hiesigen Praxis noch keine Auskunft zu geben möglich, da eine eigentliche Handelsgesellschaft in Basel seit Menschengedenken nicht fallit geworden ist außer

der eben erwähnten S. F. & Cie., über deren Liquidationsweise noch keine Mittheilungen zu machen sind, und die ununterbrochen beobachtete Praxis, von der das obige Urtheil spricht, sich auf einige Fälle bezieht, welche ganz auf der Grenze zwischen Handelsgesellschaften und einfachen Gemeinderschaften liegen. Aber das glaube ich behaupten zu dürfen, daß der Ehefrau eines Gesellschafters im Concurs ihres Ehemannes sowohl als der Gesellschaft die Geltendmachung ihres Weibergutsprivilegs auch an den Gesellschaftsactiven unter keinen Umständen abgeschnitten würde. Dann haben wir aber eben keinen Separatconcurs der Gesellschaft mehr.

Erscheinen die bisherigen Beispiele als klare Consequenzen des Vertragssystems, so könnte man zweifelhaft werden in Entscheid der Frage, ob durch Austritt eines alten oder Eintritt eines neuen Gesellschafters die alte Gesellschaft aufgehoben werde oder trotzdem fortdaure. Practisch freilich sind große Schwierigkeiten hier nicht leicht denkbar, da bei Ausscheiden eines Gesellschafters entweder die Liquidation erfolgt oder das Geschäft von den andern Associés fortgesetzt, dann aber mit Activis und Passivis übernommen wird, und bei Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft sich höchstens fragen kann, ob er für die bisherigen Gesellschaftsschulden persönlich und mit seinem ganzen Vermögen haftbar werde. Indessen will ich doch auf eine Inconsequenz aufmerksam machen, welche in dieser Hinsicht die Eintragungen ins Basler Ragionenbuch beherrscht, weil ich daraus einen wichtigen Schluß glaube ziehen zu dürfen. Man vergleiche beispielsweise:

Cantonsblatt vom 23. Juli 1864: In Folge Absterbens von J. J. Linder-Steinegger sind in der Handlung J. J. Linder allein interessiert Witwe Linder-Steinegger und J. J. Linder-Hopf, und wird der letztere allein die Unterschrift führen J. J. Linder.

Cantonsblatt vom 14. Jan. 1865: Die Handlung Calame Bohny & Cie. hat mit dem 12. Januar l. J. ihre Endschaft erreicht und hören die bisherigen Interessenten G. Calame, Daniel Bohny, Samuel Hollinger auf zu zeichnen: Calame Bohny & Cie. In der Handlung Bohny Hollinger & Cie. sind interessiert: Daniel

Bohny und Samuel Hollinger, welche zeichnen werden: Bohny Hollinger & Cie.

Diese beiden Fälle sind factisch einander ziemlich ähnlich; in beiden scheidet ein Gesellschafter (dort durch Tod, hier durch Austritt) aus; das Geschäft wird in beiden Fällen nicht liquidiert, sondern dort von dem bisherigen Associé und der Witwe des Verstorbenen, hier von den zwei bleibenden Associés fortgesetzt. Dennoch aber spricht die erste Stelle ganz unrömisch den Satz aus: Austritt (resp. Tod) eines Gesellschafters hebt die Association nicht auf zwischen dem überlebenden Gesellschafter und den Erben (resp. der Witwe) des verstorbenen, während die zweite so römisch wie ein römischer Jurist es nicht besser thun könnte, erklärt: durch Austritt eines socius hört die Gesellschaft auf, die zwei andern aber bilden durch neuen Consens eine frische Societät. Ja es ist dies sogar dermaßen streng durchgeführt worden, daß in einem ganz ähnlichen Falle, wo aus der Handlung A B & Cie. der A austrat und B und C sie unter der Firma B & Cie. fortsetzten, der Commanditär, der einfach seine Commandite bei A B & Cie. auf die Handlung B & Cie. erstrecken wollte, von dem zum Ragionenbuch delegierten Kaufmann einen Eintrag ungefähr folgenden Inhalts nicht erwirken konnte: „Die Handlung A B & Cie. ändert mit heutigem Tage ihre Firma in B & Cie.. In der Handlung ist mit heutigem Tage nicht mehr interessiert A und hört auf die Firma zu zeichnen. B und C werden firmieren: B & Cie.. Die Commandite von D bei dieser Handlung bleibt fernerhin in Kraft." Sondern der Eintrag wurde ganz gleich wie der oben angegebene vollzogen und der Commanditär angehalten, sich einfach als Commanditär der neuen Firma einzuschreiben, woraus folgt, daß er möglicherweise den Gläubigern der Firma A B & Cie. mit seiner ganzen Commanditensumme, und den Gläubigern der Firma B & Cie. wiederum mit dem ganzen Commanditencapital haften muß. Wäre aber C ausgetreten und die Firma A B & Cie. dann unverändert geblieben, so wäre ohne Zweifel im Ragionenbuch einfach eingetragen worden wie im zuerst citierten Falle: „In Folge Austritts von C aus der Handlung A B & Cie. hört C auf zu zeichnen A B & Cie. und sind allein

interessiert A und B. Auch bleibt fernerhin als Commanditär betheiligt D." Oder sogar noch kürzer: „In der Handlung A B & Cie. ist nicht mehr interessiert C und hört auf zu zeichnen A B & Cie.." So wäre D der Gefahr doppelter Haftpflicht hier entgangen. Und warum nun diese Verschiedenheit in der Behandlung factisch gleicher Fälle? Einzig und allein wegen des rechtlich Zufälligsten unter den Zufälligkeiten, wegen der Aenderung der Firma. Dieß erscheint mir nun aber von großer Bedeutung für die kaufmännische Anschauung überhaupt. Wir finden nämlich diese Verschiedenheit in unserm Ragionenbuch nach allen möglichen Richtungen durchgeführt. So mögen hier zwei Beispiele einander gegenüberstehen, in denen beiden in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein Associé eintrat.[1])

Cantonsblatt vom 2. Juli 1864: Die Handlung Kaufmann-Oswald ist unter heutigem Datum erloschen, und hört der bisherige Inhaber derselben Karl Joseph Kaufmann auf zu zeichnen: Kaufmann-Oswald. In der Handlung Gebrüder Kaufmann sind interessiert Karl Joseph Kaufmann und Otto Kaufmann, welche zeichnen werden: Gebrüder Kaufmann.

Cantonsblatt vom 28. Mai 1864: In der Handlung Eurich & Cie. ist ferner interessiert[2]) Alexander Kocher, welcher zeichnen wird: Eurich & Cie.

Und endlich noch zwei Fälle, wo von zwei Gesellschaftern einer ausscheidet und der andre die Handlung allein fortführt:

Cantonsblatt vom 31. Dec. 1864: Die Handlung Schaffter & Dietiker hat mit nachstehendem Datum ihre Endschaft erreicht. In der Handlung J. Schaffter ist allein interessiert und wird zeichnen: J. Schaffter.

Ibidem: In der Handlung M. Scheuchzer ist allein interessiert Aug. Scheuchzer-Dürr, welcher fortfährt zu zeichnen: M. Scheuchzer. Als Commanditär bleibt in dieser Handlung betheiligt M. Scheuchzer Vater.

Und nun, was beweisen alle diese Mittheilungen für die Frage, mit der wir uns hier beschäftigen, die rechtliche Con-

[1]) Es ist zwar das aus dem Wortlaut nicht zu ersehen, aber in Wirklichkeit verhält es sich bei beiden so.

[2]) Bisheriger einziger Inhaber war H. Eurich.

struction und Behandlung der Handelsgesellschaft? Viele werden sagen: sie beweisen nichts als höchstens eine äußerliche, formelle Ungenauigkeit und Inconsequenz, insofern als die Firma mit der Gesellschaft, resp. der Handlung identificiert und daher von der Firmenänderung Aufhören oder Fortbestand der Gesellschaft abhängig gemacht wird, was aber materiell ohne Einfluß ist. Ich kann diese Ansicht nicht theilen. Mir scheint, es weisen diese Beispiele darauf hin, daß die kaufmännische Anschauung, auf welche sich die Juristen so eindringlich für ihre juristische Einheit der Gesellschaft berufen, sich oft auf nichts anders als eine (ob klar zum Bewußtsein gebrachte oder unklar gebliebene?) Auffassung der Firma als einer Einheit zurückführen lasse, gleichviel ob hinter der Firma eine Gesellschaft oder ein Einzelkaufmann steht. Und solche Vorstellungen von Firmeneinheit scheinen nicht bloß specifisch baslerisch, sondern ziemlich weit verbreitet zu sein, und haben sich auf der Nürnberger Conferenz sehr vernehmlich hören lassen, als die Frage debattiert wurde, ob der in eine Gesellschaft neueintretende Associé persönlich für die alten Gesellschaftsschulden haftbar werden solle. „Mehrere der Herren Abgeordneten, berichtet das Protocoll S. 281 f., glaubten weiterhin ein besonderes Augenmerk auf die Frage richten zu müssen, ob der Umstand, daß die Firma der Gesellschaft geändert werde, z. B. durch Hinzufügung von „et Comp.", obschon das Handlungsgeschäft dasselbe bleibe, auf die Frage einen Einfluß haben dürfe. (Es wurde zwar) angeführt, der Name einer Handlung sei doch mehr die Nebensache, die Hauptsache sei das Geschäft, und wenn dieses dasselbe bleibe, habe die fragliche Haftung des neu eintretenden Gesellschafters Platz zu greifen. Von andrer Seite wurde hiegegen eingewendet, es gehe recht wohl an, der Veränderung einer Firma den Einfluß einzuräumen, daß dadurch die Haftung des neu eintretenden Gesellschafters für die früheren Schulden des Geschäfts ferne gehalten würde. Die Gläubiger, deren Schutz der Art. 89 im Auge habe, würden durch die Veränderung der Firma aufmerksam gemacht" u. s. w. Ja ich glaube man darf behaupten, daß nur aus Veranlassung der Firmen unter den modernen Juristen, obschon sie es nicht Wort haben wollen, die Auffassung der

Handelsgesellschaften Mode geworden ist, wie sie im D. H. G. B. sanctioniert ist, weil den Kaufleuten meist nur die Firma Anlaß gab, von Einheit der Gesellschaft zu reden. Darum ist es denn auch gekommen, daß die Versuche, das angebliche kaufmännische Gewohnheitsrecht in Bezug auf Gesellschaftseinheit juristisch zu construieren, immer wieder auf die Firma als den Grund der Einheit der Gesellschaft zurückliefen (Gelpcke, Bluntschli), und daß diejenigen, welche dies vermeiden wollten, eben gar kein Princip für ihre Sätze fanden, sondern sich bloß an das Bedürfniß anklammerten (v. Hahn).

Die Folgen dieser Firmeneinheitsideen haben sich aber noch deutlicher und ausgedehnter gezeigt. Hinter der Firma steht die Handlung, das Geschäft, gleichviel ob von einem Einzelkaufmann oder von Gesellschaftern geführt, und es ist nur die einfachste Schlußfolgerung aus der Firmeneinheit, wenn man jeder Handlung den Character giebt, den man den Gesellschaften gegeben hat. Auch hiefür giebt uns die Nürnberger Conferenz mannigfache Belege. „Die Hauptsache sei das Geschäft (sagte uns soeben das Protocoll), und wenn dieses dasselbe bleibe, habe die fragliche Haftung des neu eintretenden Gesellschafters Platz zu greifen." Daher wurde geradezu der Antrag gestellt, daß auch der, welcher in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintrete und somit erst dadurch eine Gesellschaft bilde, für die frühern Geschäftsschulden persönlich haften solle; das war nur consequent und die dagegen vorgebrachten Gründe fielen deßwegen ausnehmend schwach aus.[1]) Ebenso consequent

[1]) Protocolle S. 280: „Bei den Societäten werde es allerdings eine große Verwirrung erzeugen (wenn man nicht den neu eintretenden socius haftbar mache). Man könne weder immer eine Abrechnung vornehmen, noch sei es ohne eine solche Abrechnung möglich zu ermitteln, für welche Schulden ein socius zu haften habe. Anders sei dies bei einem Einzelkaufmanne; dieser könne recht wohl beim Hinzutreten eines Gesellschafters eine Verrechnung vornehmen, und auch ohne eine solche sei eine Auseinanderhaltung der früheren Schulden eines Kaufmanns von den seit Beginn der Gesellschaft erwachsenen Passiven recht wohl möglich. Hiegegen wurde freilich von anderer Seite eingewendet, daß die Schwierigkeiten überall gleich seien. Ferner wurde angeführt, daß ein Grund für die Bestimmung des Entwurfes darin liege, daß derjenige, welcher in eine Societät eintrete, schon

war es aber dann, den Satz aufzustellen: „Wer ein bestehendes Handelsgeschäft erwirbt und unter der bisherigen Firma fortführt, haftet den vorhandenen Gläubigern des übernommenen Geschäfts als Solidarschuldner, ohne daß ihm die Einrede der Theilung oder der Vorausklage zusteht." Dieser Antrag wurde auch gestellt, von einer Sitzung auf die andere verschoben, und schließlich nach einer seltsamen Discussion beseitigt, mehr aus Verzweiflung, eine befriedigende Redaction aufstellen zu können, als aus Ueberzeugung der Majorität der Conferenzmitglieder von der innern Unwahrheit des Satzes.[1]) Auch bei Berathung der Liquidationsweise im Concurse einer Gesellschaft machte sich diese Ansicht geltend: „es fehle an genügenden Gründen dafür, den betreffenden Satz auf Handelsgesellschaften zu beschränken, und bezüglich der alleinstehenden Kaufleute etwas anderes zu bestimmen" (Protocolle S. 4522).

Damit aber sind wir auf den Punct gelangt, von welchem aus das System des D. H. G. B. und des schweiz. Entwurfs als unzulänglich erscheint. Hätte man dem angeblich in Bezug auf die Auffassung der Handelsgesellschaften bestehenden kaufmännischen Gewohnheitsrecht, das aber kein geläutertes, dem Kaufmannsstande zum festen Bewußtsein gebrachtes, sondern ein über Gebühr durch juristisch irrelevante Begriffe getrübtes war, den vielleicht entsprechendsten juristischen Ausdruck geben wollen, so hätte man sagen müssen: die Handlung, das Geschäft ist eine Einheit, das Handlungsvermögen haftet den Handlungsgläubigern ausschließlich, wer in eine bestehende Handlung eintritt, wird auch persönlich haftbar für alle Handlungsschulden u. s. f. Vor dieser Consequenz ist aber der Jurist zurückgeschreckt und ist mit seiner Beschränkung auf die Handelsgesellschaft inconsequent geworden. Denn recht bedenkliche Inconsequenzen sind es, wenn Jemand, der zu zwei Geranten in ein Geschäft eintritt, persönlich für alle bisherigen Geschäftsschulden

---

im Voraus wisse, daß er bei einem Verhältnisse der Solidarität sich betheilige und somit eine sehr weit gehende Haftbarkeit übernehme, was bei dem Eintritte in eine Einzelhandlung nicht geschehe, weshalb auch hier eine gleiche Bestimmung nicht am Platze sei."

[1]) Protocolle, S. 42, 280, 1431—1435, 1439—1441.

haftbar wird, dagegen nicht derjenige, welcher zu einem Einzelkaufmanne hinzutritt, oder wenn „ein Einzelkaufmann eine Schuld, für welche er eben noch mit seinem ganzen Vermögen zu haften gehabt hat, ohne daß sie irgend einer andern Schuld hätte nachstehen müssen, durch Annahme eines socius in eine Privatschuld umwandeln kann" (Protocolle S. 4521). Namentlich wird man sich im letztern Falle kaum mit dem Grunde v. Hahn's abfinden lassen, daß dies so gut zulässig sei als die Verpfändung des ganzen Vermögens an spätere Creditoren, indem eben sehr fraglich ist, ob es in der Gesetzgebungspolitik liege, dem Gesellschaftsvertrag an sich schon die Bedeutung einer Verpfändung des Gesellschaftsvermögens zu Gunsten der künftigen Creditoren zu geben und dadurch in einer den Concursprivilegien überdieß ungünstigen Zeit ein ipso iure eintretendes immenses Concursprivileg zu schaffen. Da zeigt sich dann eben die innere Unwahrheit des Princips des D. H. G. B. Ein solches System kann aber auch nicht Bedürfniß sein. Entweder kehre man daher zum römischen Vertragssystem (natürlich immerhin mit der Modification der unbeschränkten Vertretungsbefugniß des einen Gesellschafters durch den andern) zurück, oder wenn man das durchaus nicht will, so scheue man sich nicht, den juristisch freilich unverantwortlichen, aber im Grunde nicht schlimmern Schritt als den des D. H. G. B. zu thun und geradezu zu sagen: die Handlung, gleichviel ob von Gesellschaftern oder Einzelinhabern geführt, das Geschäft hat ein vom Privatvermögen des Principals gesondertes Vermögen, daher Separatconcurs in jedem Handlungsgeschäft, daher Ausschluß der Compensation von Privatforderungen mit Geschäftsschulden, u. s. f. Damit würde man vielleicht das „kaufmännische Gewohnheitsrecht" am richtigsten treffen, und wer weiß, ob unsre Handelsgesetzgebung auf der Bahn, die sie eingeschlagen hat, nicht noch zu diesem Resultate kommen wird. Gelpcke wenigstens war ganz nahe dabei, er mußte, um ihm zu entgehen, den Anker der Firma auswerfen.[1]) Auch die Voten, welche zu Nürnberg

[1]) Buchstäblich S. 20—23: „Jeder Kaufmann sondert sein Handelsgeschäft genau von seinen übrigen Vermögensverhältnissen. . . . Dies bildet eine Grundlage für die Annahme, daß sich das Handelsvermögen als ein

das schließlich im D. H. G. B. geltend gewordene Princip vertheidigten, argumentierten vielfach unter diesem Einfluß: „Die Handelsgesellschaften hätten ihren Kernpunct im Handlungsfonds. ... Es handle sich nicht um ein von den Personen der Gesellschafter verschiedenes Rechtssubject, wohl aber um verschiedene Qualitäten in denselben Personen, und es sei die rechtliche Bedeutung der öffentlich bekannt gemachten Firma, daß diese verschiedene Qualität nicht allein unter den Gesellschaftern, sondern auch Dritten gegenüber wirksam werde. . . . Wenn der Gesellschafter mit dem Dritten unter der Firma der Gesellschaft contrahiere, so liege hierin die Erklärung, daß er nur die Gesellschaftscassa berechtigen wolle" (Prot. S. 1133 ff.). Alles dies könnte man mit gleichem Rechte von der Handlung eines Einzelkaufmanns auch sagen, und Brinckmann hat den hier erwähnten Dualismus auch wirklich beim Einzelkaufmann aufgestellt, wenn er sagt, der Handelsmann in seiner Eigenschaft als solcher habe am Etablissementsorte das Domicil, welches den Gerichtsstand bestimmt. Warum hat dann der Handelsmann in seiner Eigenschaft als solcher nicht auch sein besonderes Vermögen, seinen besondern Concurs u. s. f.? Daß bei ihm so gut wie bei Handelsgesellschaften die Scheidung von Handlungs- und Privatvermögen vorkommt und aus den Handelsbüchern nachweisbar ist, hat die Nürnberger Conferenz anerkannt.

Wir können daher aus doppeltem Grunde das Gesellschaftssystem des D. H. G. B. und des schweiz. Entwurfs nicht bewundern und preisen, erstens weil es einer rechtlichen Basis entbehrt, zweitens weil es für das Leben entbehrlich und sogar gefährlich ist. Aber, sagt man, selbst alles dies zugegeben, so ist doch jenes System durchaus unvermeidlich schon darum, weil die Antheile der einzelnen Gesellschafter gar nicht bestimmt sind;[1] wie will man Privatschulden eines Gesellschafters mit Gesell-

für sich bestehendes Ganzes auffassen lasse. Jene Sonderung erscheint bei der Handelsgesellschaft als eine rechtliche, nothwendige Sonderung.... Das Institut bedarf aber noch eines Grundsteins, gleichsam eines Ankers, der demselben die rechtliche Existenz sichere.... Das Fundament ist in den Handelsfirmen zu suchen."

[1]) v. Hahn, Commentar, S. 263 ff. Munzinger, Motive, S. 74.

schaftsforderungen compensieren lassen, wie will man im Concurs jedem ausscheiden was ihm gehört, wenn man keinen Anhaltspunct für die Bestimmung der Quoten hat? Ich glaube, man hat hier absichtlich Schwierigkeiten gesucht oder doch ungemessen vergrößert, um damit das System desto besser empfehlen zu können. Was die Compensation betrifft, so kommen bloß die zwei Fälle in Betracht, wo ein Privatgläubiger eines Gesellschafters diese Privatforderung mit einer gegen ihn geltend gemachten Gesellschaftsforderung, oder wo ein Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung mit einer gegen ihn geltend gemachten Privatforderung compensieren will. Hält man nun fest, daß derjenige, der die Compensation geltend macht, dies nur mit seinem, resp. des Gegners Antheil am Gesellschaftsvermögen thun kann, so wird im ersten Fall dem belangten Gesellschaftsschuldner der Beweis obliegen, daß das Guthaben seines Privatschuldners am Gesellschaftsvermögen den fraglichen Betrag erreiche, und im zweiten Falle wird ähnlich der Gesellschafter zu beweisen haben, daß sein Guthaben bei der Societät die Privatforderung deckt. Können diese Beweise geleistet werden, so ist kein Grund, die Compensation auszuschließen. Bei der nächsten Gewinnvertheilung kann die Ausgleichung wieder erfolgen, und wenn der Gewinn dazu nicht hinreicht und der betreffende Gesellschafter seine auf solche Weise geschmälerte Einlage nicht ergänzt, so bleibt den andern Associés der Antrag auf Ausschließung oder Liquidation, denn es ist doch gewiß richtiger, daß sie die übeln Folgen der Association mit einem in Schulden steckenden Gesellschafter tragen, als die Privatgläubiger. Und nun im Concurse gar scheint mir jenes Bedenken bedeutend übertrieben worden zu sein. Der Vertheilungsmodus, den Munzinger (Motive S. 75 ff.) als Trümpy'sches System weitläuftig schildert, der übrigens so sehr der Natur der Sache angemessen ist, daß auch schon andere Leute darauf verfallen sind, wird als mangelhaft darin bezeichnet, daß auch dabei kein Princip dafür gefunden sei, zu welchen Quoten das nach der Vorwegnahme der Capitalconti übrig bleibende Activum der Gesellschaft unter die Gesellschafter vertheilt werden soll. „Wenn für Gewinn und Verlust Kopftheile verabredet sind, so versteht sich

eine gleichmäßige Theilung der Activen wie von selbst. Sobald aber Gewinn- und Verlustantheile in andrer Weise conveniert sind, und besonders wenn für die Gewinntheilung eine andere Quote bestimmt ist als für den Verlust, so fehlt die leitende Idee vollständig und jede Entscheidung, sie mag so oder anders lauten, ist reine Willkür." So reine Willkür ist es nun wohl nicht, wenn man das ganze Activum als Gewinn betrachtet und demgemäß vertheilt; aber jene Einwendung selbst zugegeben, so kann man sie doch noch nicht als genügenden Grund ansehen, den Knoten kurzweg zu zerhauen und zu erklären: weil es vielleicht in einigen Fällen nicht ganz billig herauskäme, die Activen gleichmäßig oder nach Maßgabe der Gewinnantheile zu vertheilen, so thun wir lieber gleich in allen Fällen schreiendes Unrecht und werfen den Gesellschaftsgläubigern das ganze Gesellschaftsvermögen hin, obschon auch der Privatgläubiger dem Fabricanten oder Bankier und nicht seinem Privatvermögen Credit gegeben hat. Man bedarf aber dieses Gewaltschrittes mehr oder weniger, um den Satz durchführen zu können, daß eine Gesellschaft in Concurs gerathen könne ohne Concurs der einzelnen Gesellschafter. Das erscheint mir nun als das Allergefährlichste bei der ganzen Sache. Also die Schwindler, die durch leichtsinnige Operationen ihr Geschäft untergraben haben, sollen noch wo möglich Zeit erhalten, ihr Bischen Privatvermögen durchzubringen, bis die Gesellschaftsgläubiger und die durch das Falliment der Gesellschaft aufgeschreckten Privatcreditoren die Betreibung gegen die einzelnen Gesellschafter durchgeführt haben. Ich halte nur zwei Wege für rechtlich zulässig: entweder gar kein Concurs der Gesellschaft, sondern bloß Betreibung und Falliment eines oder aller Gesellschafter, oder aber zwar Concurseröffnung über die Gesellschaft, dies jedoch in dem Sinne, daß sämmtliche Gesellschafter fallit werden. Der erstere Weg wird von Goldschmidt[1]) vertheidigt, aber mit ungenügenden Gründen. Denn welche Gesellschaftsgläubiger wissen, ob A oder B oder C einer Gesellschaft zahlungsfähig sei? Sie werden daher alle drei zusammen unter ihrer Firma

[1]) In der Heidelberger krit. Zeitschrift, Bd. IV, S. 169.

belangen, was Goldschmidt selbst S. 185 als Regel annimmt, und dann wird eben auch der Concurs alle drei treffen müssen, wenn der Gläubiger nicht befriedigt wird. Damit geschieht auch einem möglicherweise zahlungsfähigen Gesellschafter gar kein Unrecht. Er kann den mit dem Concurse drohenden Gläubiger befriedigen und sofort Liquidation der Gesellschaft verlangen, wodurch er sich von weiteren Zuschüssen an die Gesellschaft zur Rettung ihrer Existenz befreit. Und es ist zweimal zu bedenken, ob es rechtspolitisch sei, den Gesellschaftern auf die Weise, wie die Motive S. 78 es befürworten, die Liquidation ihrer Geschäfte abzunehmen und sie als aufrechtstehende Männer neben dem falliten Geschäft, wenn auch in der Regel nur für kurze Zeit, die aber desto eifriger in fraudem creditorum benutzt wird, hergehen zu lassen, oder etwa einem persönlich zahlungsfähigen Gesellschafter, der noch dazu vielleicht durch seine gewagten Speculationen die Handlung an den Rand des Abgrunds gebracht hat und nun plötzlich sich der ganzen Sache entschlagen will, die Waffe in die Hand zu geben, um seine Associés, denen er zu allererst Treue bis ins Kleinste und Mittragen des gemeinsamen Unglücks schuldig ist, in die größten Bedrängnisse gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und den nun auch erbarmungslos auf sie einstürmenden Privatcreditoren zu bringen, sich selbst aber ruhig hinter den Concurs der Gesellschaft zu verschanzen, anstatt bona fide das Geschäft möglichst gut zu liquidieren oder das Schicksal seiner Genossen zu theilen.

Wir wollen uns im Uebrigen nicht weiter einlassen auf die Gründe, welche alle gegen den Separatconcurs der Gesellschaft bestehen. Sie sind bekannt. Nur auf Eins wollen wir noch aufmerksam machen. Wie steht es mit der Weibergutsforderung? Wenn ein Gesellschafter das ganze Vermögen seiner Ehefrau in den Abgrund eines wankenden Geschäftes stürzt, so kommt das nach dem D. H. G. B. und dem schweiz. Entwurf völlig den Gesellschaftsgläubigern zu Gut. Ich weiß nun wohl, daß die neuere Zeit dem Weibergutsprivileg nicht hold ist, und so wird man mir auch hier antworten, das sei nur billig, wenn der Ehemann das Vermögen seiner Frau benutzt habe, um damit Wind zu machen und Credit zu bekommen, resp. die Gläu-

biger irre zu führen. Dergleichen Argumente vermögen aber nicht zu überzeugen. Es ist schon einseitig, sich immer nur die Creditoren als die betrogenen zu denken, während sie doch oft höchst leichtsinnig creditiert haben, zudem aber ist der Credit etwas wesentlich Persönliches, der doch in erster Linie dem Kaufmann selbst und nicht den vielleicht höchst zweifelhaften Vermögensvorspiegelungen, womit er zu glänzen sucht, gegeben wird, und abgesehen von dem Allem mag sich Jemand über solche Verhältnisse wohl etwas erkundigen, bevor er einem Hause Credit schenkt. Jeder Dritte kann sich vollständig schützen, die Ehefrau dagegen ist schutzlos, das ist das Motiv ihres Privilegs. Sie hat keine freiwillige Forderung, und ist keine freiwillige Creditorinn, sondern eine durch Gesetz nothwendig gewordene. Und das Weibergutsprivileg hängt zusammen mit dem System des ehelichen Güterrechts und ist eben gewöhnlich das nothwendige Complement der vollen Verfügungsfreiheit des Ehemanns über das Weibergut. Zerstört man das Privileg, so wird auch dem Manne die Verfügungsfreiheit entzogen werden, sei es durch gesetzliche Erleichterung der Gütertrennung, sei es durch Eheverträge, wie das Beispiel Frankreichs beweist. Wir würden das in hohem Maße bedauern, weil das eheliche Verhältniß nothwendig darunter leiden muß; nach dieser Seite erhält die Frage eine Tragweite, die nicht gewissenhaft genug geprüft werden kann. Und der Kaufmann selbst hat keinen Gewinn von solchem Zustand, wenn er fremdes Capital hoch verzinsen muß und vom Frauengut bloß mäßigen Zins erhält. Oder findet man es für den Kaufmannsstand gar vortheilhaft, wenn dann in den Cantonen, welche Gütertrennung gestatten, immer zu diesem Mittel gegriffen wird, wo ein Kaufmann eine Ehe schließt, und in andern Cantonen auf alle mögliche Weise durch Pfandbestellung u. dgl. oder Caution, welche vom Ehemann gefordert wird, dessen Vermögen belastet und seine Verfügung erschwert wird? Solche Verhältnisse können wir nicht für normale ansehen, um so mehr, als die angeblichen Täuschungen des Publicums, die man mit Aufhebung des Weibergutsprivilegs ausschließen will, ganz ebenso gut Platz greifen können, und für den Kaufmann muß es unter allen Umständen etwas

Widerwärtiges haben, wenn das Amtsblatt aller Welt kund thut, daß das Vermögen der Ehefrau ihm nicht anvertraut worden sei, sondern in getrennter Verwaltung bleibe, oder er schwere Realcaution leisten und dann das für sein Geschäft nöthige Capital um hohen Zins kaufen muß, statt sein eigenes nutzbar machen zu können.

Ich bin lang geworden und habe doch nur wenige Seiten dieser wichtigen Frage berührt. Es ist auch hier nicht der Ort, dieselbe erschöpfend zu behandeln, um so weniger, als die Gründe für und wider bekannt oder aus Goldschmidt's Kritik, den Protocollen und einigen Hauptwerken leicht zu ersehen sind. Aber darauf wünschte ich aufmerksam zu machen, daß man sich mit diesem im schweiz. Entwurf auch adoptierten System auf eine Bahn begiebt, die weiter führt als man will, und daß es ein bedenklicher Schritt ist, ein Rechtsinstitut ohne ein leitendes Rechtsprincip bloß aus der Billigkeit und Zweckmäßigkeit zu construieren. Wohl soll die Gesetzgebung das Leben erfassen und darstellen, nicht bloß theoretische Probleme möglichst scharfsinnig auflösen, aber jedem gesunden Rechtszustand im Leben entspricht auch ein Rechtsprincip, das die Gesetzgebung zu Grunde legen muß, um der wissenschaftlichen und practischen Durchbildung des Gesetzes das Gedeihen zu ermöglichen, und es ist gefehlt, wenn man auf Grund eines angeblichen Bedürfnisses der modernen Association Sätze aufstellt, die juristisch unqualificierbar sind, sich aber damit tröstet, die Jurisprudenz solle sehen, wie sie damit durchkomme. So wurde schon in Nürnberg argumentiert, und was dort gegen diese Argumentation betreffs der Auffassung der Gesellschaft als einer juristischen Person bemerkt wurde, das gilt in nicht geringerm Maß auch gegen die „juristische Einheit" des schweiz. Entwurfs: „Man eignet sich hier die Idee der juristischen Person nicht in der Absicht an, sie zur vollen Wahrheit gelangen zu lassen, sondern lediglich als bequemes Mittel zur leichtern Construierung einiger für nothwendig gehaltenen Sätze; hat man diesen Zweck erreicht, so muß man ängstlich besorgt sein, alle sonstigen Wirkungen des Princips zu entfernen. Ein solches Verfahren ist gewiß nicht das richtige; es wird dadurch der einfache Charac-

ter des Rechtsinstituts getrübt und einer die Rechtssicherheit wenig fördernden Controversenliteratur der Weg eröffnet" (Protocolle S. 156).

Im Einzelnen sind in diesem Abschnitt einige Verbesserungen des D. H. G. B. zu erkennen. Hieher zählen wir, daß im Art. 65 viel rückhaltloser als im Art. 108 des D. H. G. B. das Recht des Gesellschafters auf Bezug der Zinsen und des Gewinns aufgestellt ist, und daß nach Art. 63 nicht nur das Capital, sondern auch die Arbeit verzinst wird, obschon letztere Bestimmung vielleicht in der Theorie sich besser ausnimmt als in der Praxis, wo sie leicht Anlaß zu Mißbrauch geben kann, sobald das Geschäft einen schlimmen Gang nimmt. Daß Mehrheitsbeschluß unter den Gesellschaftern entscheiden soll (Art. 59), mag sich rechtfertigen in Bezug auf die Handlungen, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbs mit sich bringt, ist aber etwas streng für die Fälle, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, z. B. wenn es sich darum handelt, ob die Gesellschaft, die als hauptsächliche Creditorinn eines fallit gewordenen Hauses figuriert, dieses ganze zahlungsunfähige Geschäft gegen Abfindung der übrigen Creditoren mit einem Procentsatze übernehmen soll. Das D. H. G. B. Art. 103 fordert für solche Fragen Stimmeneinhelligkeit, wie mir scheint mit Recht, denn der ursprüngliche Vertragswille, durch den die Gesellschaft zu Stande gekommen ist und in dessen Umfang allein Mehrheitsbeschlüsse maßgebend werden können, ging nicht so weit, und so wenig zwei Personen eine dritte zwingen können, mit ihnen eine Societät zu schließen, so wenig sollten zwei Associés den dritten nöthigen können, dem Geschäft eine ganz andere Richtung oder eine Ausdehnung auf andre Handelszweige zu geben. Daß ich endlich dem vom Haupttexte abweichenden Vorschlag des Redactors hinsichtlich der Liquidationsweise im Concurs einer Gesellschaft eventuell den Vorzug gebe, ist nach dem Obigen selbstverständlich. Privatgläubiger und Weibergutsprivileg kommen hier wenigstens theilweise zu ihrem Rechte.

Zweiter Titel.

Von der Commanditgesellschaft.

„Die Commanditgesellschaft ist eine wahre Gesellschaft mit juristischer Einheit und Gesellschaftsfirma," sagen uns die Motive zum schweizerischen Entwurf S. 94 und bringen damit denselben von dem unklaren Begriff der Firmeneinheit beherrschten Gesichtspunct, welcher der Collectivgesellschaft zu Grunde gelegt worden ist, auch bei der Commandite zur Geltung. Nur ist hier diese Auffassung noch unpassender als bei der Collectivgesellschaft. Denn nach außen erscheint der Complementar als der einzige Vertreter des Geschäftes, das Gesellschaftsverhältniß äußert sich direct nur nach innen, d. h. zwischen Complementar und Commanditär, und seine Wirkung nach außen ist bloß eine mittelbare, indem es nur dem Complementar die Möglichkeit verschafft, mit einem erweiterten Fonds sein Geschäft zu betreiben und seinen Creditoren haftbar zu werden. Daher haben die Juristen hier länger gezögert, die Auffassung von juristischer Einheit oder juristischer Persönlichkeit zur Anwendung zu bringen, sie erkannten, wie abnorm es sei, bei Fallitment eines Einzelcomplementars Separatconcurs über das Handlungsvermögen zu Gunsten der Handlungscreditoren zu eröffnen und dann den Commanditär möglicherweise vor den Privatgläubigern des Complementars aus dem Rest des Handlungsfonds zu befriedigen, während ein einfacher Darlehnsgläubiger, der einem Einzelkaufmann ein Capital zur Erweiterung des Geschäfts vorgestreckt hatte, ganz anders behandelt wurde, und neben Handlungs- und Privatcreditoren zugleich an der Collocation Theil nahm. Denn das Argument v. Hahns, daß der Separatconcurs nicht aus der Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger, sondern aus der Rücksicht auf die Gesellschafter selbst hervorgegangen sei, indem die Voraussetzung derselben, es seien die Gesellschaftsactiva zur Befriedigung der Gesellschaftscreditoren zu verwenden, vom Recht geschützt werden müsse, dieses Argument führt in beiden Fällen zu gleichen Resultaten: sowohl der Darlehnsgläubiger als der Commanditär haben ihr Capital unter der Voraussetzung gegeben, daß es zu Gesellschaftszwecken

verwendet werde, und es ist kein Grund, dieser Voraussetzung in dem einen Falle rechtliche Anerkennung zu gewähren, in dem andern nicht. Wir können in der That keinen Grund absehen, warum im Concurse des Complementars nicht Commanditär, Handlungsgläubiger und Privatgläubiger neben einander pro rata collociert werden sollten, nur alsdann natürlich mit der durch die Commandite bedingten Modification, daß in den dem Commanditär zufallenden Antheil sofort die Handlungsgläubiger bis zu ihrer vollen Befriedigung einrücken, ähnlich wie wenigstens in Basel ein Creditor, dem sich die Ehefrau des Falliten durch ihre Mitunterschrift als Mitschuldnerinn dargegeben hat, sofort in das der Ehefrau kraft ihres Weiberguts-privilegs in dritter Classe Zufallende an ihrer Stelle collociert wird.[1])

Wir wollen mit dem Entwurf nicht weiter darüber rechten, daß er der Commanditgesellschaft „denselben Character juristischer Einheit wie der Collectivgesellschaft" (Motive, S. 107) gegeben hat. Wir würden theils schon Gesagtes wiederholen, theils in Verlegenheit sein, der gegnerischen Auffassung gerecht zu werden, weil wir bei keinem ihrer Vertheidiger eine genügende Begründung derselben gefunden haben. Dagegen müssen wir uns noch ein Wort erlauben über das Verhältniß von Commandit- und stiller Gesellschaft.

---

[1]) Ebenso Goldschmidt, Kritik, in der Heidelberger krit. Zeitschrift IV, S. 334 ff. Noch weiter, aber wie mir scheint nicht richtig, geht ein gutgeschriebener Artikel in den Basler Nachrichten vom 3. Dec. 1864, betitelt: „Basler Recht oder fremdes Recht?", der diese Frage im Anschluß an den Concurs von Siegrist Fender & Cie. bespricht und zu dem Resultate kommt, daß der Commanditär auch den Privatgläubigern nachstehen müße: „Der positive Grund für gänzliche Zurücksetzung der Commanditäre und für ihre Anweisung auf einen eventuellen Ueberschuß nach Befriedigung aller andern Creditoren ist der Credit, den die Commanditäre den Associés in ganz besonderer Weise gegeben haben. Durch ihren Einfluß, durch ihre Einschüsse, durch das im Ragionenbuch officiell publicierte Gesellschaftsverhältniß zu den Associés haben sie den Credit der Associés auch über die Geschäftssphäre hinaus dermaßen aufgeblasen, daß es der in solchen Verhältnissen besonders stark betonten bona fides zuwider wäre, wenn sie sich der Eventualität vorgehender Privatschulden entziehen wollten." Aehnliche Aeußerungen und Vorschläge fielen übrigens auf der Nürnberger Conferenz in Betreff der stillen Gesellschaft: Protocolle, S. 1157—1167.

Es ist gegenwärtig Mode, der stillen Gesellschaft, wie sie das D. H. G. B. neben der Commanditgesellschaft sanctioniert hat, jede Lebensfähigkeit abzusprechen. Der Bericht an das preußische Abgeordnetenhaus betreffend Einführung des Handelsgesetzbuchs[1]) hatte dazu das Signal gegeben und nun wird mit großer Zuversicht das dort Gesagte wiederholt: „Wahrscheinlich wird die Erfahrung sehr bald zeigen, daß zwischen der Form der Commanditbetheiligung und derjenigen der Betheiligung im Wege des Darlehens die stille Gesellschaft keinem wirklichen Bedürfnisse mehr entspricht, und demzufolge der ihr geweihte Titel außer Anwendung kommen" u. s. f. So auch die Motive zum schweiz. Entwurf S. 96 f. Das ist nun freilich mehr als zweifelhaft. Wir wissen z. B., daß in Basel stille Gesellschaften in bester Form bestehen, obschon die Gesetzgebung keinerlei Veranlassung dazu gegeben hat; sie sind eben eingeführt worden ich will nicht sagen durch das Bedürfniß, aber doch durch ein vielleicht noch so scheinbares Interesse, kurz die Leute fanden bei dieser Form etwas, was ihnen weder die Commandite noch das bloße Darlehen zu gewähren schien. Was sie dabei bezweckten, worin sie den Gewinn erblickten, ob in vermeintlich größerm Einfluß auf die Geschäftsführung als bei bloßem Darlehn, oder ob sie die Publication als Commanditäre scheuten, oder was es war, ich weiß es nicht, genug, das Verhältniß kommt vor. Unter diesen Umständen genügt uns der Trost nicht, daß nur der Commandite die Zukunft gehöre, daß die stille Gesellschaft entbehrlich sei und durch Darlehn mit beweglichem Zins ersetzt werden könne u. s. w. (Motive S. 97). Denn die Frage bleibt uns damit unbeantwortet, was für rechtliche Grundsätze zur Anwendung kommen sollen, wenn die Leute einmal dennoch so unverständig sind, eine stille Gesellschaft einzugehen, wo sie doch viel einfacher den gleichen Zweck erreichen könnten. So liegt mir ein Vertrag vor, dem ich folgende Stelle entnehme: „Herr X. (der Gerant) verpflichtet sich, das Darlehn von Fr. 120,000 vierteljährlich mit 5% per anno zu verzinsen, und überläßt den Herrn Darleihern noch überdieß 20% des

[1]) Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, V, S. 533.

Reingewinnes des Geschäfts, welche unter dieselben nach Maßgabe ihrer Betheiligung zu repartieren sind. Dagegen sind die Herren Darleiher gehalten, auch ihrerseits in gleichem Verhältniß einen etwa sich ergebenden Verlust mitzutragen." Nehmen wir nun an, der Gerant X. gerathe in Concurs und die Passiven übersteigen die Activen um Fr. 100,000. Wie ist da zu verfahren?

Unserer Meinung nach hat man hier die Wahl zwischen zwei Wegen, entweder man betrachtet die stille Gesellschaft als etwas Werthloses, man behandelt also den Capitaleinleger auf Gewinn und Verlust, insofern er sich nach außen nicht compromittiert hat, als Darlehensgläubiger, wie der eben angeführte Vertrag denn auch diesen Ausdruck braucht, und collociert ihn im Concurse des Geranten für seine ganze Einlage (dort also Fr. 120,000) neben den andern Creditoren. Denn, sagt man, den Geschäftsgläubigern braucht kein Vortheil gewährt zu werden, auf den sie bei ihrer Crediteröffnung nicht haben zählen können und auch wirklich nicht gezählt haben; ein solcher Vortheil aber käme ihnen allerdings zu, wenn der Darlehensgläubiger einen Antheil am Verluste mitzutragen hätte; zudem aber beziehe sich die Verabredung im Gesellschaftsvertrag, daß der stille Gesellschafter oder der qualificierte Darlehensgläubiger, wenn man ihn lieber so nennen will, an Gewinn und Verlust Theil nehmen solle, nur darauf, daß eben während des Bestehens des Geschäfts sein Darlehen dessen Geschicke theilen solle, sofort mit Aufhören des Geschäfts aber, möge es durch freiwillige Liquidation oder durch Concurs eintreten, trete die Forderung auf das Ganze wieder hervor, weil sie eben doch eine Darlehensforderung, der Einleger Darlehensgläubiger sei. — Oder man nimmt die stille Gesellschaft des D. H. G. B. als eigenthümliche Associationsform ausdrücklich in das Recht auf, auf Grund des Gedankens, daß der Capitaleinleger gegenüber dem Geranten, resp. der Concursmasse, nicht mehr beanspruchen kann als was ihm der Gesellschaftsvertrag zuerkennt, daß er also durch diesen gebunden ist, und den verhältnißmäßigen Antheil am Verluste mittragen muß. Hier wird jede Consequenz eines bloßen Darlehens ausgeschlossen, der Vertrag erscheint

als maßgebend auch für die Liquidation des Geschäfts. Dann muß also in dem obigen Beispiel der Capitaleinleger mit 20% am Verlust Theil nehmen, mithin mit Fr. 20,000, die den andern Creditoren zu Gut kommen, und er selbst wird gemäß Art. 258 des D. H. G. B. bloß für Fr. 100,000 statt für Fr. 120,000 collociert. Wir möchten diesem zweiten Weg im Ganzen eher den Vorzug geben, und zwar darum, weil es dem Geranten, der auf solche Auslegung und Ausführung des Vertrags Anspruch hat, unter Umständen nicht gleichgültig sein wird, ob durch Verminderung des Anspruchs des stillen Gesellschafters in der Collocation der Antheil der eigentlichen Gläubiger erhöht wird. Jedesfalls aber ist eine gesetzliche Bestimmung hierüber wünschenswerth, möge sie nun nach der einen oder der andern Seite ausfallen. Der schweiz. Entwurf nun scheint der erstern Ansicht beizutreten, wenn er in Art. 105 sagt: „Wenn weder eine Summe, noch der Name des Einlegers in das Handelsregister eingetragen worden ist, so haftet derjenige, der Capital auf Gewinn oder auf Verlust oder auf Beides in die Gesellschaft eingelegt oder versprochen hat, gegenüber von dritten Personen in der Regel nicht. Hat jedoch derselbe durch seine Handlungsweise dritte Personen dazu veranlaßt, ihn als Commanditär anzusehen, so haftet er gegenüber von dritten Personen, soweit die Einlage geschehen oder auch nur versprochen ist."[1]) Es scheint, sage ich, hier die erstere Ansicht aufgenommen zu sein, wonach der Capitaleinleger im Concurse des Geranten mit seiner ganzen Forderung neben den andern Creditoren collociert würde, und auch die Motive (S. 99, 102) sprechen dafür, aber die Fassung des Art. 105 selbst läßt die

[1]) Wir möchten nur gegen das (Motive S. 102) gewählte Beispiel einer solchen schlüssigen Handlung, die zur Annahme eines Commanditverhältnisses soll veranlassen können, Verwahrung einlegen: „wenn z. B. die Firma um des Capitaleinlegers willen den Zusatz et Comp. führt." Ja wohl, wenn die Dritten benachrichtigt wurden, daß dieser Zusatz um seinetwillen sei aufgenommen worden. Aber sonst? Wie stimmt das mit der im Entwurf adoptierten und in den Motiven lebhaft vertheidigten Freiheit der Firmenwahl? Und wie stimmt es mit S. 100 der Motive: „Oder soll es vielleicht darauf ankommen, ob in der Firma das Wörtchen et Comp. steht? Das wäre das Allerschlimmste."

Sache zweifelhaft, indem aus ihr auch nur deduciert werden könnte, der Einleger müsse zwar seinen Antheil am Verluste tragen, hafte aber bloß mit dem Uebrigen den Creditoren nicht. Vollends aber wird nun die rechtliche Stellung eines solchen Capitaleinlegers zweifelhaft durch die in den Motiven (S. 103) vorgeschlagene Aenderung des Art. 105. Statt: „in der Regel nicht," soll es heißen: „in der Regel nur dann, wenn er sich im Gesellschaftsvertrage dazu verpflichtet hat." „Es wird eine solche Erklärung wohl sehr selten vorkommen," sagen die Motive S. 103. Dieß ist wohl richtig in Bezug auf Erklärungen etwa des Inhalts: der Capitaleinleger erklärt auch im Concurs des Geranten den Geschäftscreditoren mit seiner Einlage haften zu wollen. Aber liegt denn nicht schon in dem Vertrage, mit dem eingeschossenen Capital an Gewinn und Verlust zu einem gewissen Procentsatze Theil nehmen zu wollen, eine solche Erklärung? und wie kann man sich im Grunde ausdrücklicher Dritten haftbar erklären, als wenn man sagt: ich will den Verlust zu 20% mittragen, wie es in dem obigen Beispiel der Fall ist? Mit einer solchen Redaction wird daher gerade die stille Gesellschaft des D. H. G. B. in das Gesetz hereingelassen, das ihr doch, nach den Motiven zu schließen, streng verschlossen sein sollte, wir erhalten damit eben die Haftpflicht der auf Gewinn und Verlust einlegenden Darlehensgläubiger gegenüber Dritten mit dem von ihnen übernommenen Procentsatze, d. h. die qualificierten Darlehensgläubiger sind eben doch wieder zu stillen Gesellschaftern im Sinne des D. H. G. B. geworden. War dieß wirklich beabsichtigt, so haben wir nichts dagegen zu erinnern; nur wünschten wir dann eine präcisere Fassung, welche über die Behandlung dieser Gesellschaftsform sich genau ausspricht. War es aber nicht beabsichtigt, so ist die vorliegende Redaction eine völlig ungenügende.

Ueberhaupt können wir nicht verhehlen, daß die ganze Behandlung des Abschnitts von der Commanditgesellschaft uns weniger befriedigt hat als andere Partien des Entwurfs. Die dem Commanditär gewährte Befugniß, bloß seinen Namen ohne die Commanditensumme bekannt zu machen, würden wir lieber vermissen. Allerdings kann bei hochangesehenen Leuten schon

der bloße Name etwas ausmachen, indem man von ihnen mit Recht erwarten kann, sie geben ihren Namen nicht bloß zum Schein, ohne daß ein entsprechendes Capital dahinter steckt, aber andrerseits bietet ein solches Eintragen des bloßen Namens ohne Summe auch ein reiches Feld für Ausbreitung übertriebener Gerüchte über die Haftbarkeit des Commanditärs, die gern geglaubt werden und schließlich zerrinnen. Man wendet dagegen ein, es brauche sich keiner durch solche Gerüchte verführen zu lassen. Ich habe nur Eine Antwort darauf: das Gesetz soll nicht ohne Noth in solche Versuchungen führen. Zudem liegt nun einmal die Hauptbedeutung der Commanditenveröffentlichung darin, daß Dritte wissen sollen, wie weit der Commanditär haften will, und Versuche wie der eben erwähnte führen nur zu Verwischung des einfachen Grundgedankens. Seltsamer Gegensatz! Das Basler Handelscollegium beschließt am 16. Februar 1865 in Rücksicht auf das Interesse an möglichster Publicität der Commanditensumme, „daß künftighin bei Eintragungen und Aenderungen von Commanditen im Ragionenbuch auch die Commanditensumme im Cantonsblatt publiciert werden soll" (Cantonsblatt vom 18. Febr. 1865, S. 54), und der schweiz. Entwurf findet nicht einmal die Eintragung der Summe im Handelsregister nothwendig. Wahrlich, hätten sich die Motive (S. 95) nicht so bestimmt ausgesprochen, daß an eine Vereinigung von Commandite und stiller Gesellschaft zu einem System nicht zu denken sei, wenn nicht Principienlosigkeit daraus werden solle, wir wären versucht, in der erwähnten Bestimmung doch ein Compromiß zwischen beiden Systemen zu erblicken. Der Art. 100 mit der wohl unrichtigen Verweisung auf Art. 104 (statt 106?) ist etwas zu laconisch, der Absatz 2 von Art. 106 ganz unklar, wenn nicht geradezu seinem Inhalt nach verwerflich, indem er doch gewiß nicht sagen will, was aus ihm gelesen werden könnte, daß z. B. ein Commanditär, dessen Procura nicht im Handelsregister eingetragen worden ist, durch seine Unterschrift eines Wechsels per procura nun für alle Schulden des Geschäfts ohne Ausnahme Dritten unbeschränkt haftbar werde. Der Art. 110 endlich giebt wohl Auskunft über die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger im Concurs der

Commanditgesellschaft, nicht aber über die Art und Weise, wie der Commanditär gegenüber dem Complementar seine Einlage zurückfordert, ob vor, neben oder nach den Privatgläubigern des letztern.

Dritter Titel.

Von der Actiengesellschaft.

Bei der Actiengesellschaft sind wir auf einen Boden gelangt, wo der Streit über die rechtliche Natur dieser Associationsform weniger heftig tobt oder doch jedesfalls für die Praxis von unendlich geringerer Bedeutung ist. Denn man mag die juristische Natur der Actiengesellschaft formulieren wie man will, entweder als deutschrechtliche Genossenschaft, wie Bluntschli, Jolly, u. A., oder als römischrechtliche Corporation, wie Renaud, oder als Gesellschaft mit formeller oder collectiver Personeneinheit, wie Unger, oder als uneigentliche juristische Person, wie Dietzel, oder als juristische Person, die ihrer innern Natur nach allseitig von gesellschaftlichen Momenten durchdrungen ist, wie Auerbach, so viel ist diesen verschiedenen Formulierungen gemeinsam, daß eben von dem Princip der Societät ganz muß abgesehen werden, weil sich die Actiengesellschaft unbestrittenermaßen äußerlich als eine Gesammtheit, als Einheit darstellt, und besser den Namen Actienverein verdiente. Selbst Thöl, der in gezwungener Weise die Generalversammlung zur Principalschaft, die Verwalter (Directoren) zu Institoren macht, muß doch mit dem Satze, daß die Gläubiger behufs der Execution an den Gesellschaftsfonds gewiesen sind, seine Construction brechen. Es sind denn auch die Streitfragen, welche auf diesem Felde eine Rolle spielen, zum größten Theile weit weniger von juristischer Bedeutung als Zweckmäßigkeitsfragen, über die wir hier um so eher kurz sein können, als die Motive sie besonders einläßlich und von allen Seiten beleuchten. Dahin gehört vor Allem die Frage, ob Actiengesellschaften der staatlichen Genehmigung bedürfen sollen. Wir theilen hierin die Ansicht der Motive, daß eine solche unnütz sei und selbst gefährlich wirken könne, finden aber in dem Entwurf Art. 119 nicht mit den Motiven S. 112 die volle entschiedene Anerkennung des richtigen Princips und

das Verwerfen aller Vermittlungssysteme. Dort wird Staatsgenehmigung gefordert für die Actiengesellschaften, welche auf eine 30 Jahre übersteigende Zeitdauer gestellt werden. Wir begreifen den Grund dieser Bestimmung nicht. Entweder hält man die Staatsgenehmigung für zweckmäßig oder nicht. Im ersten Falle ist sie es ebenso gut bei Actiengesellschaften, die nur zwei Jahre lang dauern sollen, weil in diesen zwei Jahren schon genug Unfug kann getrieben werden, im letztern Falle ist sie es nicht auch bei Actiengesellschaften, die auf Jahrhunderte gegründet werden. Zudem werden die meisten Actiengesellschaften zu gewerblichen Zwecken in der Hoffnung und mit der Absicht gegründet, daß sie ein längeres Leben als ein bloß dreißigjähriges vor sich haben. Wir können daher diesem Art. 119 nicht die Tragweite zuerkennen, die ihm die Motive zuschreiben.

Bestimmungen über Größe von Capital und Actien sind mit Recht fallen gelassen, ebenso ist mit Recht den Statuten freigegeben, die Gesellschaft als constituiert zu bezeichnen, wenn eine bestimmte Quote des Actiencapitals gezeichnet ist. Die Einzahlung von 10% der gezeichneten Actienbeträge wird ferner oft für die erste Zeit genügen und Art. 120 fordert daher auch nicht mehr als diesen Betrag für die erste Einzahlung. Der Abschnitt über die Statuten (Statutenänderung und Rückzahlung von Actiencapital) ist sorgfältig und mit angemessener Rücksicht auf alle Interessenten behandelt und redigiert. Ueber die für die Actieneinzahlungen aufgestellten Grundsätze ist auf die Ausführung der Motive zu verweisen, welche manches Rechtfertigende für den Satz enthalten, daß der Actienzeichner bis auf 40% des Actienbetrags persönlich haftbar bleibe, immerhin aber das Bedenken nicht ganz zerstören, daß dadurch Mancher von der Betheiligung abgehalten wird. Auch über den Abschnitt betreffend die Organisation der Actiengesellschaft haben wir keine Bemerkung von größerer Wichtigkeit, außer daß wir mit dem Redactor einen Aufsichtsrath als obligatorisches Glied der Verfassung zweckmäßig gefunden hätten, denn ob bloße Rechnungsrevisoren die Aufgabe immer gehörig erfüllen können, die ihnen der Entwurf zugedacht hat, ist doch sehr die Frage. Auch hätten wir vorgezogen, den Umfang der Vollmacht des Vorstandes gegen-

über der Gesellschaft ganz gleich zu bestimmen wie den der Vertretungsbefugniß nach außen, während Art. 156 und 157 hiefür verschiedene Grenzen feststellen, denn es besteht hier so wenig wie bei der Procura ein Grund, die Vollmacht nach innen enger, nach außen weiter zu interpretieren, und wenn das Gesetz erklärt, im Zweifel gelte der Vorstand nicht als ermächtigt, Grundstücke der Gesellschaft zu veräußern oder zu belasten, so tritt man keinem Dritten zu nahe, wenn man ihm zumuthet, diese Bestimmung zu kennen und einen Gesellschaftsbeschluß zu verlangen.

Der vierte Titel

Von der Commanditgesellschaft auf Actien

giebt uns Anlaß, unsre Freude darüber auszusprechen, daß manche seltsame Bestimmungen des D. H. G. B. nicht Aufnahme gefunden haben und das ganze Institut auf eine freiere Basis gestellt und nicht mit scheelem Mißtrauen angesehen ist. Wenn im Uebrigen der Character der Actiengesellschaft selbst gegenüber den Geranten etwas stark hervortritt, so mag die gute Absicht und der davon gehoffte Erfolg es rechtfertigen, daß dem Rechte damit immerhin ein wenig Gewalt angethan wird. Eine Bemerkung von größerer Tragweite betrifft den Art. 185. Dieser giebt dem Geranten die Befugniß, frei von jeder Ermächtigung oder Beschränkung alle Geschäfte und Rechtshandlungen für die Gesellschaft vorzunehmen, insbesondre auch die der Gesellschaft gehörenden Grundstücke zu veräußern und zu belasten; doch können die Statuten diese Vertretungsbefugniß Dritten gegenüber beschränken. Wir haben schon hie und da Veranlassung gehabt, auf das Bedenkliche solcher Beschränkungen hinzuweisen. Bei der Procura wird eine solche als unzulässig, resp. als für Dritte unverbindlich erklärt, ebenso bei der Collectivgesellschaft für die zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Associés (Entwurf Art. 69), und bloß vollständiger Ausschluß eines Associé von der Vertretung nach außen zugelassen, hier wird Beschränkung durch die Statuten gestattet, obschon ein Grund nicht abzusehen ist, der diese Verschiedenheit genügend erklärt. Es ist dieser Art. 185 nur eine Reproduction des Art. 157, welcher bei den

Actiengesellschaften den Statuten eine derartige Beschränkung der Vertretungsbefugniß des Vorstands einräumt. Ist es nun schon für diesen Fall fraglich, ob die auf S. 141 der Motive angeführten Gründe eine solche Abweichung von dem Princip der Art. 29 und 69 rechtfertigen, so noch viel mehr bei der Commanditgesellschaft auf Actien, denn hier zeigt sich gerade die Doppelnatur dieser Gesellschaftsform darin wirksam, daß das Wesen der Actiengesellschaft zurücktritt und das der Commandite, d. h. die unbeschränkte Vertretungsbefugniß des Complementars gemäß Art. 96 im Vordergrund steht, und was die Motive S. 142 für den Art. 69 anführen,[1]) hat auch hier seine volle Berechtigung.

Dem Aufsichtsrath legt der Entwurf die Haftpflicht für grobe Fahrlässigkeit auf, in dem löblichen Bestreben, die Actionäre möglichst zu schützen. Wir hoffen nur, daß die Gerichte diese grobe Fahrlässigkeit vorkommenden Falls möglichst zu Gunsten des Aufsichtsraths interpretieren werden. Bekanntlich besteht derselbe jeweilen aus jenen unglücklichen Actionären, die gegen ihren Willen mit einem Vertrauen beehrt worden sind, dem jeder andre entronnen zu sein sich freut. Sie sind die unliebsamen Wächter des Handlungsgeschäfts, die vom Geranten ungnädig angesehen und im Geschäftsdrang wohl auch barsch angefahren werden, wenn sie ihre Aufgabe gewissenhaft erfüllen wollen, und die doch gewärtigen müssen, daß aller Zorn der Actionäre sich auf sie entlädt, wenn die Sache irgendwie schief gehen sollte. Nimmt man es dann mit der groben Fahrlässigkeit nicht äußerst genau, so bekommt man Aufsichtsräthe, denen sich jeder pflichtgetreue Mann entzieht und die aus Leuten bestehen, welche nichts zu verlieren haben.

---

[1]) „Was die Vertretungsbefugniß eines Collectivgesellschafters betrifft, so ist diese allerdings nach dem schweizerischen Entwurf unbeschränkbar. Allein der Collectivgesellschafter ist ein wirklicher Träger der Gesellschaft; er haftet persönlich und auch unbeschränkt für ihre Schulden. Sein eigenes hohes Interesse ist das natürliche Gegengewicht gegen die Gefahr seiner Gewalt." Dieß gilt alles auch für den Complementar einer Commanditgesellschaft auf Actien.

Der fünfte Titel

Von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung

veranlaßt uns zu keiner Bemerkung.

Drittes Buch.

Von Geschäften des Mobiliarverkehrs.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Art. 207: Bei einem unter Entfernten gestellten Antrage, welcher alle wesentlichen Bestandtheile des Vertrages bestimmt, ist der Antragsteller gebunden, sobald der Antrag dem andern Contrahenten zugekommen ist.

Goldschmidt[1]) hat gegen die ähnliche Bestimmung des D. H. G. B. vorgeschlagen, den Antragsteller erst als gebunden zu erachten, wenn der Andre die Erklärung der Annahme behufs der Absendung gegeben hat. Munzinger wendet in den Motiven S. 198 dagegen ein, es geschehe oft, daß ein Kaufmann, der eine Offerte erhalte, die Waare zuerst weiter offeriere und sich erst dann entscheide; damit er hierin sicher sein könne, müsse der Offerent gleich mit Ankunft der Offerte gebunden sein. Dieß ist richtig, für die andern Fälle aber trifft Goldschmidts Vorschlag gewiß das Rechte. Könnte man nicht Beidem gerecht werden durch einen Zusatz etwa folgender Art:

Hat aber der Antragende der andern Partei die Zurücknahme seines Antrags zur Kenntniß gebracht, bevor dieselbe den Antrag erhielt oder die nöthigen Schritte zur Benutzung desselben that, so ist er nicht mehr als gebunden zu betrachten.

Art. 208. Wird die Unterhandlung.... unter Entfernten geführt, so kommt der Vertrag erst in dem Momente zum Abschluß, in welchem die Annahme des Antrags dem Antragsteller zur Kenntniß gebracht ... ist.

Diese Fassung kann zu dem Irrthum verleiten, als sei in dem Falle, wo nicht von vorneherein von einer Partei ein bestimmtes Angebot erfolgt, sondern ein längeres Hin- und Her-

---

[1]) Gutachten über das D. H. G. B. an das bad. Ministerium, S. 93.

schreiben, eine „Unterhandlung" geführt worden ist, derjenige, der schließlich auf Grund dieser Unterhandlung eine Proposition gemacht hat, nicht gebunden, bis er die Annahme der Gegenpartei in der Hand halte. Richtiger wäre einfach zu sagen:

Der Annehmer eines Antrags ist gebunden und der Vertrag damit perfect geworden, sobald die Annahme dem Antragsteller zur Kenntniß gebracht ist.

Art. 209. Wenn zwischen einem Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben wird, und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht, oder sich jener gegen letztern zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, so ist der Beauftragte zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gilt.

Warum diese Beschränkung auf Geschäftsverbindung oder ausdrückliches Anerbieten zu solchen Auftragsausführungen? Ist die dem Kaufmann in diesem Artikel auferlegte Pflicht nicht auch außerhalb jener Schranken schon begründet, durch seine Geschäftsthätigkeit im Allgemeinen? Kann ich nicht von einem Buchhändler, mit dem ich noch nichts zu schaffen gehabt habe, verlangen, daß er mir Anzeige mache, wenn er mir eine ihm aufgegebene Bestellung von antiquarischen Büchern nicht besorgen will? Kann ich nicht von einem Bankier dasselbe verlangen, wenn ich ihm eine Actie zum Verkauf übersende?

Art. 234—237. Eigenthumsklage bei Mobilien.

Hier müssen wir uns kurz verweilen, weil wir die Bestimmung des Entwurfs nicht billigen können und auch durch die Motive gar nicht begründet finden. Unser Angriff richtet sich indessen nicht gegen das Princip, das der Entwurf adoptiert hat, sondern gegen die Beschränkung desselben, d. h. gegen dessen Ausschließung bei gestohlenen und verlorenen Sachen.

Die zwei Principien, die sich heut zu Tage in der Vindicationsfrage gegenüberstehen, lassen sich in zwei Worten bezeichnen: Recht und guter Glaube, Eigenthumsrecht und gutgläubiger Besitz. Soll das Eigenthum als das stärkste Recht, das man an einer Sache haben kann, um jeden Preis geschützt werden, oder hat der, welcher eine Sache in besten Treuen erworben hat, nicht mehr Anspruch auf Rechtsschutz als derjenige, der vielleicht durch eigene Unvorsichtigkeit und Nachlässigkeit

den Verlust der Sache veranlaßt hat? Wir wollen hier nicht auf eine doctrinäre Untersuchung der Frage eintreten, welches Princip das vorzüglichere sei. Der strenge Jurist wird dem römischen vielleicht den Vorzug geben, obschon die moderne Zeitströmung dem sog. deutschen unaufhaltsam entgegenkommt. Jedesfalls kann sich auch der eifrigste Romanist der Wahrnehmung nicht entziehen, daß der vom Vindicanten zu führende Beweis des Eigenthums, d. h. des Erwerbs des Eigenthums zu einer beliebigen Zeit vom frühern Eigenthümer, so schwer er auch unter Umständen sein mag, doch etwas völlig Unbefriedigendes hat, indem damit ganz ungewiß bleibt, ob er noch Eigenthümer ist, und doch der Beweis für Fortbestand des Eigenthums bis zur Klagerhebung nicht gefordert werden kann. Wir glauben nicht zu irren, wenn wir die moderne Richtung der Gesetzgebung in dieser Frage auch zum Theil auf dieses Unbefriedigtsein zurückführen und in dem Schutze des gutgläubigen Besitzers einen Rückschlag dagegen erblicken: der in guten Treuen erfolgte Erwerb der Sache durch den dermaligen Besitzer soll eben mehr gelten als ein alter, wenn auch damals noch so unbestrittener Eigenthumserwerb durch den Vindicanten; anstatt daß man das alte Eigenthum als fortbestehend annimmt, bis der Gegenbeweis erbracht ist, präsumiert man bei redlichem Erwerb der Sache auch Erwerb des Eigenthums.

Also Schutz von Treu und Glauben, Schutz des Vertrauens, Schutz des Credits! Das proclamieren auch die Motive zum Entwurf und der Redactor erklärt, er hätte vorgezogen, die Ausnahme bei gestohlenen und verlorenen Sachen fallen zu lassen und das Princip der Nichtvindication ganz rein und zweifellos hinzustellen. Es sei aber nicht geschehen, um Uebereinstimmung mit den Gesetzgebungen der Nachbarländer zu erzielen. Das ist nun aber kein genügender Grund. Zudem ist jene Ausnahme eine reine Antiquität, ein Ueberbleibsel aus dem alten deutschen Recht, in welchem sie ihre volle Berechtigung hatte, während sie jetzt boden- und haltlos dasteht.

Das altdeutsche Recht hat allerdings der Eigenthumsklage Erfolg gegeben in Bezug auf Sachen, die dem Kläger wider seinen Willen aus seiner Gewere gekommen waren, nicht aber

in Hinsicht der Sachen, die er selbst aus seiner Hand gegeben hatte, aber das Motiv dieser Grundsätze war weder die Sicherheit des Verkehrs noch Schutz von Treu und Glauben, sondern die altdeutsche Beweisführung und die Bedeutung der Gewere im Proceß. Weil die Gewere an Mobilien nicht durch Stellvertreter (außer im Kreise der Hausgenossen) geübt werden konnte, mithin einer, der eine solche Sache einem Dritten anvertraute, die Gewere daran aufgab, weil ferner im Vindicationsproceß (eben mit Verminderung des durch den römischen Eigenthumsbeweis bewirkten Uebelstandes) nicht darauf abgestellt wurde, ob der Kläger Eigenthumserwerb beweisen könne, sondern darauf, wer die bessere Gewere habe und dadurch näher sei, das behauptete Eigenthum zu beschwören, so trat jene verschiedene Behandlung ein: wer sich eben durch Satzung, Leihe u. s. f. der Gewere an einer Sache entäußert hatte, dem war von vorneherein die Klage gegen Dritte versagt, weil er sich gar nicht auf eine ihm zustehende Gewere, die älter sei als die des Beklagten, berufen konnte; wer aber zu behaupten (und nöthigenfalls zu beschwören) vermochte, daß ihm die Sache gegen seinen Willen abhanden gekommen sei, der konnte die Eigenthumsklage anstellen, weil er damit zugleich den ältern Besitz (die ältere Gewere) behauptete. Daß übrigens damit allein der Sieg ihm noch nicht gesichert war, sondern der Beklagte ihm im Eide vorgieng, wenn er originären Erwerb oder rechte Gewere u. s. f. vorschützte, ist bekannt und betrifft uns hier weiter nicht. Nun ist aber klar, daß dieses altdeutsche System unserm heutigen Recht durchaus fremd ist, weil eben sowohl die altdeutsche Beweisführung als die Gewere andern Anschauungen gewichen ist. Ebenso klar ist, daß Schutz des bonæ fidei possessor nicht das altdeutsche Princip war, denn der bösgläubige Besitzer, der eine Sache vom Pfandgläubiger gekauft hatte wohl wissend, daß sie dem Schuldner gehöre, wurde diesem gegenüber ebensogut geschützt als jeder Andere. Erst als die römisch-canonistische Beweistheorie in Deutschland bekannt und Regel wurde und damit die Gewere ihre Hauptbedeutung verlor, mußte man sich nach anderweitiger Begründung der in den Stadtrechten namentlich immerfort beibehaltenen

altdeutschen Grundsätze über die Eigenthumsklage umsehen und kam so zu den mannigfachen Modificationen zu Gunsten des öffentlichen Verkehrs und des guten Glaubens und zum Schutz des Eigenthümers gegen den malæ fidei possessor; so wurden die beiden Hauptsätze des alten Systems durchbrochen und bald der gutgläubige Besitzer gegenüber dem Bestohlenen geschützt (z. B. wenn jener die Sache auf offenem Markt gekauft hatte), bald der bösgläubige Besitzer zur Rückgabe der Sache selbst an denjenigen angehalten, der dieselbe einem Dritten anvertraut hatte. Immer aber wurde noch mehr aus alter Gewohnheit als aus principiellem Grund die Vindicabilität der gestohlenen und verlorenen Sachen als Regel beibehalten, so sehr man sie auch durch Ausnahmen oft beschränkte, und die modernen Gesetzgebungen stehen noch größtentheils auf diesem Boden. Wir möchten nun aber fragen, ob neue Gesetze sich nicht die Aufgabe stellen sollten, diesen reinen Uebergangszustand zu verlassen und endlich einmal hierin eine principielle Lösung zu geben. Es wird allgemein das Motiv der bona fides und der Verkehrssicherheit jetzt als maßgebend für das Verlassen der römischen Vindication erklärt. Man muß damit zugeben, daß der gutgläubige Erwerber einer gestohlenen oder verlorenen Sache ebensoviel Anspruch auf Rechtsschutz hat als der einer veruntreuten Sache. Es verstößt auch jenes nicht mehr als dieses gegen das sittliche Gefühl, das sich sträuben mag, auf solchem Wege den Diebstahl scheinbar zu sanctionieren, denn Veruntreuung und Diebstahl sind dem sittlichen Gefühl gleich verabscheuungswürdig, und zudem ist ja damit in keiner Weise der Diebstahl straflos erklärt. Noch mehr: die neuern Gesetze schließen bei Inhaberpapieren trotz Diebstahl oder Verlorengehen die Vindication gänzlich aus, ohne daß ein Grund für diese ausnahmsweise Behandlung besteht. Denn wenn mir ein Kaufmann sagt: ich kann es der Actie nicht ansehen, ob sie gestohlen ist,[1]) so antworte ich ihm: ich kann es dem Buche, das mir einer zum Kauf anbietet, auch nicht ansehen, ob es gestohlen oder dem Eigenthümer aus seiner Mappe auf die Straße gefallen ist.

---

[1]) Munzinger, zur Frage eines schweiz. Handelsgesetzes, S. 27 und 28.

Und gegen die Bemerkung auf S. 230 der Motive ist einzuwenden, daß ein Inhaberpapier vermöge seiner Nummer so gut und noch besser individuell erkennbar ist als tausend andre Sachen. Wozu also diese Verschiedenheit? Ein Gesetz muß den Anfang machen, sie aufzuheben. Wir begreifen wirklich die Bedenklichkeiten nicht, die dagegen bestehen könnten.

Es hat nun allerdings das Basler Gesetz vom 7. März 1864 auch die Vindicabilität gestohlener Sachen noch anerkannt, während es die verlorener Sachen ausschloß, und wir berühren diesen Punct noch gern, weil er auch in den Motiven (S. 228) Erwähnung gefunden hat. Es war diese Trennung von gestohlenen und verlorenen Sachen, welche Munzinger tadelt, keine freiwillige, sondern der Redactor jenes Gesetzes und die Mehrheit des Justizcollegiums hätten vorgezogen, das oben vertheidigte Princip streng durchzuführen und die Vindication in allen Fällen gegenüber dem gutgläubigen Besitzer ganz auszuschließen. Man glaubte sich aber gebunden durch das Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern vom 24. Juli 1852, Art. 6: „Mit den Angeschuldigten sind auch alle bei ihnen vorgefundenen Wahrzeichen, sowie die noch vorhandenen Objecte des Verbrechens, z. B. gestohlene Effecten, auszuliefern. Wenn die letztern im Besitze von dritten Personen sind, welche deren Herausgabe verweigern, so ist gegen sie nach den Gesetzen ihres Landes zu verfahren; doch sollen gestohlene und geraubte Effecten in allen Fällen den Eigenthümern unbeschwert zugesprochen und verabfolgt werden, wobei den Besitzern derselben ihre Regreßrechte vorbehalten bleiben.“ Was man nach diesem Gesetze Schweizern gewähren mußte, glaubte man Baslern nicht versagen zu dürfen. Daß für Inhaberpapiere dennoch die Ausnahme gemacht wurde, geschah auf Grund des zweifelhaften Arguments, daß Inhaberpapiere unter den in jenem Art. 6 gemeinten Effecten nicht verstanden seien. Wäre dieses Bundesgesetz nicht gewesen, so hätte das Princip völligen Ausschlusses der Vindication wohl gesiegt. Wir denken nun aber, daß auch wenn der schweizerische Entwurf bleibt wie er ist, doch jedesfalls eine förmliche Aufhebung, resp. Modification jenes Art. 6 des Bundesgesetzes erfolgen muß, denn die Bundesbehörden

können doch unmöglich den Cantonen ein Gesetz zur Annahme empfehlen, das mit einem Bundesgesetz in Widerspruch steht. Gleichzeitig damit, hoffen wir, werde dann auch der Entwurf noch den letzten Schritt zu einer principiellen Lösung der Vindicationsfrage thun.

Auch nach einer andern Seite noch mangelt es übrigens dem Entwurf in dieser Frage an einem fest durchgeführten Princip. Es kann nämlich der Schutz, den man dem gutgläubigen Besitzer angedeihen läßt, weiter und enger sein: entweder behält er die Sache und der Vindicant bekommt nichts, oder er muß die Sache zwar dem Vindicanten zurückgeben, aber nur gegen Erstattung des von ihm bezahlten Kaufpreises. Letzteres ist ein Vermittlungsversuch, der uns im Ganzen wohl gefällt, indem ja gerade der wirklich *bonæ* fidei possessor nichts anders beanspruchen wird und beanspruchen soll als völlige Schadloshaltung, nicht Gewinn. Der Entwurf unterscheidet aber auch in dieser Hinsicht: wer in guten Treuen eine veruntreute Sache gekauft hat, darf sie behalten; wer in guten Treuen eine gestohlene Sache auf offenem Markt gekauft hat, muß sie gegen Erstattung des bezahlten Kaufpreises herausgeben.

Nach allem Obigen würden wir dem Art. 234 kurzweg folgende Fassung geben:

Der Besitzer einer beweglichen Sache, welcher seinen gutgläubigen Erwerb nachweist, kann nur gegen Ersatz des von ihm bezahlten Kaufpreises zur Rückgabe an einen frühern Berechtigten angehalten werden.

Auch für die Inhaberpapiere würden wir ganz dasselbe ohne Bedenken festhalten, und demgemäß die Cursdifferenz zwischen dem Tage des Ankaufs und dem Tage der Rückgabe weder zu Gunsten noch zu Ungunsten des zur Herausgabe angehaltenen Besitzers berücksichtigen, sowenig wie bei andern Waaren.

Art. 241 ff. Retentionsrecht.

Wir hätten vorgezogen, das kaufmännische Retentionsrecht im Sinn des D. H. G. B. auf die Forderungen beschränkt zu sehen, welche einem Kaufmann gegen einen andern aus den zwischen ihnen geschlossenen Handelsgeschäften zustehen. Für die

Ausdehnung des schweiz. Entwurfs geben die Motive keinen genügenden Grund an. Das Retentionsrecht ist immerhin eine Art Selbsthilfe, die das Recht gestatten kann, insoweit dem Zufalle dadurch nicht zu viel Spielraum gelassen wird. Da nun der ganze Geschäftsverkehr unter zwei Kaufleuten, wenn er auch aus hundert einzelnen Rechtsgeschäften besteht, doch als etwas Einheitliches gedacht wird, und zumal vermittelst des Contocorrentes die einzelnen Geschäfte in enge Wechselbeziehung zu einander gebracht und nicht einzeln bereinigt, sondern durch Verrechnung u. dgl. liquid gemacht werden, so hat innerhalb dieser Schranken das Retentionsrecht seine Berechtigung. Aber für Ueberschreitung dieser Schranke besteht kein Bedürfniß und keine Wünschbarkeit. Die Gesetzgebungen aller Zeiten[1]) enthalten die Bestimmung, daß der Depositar an der hinterlegten Sache kein Retentionsrecht geltend machen dürfe außer für die darauf verwendeten Auslagen, von der richtigen Anschauung ausgehend, daß Zufälligkeiten im Recht möglichst ausgeschlossen sein sollen. Wenn aber dieser Satz im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr aufrecht bleibt und auch durch den Entwurf des Handelsrechts nicht umgestoßen wird, so ist es eine seltsame Inconsequenz, ihn für den Privatverkehr der Kaufleute aufzuheben, so daß wenn ein Rentier einem Kaufmann eine Cassette mit Diamanten zur Aufbewahrung übergiebt, bis er von einer Reise zurück sein würde, ein Retentionsrecht nicht geltend gemacht werden darf, wohl aber, wenn zufällig der Diamantschmuckeigenthümer auch ein Kaufmann ist.

Ebenso erscheint uns Streichung des letzten Absatzes von Art. 242 höchst wünschenswerth. Sein Inhalt ist die gesetzliche Sanctionierung einer Massadefraudation ganz schlimmer Art, und giebt dem Schuldner Gelegenheit, unter unschuldigem Scheine mit einzelnen Creditoren zum Nachtheile der Masse zu colludieren. Und auch wenn keine Collusion vorliegt, so ist dieses dem Gläubiger gewährte Recht ein ganz abnormes, in-

---

[1]) z. B. Zürich § 1145, Bern Satzung 735, Luzern § 573, Solothurn § 1264, Aargau § 753, Code civil art. 1944, Neuenburg art. 1566, Waadt art. 1428 u. s. f.

dem er dadurch der Masse gegenüber Befugniße erhält, die er dem Schuldner gegenüber nie hätte üben können.

Zweiter Titel.

Vom Kauf.

Wir müssen hier mit der Bemerkung beginnen, daß uns dieser Theil des Entwurfs weniger gelungen erscheint als die andern, aus zwei Gründen, welche die Motive selber übrigens schon als Schwächen dieses Titels bezeichnen. Der erste ist der demselben gegebene Umfang, ein Zwitterding zwischen vollständiger Darstellung des Kaufgeschäfts und bloßer Normierung dem Handelsrecht eigenthümlicher Sätze; der zweite ist die Ausdehnung mancher für den Kaufmann wohl gerechtfertigten Verpflichtungen auf den Nichtkaufmann. Wir haben von beiden Mißständen schon oben unter I. gesprochen und können uns daher hier auf Weniges beschränken.

Was den ersten Punct betrifft, so würden wir dem jetzigen Entwurf unbedingt ein vollständiges System über den Mobiliarkauf vorziehen, und wir begreifen in der That nicht, was für Bedenken bei der Redactionscommission gegen ein solches Verfahren im Kauf obgewaltet haben, welche nicht ganz ebensogut auch beim Frachtvertrag hätten maßgebend werden müssen, denn der Kauf gerade verträgt eine gemeinsame und einheitliche Gesetzgebung für alle Cantone ebenso gut und sogar noch besser als irgend ein anderes Institut des Obligationenrechts. Wenn wir daher entweder Vollständigkeit in der Normierung des Kaufs überhaupt oder Beschränkung auf das Nothwendige des Handelskaufs wünschen, so legen wir der Wahl zwischen diesen beiden Alternativen wenig oder keine principielle Bedeutung bei und behandeln sie als reine Zweckmäßigkeitsfrage, und aus Zweckmäßigkeitsgründen würden wir vorziehen, gegenwärtig noch eher zu wenig als zu viel zu thun. — Der zweite Punct dagegen ist wichtiger. Die Motive (S. 242) fühlen auch, daß es zu Unbilligkeiten führen kann, „den Nichtkaufmann mit der vollen Strenge des Gesetzes zu behandeln". Einem Kaufmann, der eine Waare empfängt, kann unbedenklich zugemuthet werden, sie sofort zu untersuchen (Art. 252), einen Verbalproceß auf-

nehmen zu lassen oder sie in einem öffentlichen Magazin unterzubringen (Art. 255) u. dgl., denn das gehört in seinen Beruf und seine tägliche Beschäftigung. Bei Nichtkaufleuten kann diese Strenge zur Härte werden. Beschränkung auf den kaufmännischen Verkehr, und zwar auf den Verkehr, wo beide Theile Kaufleute sind, wäre auch um so angemessener, als die Ausdrucksweise des Entwurfs selbst sich ganz auf diesem Gebiet bewegt, und die Motive auch durchgängig diese Fälle im Auge haben. Andrerseits scheint uns die Beschränkung der Bestimmung im Art. 249 auf den kaufmännischen Verkehr (die einzige dieser Art in dem ganzen Titel) einer innern Begründung zu entbehren. Darnach hat im kaufmännischen Verkehr der Käufer bei verspäteter Lieferung die Wahl zwischen Annahme oder Verweigerung der Waare.[1]) Wir halten diesen Satz in zweierlei Beziehung für unrichtig: erstens in dieser seiner Beschränkung, d. h. in seinem Ausschluß für den gewöhnlichen Verkehr, und zweitens in seiner Ausdehnung auf alle Fälle des kaufmännischen Verkehrs ohne Ausnahme. Wer einem Schuster Bergschuhe auf 1. Juli bestellt, um eine Excursion des schweizerischen Alpenclubs am 3. Juli mitzumachen, wer beim Schreiner einen Tisch kauft, lieferbar am 20. Mai, um ihn an diesem Tage seinem Freunde als Hochzeitsgeschenk zu übergeben, u. s. f., der versieht sich eben auch bei mora des Verkäufers sofort anderweitig und kann nicht einen Monat nachher angehalten werden, die Sache noch anzunehmen. Und umgekehrt giebt der Art. 249 in seiner jetzigen Fassung einem Kaufmann die Befugniß, unter Umständen ganz wider die gute Treue eine um acht Tage verspätete Waare zur Disposition zu stellen und von einem Kaufe zurückzutreten, der ihn gereut hatte, obschon ihm diese Verspätung keinerlei Nachtheil gebracht hat. Die Römer sagten: der Käufer kann und muß in allen Fällen auf das Interesse klagen, dieses Interesse kann bald in Aufhebung des Kaufvertrags, bald bloß in Entschädigung, bald in beiden zusammen bestehen (omne

---

[1]) Gute Bemerkungen über diese Frage finden sich in einem Aufsatz von A. Pauli: Ueber das Recht zum sogenannten Rücktritt vom Kauf, in Voigts und Heinekens neuem Archiv für Handelsrecht, Bd. III, S. 123 ff.

ad iudicis cognitionem remittendum est.). Unsre Zeit sagt: mit dieser allgemeinen Vertröstung des römischen Rechts ist dem Kaufmann nicht geholfen, er muß die bestimmteste Erlaubniß durch das Gesetz erhalten, bei Verspätung die Waare zu refüsieren und sich anderweitig zu versehen, weil er nicht riskieren darf, daß der Richter sein Interesse anders bemißt als er, und ihn vielleicht zur Annahme der Waare anhält, nachdem er sie schon wieder von einem Andern gekauft hat. Wir glauben immerhin, es sollte nicht unmöglich sein, beide Ansichten zu einem sowohl dem Recht als der Zweckmäßigkeit entsprechenden Ganzen zu vereinigen, etwa so:

Ist ein bestimmter Lieferungstermin verabredet, aber vom Verkäufer nicht eingehalten worden, so ist der Käufer nur dann berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten, wenn er des Kaufgegenstandes auf den bestimmten Termin selber wieder zur Erfüllung eigner Verbindlichkeiten bedurfte und ihn daher sofort sich anderweitig verschaffen mußte, oder wenn die bestimmte Lieferungszeit sich als wesentliche Bedingung des Kaufs ergiebt, wie z. B. bei Waaren, die ihrer Natur nach zu sofortigem Umsatz bestimmt sind.

Im Einzelnen haben wir bloß einige kleine Bemerkungen. In Art. 246 wäre richtiger dem Ausdruck „Käufer" zu substituieren: „Empfänger des Musters", indem der Fall ebenso leicht vorkommt, wo der Käufer auf ein Muster bestellt, das er dem Verkäufer übergiebt. In Art. 253 erscheint die Beschränkung auf den Platzverkehr als eine ungerechtfertigte und im Entwurf keine Analogie findende Singularität. Wenn der Basler dem Frankfurter telegraphiert: „ich nehme Ihren Waizen nicht an wegen der und der Mängel, disponieren Sie darüber," und der Frankfurter telegraphiert in der gleichen Stunde zurück: „Beziehen Sie dafür den Waizen, der bei Herrn X. in Basel gelagert ist," so darf sich der Käufer das ebensowohl wie im Platzverkehr gefallen lassen, wenn es ihm auch vielleicht bequemer wäre, den Vertrag ganz abzuschütteln. Wir möchten daher die Worte „im Platzverkehr" streichen und dafür sagen: „durch sofortige Lieferung". Man sagt vielleicht, das sei zu unbestimmt. Ich gebe zu, daß das Ermessen des Richters hiemit

gewissen Spielraum erhält, aber hier nicht mehr als bei dem „sofort" der Art. 245 und 251 und dem „ohne Verzug" des Art. 252.

Dritter Titel.

Von der Commission.

Die Bestimmungen dieses Titels sind im Ganzen die bekannten und den modernen Gesetzen gemeinsamen. Sie sind klar und gefällig redigiert mit Ausnahme der Art. 281 und 282, die zu Zweifeln Anlaß geben könnten. Namentlich ist die Tragweite des Art. 281 unsicher. Im D. H. G. B. Art. 376 erscheint die betreffende Bestimmung auf die Commission zum Einkauf oder Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, beschränkt und lautet kurzweg dahin, daß der Committent befugt sei, den Commissionär, der ihm nicht ausdrücklich eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft mache, selbst als solchen zu betrachten. Dieser Satz findet seine einfache Erklärung in dem vorhergehenden, daß bei solchen Gegenständen, die einen Marktpreis haben, der Commissionär selber kaufen oder verkaufen kann. Der schweizerische Entwurf hat diese Verbindung gelöst und noch die Alternative beigefügt, daß der Committent verlangen könne, der Commissionär solle ihm den dritten Contrahenten nennen. Dieses Wahlrecht aber hat in solcher Ausdehnung keine Begründung und wir würden es lieber fallen lassen. Bei Art. 282 sodann bleibt ganz zweifelhaft, was für einen Preis der Committent zu zahlen oder zu fordern berechtigt ist, wenn er den Commissionär selbst wegen zu hoher Preisberechnung als seinen Verkäufer oder Käufer behandeln will; offenbar nicht den zu hohen Preisansatz des Commissionärs bei Einkaufscommission, weil da der Commissionär gerade die Frucht seiner mala fides genießen würde; wie aber bei Verkaufscommission? Oder ist die Meinung, daß der Committent, auch wenn er den Commissionär selbst haftbar macht, nur den wirklichen Preis zahlen, resp. fordern soll? Dem scheint der Wortlaut des Artikels zu widersprechen. Wir würden auch hier das Wahlrecht fallen

lassen; solche Privatstrafen passen in unser heutiges Recht nicht mehr recht, sie erinnern an die actiones pœnales des römischen Rechts, die unsrer Anschauung fremd geworden sind.

Die Spedition.

Wir haben uns hier noch darüber auszusprechen, warum wir einen besonderen Abschnitt über die Spedition wünschen. Wie schon früher bemerkt, streicht der Entwurf dieselbe gänzlich, und die Motive (S. 269—279) geben hiefür die Gründe an, die wir erwartet hatten. Es sind deren zwei: 1. die neueren Gesetze, welche Spedition und Frachtvertrag trennen, sind zu keiner klaren Ausscheidung der beiden Verträge gelangt; 2. die Entwicklung des Transportwesens in der Neuzeit hat die Spedition überflüßig gemacht. Der erste Grund kann nun wohl schwerlich als genügend betrachtet werden, denn damit ist der Beweis noch nicht geführt, daß eine bestimmte Sonderung beider Arten von Geschäften überhaupt unmöglich ist. Der zweite aber ist für unsre Zeit noch verfrüht, und behauptet einen Zustand, der wohl jetzt schon die Regel bildet, noch nicht aber zu ausschließlicher Herrschaft gelangt ist. Es ist bekannt und unbestreitbar, daß die Eisenbahnen mit ihrem durchgehenden Verkehr der Spedition einen schweren Schlag versetzt haben, und daß dies immer mehr geschehen wird, je mehr die Eisenbahnen durch Ausbildung ihrer Camionage von ihren Stationen nach den benachbarten Seitenthälern u. s. f. besondere Speditoren unnöthig machen und den Transport auch nach den nicht an der Bahn liegenden Orten auf diese Weise übernehmen. Aber einerseits ist dieser Camionagedienst noch nicht so allgemein durchgeführt, um jede Spedition unmöglich zu machen, andrerseits giebt es noch genug Fälle, wo selbst bei durchgehender Eisenbahnverbindung Speditoren als Mittelspersonen benutzt werden. Wir kennen Beispiele aus neuester Zeit, wo ein Basler Haus eine Waare erhält zur Vermittlung des Weitertransports, ohne daß es deßhalb den Transport selbst besorgt. Da liegt eben kein Frachtvertrag vor, sondern es ist ein seiner Natur nach verschiedenes Rechtsverhältniß, wenn auch in manchen Beziehungen die gleichen Grundsätze dafür wie für den

Frachtvertrag gelten. Aus dem Gesagten geht hervor, was wir unter Spedition verstehen, wir halten an der Definition des D. H. G. B. Art. 379 fest und bezeichnen als Speditor den, der die Vermittlung zwischen Absender (oder Frachtführer) und Frachtführer bildet, im Gegensatz zu dem, welcher den Transport selbst besorgt. Die Inconsequenzen, welche die Motive dem D. H. G. B. vorwerfen, sind denn in der That auch nicht vorhanden. Denn es ist ganz richtig, daß ein Speditor doch den ganzen Transport übernehmen kann, ohne deßhalb zum Frachtführer zu werden, er übernimmt eben damit nur eine weiter gehende Haftpflicht als in dem Falle, wo er bloß die Vermittlung besorgt. Und umgekehrt kann ein Frachtführer da, wo sein eigener Transport aufhört, gegenüber dem weitern Frachtführer, dem er dann die Waare übergiebt, zum Speditor werden. Allerdings bekommen wir dann für den Speditor, der den Transport selbst übernommen hat, die gleichen Grundsätze wie für den Frachtführer, aber deßwegen sind es doch zwei verschiedene Rechtsverhältnisse. Es hätte nun freilich ganz keine Schwierigkeit, Speditor und Frachtführer völlig zusammenzuwerfen, wenn der Speditor immer den ganzen Transport übernähme; so lang das aber nicht der Fall ist, müssen auch beide noch aus einander gehalten werden. Nicht im D. H. G. B. findet sich daher eine Lücke zwischen Speditor und Frachtführer, in welche derjenige hineinfällt, der den Transport zwar nicht ausführt, aber doch übernommen hat, sondern der schweizerische Entwurf läßt eine Lücke, in welche derjenige fällt, der den Transport weder selbst besorgt noch übernommen hat, sondern bloß vermittelt. Da sagen uns nun freilich die Motive, das sei Speditionscommission, für welche die allgemeinen Bestimmungen über die Commission vollständig genügen. Aber in Wirklichkeit genügen diese Bestimmungen doch schwerlich, denn wenn schon der Art. 261 den Begriff der Commission möglichst weit gefaßt hat, so ist doch im Folgenden immer an Einkaufs- und Verkaufscommission gedacht worden, so daß man hier wahrlich die Grundsätze über die Spedition kaum sucht. Ueberhaupt aber ist nicht recht einzusehen, warum aus mehr doctrinären als practischen Gründen die Spedition gar nicht erwähnt

wird. Denn bloßen Doctrinarismus müssen wir in der ganzen Motivierung dieser Ausschließung erblicken: weil das Institut der Spedition sich bald als bloße Commission, bald als Frachtvertrag äußert, so ist es nicht nöthig, sie überhaupt zu erwähnen. So wird argumentiert, während es uns besser gefallen hätte und wir auch jetzt noch wünschen, man möchte so argumentieren: weil das, was man Spedition nennt, bald unter die Analogie der Commission, bald unter die Regeln des Frachtvertrags fällt, so wollen wir ausdrücklich sagen, unter welchen Voraussetzungen das eine und unter welchen das andere eintritt, damit nicht Parteien und Gerichte zu dem Irrthum verleitet werden, alle Speditionsfälle nach den Grundsätzen des Frachtvertrags zu beurtheilen oder umgekehrt nach denen der Commission. Wir würden sogar in dieser Beziehung unsre Wünsche auf einen bescheidenen Umfang beschränken können, und, wenn man von der Behandlung der Spedition als eines besondern Instituts in einem eigenen Titel Verwirrung oder doch Unklarheit der Begriffe befürchtet, uns gern damit begnügen, daß im Titel von der Commission der Speditionscommission ein Paar Artikel gewidmet würden, wie ja auch immer Einkaufs- und Verkaufscommission besonders bedacht sind, und andrerseits im Titel vom Frachtvertrag bestimmter als es jetzt geschehen ist ausgesprochen würde, daß der Speditor, der (in der Regel gegen höhere Uebernahmsprovision) den Transport übernimmt, (nicht zum Frachtführer wird, sondern) die Haftpflicht für den ganzen Transport auf sich nimmt, in dieser Hinsicht also allerdings unter die Regeln des Frachtvertrags tritt. Da wäre dann auch Gelegenheit, davon ein Wort zu sagen, was für eine rechtliche Folge die Uebernahme der Waare mit durchgehendem Frachtbrief und die ohne durchgehenden Frachtbrief haben soll. Worauf es uns namentlich ankommt, ist dem Gesagten zufolge eine genaue Bestimmung über die Haftpflicht des reinen Speditors, des „Speditionscommissionärs" der Motive. Hiefür genügt der Titel von der Commission nicht und ebensowenig hat der Art. 303 diesen Fall im Auge, abgesehen davon, daß er zu streng wäre. Das D. H. G. B. hat hiefür im Art. 380 den meiner Meinung nach richtigen Grundsatz aufgestellt, daß der Speditor

bloß für Sorgfalt in der Wahl des Frachtführers hafte, nicht für den Transport selbst. Eine derartige Bestimmung wäre auch für den schweizerischen Entwurf nicht unpassend.

Wir haben den für die Abhandlungen bestimmten Raum der Zeitschrift schon weit überschritten und müssen unsrer Besprechung des Entwurfs ein Ziel setzen. Wir wollen bloß in Kürze das noch Folgende überblicken. Der Titel vom Frachtvertrag ist bestrebt, den Wünschen und Bedürfnissen des Handelsstandes durch möglichst strenge Haftpflicht der Frachtführer gerecht zu werden, und die aufgestellten Grundsätze dürften auch im Allgemeinen als die richtigen adoptiert werden. Zweifelhafter könnte man sein über den practischen Nutzen des Titels von der Versicherung; die darin aufgestellten Grundsätze sind zum großen Theil nur Variationen über das Thema, daß die gute Treue alle Verträge beherrschen muß, und insofern vielleicht ebenso unschädlich als unnöthig. Ungern dagegen versagen wir uns ein längeres Eintreten auf den Titel vom Wechsel. Wir hätten uns namentlich gern über die Zulässigkeit von Einreden ausgesprochen, zumal über die des Trassanten gegenüber dem Remittenten und des Acceptanten gegenüber dem Trassanten. Mit so unbedingtem Ausschluß der Einreden wie das alte schweizerische Wechselconcordat und der jetzige Entwurf ihn statuieren, begiebt man sich auf eine Bahn, die oft der guten Treue schnurstracks zuwiderläuft. Auf nähere Begründung dieses Satzes muß ich an diesem Orte leider verzichten, da er eine umfangreiche Untersuchung erfordern würde. Die Bestimmungen über cheques und warrants sind Versuche, die noch keine Praxis in der Schweiz hinter sich haben und sich erst noch erproben müssen; schon aus diesem Grunde kann ich sie hier ohne Bedauern übergehen.

Im vierten Buche folgt dann der kaufmännische Concurs. Auch auf diesen wichtigen Gegenstand einzutreten muß ich nun leider verzichten. Endlich das fünfte Buch, einige Bestimmungen

über die Cassation und Urtheilsfällung durch das Bundesgericht enthaltend. Ich hoffe später einmal Gelegenheit zu finden, mich über Sinn und Zweckmäßigkeit der Cassation im heutigen Proceß weiter zu verbreiten. Hier kann ich mich Einer Bemerkung nicht enthalten. Der vom Entwurf beabsichtigte Zweck ist ein guter, das Mittel ein fatales. Es ist schon auffallend, daß zu einer Zeit, wo das Recursunwesen in der Schweiz in höchster Blüthe steht und die Bundesbehörden oft mit den allerunverantwortlichsten Beschwerden belästigt werden, noch eine neue Schleuse geöffnet werden soll, wodurch auch das Bundesgericht mit diesem Geschenke beglückt wird. Denn mit solchen Cassationsbegehren von Urtheilen, welche contra ius in thesi clarum verstoßen, hat es eine eigene Bewandtniß. Unrichtige Auslegung des Gesetzes wird ebenso leichtsinnig behauptet als sie, wenn man es streng nimmt, selten ist. Jeder Proceßsüchtige erblickt in dem recours en cassation ein Mittel, um fortzustreiten, wenn die Appellation nicht mehr möglich ist, der letzte Trumpf muß ausgespielt sein, bevor man sich zufrieden giebt. Das Bundesgericht wird nun allerdings unbegründete Recurse zurückweisen, aber annehmen und prüfen muß es sie doch, zu seiner eigenen großen Belästigung wie der von Gerichten und Parteien. Es macht einen widerwärtigen Eindruck zu sehen, wie zumal in Ländern des französischen Proceßrechtes auf die leichtfertigste Weise solche Cassationsbeschwerden erhoben werden, man braucht nur einen Band des Journal des tribunaux Vaudois zu durchblättern, um zur Einsicht zu gelangen, daß in neun von zehn Fällen oder sogar in neunundneunzig von hundert Fällen das Cassationsbegehren die reinste Chicane ist, um ein inappellables Friedensrichterurtheil u. dgl. doch zu nochmaliger Verhandlung zu bringen. Nun beschränkt freilich der Entwurf solche Cassationsbegehren auf die Fälle, wo der Streitgegenstand dreitausend Franken werth ist. Das gefällt uns aber gerade am wenigsten. Wenn einmal das Gesetz sich überhaupt darauf einläßt, unrichtige Auslegung des Gesetzes als Cassationsgrund zu statuieren, so können die Zweckmäßigkeitsrücksichten nicht maßgebend sein, welche für die Appellation eine bestimmte Summe fordern. „Die Summe des Streitgegenstandes, sagt

Mittermaier,[1]) kann hier, wo die Verletzung des Gesetzes, wo das Unrecht, welches die Partei leidet, so klar vorliegt, nicht entscheiden; der Staat muß selbst die Appellation in diesem Falle begünstigen, weil dabei zugleich das Interesse des Staats in Frage steht und verhindert wird, daß nicht ein rechtswidriges Urtheil als ein gerechter Ausspruch erscheine." In Würdigung dieses Grundes haben manche Gesetze sogar Appellation wegen Gesetzesverletzung da zugelassen, wo sie sonst wegen mangelnder Appellationssumme ausgeschlossen wäre.[2]) Noch viel weniger darf aber die Cassation aus solchem Grunde beschränkt werden. Denn Cassation ist etwas Anderes als Appellation. Diese geht auf Reformation einer sententia iniusta s. iniqua, das Cassationsbegehren dagegen auf Nichtigerklärung einer sententia nulla. Die Cassation beruht auf dem Gedanken, daß Urtheile, denen ein wesentliches Erforderniß (ein formelles oder ein ex substantialibus processus hergenommenes) mangelt, an sich nichtig seien und keiner Rechtskraft theilhaftig werden können, daher auch das Cassationsbegehren an die Appellationsfrist nicht gebunden ist. Wenn nun unrichtige Auslegung des Gesetzes als ein solcher Nichtigkeitsgrund aufgestellt wird, so ist es klar, daß es nicht mehr darauf ankommen kann, ob es sich um dreißig oder dreitausend Franken handelt, denn die Nichtigkeit ist in beiden Fällen die gleiche.

---

[1]) Der gemeine deutsche bürgerliche Proceß, dritter Beitrag (Aufl. 2), S. 151.

[2]) Vergl. Bellot, loi sur la procédure civile de Genève, avec exposé des motifs, 2ème édition, p. 250 (art. 304, 3°) und 286 ss.