

Das
Deutsche Handelsrecht.

Systematisch dargestellt

von

Dr. Wilhelm Endemann,
Professor der Rechte und Oberappellationsgerichtsrath zu Jena.

Heidelberg.

Verlag von Bangel & Schmitt.

1865.

Abchnitt 1.

Die Einzelperson als Prinzipal.

I. Der Handels- oder Kaufmann.

§. 13.

A. Begriff.

I. Wie der Begriff des Handels, so kann auch der Begriff des Handelsmannes oder Händlers zunächst in so weitem Sinne genommen werden, daß darunter Jeder verstanden

4) Anstatt sie hier unter dem Titel „Prinzipal“ zu behandeln.

5) Vgl. hierzu weiter § 32. Not. 3.

6) Nur so läßt sich definiren. Der Dienst kann in sehr verschiedenen Leistungen bestehen. Selbst die Leitung des Geschäfts kann Sache eines Gehülfsen sein.

Von den Gehülfsen s. Abschnitt 2, § 25 ffl.

wird, der irgendwie in dem Umsatz von Gütern thätig wird. Auch derjenige ist mithin Subjekt des Handelsrechts, welcher nur einzelne Handelsgeschäfte vornimmt¹⁾. Von jeher hat man indessen den Kaufmann im eigentlichen Sinn besonders definiert und den übrigen Handel ausübenden Personen entgegengestellt. So lange das Handelsrecht das eigenthümliche Recht des Kaufmannsstandes war²⁾, mußte nothwendig bestimmt werden, wer als Kaufmann diesem Stande angehören konnte³⁾. Gegenwärtig fällt zwar dieser Grund insoweit hinweg, als die Kompetenz des Handelsrechts nach dem objektiven Begriff der Handelsgeschäfte bestimmt wird⁴⁾. Allein einmal macht das Gesetz den Charakter gewisser Handelsgeschäfte davon abhängig, daß sie dem Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns angehören⁵⁾. Sodann knüpft das Gesetz einzelne besondere Rechte und Verbindlichkeiten an die Eigenschaft des Kaufmanns.

1) Wie auch das Handelsrecht jetzt anerkennt. Vgl. § 5. Not. 7.

2) S. § 4. II.

3) Dies ist der Sinn der weitläufigen Distinktionen bei den älteren Juristen. Vgl. Stracch., tract. de mercat. P. I. nr. 4—74. Scacc. § 1. qu. 1. nr. 13. sqq. — Standesrecht macht eine Abscheidung unentbehrlich. Wie der Begriff des nobilis, so mußte auch der des mercator fixirt werden. Nur der echte mercator konnte an der Bildung von Kollegien, Statutenrecht und eigener Gerichtsbarkeit Theil haben; s. § 5. II. Für den legalen Begriff eines mercator war aber vor Allem nothwendig Vermeidung der kanonisch verpönten usura. Da alles usurarium verboten ist, so erscheint der usurarius gar nicht als legaler Kaufmann. Nur quaestus licitus duldet den legalen Begriff des mercator. Stracch. l. c. nr. 2. Daher die schwierige Untersuchung, ob einzelne Klassen der bancherii und campsores, welche aus dem Geld kanonisch bedenklichen Nutzen ziehen, mercatores seien. Usurarius mercatoris appellatione non continetur, und zwar usurarius im weitesten Sinn; s. 3. V Scacc. l. c. nr. 14. Ebenso ist mercator nur der, welcher mit legaler Waare handelt. Endemann in der Zeitschr. f. H.R. Bd. 5. S. 341. Die Mitgliedschaft in der Gilde war nicht Ursache, wohl aber nothwendige Folge der Kaufmannseigenschaft, die im Mittelalter eines besondern Zwanges gar nicht bedurfte. Goldschmidt, I. § 43, Not. 2; Endemann. a. a. O. S. 355.

4) S. § 5. Not. 3. — Mit Beseitigung der kanonischen Begriffe ist ferner auch kein Bedürfnis mehr, zwischen dem usurarius und mercator eine besondere Linie zu ziehen.

5) S. § 5 nach Not. 27.

Dahin gehören: die Bestimmungen über Publizität, Buchführung, Firmen, Procura, Bildung von Handelsgesellschaften, so wie eine Reihe weiterer, vom Gesetz nur auf den Kaufmann bezogener Rechtsätze⁶⁾. Der Begriff des Kaufmanns im Rechtsinn muß daher bestimmt und von dem weiteren Begriff des Kaufmanns oder Händlers im wirthschaftlichen Sinn ausgedehnt werden⁷⁾.

II. Kaufmann ist im Sinne des H.G.Buchs, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreibt⁸⁾. Darunter ist auch der Staat, die Gemeinde, Korporation, insofern sie Handel gewerbsmäßig treiben, begriffen⁹⁾, nicht bloß die, freilich vorwiegend gemeinte, physische Person¹⁰⁾. Der gewerbsmäßige Betrieb erscheint danach als das entscheidende Kennzeichen¹¹⁾. Nur Betrieb in eigenem Namen¹²⁾, übrigens allein, oder in Vereinigung, kann darunter verstanden sein¹³⁾. Wer als Gehülfe einem fremden Geschäft dient, trägt nicht den Namen

6) v. Sahn, Komm. S. 7. § 2. — Auf diese Punkte hat sich gleichsam die Idee eines persönlichen Standesrechts der Kaufleute reduziert. Früher waren sie ein Bestandtheil des viel umfassenderen Standesrechts der mercatores.

7) Man kann wie Kategorien des Handels, s. §. 2, so auch Klassen der Kaufleute nach dem Umfang und der Art, oder nach dem Gegenstand des Geschäfts unterscheiden. Meise, § 8. a. E. Brindmann, §. 6. Nr. II. Für die Rechtslehre haben diese Einteilungen keinen Werth. Nur sind einige Gattungen von manchen Folgen des Kaufmannsbegriffs ausgeschlossen; s. unten Not. 31.

8) H.G.B. Art. 4. Goldschmidt, I. S. 327; Gab, § 9.

9) Daher denn die Folge in § 21. Not. 19.

10) Goldschmidt, I. S. 349 ff.

11) Mit Recht bemerkt v. Sahn, S. 8. § 3, daß es ein Cirkel ist, wenn die Kaufmannsqualität von dem gewerbsmäßigen Betrieb eines Handelsgeschäfts, die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts aber größtentheils (Art. 271—273) von der Gewerbsmäßigkeit oder von der Kaufmannsqualität abhängen soll.

12) Damit darf nicht gerade Betrieb mittelst eigener Thätigkeit im Geschäft identifizirt werden. S. schon Stracch. P. I. nr. 66. Goldschmidt, I. S. 331. Not. 7.

13) Daß das den Einzelnen nicht hindert, vielleicht theils in eigenem, theils in fremdem Namen Geschäfte zu treiben, versteht sich von selbst. Kaufmann ist er doch, aber auch nur, wenn das in eigenem Namen getriebene Geschäft als ein gewerbsmäßiges erscheint. Ueber die Stellung des stillen Gesellschafters s. unten die Lehre von der still. Ges.

des Kaufmanns, welcher nur den Inhaber oder Prinzipal¹⁴⁾ bezeichnet¹⁵⁾).

Diese Definition, welche den Begriff des Kaufmanns in demselben Maße erweitert hat, wie der Begriff des Handels und Handelsgeschäfts erweitert worden ist¹⁶⁾, gilt überall, wo das H.G.B. den Ausdruck „Kaufmann“ gebraucht¹⁷⁾. Damit fällt der Begriff des Kaufmanns¹⁸⁾ nach Administrativ- und Prozeßgesetzen, Gewerbeordnungen¹⁹⁾, Strafgesetzen, oder nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht²⁰⁾, oder selbst nach dem Handelsrecht, so weit dies nicht in dem H.G.B. enthalten, keineswegs nothwendig zusammen²¹⁾.

III. Die Eigenschaft des Kaufmanns hängt davon ab:

A. daß der Gegenstand des Gewerbsbetriebs Handelsgeschäft ist. Alle Diejenigen, welche Geschäfte dieser Art²²⁾, und zwar gewerbsmäßig²³⁾, treiben, sind Kaufleute²⁴⁾.

14) Vgl. § 12 u. § 25.

15) Daher heißt „sich etabliren“, s. § 15, nur: ein selbstständiges Geschäft, sei es allein, oder mit Andern gemeinsam, begründen. Zeitschr. f. H.R. Bd. 6. S. 665; vgl. Brindmann, § 22.

16) Nach der frühern Ansicht konnte nur im Ganzen der als mercator gelten, der Waaren forma non mutata verkauft. Vgl. § 1. Not. 4; Thöl, § 12. In der Folge suchte man die mit sog. Nebenverrichtungen beschäftigten Personen: Mäkler, Güterbestätter u. s. w. von dem Begriff des Kaufmanns auszuschließen. Pöhl, S. 381; Bendor, § 29; Pardessus, cours nr. 78; Cod. de comm. Art. 632, 633. Holl. H.G.B. Art. 2. 3. 4. 74; Portug. H.G.B. Art. 11. 12. 203. 204; Brindmann, § 5. Not. 3. Nach der oben dargestellten Erweiterung des Handelsgeschäfts konnte nur noch je, wie in Art. 4, der Begriff des Kaufmanns fixirt werden.

17) Art. 4: Kaufmann ist „im Sinne des H.G.B.“

18) Busch, Archiv. Bd. 1. S. 22. 217. Goldschmidt, I. S. 341 ff.

19) Ueber Bankrott u. dgl.

20) Auf dieses hat z. B. das Pair. G.G. Art. 6 die Definition des H.G.Buchs erstreckt.

21) Bei der großen Erweiterung des Begriffs im H.G.B. werden die abweichenden Begriffsbestimmungen in der Regel enger sein.

22) Wie sie in § 5 unter I A. dargestellt sind. Daher sind Kommissionäre, Frachtunternehmer, Mäkler u. s. w. (nach Art. 272) und selbst die unten bei Not. 31 zu erwähnenden Personen des Art. 10 zweifellos Kaufleute.

23) Ueber die Definition dieses Merkmals, welches besonders dann nothwendig war, wenn die mercatores einen eigenen Stand bildeten, s. Goldschmidt I. S. 334 ff.

24) Insofern der Begriff des Handelsgeschäfts unsicher wird, geräth

B. Daß der Gewerbsbetrieb²⁵⁾ thatsächlich stattfindet. Nur dies verlangt das H.G.B. für seinen Begriff des Kaufmanns. Der Beitritt zu einer Innung; oder sonstige administrative Erfordernisse²⁶⁾ haben auf jenen gesetzlichen Begriff unmittelbar keinen Einfluß²⁷⁾; eben so wenig der Eintrag im Handelsregister²⁸⁾.

IV. Die Folgen der gesetzlichen Kaufmannsqualität bestehen in der Theilnahme an den oben unter I. angegebenen Bestimmungen des H.G.Buchs. Der Mangel jener Eigenschaft begründet nicht einmal Ausschließung von den übrigen Bestimmungen des H.G.Buchs, geschweige denn von dem ganzen Handelsrecht²⁹⁾. Eine Beschränkung aber macht das Gesetz, indem in gewissen Fällen, ungeachtet gewerbsmäßigen Betriebs solcher Geschäfte, welche unter den Begriff des Handelsgeschäfts gehören, zwar nicht die Kaufmannseigenschaft überhaupt³⁰⁾, wohl aber die Theilnahme an den Bestimmun-

auch der Begriff des Kaufmanns in Schwanken. Manche G. Gesetze entscheiden über einzelne Klassen. Zuerst muß immer gefragt werden: ist das Geschäft Handelsgeschäft. Vgl. über Apotheker, Busch, Archiv. Bd. 1. S. 180. 383. 477. 481, Bd. 2. S. 151; Zeitschr. f. H.R. Bd. 6. S. 548; Bauunternehmer, Busch, Bd. 2. S. 151; Unternehmer von Dienstmannsinstituten, das. S. 181, bzw. S. 548. 386; Handelsagenten, das. S. 187; Ziegeleibesitzer, das. S. 383, Bd. 2. S. 280; Feuerversicherungen, das. S. 186; Lebensversicherungen, Zeitschr. f. H.R. Bd. 6. S. 555. Ueber städtische Sparkassen und Gasanstalten, das. S. 387; Brauergenossenschaften, Goldschmidt, a. a. D. S. 561; über die preuß. Staatsbank, das. S. 388. Desgl. über Staatseisenbahnen, ritterchaftliche Kreditvereine, öffentl. Lotterien u. dgl., Zeitschr. f. H.R. Bd. 6. S. 558; über Lotteriekollekturen, s. auch Busch, Bd. 2. S. 9. Noch unklar namentlich die Stellung der Kapitalbeschaffungs-, Rohstoff-, Konsumvereine u. s. w.; es gibt eben keine feste Grenze des Begriffs „Handelsgeschäft“.

25) Ueber diesen Begriff s. § 16, II.

26) Vgl. § 14, II B.

27) Auch den polizeiwidrigen Kaufmann betrachtet das H.G.B. als Kaufmann; s. § 14. Not. 23.

28) Vgl. § 21. Not. 19. — Denn nicht dieser Eintrag macht zum Kaufmann.

29) Darnach ergibt sich, inwiefern man Kaufmann ohne, und Nichtkaufmann mit kaufmännischen Rechten sein kann. Thöl, § 12. II.

30) Vgl. Not. 22. Faktisch ist es freilich zum größten Theil eben so gut, als hätte man jene Personen für Nichtkaufleute erklärt.

gen des H.G.Buchs über die Firmen, Handelsbücher und Procura, so wie die Bildung einer Handelsgesellschaft im Sinne des H.G.Buchs versagt wird. Es bleibt ihnen mithin die Theilnahme an allen übrigen Rechtsfägen, welche für die Handelsgeschäfte, oder auch für die Kaufleute gegeben sind³¹⁾.

Diese Beschränkung erstreckt sich auf Hölter³²⁾, Trödler, Hausirer³³⁾ und dergleichen Handelsleute von geringem Gewerbsbetrieb, ferner auf Wirthe³⁴⁾, gewöhnliche Fuhrleute³⁵⁾, gewöhnliche Schiffer³⁶⁾ und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebs hinausgeht³⁷⁾. An und für sich unsicher³⁸⁾, erscheint letztere Bestimmung für das gemeine Handelsrecht vollends nur als ein ungefährer

31) Der Hölter, Trödler u. s. w. kann also z. B. unzweifelhaft, da er Kaufmann ist (Art. 4), nach Art. 289, 290 Zinsen, Provision u. dgl. fordern. — Auf den Begriff des Handelsgeschäftes hat die Beschränkung des Art. 10 unmittelbar gar keinen Einfluß.

32) Art. 10.

33) Busch, II. S. 152.

34) S. dazu Zeitschr. f. H.R. Bd. 6. S. 556.

35) Anders ein Fuhrherr mit 5 Droschken und 2 Doktorwagen. Centralorgan I. S. 171.

36) Ob Inhaber einer Fähre (als Handelsgesellschaft), s. Zeitschr. f. H.R. Bd. 6. S. 546.

37) S. überhaupt Goldschmidt I. S. 388 ff. — Man hat im Ganzen den Kleinbetrieb ausscheiden wollen. Das Handwerk insbesondere ist ja auch sonst schon in der Theilnahme am Handelsrecht beschränkt; s. oben § 5. Not. 18 u. 37; v. Hahn, S. 25 u. Goldschmidt I. S. 371; über die Ausscheidung des Handwerks bes. Koch in Busch, Arch. 1. S. 452 ff.; über Bäcker, s. das. S. 534; Handlungsgärtner, das. S. 567; Ladierer, das. S. 570; Fleischer, S. 571; Decorateurs, S. 575.

38) Vgl. v. Hahn, S. 27. § 7 ff. — Es kann über die Anwendung des Art. 10, d. h. über die Frage, ob Jemand Hölter, geringer Gewerbetreibender u. s. w. sei, nur das konkrete Ermessen entscheiden. Die Versuche, eine scholastische Schablone zu finden, sind doch erfolglos. Die thüring. Einf.Ges. lassen im Zweifel die Verwaltungsbehörde entscheiden; Cob. u. Goth. Art. 5; Meining. § 5; Neuf § 3; Schwarzb.-Sondersh. § 4; Weimar § 3. — Die preuß. Min.-Instrukt. v. 12. Septbr. 1861 möchte in der Regel die zur Steuerklasse B. veranlagten Personen vom Handelsregister u. s. w. ausschließen. Das östr. Einf.Ges. § 7 nimmt als Voraussetzung einen festen Steuerfuß.

Anhaltspunkt³⁹⁾. Dabei ist den Landesgesetzgebungen ausdrücklich vorbehalten, nicht nur die einzelnen Klassen näher festzustellen, sondern auch noch auf andere Klassen die Anwendung des Art. 10 zu erstrecken, oder umgekehrt von dessen Anwendung einzelne, ja möglicherweise sogar alle der in demselben bezeichneten Klassen, wieder auszunehmen⁴⁰⁾.

V. Die Eigenschaft einer Person als Kaufmanns im gesetzlichen Sinn kann bei mannigfachen Veranlassungen⁴⁵⁾, namentlich im Prozeß festgestellt, möglicherweise förmlich bewiesen werden müssen. Der Beweis aber muß sich in Gemäßheit der gesetzlichen Definition auf die Thatsache des Gewerbsbetriebs richten. Der Nachweis der Anmeldung im Handelsregister erschöpft an und für sich dieses Beweisthema eben so wenig, wie der Nachweis des Beitritts zur Innung, Erlaß öffentlicher Bekanntmachungen u. dgl.⁴⁶⁾.

B. Ausübung des Handelsbetriebs.

§. 14.

1. Recht dazu.

I. Das Recht, Handel zu treiben, ist zunächst das Recht, einzelne Handelsgeschäfte zu schließen¹⁾. Dieses Recht steht an und für sich einem Jeden zu, welcher rechtlich dispositions- und vertragsfähig ist²⁾. Nur durch besondere Gesetze kann dasselbe beschränkt werden. Hieher gehören vornehmlich:

39) Es wimmelt bereits von Versuchen, nach Art. 10 scholastisch den Begriff des Kaufmanns zu fixiren, „festzustellen“, wie es sich mit allen möglichen Kategorien verhält. Man sollte doch die Vergeblichkeit solcher Bemühungen einsehen. Goldschmidt, I. S. 391.

40) Art. 10, Abs. 1. a. E. und Abs. 3. Daher denn die Präjudizien, in denen sich die partikuläre Praxis schon mannigfach gelübt hat, außerordentlich wenig allgemeinen Werth haben.

45) S. Gad, a. a. D.

46) Brindmann, § 5. Nr. III.

1) Brindmann, § 12. Nr. I.

2) Böhl, S. 53; Thöl, § 15. — Span. S. G. B. Art. 3; Portug. S. G. B. Art. 2. 13. u. a. Von Frauen und Minderjährigen s. § 23. 24. Ueber die Gründe, welche die Handlungsfähigkeit beeinträchtigen können, vgl. außer den Darstellungen des gemeinen Rechts Gad, §. 11 ffl.

A. objektiv die Handelsfreiheit beschränkend, Aus- und Einfuhrverbote, Verbote der Veräußerungen an die todte Hand, Monopole, Regalien und Privilegien, welche der Staat ausübt, oder Einzelnen verleiht³⁾. Soweit ein gesetzliches Verbot vorliegt, tritt neben etwaiger Bestrafung regelmäßig Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäfts ein.

B. Subjektiv beschränkt ist sie insofern, als manchen im Handelsbetrieb thätigen Personen aus besondern Gründen untersagt ist, Geschäfte, auch einzelne, gewisser Art vorzunehmen. So den Procuristen, Handlungsgehilfen und Handlungsdienern, den Maklern und den Schiffern, manchen Gesellschaftern⁴⁾. Nichtigkeit des Geschäfts ist in diesem Falle niemals Folge des Zuwiderhandelns.

II. Für das Recht, Handel gewerbsmäßig, also als Kaufmann, zu treiben, stellt das H.G.B. weder besondere Voraussetzungen, noch Beschränkungen auf. Solche können jedoch neben dem H.G.B. bestehen. Die Befugniß zum kaufmännischen Geschäftsbetrieb ist theils eine Frage der politisch-bürgerlichen Stellung mancher Klassen, hauptsächlich aber eine Frage der Gewerbspolizei oder Gewerbebesteuerung. Die meisten bisher als gemeinrechtlich angeführten Beschränkungen haben ihre Bedeutung verloren.

A. Die subjektive Fähigkeit zum Handelsgewerbe steht wiederum an sich einem Jeden zu, der rechtlich dispositionsfähig ist⁵⁾. Wegen ihres Standes beschränkt galten:

1. die Adligen, oder gar die Reichen⁶⁾, wenigstens was den zünftigen Handel betrifft⁷⁾.

3) Thöl, § 16.

4) Brindmann, § 13. S. davon im Weiteren unten bei den betr. Lehren.

5) Bender, § 26; Böhl, § 19; Thöl, § 15. 17; Brindmann, § 12. 14.

6) Wegen L. 3. Cod. de comm. 4, 63; schon bei den Römern wechselten die Ansichten. Ueber die spätern Ansichten vgl. außer den Commentaren zu L. 3. cit. bei Stracch. tract. de merc. P. III. nr. 14; Scacc., § 1. qu. 7. par. 3. lim. 17. nr. 20; Bender, § 30. 31; Böhl, §. 19. Nr. 1; Heise, § 11; Endemann in der Zeitschr. f. H.R. Bd. 5 S. 342.

7) Es braucht kaum erwähnt zu werden, daß diese Beschränkung nicht mehr existirt. Brindmann, § 12. Not. 6.

2. Die Juden sind niemals vom Handelsbetrieb ausgeschlossen gewesen⁸⁾, sondern höchstens von der Gilde⁹⁾.

3. Für die Geistlichen¹⁰⁾, Soldaten und Staatsdiener ist es aus Rücksichten ihres Dienstes disziplinäre Vorschrift, kein Handelsgewerbe zu treiben¹¹⁾.

B. Ungleich wichtiger sind die objektiven Erfordernisse, von denen häufig die Ausübung des Handelsgewerbes abhängig gemacht wird. Dahin gehört neben dem Erwerb des Staatsbürger-, bezw. Ortsbürgerrechts, welcher häufig verlangt wird¹²⁾, und seinerseits wieder an bestimmte Voraussetzungen gebunden sein kann, namentlich

1. Der Eintritt in die Zunft, Gilde oder Innung¹³⁾. Zünftig ist in der Regel nur der Kleinhandel, nicht der Großhandel¹⁴⁾. Die nähern Erfordernisse ergibt die Zunft- oder Gildenordnung. Durch neuere Gewerbeordnungen, welche von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgehen, ist jedoch diese besonders für die Handwerker-Kaufleute drückende Voraussetzung in einer Reihe von Ländern aufgehoben worden¹⁵⁾.

8) Im Gegentheil, die kanon. Lehre zweifelte nur, ob Christen mit Juden handeln dürften, Stracch. P. II. nr. 47, gab ihnen aber sonst eine besonders günstige Stellung, indem sich auf sie die Wuchergesetze nicht erstreckten. S. Endemann, die nationalöf. Grundsätze der kan. Lehre, S. 37.

9) Bender, § 35. 36; Brindmann, § 14. Not. 5.

10) Denen die kanonische Doktrin allerdings wegen der Gefahr der usura den Handel ganz untersagen mußte, s. Endemann, a. a. O. S. 162 a. G., und in der Zeitschr. f. S.G. Bd. 5. S. 343.

11) Das ist der einzige Sinn dieser Beschränkung. Von einer Nichtigkeit der trotzdem vorgenommenen Geschäfte kann hier natürlich nicht die Rede sein. so wenig, wie in dem Note 10. berührten Fall. — Ueber das Verbot der Civilbeamten in Oesterreich s. Fischer-Ellinger, § 24.

12) Portug. S.G.B. Art. 31; Span. S.G.B. Art. 18; Brindmann, § 15. Not. 1. 4; Thöl, § 18. Häufig ordnen Staatsverträge das Recht Fremder.

13) Bender, § 27; Brindmann, § 15. Not. 5; Thöl, § 18. Not. 4.

14) Das Nähere über die Entwicklung der Zünfte und Gilden, welche in dieser Weise, mit Zwangseintritt, das kanon. Recht nicht kennt, gehört nicht hierher.

15) Das Preuß. Einf.Ges. Art. 3. § 4. hebt wenigstens den in mehreren Städten früher nothwendigen Eintritt in die Kaufmannskorporationen auf.

2. Die Auswirkung einer Gewerbskonzession bei der Staats- oder Gemeindebehörde, welche für manche Gewerbe auch da, oder gerade da vorkommt, wo die Zünftigkeit nicht mehr besteht¹⁶⁾.

3. Die Lösung eines Gewerbescheines, namentlich für die Ausübung des Handels außerhalb des Wohnortes, oder für fremde Reisende, theils aus finanziellen Rücksichten, theils um die Konkurrenz zu mindern¹⁷⁾.

4. Die Partikular- und Lokalrechte können noch mancherlei andere Erfordernisse aufstellen¹⁸⁾. Alle diese und ähnliche Erfordernisse, welche das H.G.B. unberührt läßt, sind für den gesetzlichen Begriff des Kaufmanns¹⁹⁾ gleichgültig. Die Anmeldung und der Eintrag zum Handelsregister²⁰⁾, welche manche Gesetze als Voraussetzung des Geschäftsbetriebs ansehen²¹⁾, ist nach dem H.G.B. erst eine Folge der Gewerbebetriebseröffnung²²⁾. Die Kontravention gegen die gewerbepolizeilichen oder gewerbesteuerlichen Gesetze schließt nicht einmal den Begriff des Kaufmanns und die Anwendung des H.G.Buchs aus²³⁾. Noch weniger wird dadurch die Gültigkeit der einzelnen mit Verletzung jener Gesetze vorgenommenen Geschäfte berührt²⁴⁾. Auf die Betheiligung an dem Geschäft eines Andern nur

16) Bendor, § 28; Brindmann, § 15, Not. 6. — Die ital. Juristen hielten eine Konzession nur für den *bancherius* und *campor* nöthig, *quia eorum officium publicam habet causam*. Raph. de Turr. disp. 2 qu. 17. nr. 27.

17) Thöl, § 18. Not. 6; Brindmann, § 15. Not. 8.

18) In Preußen z. B. Anzeige bei der Ortsbehörde, mitunter polizeiliche Genehmigung. Gad, § 10. Not. 7; in Oesterreich s. Gewerbeord. vom 20. Dezemb. 1859 u. f. w.

19) S. § 13. Not. 26.

20) S. § 21. Not. 19.

21) Span. H.G.B. Art. 1. 11—16; Portug. H.G.B. Art. 4—11; Ungar. Gesetzart. XVI. § 1—11. — Cf. Stracch. P. I. nr. 9—10; Brindmann, § 16; Thöl, § 18. Not. 10.

22) S. § 21. Not. 12. S. auch § 36. Not. 27; § 50. Not. 15.

23) Art. 11.

24) Art. 276. — Brindmann, § 17. Vgl. auch Seuffert, Archiv für Entscheid. Bd. 13. Nr. 242 (Zweifel wegen L. 5. de leg. 1, 14); Savigny, System Bd. 1. S. 239). — Das Span. H.G.B. Art. 10. erklärt solche Geschäfte für nichtig.

mit Kapitaleinlage beziehen sich alle die erwähnten Beschränkungen an und für sich nicht^{24a)}).

III. Die Befugniß zum Gewerbebetrieb geht¹, abgesehen von solchen Vorkommnissen, welche überhaupt die Dispositionsfähigkeit aufheben²⁵⁾, nach Partikularrechten verloren durch Nichtausübung während einer bestimmten Zeit, zur Strafe, insbesondere wegen Fallissements²⁶⁾, als Folge der Verurtheilung zu entehrenden Strafen, sowie durch Tod, insofern die Berechtigung lediglich als eine rein persönliche betrachtet werden muß²⁷⁾).

IV. Wie weit ihrem Gegenstande nach die erlangte Berechtigung zum Handelsbetrieb reicht, kann nur nach dem Inhalte der erstern und der Gewerbeordnung bestimmt werden. Während, wo der Handelsbetrieb frei ist, die Ausübung desselben jederlei Zweige, sowie jede Art des Betriebs, mittelst eines oder in mehreren Etablissements, umfaßt, sind umgekehrt, wo das Recht zum Handelsbetrieb von besonderem Erwerb abhängig ist, auch in dieser Hinsicht vielfach Schranken gezogen²⁸⁾).

2. Das Geschäft.

§ 15.

a. Wesen desselben.

Nicht die Ausübung einzelner Handelsgeschäfte, wohl aber der gewerbsmäßige oder kaufmännische Betrieb setzt eine Anstalt voraus, welche diesen Betrieb bezweckt und ermöglicht.

24a) S. § 59. Not. 2.

25) Wie die Entmündigung, Prodigialitätserklärung u. s. w. S. 14; Bad. Einf. Ges. Art. 4.

26) In dieser Beziehung weichen jedoch die Gesetze sehr ab. Vgl. Fischer-Ellinger, § 235. 237; Ungar. Ges. Art. XVI. § 2; Span. S. G. V. Art. 9; Preuß. R. N. II. Tit. 20. § 1462. 1469. 1475; und Preuß. Conc. Ord. § 310; Cod. de comm. art. 604.

27) Dies ist namentlich bei Konzessionen meistens der Fall. Anders bei Realberechtigungen. Das bestehende Geschäft geht auf die Erben über, s. § 17. II, allein es ist eine weitere Frage, ob die Rechtsnachfolger die Befugniß zum Betrieb desselben neu erwerben müssen.

28) Der zunftmäßige Betrieb gestattet z. B. vielleicht nur den Handel mit bestimmten Waaren, die Konzession nur den Handel in einem Laden u. dgl.

Abschnitt 2.

Das Hilfspersonal.

§ 25.

I. Im Allgemeinen.

I. Im weitesten Sinn kann man unter den Hilfspersonen des Handels alle diejenigen verstehen, welche irgendwie dem eigentlichen Umsatz von Gütern behülflich sind. In diesem Sinn wurden die Mäkler, Kommissionäre, Spediteure, Frachtführer, Agenten, selbst die Sachverständigen, welche für gewisse Geschäfte des Handelsverkehrs bestellt werden, als Hilfspersonen erscheinen. Die meisten dieser Personen machen indessen aus ihren dem Handel behüflichen Leistungen ein eigenes, selbstständiges Geschäft und sind insofern selbst Prinzipale. Im engeren Sinn nennt man daher Hilfspersonal nur diejenigen, welche einem bestimmten konkreten Geschäft, und zwar mit Aufgeben der eigenen geschäftlichen Selbstständigkeit, ihre Thätigkeit in irgend einem Umfange zuwenden. Nur die letztern sind Bestandtheil der Organisation des Geschäfts.

II. Handlungsgehülfe im eigentlichen Sinn ist mithin, wer sich verpflichtet hat, dem Geschäfte eines Einzelnen, oder einer Gesellschaft kaufmännische Arbeit zu leisten. Auszuschei-

er einen Minderjährigen, und ob er einen zum Handelsgeschäft Befähigten vor sich habe, oder nicht. Brindmann, a. a. O. Not. 6.

13) Brindmann, a. a. O. Not. 5.

den ist die Leistung gewöhnlicher Haus- und Gesindedienste; die Stellung solcher Personen unterliegt der Beurtheilung nach der Gesindeordnung oder den sonst dafür bestehenden Normen ¹⁾. Dagegen gehören an sich auch diejenigen, welche keineswegs dauernd oder ausschließlich ihre Dienste einem einzelnen Geschäft widmen, wie Provisionsreisende, Agenten u. a., welche vielmehr im Interesse mehrerer Geschäfte oder für das einzelne Geschäft nur im Umfang einzelner Aufträge arbeiten ²⁾, hieher. Im engsten Sinne jedoch versteht man ³⁾ diejenigen, welche mit ihrer Arbeit ganz und gar einem bestimmten Geschäfte angehören. Das Verhältniß gerade dieser Handlungsgehülfen ist hier näher zu betrachten.

III. Handlungsgehülfe kann jede selbstständige, rechtsfähige Person unbedingt, eine unvollkommen rechtsfähige unter Mitwirkung ihres Gewalthabers werden. Der Minderjährige muß den deshalbigen Vertrag unter Mitwirkung seines Vaters oder Vormundes abschließen. Dasselbe gilt auch von Frauenzimmern, sofern sie unter Geschlechtskurtel stehen. Die Abschließung des Gehülfsenschaftsvertrags, zumal wenn mit der Gehülfsenschaft zugleich Dienste übernommen werden, welche, wie die Stellvertretung nach außen, möglicherweise eigene Haftbarkeit des Gehülfs begründen, muß ganz nach den gewöhnlichen Rechtsregeln beurtheilt werden. Daß die Anfechtung derselben ⁴⁾ von vorn herein deshalb versagt sei, weil ein Handelsvertrag vorliege, läßt sich nicht behaupten ⁵⁾.

Die eigene Frau eines Kaufmanns insbesondere wird Handelsgehülfin desselben ⁶⁾ schon durch den ausdrücklichen

1) Art. 65.

2) Davon s. unten Buch 3, Abschnitt 5.

3) So auch Art. 57 ff.

4) Mittelft r. i. i. oder auf Grund der weiblichen Rechtswohlthaten.

5) Thöl, § 49. Der Dienstvertrag ist kein Handelsgeschäft für den Gehülfsen; s. auch § 5. Not. 44.

6) Wohl zu unterscheiden von der Handelsfrau — vgl. Art. 7. — und der Frau als Handelsgesellschafterin des Mannes. Vgl. § 23. — Heise u. Cropp, Abh. I. S. 3; Heise, Handelsrecht, § 12. Not. 3; Preuß. L.R. II. 8. § 496; Portug. S.G.B. Art. 23; Brindmann, § 18. Not. 17.

oder stillschweigenden Konsens ihres Ehemannes⁷⁾. Ob sie zugleich Prokuristin oder sonstige Stellvertreterin wird, ist eine andere Frage.

IV. Der Handlungsgehilfe tritt durch Uebereinkunft mit dem Prinzipal in den Dienst des Geschäfts⁸⁾. Es entsteht dadurch einmal

A. ein Rechtsverhältniß zwischen dem Gehülfen und dem Prinzipal, als Inhaber oder Vertreter des Geschäfts⁹⁾.

B. Davon zu trennen ist die Frage, ob und in wie weit der Gehülfe zugleich nach außen Vertreter oder Organ des Geschäfts wird. Viele Gehülfen, aber nicht alle, werden gerade, weil das Geschäft solcher Organe nach außen neben dem Prinzipal bedarf, engagirt¹⁰⁾.

In soweit nun die Gehülfen nach außen hin handelnd in den Verkehr treten, muß auch nach dieser Richtung hin die mögliche Bedeutung unvollkommener Rechtsfähigkeit Minderjähriger oder Frauenzimmer geprüft werden. Man muß nach den Wirkungen der Stellvertretung unterscheiden.

1. Die Gehülfen handeln nur als Organe des Geschäfts¹¹⁾. Soweit sie nur als Repräsentanten oder Vermittlungspersonen ohne alle eigene Haftbarkeit dienen, muß die unvollkommene Rechtsfähigkeit gleichgültig erscheinen¹²⁾. Die Möglichkeit und Wirksamkeit der bloßen Repräsentation hängt davon nicht ab und der Dritte hat kein Interesse danach zu fragen, ob und warum dem Geschäfte Minderjährige oder Frauenzimmer als Organ bestellt worden sind.

2. Soweit dagegen eine eigene Haftbarkeit der Gehülfen aus ihren für das Geschäft vorgenommenen Handlungen¹³⁾

7) Ein eigentlicher Vertrag ist hier kaum denkbar; so wenig, wie zwischen dem Vater und dem Sohn, wenn letzterer im Geschäfte hilft.

8) Vgl. § 15. u. 17. Not. 17.

9) Davon in § 26.

10) Davon in § 27. ff.

11) S. § 27. über deren Bedeutung.

12) Das ist schon für das röm. Institutorenverhältniß anerkannt. L. 8. de instit. act. 14, 3; Thöl, § 27 a. Not. 2; Busch, Archiv, Bd. 1. S. 42. S. § 27. III.

13) Die für sich vorgenommenen sind selbstverständlich nach den gewöhnlichen Rechtsregeln zu beurtheilen.

entstehen kann, tritt auch hier der Zweifel auf, ob für das Gebiet des Handelsverkehrs im Verhältniß zu Dritten die Zuziehung des Vormunds oder Gewalthabers erforderlich, die Berufung auf die Alters- und Geschlechtsprivilegien gestattet sei. Man ist darüber keineswegs klar¹⁴⁾. Indessen scheint auch hier die Rechtsansicht strikte Obligirung mit Ausschluß jener Anfechtungsmittel zu fordern. Die Zuziehung des Vormundes bei allen einzelnen Handlungen des Gehilfen ist ganz unmöglich, und für die Versagung der sonstigen Anfechtungsmittel spricht der Zusammenhang mit den § 24 hervorhobenen Grundsätzen. Was höchstens verlangt werden kann, ist die Genehmigung des Vormunds oder Gewalthabers zu der eine eigene Haftbarkeit mit sich führenden Stellvertretung im Allgemeinen.

§ 26.

II. Rechtsverhältniß des Handlungsgehilfen zum Prinzipal.

I. Bei dem Bedürfniß nach Arbeit der verschiedensten Art gibt es Gehilfen der verschiedensten Gattung. Nach dem Umfange oder der Beschaffenheit ihrer Leistungen läßt sich eine lange Reihe derselben aufzählen. So: Lehrlinge, Ladendiener, Kommiss, Komtoiristen, Buchhalter, Kassirer, Korrespondenten, Reisende, Faktoren, Disponenten, Agenten, Markthelfer, Ablader, Fuhrleute, Schiffer u. dgl.¹⁾. Manche von diesen Personen kommen auch als selbstständige Arbeiter vor, wie Mäkler, Fuhrleute, Schiffer, Agenten. Der bloße Name ist daher kein sicheres Kennzeichen der Qualität; eben so wenig der völlig gleichgültige Umstand, ob dieselben im Hause des Prinzipals wohnen, leben und arbeiten. Das entscheidende Merkmal der Gehülfsenschaft im engeren Sinn, welches äußerlich mitunter schwer zu erkennen ist, besteht darin, daß die

14) Thöl, § 49. ist natürlich für das gemeine römische Recht.

1) Böhl, § 43; Thöl, §. 22; Brindmann, § 119. z. N. —
Ladenmädchen s. Busch, II. S. 168.

betreffende Person sich an ein bestimmtes Geschäft bindet, in dieses eintritt und demselben ihre Arbeitskraft widmet²⁾.

II. Das Verhältniß der eigentlichen Handlungsgehülfen zum Prinzipal kann sehr verschiedene Grundlagen haben: Gefälligkeit, Kindesverhältniß oder Gattenverhältniß, in der Regel aber, solchen Personen gegenüber, welche an und für sich für den Prinzipal Fremde sind, Vertrag³⁾. Der letztere kann bei manchen Gattungen, namentlich untergeordneten Gehülfen, unter den Gesichtspunkt des Gesindeverhältnisses fallen⁴⁾. Hieher gehört nur die Betrachtung der Vertragsbeziehungen zwischen dem Prinzipal und den eigentlichen Handlungsgehülfen, denen dann noch die Lehrlinge um einiger Abweichungen willen gegenüberzustellen sind.

III. Das Rechtsverhältniß zwischen dem Prinzipal und Gehülfen wird

A. seinem Wesen nach in der Regel als Dienstmiethe bezeichnet. Indessen erweist sich dieser Begriff auch hier leicht zu eng^{4a)} und zu unsicher, indem insbesondere die Grenzen gegen ein mit Honorar verbundenes Mandat, oder eine gesellschaftsmäßige Betheiligung an dem Gewinn⁵⁾, oder auch gegen einen Innominatskontrakt sich nicht wohl bestimmen lassen⁶⁾. Der wahre Inhalt des Vertrags, dessen volle Wirksamkeit nicht zu bezweifeln steht, ist der, daß von der einen Seite eine bestimmte Arbeitsleistung⁷⁾, von der andern regelmäßig eine gewisse Vergütung, deren Gestalt sehr verschieden sein kann, versprochen wird.

2) Wenn man darunter den vollständigen Lebensberuf verstehen kann, so ist es richtig, daß am Engagementort das forum domicilii des Gehülfen sei; s. Kletke, Bd. 3. Nr. 1134. Allein nicht immer trifft jene Voraussetzung zu.

3) Thöl, §. 23. II. III.

4) S. oben § 25. Not. 1.

4a) Vgl. darüber § 88. u. § 143.

5) S. unten Not. 20.

6) Vgl. Brindmann, § 119. Not. 4.

7) Und zwar weit mehr dem Geschäft, als dem Prinzipal. Schon darnach (vgl. § 15.) ist der Gesichtspunkt der römischen locatio conductio operarum (s. § 88. Not. 2.) zu niedrig.

B. Der Vertrag wird bindend durch Willenseinigung der Kontrahenten über die gegenseitigen Leistungen. Zur Annahme von Gehülfen des Geschäfts und zum Abschluß der deshalbigen Verträge ist das Haupt desselben, also der Prinzipal, befugt; bei Gesellschaftsgeschäften das zur Vertretung derselben berufene Mitglied⁸⁾. Außer dem Prinzipal auch derjenige, welcher durch die Procuraertheilung Organ des Geschäfts geworden ist⁹⁾. Daß der Abschluß des Vertrags von beiden Seiten durch Bevollmächtigte oder Repräsentanten geschehen kann, versteht sich von selbst. Von der Mitwirkung etwaiger Vormünder oder Gewalthaber des Gehülfen war bereits die Rede¹⁰⁾.

C. Die aus dem Vertrag entstehenden Verbindlichkeiten, welche Handelsfachen sind¹¹⁾, sind vorbehaltlich der konkreten Verhandlungen im Ganzen folgende:

1. Der in Kondition oder Engagement tretende Gehülfe hat

a. die ihm übertragenen Geschäfte zu vollziehen. Der Umfang, in welchem er seine Arbeitskraft dem Geschäfte zur Verfügung gestellt hat, bestimmt sich zunächst nach dem Vertrag. Im Zweifelsfall, welcher namentlich dann eintreten kann, wenn der Gehülfe ohne besondere Instruktion lediglich unter einer allgemeinen Bezeichnung engagirt wird¹²⁾, entscheidet der Ortsgebrauch oder das Ermessen des Gerichts, welches nöthigenfalls mit Beihülfe von Sachverständigen darüber zu erkennen hat, ob die betreffenden Leistungen verlangt werden mögen, oder nicht¹³⁾. Ueber diesen Umfang hinaus ist der Gehülfe Arbeit nicht schuldig; er kann sogar denselben nicht überschreiten, ohne sich der Haft für unbefugte Handlungen

8) S. § 37. Not. 17; § 62, I C.

9) Art. 42; S. § 28. Not. 12.

10) S. § 25. III.

11) Preuß. Einf.Ges. Art. 2. Nr. 5; Bair. E.G. Art. 63. Nr. 4; Oesterr. E.G. § 39. Nr. 2. — S. § 5. Not. 44.

12) z. B. als Buchhalter, als Kommiss u. s. w.

13) Art. 57. Vgl. Brindmann, § 119. Not. 6.

auszusetzen ¹⁴⁾ Innerhalb desselben ist mit voller Sorgfalt zu verfahren ¹⁵⁾).

b. Der Gehülfe darf insbesondere wegen des dem Geschäfte schuldigen Interesses ohne Einwilligung des Prinzipals, welche indessen schon dann anzunehmen, wenn der Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen wußte, daß dieser solche Geschäfte treibe, und dennoch deren Einstellung sich nicht vorbehielt, weder für eigene, noch für Rechnung Dritter Handelsgeschäfte machen; bei Meidung des Schadenersatzes und vorbehaltlich des Rechtes des Prinzipals, dem Verbot zuwider geschlossene Geschäfte sich anzueignen ¹⁶⁾. Außerdem gibt die Zuwiderhandlung einen Grund zur Aufhebung des Dienstvertrags ¹⁷⁾. Die Ausübung der letzterwähnten Befugnisse hängt nicht von wirklich eingetretener Benachtheiligung des Geschäfts ab.

c. Mit der Gehülfsenschaft ist noch keineswegs die Befugniß zur Vertretung des Geschäfts identisch, obgleich letztere mit gewissen Arten der Gehülfsenschaft in gewissem Umfang oder unbeschränkt regelmäßig verbunden wird ¹⁸⁾.

2. Der Geschäftsherr ist dem Gehülfen den vertragmäßigen Lohn oder auch Unterhalt schuldig. Bei dem Mangel bestimmter Verabredungen entscheidet auch hier der Ortsgebrauch oder das Ermessen des Gerichts ¹⁹⁾. Der Lohn kann

14) Das gilt namentlich nach außen; s. § 31. u. §. 28. Not. 20. Allein auch nach innen muß, wiewohl der Prinzipal an sich kein Interesse dabei hat, zu verwehren, daß der Gehülfe mehr thut, als er muß, doch die zugewiesene Geschäftszutheilung eingehalten werden. Uebergriffe stören leicht die Geschäftsorganisation. Ueberschreitung der Grenzen des Dienstes kann, obwohl in Art. 64. nicht erwähnt, unzweifelhaft auch Grund zur Entlassung geben. Vgl. Seuffert, Archiv, Bd. 14. Nr. 228.

15) Brindmann, a. a. O., nach Not. 7.

16) Art. 59. — Für die Ausübung der letzten Befugniß hat z. B. das Oesterr. C.G. § 24. eine Frist von 6 Monaten gesetzt.

17) Art. 64. Nr. 2. — Vgl. auch Pardessus, cours. nr. 533; Wender, § 45; Thöl, § 17. Not. 14. erwähnt dies nur bei den Institoren. Span. S.G.B. Art. 180; Russ. S.G. Art. 445; Brindmann, § 13. Not. 1.

18) Art. 58. — S. § 27. II.

19) Art. 57. — Busch, II. S. 168.

in einem festen Salär, aber auch ganz oder theilweise in Prozentsen des Reinertrags, Tantiemen oder Provisionen bestehen²⁰⁾. Neben dem eigentlichen Lohn läuft der Anspruch auf Gewährung von Spesen und Ersatz von Anslagen²¹⁾. Die Gewährung eines Lohns ist aber für den Begriff des Gehilfen nicht einmal nothwendig. Der Gehülfe dient möglicherweise als Volontär, als Sohn, oder Gattin umsonst²²⁾.

Unverschuldete Unmöglichkeit der Dienstleistung während der Vertragszeit, welche ihren Grund darin hat, daß das Geschäft die Dienste nicht brauchen kann, nimmt dem Gehilfen sein Recht auf Lohn nicht, soweit er sich nicht anderswo unterbringt. Rasuelle Unmöglichkeit der Leistung auf Seiten des letztern gibt möglicherweise einen Grund zur Aufhebung des Dienstverhältnisses²³⁾; im Uebrigen hat der Gehülfe die Gefahr insofern zu tragen, als er in diesem Fall, von der Leistung der Dienste befreit, keinen Lohn zu fordern hat²⁴⁾. In dessen gewährt ihm das Gesetz bei nur zeitweiliger unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit, jedoch nur auf die Dauer von sechs Wochen, Anspruch auf Fortbezug von Lohn und Unterhalt²⁵⁾.

20) *commis intéressé*. Der Unterschied dieses Verhältnisses, welches schon in Italien unter dem Namen *accomenda* wohlbekannt war, — s. Casareg. I. disc. 29; Thöl, § 23. Not. 20. — als Mittel, um den Fleiß anzu-spornen, — s. L. Less. de just. et jur. lib. II. c. 25. dub. 2. nr. 7. — von der Sozietät wird oft sehr fein. Es kommt darauf an, ob der Arbeitende nach Art seiner Arbeit nur Diener des Geschäfts oder Theilnehmer des Geschäftsbetriebs ist. — Heise u. Cropp, Abh. Bd. 1. S. 4. Not. 6; Pardessus, nr. 969; Brindmann, § 54. Not. 6; Auerbach, Gesellsch. S. 148 u. 216. Not. 5. Vgl. unten § 49. II.

21) Klette, Präjud., Bd. 2. Nr. 784. 787. 788; Bd. 3. Nr. 1133. Brindmann, § 119. Not. 9.

22) Gab, § 19. Not. 59.

23) S. unten nach Not. 31.

24) Daß dies die richtigen Grundsätze des röm. Rechtes sind, ist kein Zweifel. Man vgl. v. Bangerow, Pand., §. 591. Anm. Nr. VII.; Mommsen, Beitr. I. S. 383 ffl. Wenn dieselben vielfach unklar verdreht worden sind, so war dies die Folge kanonischer Ansichten, welche wie immer im Interesse sog. kanon. Gerechtigkeit ethische Rücksichten und Rechtsvorschriften vermischen. Man vgl. z. B. Gonzal. Toll. in c. 3. X. de locat. 3, 18; Azor. inst. moral. P. III. lib. 8. c. 14.; L. Less. de just. et jur. II. c. 24. dub. 2. 3.

25) Art. 60. Diese jedenfalls strikt auszulegende — s. v. Sahn, I.

Man ist endlich geneigt, ein Recht des Gehülften auf Ertheilung eines Zeugnisses anzuerkennen. Ein Retentionsrecht des Gehülften wegen seiner Ansprüche an Sachen des Geschäftsherrn ist an sich denkbar, sofern die thatsächlichen Voraussetzungen einer berechtigten Retention vorliegen ²⁶⁾.

D. Die Dauer des Dienstverhältnisses bestimmt sich

1. zunächst nach dem Vertrag ²⁷⁾ und, wenn dieser schweigt, nach dem Gesetz, welches Auflösung mit Ablauf eines jeden Kalenderjahrs nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung gestattet ²⁸⁾.

2. Aus wichtigen Gründen kann aber schon vor dem vertragmäßigen oder gesetzlichen Ziel gekündigt werden. Die Beurtheilung der Wichtigkeit steht dem richterlichen Ermessen zu ²⁹⁾. Als beispielweise Auflösungsgründe, um derenwillen die Auflösung erfolgen kann, führt das Gesetz an:

a. gegen den Prinzipal: Vorenthaltung des Salärs oder Unterhalts, thätliche Mishandlung, schwere Ehrverletzung ³⁰⁾.

b. gegen den Gehülften: Untreue, Mißbrauch des Vertrauens, Geschäfte machen auf eigene oder Dritter Rechnung ³¹⁾, Verweigerung der Dienste oder Unterlassung ohne gerechten Hinderungsgrund während einer den Umständen nach erheblichen Zeit, länger dauernde Verhinderung durch Krankheit,

§. 161. — Bestimmung ist eine aus Billigkeitsrücksichten getroffene Entscheidung der seit den Kanonisten fortgeschleppten Streitfrage. Cf. Azor. l. c. tertio quaer. Covaruv. var. resol. III. c. 13. nr. 8.

26) §. darüber § 99, I. B.

27) Darin kann auch beliebige Kündbarkeit für einen oder beide Theile vorbehalten sein. — Ob Vorbehalt der Brauchbarkeit für den Prinzipal ein willkürliches Kündigungsrecht in sich schließt? S. Klette, II. Nr. 790.

28) Art. 61.

29) Art. 62. v. Hahn, I. S. 163; Busch, Archiv, Bd. 1. S. 83. 279.

30) Art. 63. — Nicht der Tod des Prinzipals; s. v. Hahn, S. 164. Mit Recht; denn der Gehülfe dient dem Geschäft, nicht der Person des Prinzipals. So auch Busch, I. S. 84. Die freiwillige Aufgabe des Geschäfts fällt unter den oben bei Not. 22. angedeuteten Gesichtspunkt. Dagegen scheint man sich zu der Annahme zu neigen, daß der unfreiwillige Tod des Geschäfts (Konkurs) das Dienstverhältniß löst. Zeitschr. f. P.R. Bd. 2. S. 409.

31) §. Not. 16 fl.

Freiheitsstrafe oder Abwesenheit, thätliche Mishandlung oder erhebliche Ehrverletzung des Prinzipals, endlich unsittlicher Lebenswandel ³²⁾).

Bei ungerechtfertigter oder unzeitiger ³³⁾ Entlassung muß Schadensersatz geleistet werden ³⁴⁾).

IV. Das Rechtsverhältniß der Lehrlinge zu dem Prinzipal beruht auf dem Lehrvertrag. Häufig existiren Partikularordnungen ³⁵⁾. Der Lehrherr macht sich verbindlich, dem Lehrling in gewissem Umfang, der Mangels besonderer Verabredung nach den konkreten Umständen zu bestimmen ist, Anweisung und Gelegenheit zur Erlernung des Geschäfts zu erteilen. Inwieweit Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit einen Anspruch auf Entschädigung begründet, oder die Auflösung des Lehrverhältnisses rechtfertigt, bestimmt sich nach der Erheblichkeit der Vertragsverletzung.

Äquivalent ist das möglicherweise stipulirte Lehrgeld, welches der Lehrling zu zahlen hat. Neben diesem aber auch jedenfalls die Arbeitsleistung, welche, und zwar mit zunehmender Ausbildung des Lehrlings in immer bedeutenderem Maße, von demselben erwartet wird. Darnach ist bei vorzeitigem, ungerechtfertigtem Austritt des Lehrlings dem seinerseits zur Erfüllung bereiten Lehrherrn nicht nur das Lehrgeld verfallen, sondern möglicherweise auch noch weiter Schadensersatz wegen der entzogenen Arbeitsleistung begründet ³⁶⁾).

Die Dauer der Lehrzeit soll sich, wenn der Vertrag dar-

32) Art. 64. — Dabei hat denn das konkrete Urtheil zu walten; Beispiele s. Scuffert's Arch., Bd. 10. Nr. 42; Bd. 12. Nr. 266; Bd. 14. Nr. 228.

33) Vgl. Art. 61.

34) Ueber den Maßstab s. Busch, I. S. 279.

35) Pöhlis, § 45; Bender, § 52; Thöl, § 22. Nr. 3; Prindmann, § 119 a. E.; Mittermaier, deutsch. Priv.R. § 517; Gerber, § 182.

36) Natürlich unter Berücksichtigung des Unterhalts und der sonstigen Kosten, die der Lehrherr gehabt haben würde. Archiv für prakt. R.W. Bd. 5. S. 286.

über schweigt, nach örtlichen Verordnungen oder Gebräuchen bestimmen ³⁷⁾).

37) Das ist Alles, was das H.G.B. in Art. 61. über das Lehrverhältnis sagt.