

Das Recht der Agenten

nach

Deutschem Handelsrecht.

Ein Kommentar zu §§ 84 bis 92 HGB.

von

Dr. Carl Albrecht, und **Dr. Paul Tentler,**
Rechtsanwalt in Hamburg Rechtsanwalt in Hamburg.



Berlin 1908.

G. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Text des Gesetzes §§ 84—92 HGB.	1
§ 84. Begriff des Agenten und seine Pflichten.	
I. Die Legaldefinition	3
II. Die rechtliche Natur des Agenturvertrages	19
III. Die Pflichten des Agenten	24
IV. Erfüllungsort	41
V. Maßgebliches Recht	42
VI. Die Quellen des geltenden Agentenrechts und die Handelsgebräuche	43
VII. Übergangsfragen	49
VIII. Gewerbliche Beschränkungen	51
Ergänz zu § 84. Über Muster.	
I. Behandlung der Muster	54
II. Rückgabepflicht	57
Allgemeiner Teil zu den §§ 85—87. Die Vertretungsmacht des Agenten.	
I. Wann hat der Agent Vollmacht?	61
II. Der Umfang der Vollmacht	64
III. Die Wirkungen des vom Abschlußagenten vollzogenen Rechtsgeschäfts	68
IV. Das Erlöschen der Vollmacht	78
V. Das für die Vertretungsmacht des Agenten maßgebliche Recht	80
VI. Handeln ohne Vollmacht in seiner Wirkung gegenüber dem Dritten	80
§ 85. Abschlässe des Vermittlungsagenten	85
§ 86. Vollmacht des Platzagenten	89
Die Inkassovollmacht des Platzagenten	90
Vollmacht des Agenten zur Empfangnahme von Willenserklärungen	95
§ 87. Vollmacht des reisenden Agenten	99
§ 88. Provisionsanspruch	102
Vergütungen an Stelle der Provision	103
Der gesetzliche Provisionsanspruch	106
Die Verjährung der Provisionsansprüche des Agenten	122
Die Pfändung der Provisionsansprüche	123

	Seite
§ 88. Das Zurückbehaltungsrecht des Agenten.	
I. Das Zurückbehaltungsrecht an den Mustern	124
II. Das Zurückbehaltungsrecht am Kommissionslager	130
III. Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse	131
§ 89. Der Bezirksagent	132
§ 90. Ersatz von Kosten und Auslagen	140
§ 91. Der Buchauszug.	
I. Der Inhalt des Buchauszuges	147
II. Das Recht auf Büchereinsicht und Belege	149
III. Wie wird die Mitteilung des Buchauszuges erzwungen?	154
IV. Wo hat die vom Gericht angeordnete Büchervorlage stattzufinden?	156
V. Die Unvollständigkeit des erteilten Buchauszuges	157
§ 92. Die Kündigung des Agenturvertrages.	
I. Die gesetzliche (ordentliche) Kündigung	159
II. Die vertragliche Kündigung	164
III. Die sofortige (außerordentliche) Kündigung	164
§ 92. Der Konkurs des Geschäftsherrn.	
I. Die Einwirkung des Konkurses des Geschäftsherrn auf den Agenturvertrag	178
II. Die Ansprüche des Agenten gegen die Konkursmasse des Geschäftsherrn	181
Sachregister	187

Literatur-Verzeichnis.

- Bolge, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (cit. Bolge).
- Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts 1863—1888 (cit. Busch A).
- Dr. Cosad, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903 (cit. Cosad).
- Dr. Heinrich Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle a. S. 1901—1905.
- Deutsche Juristen-Zeitung (cit. D. J. Z.).
- Dr. jur. Joseph Dochnahl, Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früherem und jetzigem Recht. Vorna-Leipzig 1903 (cit. Dochnahl).
- Dr. A. Düringer und Dr. W. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim 1900/1901 (cit. Düringer-Hachenburg).
- Victor Ehrenberg, Die Verantwortlichkeit der Versicherungsgesellschaften für ihre Agenten (Festsache für Rudolf v. Ihering) Leipzig 1892 (cit. Ehrenberg in der Festsache für Ihering).
- Derfelbe. Versicherungsrecht. Band I Leipzig 1893 (cit. Ehrenberg, Versicherungsrecht).
- Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag. Aufgestellt im Reichsjustizamt. Amtliche Ausgabe. Berlin 1903.
- Heinrich Freiherr von Friesen, Der Handlungsagent nach dem neuen Handelsgesetz vom 10. Mai 1897 (Diss.) Röttha 1900.
- Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft zu Berlin, herausgegeben von Dove und Apt. I. Heft. Berlin 1899 (cit. Dove-Apt).
- Daselbe, I. Folge, herausgegeben von Dr. Max Apt, Berlin 1904 (cit. Apt I).
- Daselbe, II. Folge, herausgegeben von Dr. Max Apt, Berlin 1905 (cit. Apt II).
- Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer zu Berlin, herausgegeben von Heinrich Dove und Eduard Meyerstein, Berlin 1907 (cit. Dove-Meyerstein).
- Paul Wilhelm Greif, Das Recht des Handlungsagenten nach dem neuen Handelsgesetzbuch (Diss.) Vorna-Leipzig 1903 (cit. Greif).
- Dr. Karl Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903.

- Samuel Goldmann, Das Handelsgezetzbuch vom 10. Mai 1897 Bb. I Berlin 1901 (cit. Goldmann).
- Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Erlangen=Stuttgart. 1858—1906. Bb. 1—58 (cit. G. Z.).
- Dr. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bb. I. Abt. 1. Erlangen 1864.
- Gutachten der Handelskammern zu Hamburg, Bremen und Lübeck über den Entwurf eines HGB. (cit. Hanseatisches Gutachten).
- Hugo Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, Berlin 1897, 2. Aufl. 1905.
- Handelsrechtliche Rechtsprechung usw. von H. A. Emil Kaufmann, Hannover.
- Hanseatische Gerichtszeitung (cit. HGB. Hauptbl. oder Beibl.).
- Holdheim's Monatschrift für Handelsrecht (cit. Holdheims Mchr.).
- Dr. jur. Hugo Heydeder, Das Rechtsverhältnis der Versicherungsagenten und Versicherungsgeellschaften zueinander und zu Dritten unter Berücksichtigung des neuen HGB. und des BGB. für das Deutsche Reich in Baumgartners Zeitschrift für Versicherungsrecht und Wissenschaft, Bb. III Straßburg 1897. S. 779—867 (cit. Heydeder).
- Dr. Ed. Heilfron, Lehrbuch des Handelsrechts, Bb. I, Berlin 1907 (cit. Heilfron).
- Dr. Walter Immerwahr, Das Recht der Handlungsagenten, Breslau 1900 (cit. Immerwahr).
- Kurt Jacusiel, Das Recht der Agenten, Makler und Kommissionäre. Heft 1. Das Recht der Agenten. II. Aufl. Berlin 1904 (cit. Jacusiel).
- Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (cit. Iherings Jahrb.).
- Juristische Wochenschrift bis 1907 (cit. JW.).
- Dr. Ernst Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, I. Aufl. Berlin, II. Aufl. Berlin 1904.
- Jahrbuch des Deutschen Rechts, herausgegeben von Dr. Hugo Neumann, Berlin 1904—1907, Bb. I—V (cit. JDR.).
- Erhard Kaiser, Beiträge zur Lehre von der Handlungsagentur (Diff.) Breslau 1901 (cit. Kaiser).
- Kammergericht, Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, herausgegeben von Perl und Breschner, Berlin (cit. KGB.).
- Konkursordnung für das Deutsche Reich, erläutert von Dr. Julius Petersen und Dr. Georg Kleinfeller, IV. Aufl., bearbeitet von G. Kleinfeller. Jahr 1900 (cit. Petersen-Kleinfeller).

- R. Lehmann und Kammergerichtsrat Ring, Kommentar zum HGB. für das Deutsche Reich. Berlin 1901 u. 1902 (cit. Lehmann-Ring).
- Leipziger Zeitschrift für das Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, I. Jahrgang. (cit. L. Z.).
- H. Matower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, XIII. Aufl. Bb. I und II, Berlin 1906/1907 (cit. Matower).
- Oberlandesgerichte, Die Rechtsprechung der auf dem Gebiet des Zivilrechts. Bb. I—XIV, Leipzig 1900—1907 (cit. OLG-Pr.).
- Dr. G. Pland, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. Aufl. Berlin 1903 ff. (cit. Pland).
- Protokolle des I.—III. Kongresses Deutscher Handlungsagenten, Berlin 1902, 1904, 1906.
- Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Würzburg 1853 ff. (cit. Luz, Protokolle).
- Dr. Meno Böls, Darstellung des gemeinen deutschen und des hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute. I. Band Hamburg 1828.
- Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bb. 1—65 (Heft 1) Leipzig 1879—1907 (cit. RG.).
- Reichs- bzw. Bundesoberhandelsgericht, Entscheidungen des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts. Bb. I—XXV. Erlangen 1871—1880 (cit. ROHG.).
- Riefenfeld, Breslauer Handelsgebräuche. I. Folge. Breslau. März 1900 (cit. Riefenfeld I).
- Derfelbe, Breslauer Handelsgebräuche. Neue Folge 1900—1906 (cit. Riefenfeld II).
- Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900 (cit. Ritter).
- Wilhelm Röhrich, Abriß der Handelswissenschaft. Leipzig 1861.
- Derfelbe, Die Stellung des kaufmännischen Agenten (Einladungsschrift zur Prüfung der Schüler der öffentlichen Handels-Lehranstalt in Chemnitz). Chemnitz 1856.
- Schleswig-Holsteinischer Anzeiger (cit. Schl. Holst. Anz.).
- J. A. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Dritte ausgewählte Ausgabe. München und Berlin, 1901 ff. (cit. Seufferts Archiv).
- Sybow und Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 10. Aufl. Berlin 1905 (cit. Sybow-Busch).
- Dr. Hermann Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), III. u. IV. Aufl. Berlin 1896 (cit. Staub III./IV. Aufl.). VI. u. VII. Aufl. Berlin 1900 (cit. Staub VI./VII. Aufl.). VIII. Aufl. Berlin 1906/1907 (cit. Staub VIII. Aufl.).

VIII

Literatur-Verzeichnis.

- Hugo Schramm, Die Rechtsverhältnisse der Agenten (Diss.). Erlangen 1899
(cit. Schramm).
- Ernst Thomer, Die Rechtsstellung der Handlungsagenten (Diss.). Köln 1898
(cit. Thomer).
- Dr. Martin Waffermann, Der unlautere Wettbewerb nach deutschem Recht
(Sammlung Götschen). Leipzig 1907.
- Der Waren-Agent, Organ des Zentralverbandes deutscher Handlungsagenten-
Beretne. Berlin 1903 - 1907 (cit. Waren-Agent).
- Zander und Fehrmann, Danziger Handelsgebräuche. Danzig 1901.
- Hans Zwed, Über die rechtliche Stellung des Agenten (Diss.). Greifswald 1897
(cit. Zwed).
-

Text des Gesetzes.

§. 84.

Wer, ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

§. 85.

Hat ein Handlungsagent, der nur mit der Vermittlung von Geschäften betraut ist, ein Geschäft im Namen des Geschäftsherrn mit einem Dritten abgeschlossen, so gilt es als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser nicht unverzüglich, nachdem er von dem Abschlusse Kenntniß erlangt hat, dem Dritten gegenüber erklärt, daß er das Geschäft ablehne.

§. 86.

Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn sowie zur nachträglichen Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Handlungsagent nur befugt, wenn ihm die Ermächtigung dazu besonders ertheilt ist.

Die Anzeige von Mängeln einer Waare, die Erklärung, daß eine Waare zur Verfügung gestellt werde, sowie andere Erklärungen solcher Art können dem Handlungsagenten gegenüber abgegeben werden.

§. 87.

Ist der Handlungsagent als Handlungsreisender thätig, so finden die Vorschriften des §. 55 Anwendung.

§. 88.

Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein Anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist. Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Vertrags erworben.

Ist die Ausführung eines Geschäfts in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder theilweise unterblieben, ohne daß hierfür wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, so hat der Handlungsagent die volle Provision zu beanspruchen.

Ist die Höhe der Provision nicht bestimmt, so ist die übliche Provision zu entrichten.

Die Abrechnung über die zu zahlenden Provisionen findet, soweit nicht ein Anderes vereinbart ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs statt.

§. 89.

Ist der Handlungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so gebührt ihm die Provision im Zweifel auch für solche Geschäfte, welche in dem Bezirk ohne seine Mitwirkung durch den Geschäftsherrn oder für diesen geschlossen sind.

§. 90.

Für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Auslagen kann der Handlungsagent in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung oder eines abweichenden Handelsgebrauchs Ersatz nicht verlangen.

§. 91.

Der Handlungsagent kann bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn die Mittheilung eines Buchauszugs über die durch seine Thätigkeit zu Stande gekommenen Geschäfte fordern. Das gleiche Recht steht ihm in Ansehung solcher Geschäfte zu, für die ihm nach §. 89 die Provision gebührt.

§. 92.

Das Vertragsverhältniß zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten kann, wenn es für unbestimmte Zeit eingegangen ist, von jedem Theile für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden.

Das Vertragsverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Kommentar.

§ 84.

Wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen.

Er ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, namentlich ihm von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen.

Das Wort „Agent“ ist vielbeutig. Es dient zur Bezeichnung einer großen Anzahl von Gewerbetreibenden, deren Tätigkeit und berufliche Anschauungen, deren Rechte und Pflichten weit auseinandergehen.

Für sie alle gemeinsame Normen aufzustellen, wäre schwierig, wenn nicht unmöglich gewesen, und das Gesetz hat daher, wie die Denkschrift (I S. 67 bzw. II S. 72) ausführt, hiervon Abstand genommen. Eine Kategorie jedoch sind die „selbständigen Gewerbetreibenden, welche dauernd die Interessen eines oder mehrerer bestimmter Handlungshäuser vertreten“ (Denkschrift a. a. D.). Dieser „engere Kreis“ wird in dem siebenten Abschnitt des ersten Buchs des HGB. vom 10. Mai 1897 behandelt und nur mit diesen Personen, den Handlungsagenten, wie sie das Gesetz (§ 84) selbst nennt, beschäftigen sich unsere nachstehenden Darlegungen.¹⁾

I. Die Legaldefinition.

Für die Handlungsagenten enthält § 84 die Legaldefinition:

„Wer, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines Anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen, —“
ist Handlungsagent.

¹⁾ Auch Staub, welcher vor Erlaß des neuen HGB. in seiner III./IV. Aufl. (Berlin 1896) in einem zweiten Zusatz zu Buch I „Von den Agenten“, S. 138—144 handelte, legt nur die in Literatur und Judikatur ausgebildeten Rechtsätze für den Kreis dar, den das Gesetz jetzt „Handlungsagent“ nennt.

Das Gesetz geht also von einer Verneinung aus. Es sagt zunächst, wer nicht Handlungsagent ist, nämlich der Handlungsgehilfe, dessen Rechtsverhältnisse im sechsten Abschnitt von Buch I des HGB. geregelt sind.

Der Handlungsgehilfe ist „in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt“ (§ 59 HGB.). Der Handlungsagent ist mit Vermittlung oder Abschluß von Geschäften für das Handelsgewerbe (also nicht in dem Handelsgewerbe!) eines andern „betraut“ (also nicht angestellt!).

Daraus folgt die Stellung des Handlungsagenten als **selbständiger Gewerbetreibender**.

Der Handlungsagent ist somit freier Herr seiner Arbeitskraft, seiner Zeit und seiner Fähigkeiten. Wer ihn beschäftigt, hat weder zu bestimmen, daß der Agent außerhalb der durch das Agenturverhältnis bedingten Leistung — Vermittlung und/oder Abschluß von Verträgen — eine weitere Tätigkeit zu entwickeln habe, noch wann er im Rahmen des Agenturverhältnisses tätig werden muß. Hierdurch wird jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß der Agent an die Weisungen des Geschäftsherrn im Rahmen des Agenturvertrages streng gebunden ist und daß er die Interessen und das Wohl des Geschäftsherrn, zu dem er in einem ständigen Verhältnis steht, zu schützen und zu fördern hat,¹⁾ immer unter Wahrung seiner grundsätzlichlichen Selbständigkeit, wie es treffend das Oberlandesgericht Dresden in einem Urteil vom 29. Februar 1904 ausgesprochen hat:

„Zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen besteht ein Abhängigkeits- und Respektsverhältnis, während Geschäftsherr und Agent sich gleichberechtigt gegenüberstehen.“ (OLGRspr. Band VIII S. 389.)²⁾

Diese Selbständigkeit des Agenten schließt die Anwendung — auch die analoge — einer großen Anzahl der für den Handlungsgehilfen gegebenen Vorschriften aus, nämlich:

§ 60 Abs. 1: Verbot des Geschäftsabschlusses für eigene Rechnung.

§ 62: Schutz des Handlungsgehilfen in hygienischer und moralischer Beziehung.

§ 63: Schutzbestimmung bei Verhinderung zur Dienstleistung durch unverschuldetes Unglück.

§ 64: Gehaltszahlungsstermin.

¹⁾ Vgl. OLGRspr. Band III S. 401 (RG. 18. III. 01). Hier ist allerdings unrichtigerweise der Bezug von Provision anstatt festem Gehalt als Kriterium für Vorliegen eines Agenturverhältnisses bezeichnet. Den Umfang der Möglichkeit „freier Entschliebung“ des Agenten ergibt der Vertrag und die Vollmacht des Agenten. Von Erheblichkeit ist hierbei, ob der Agent abschließen darf oder nicht. Auch die Verpflichtung des Agenten, sich die erforderlichen Geschäftsräume mit dem ihm unterstellten und von ihm besoldeten Personal selbst zu beschaffen (RG. a. a. O.) und die allgemeine Bestimmung des § 90, wonach der Agent „für die im regelmäßigen Geschäftsbetrieb entstandenen Kosten und Ausgaben Ersatz nicht verlangen kann“, weisen auf die Selbständigkeit des Agenten hin.

²⁾ Ebenso: OLGRspr. Band VI S. 350 (OLG. Kolmar 24. III. 03), OLGRspr. Band VII S. 318 (RG. 6. V. 03), OLGRspr. Band VIII S. 389 (OLG. Hamburg 26. II. 04), OLGRspr. Band XII S. 423 (OLG. Hamburg 6. XII. 05), OLGRspr. Band XIV S. 346 (RG. 24. XI. 06).

§ 67 Abs. 1: Beschränkung der Kündigungsfrist auf einen Monat und Bestimmung, daß die Kündigung für beide Teile gleich sein muß.

§§ 71, 72: Eine Reihe der die „außerordentliche Kündigung“ rechtfertigenden Fälle.¹⁾

§ 73: Zeugnis.

§§ 74, 75: Grenzen des Konkurrenzverbots.

Der Handlungsagent ist selbständiger

Kaufmann.

Dies geht zwar nicht aus der Legaldefinition des § 84 hervor, ist aber unzweideutig im § 1 Abs. 1 mit Absatz 2 Ziffer 7 HGB. bestimmt. Aus dieser Kaufmannseigenschaft folgen für den Agenten alle diejenigen Rechte und Pflichten, welche das Handelsgesetzbuch statuiert und zwar z. B. das Recht der Firmenführung (§ 17 HGB.), der Procura-Erteilung (§ 48 HGB.), das kaufmännische Retentionsrecht (§ 369 HGB.), das Recht, sich zu einer Handelsgesellschaft zu verbinden (§ 105 HGB.), die Pflicht zur Firmenanmeldung (§ 29 HGB.) zur Buchführung (§ 38 HGB.), und zur ordnungsmäßigen Aufbewahrung ein- und ausgehender Handelsbriefe (§ 38 Abs. 2 HGB.).

Geht der Gewerbebetrieb des Agenten nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so finden die handelsgesetzlichen Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Procura keine Anwendung. Auch kann solchenfalls der Agent sich nicht mit einem anderen Kaufmann zu einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft verbinden (§ 4 HGB.). Der tatsächliche Umfang des Gewerbebetriebs ist allein entscheidend für die Frage, ob die Sonderbestimmung des § 4 HGB. Anwendung findet. Dieser Satz ist speziell für den Agenten in dem Urteil des OLG. Kolmar vom 4. VIII. 02 (OLGMSpr. Band VI S. 508) ausgesprochen.²⁾ Da das Gesetz ausdrücklich bestimmt hat, daß die Eigenschaft eines Handlungsgehilfen das Vorliegen eines Agenturverhältnisses ausschließt, so müßte man zu der Annahme gelangen, daß die Unterscheidung zwischen Handlungsgehilfen und Handlungsagent in allen Fällen eine leichte und unzweifelhafte sei. Dem ist aber nicht so.

In zweifelhaften Fällen wird nun auf die der Stellung im Vertrage oder in der Korrespondenz zwischen den Parteien gewählte Bezeichnung, Handlungsgehilfe oder Handlungsagent, entscheidende Bedeutung nicht beizulegen sein, wenn auch der vom Geschäftsherrn, dem es doch freisteht, sich einen Gehilfen oder Agenten anzunehmen, gewählten und vom anderen Teile genehmigten Bezeichnung ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen sein wird. In letzter Linie muß stets die tatsächliche Art der Stellung, das größere oder geringere Maß der Selbständigkeit den Ausschlag geben.³⁾ Ebensovienig ist von entscheidender Bedeutung die Tatsache, ob festes Gehalt oder Provision für die Tätigkeit gewährt wird.

¹⁾ Vgl. unten zu § 92.

²⁾ Vgl. auch Denkschrift II S. 74 sowie unten S. 12.

³⁾ So: OLGMSpr. Bd. VIII S. 388/389 (OLG. Hamburg, 26. II. 04), OLG. Mspr. Band XIV S. 346 (RG. 24. XI. 06), Düringer-Hachenburg I. Anm. zu § 84 S. 260, vgl. RG. Band 46 S. 124 bezüglich des Ausdrucks Generalvertreter, vgl. auch Denkschrift II S. 73.

Gerade so, wie dem Handlungsgehilfen Provision gezahlt werden kann für seine Dienste (§ 65 HGB.), kann auch dem Agenten vertraglich ein festes Gehalt anstatt Provision zugesichert werden.¹⁾ Dies geht bereits aus den Eingangsworten des § 88 HGB.:

„Soweit nicht über die dem Handlungsagenten zu gewährende Vergütung ein anderes vereinbart ist, gebührt ihm eine Provision usw.“, hervor. Auch der Umstand, daß die Tätigkeit nur „für das Handelsgewerbe“ eines einzelnen (nicht für mehrere Häuser) stattfindet, ist ohne weiteres kein Kriterium für das Vorliegen eines Handlungsgehilfen-Verhältnisses.

Aus den von § 84 gewählten Worten: „ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein“, folgt aber noch ein wichtiges Moment, dessen wir zur Festlegung des Begriffs „Handlungsagent“ und zur Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur des Agenturvertrages bedürfen. Da der Agent niemals Handlungsgehilfe, sondern selbständiger Kaufmann ist, so steht er in keinem „Anstellungsverhältnis“ zu dem Geschäftsherrn.

Auf den Handlungsgehilfen finden, soweit nicht der sechste Abschnitt des Buchs I des HGB. etwas Abweichendes bestimmt, die Regeln des bürgerlichen Rechts über den Dienstvertrag Anwendung (§§ 611 ff. BGB.), ganz besonders aber diejenigen Bestimmungen, welche sich auf das zwischen Geschäftsherrn und Handlungsgehilfen bestehende Abhängigkeitsverhältnis und die hieraus erwachsenden wechselseitigen Rechte und Pflichten beziehen. Es sind dies die Bestimmungen, die ein „Dienstverhältnis“ betreffen. Das BGB. sagt nämlich im § 611 Abs. 2, daß „Gegenstand des Dienstvertrages Dienste jeder Art sein können“. Es trifft jedoch speziell für ein „Dienstverhältnis“²⁾ (z. B. § 617 „dauerndes Dienstverhältnis“) Sonderbestimmungen. Diese sind sämtlich nur auf solche zur Dienstleistung Verpflichtete anwendbar, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem „Dienstberechtigten“ stehen und ganz unübertragbar auf die rechtlichen Beziehungen zweier „sich gleichberechtigt gegenüberstehender Kaufleute“. Das HGB. hat selbst auf diesen wichtigen Unterschied ausdrücklich hingewiesen, da es im § 92 von der Kündigung des Vertragsverhältnisses spricht, im § 70 (hinsichtlich der Handlungsgehilfen) aber von der Kündigung des Dienstverhältnisses, worauf das

¹⁾ Übereinst. DLRipr. Band VIII S. 389 (DGB. Hamb., 26. II. 04), Zimmerwahr S. 126/127, Staub (VIII. Aufl.) Anm. 5 zu § 84 S. 357/358, Jacuskiel S. 83, abw. Düringer-Sachsenburg Band I Vorbem. zu § 84, III sub 2 S. 257/258 und Bem. I zu § 88 am Schluß S. 268/269. Das Gutachten der Berliner Ältesten vom 14. Jan. 04. (vgl. Apt II Nr. 103, S. 62) bezeichnet einen Stadtreisenden, der gegen Provision angestellt ist und ein kleines festes Gehalt zur Deckung seiner Epesen (im vorliegenden Fall M. 10.— für die Woche) bezog, als Agenten. Vgl. auch Gutachten der Hamburger Detailistenkammer vom 22. Sept. 05 im „Jahresbericht der Detailistenkammer für 1905“, S. 95/96, bef. S. 96.

²⁾ Die Motive zur RD. (II S. 83) bezeichnen als charakteristisches Merkmal des Dienstverhältnisses gegenüber dem Dienstvertrag: Ausscheidung des Werkvertrages und der auf Verrichtung einzelner oder mehrerer, in keinem gewollten Zusammenhang stehender Dienstleistungen gerichteten Verträge. Vgl. auch Jaeger (II. Aufl.) Anm. 1 zu § 22 RD. S. 182. — Dies bildet wohl ein äußeres Merkmal, aber kein Charakteristikum.

Oberlandesgericht Hamburg bereits in seiner Entscheidung vom 7. Oktober 1904 (OLGMSpr. Band X S. 237) gebührend hingewiesen hat.

Dies ergibt das Resultat:

Der Agent steht in keinem „Dienstverhältnis zu dem Geschäftsherrn“¹⁾.

Es scheiden daher die Bestimmungen der §§ 617—624, 626—627, 629—630 BGB. aus, welche sämtlich auf den Schutz der wirtschaftlich Unselbstständigen hinzielen.

„Für das Handelsgewerbe eines Anderen“ muß die Tätigkeit des Agenten erfolgen.

Daraus folgt zunächst:

Der „Anderer“, den das Gesetz (vgl. § 84 Abs. 1 Halbsatz 2) den „Geschäftsherrn“ nennt, muß ein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 HGB.) betreiben, also Kaufmann gemäß § 1 Abs. 1 HGB. sein.

Betreibt der Geschäftsherr kein Handelsgewerbe, so ist auch der Agent, den er mit Vermittelung oder Abschluß von Geschäften für sein Gewerbe betraut, kein Handlungsagent und auf solche Agenten, die man „Zivilagenten“ genannt hat,²⁾ finden die Vorschriften der §§ 84—92 keine, höchstens sinngemäße³⁾ Anwendung.

Mit diesem „Zivilagenten“ befaßen sich aber unsere Darlegungen, welche sich lediglich auf die Handlungsagenten beziehen, nicht.

In diesem Zusammenhange ist auch die Frage zu erörtern, ob die

Versicherungsagenten

Handlungsagenten sind. Es ist hierbei zunächst zu prüfen, ob die Geschäftsherrn, welche die Tätigkeit eines Versicherungsagenten in Anspruch nehmen, ein Handelsgewerbe betreiben. Denn wenn das nicht der Fall sein sollte, so sind auch die von ihnen beschäftigten „Agenten“ keine Handlungsagenten („für das Handelsgewerbe eines Anderen“).

§ 1 Abs. 2 Ziff. 3 HGB. bestimmt nun, daß als Handelsgewerbe:

— — — — —
3. die Übernahme von Versicherungen gegen Prämie

gilt.

Darnach ist hinsichtlich der Versicherungsgesellschaften in jeder handelsgesetzlich zugelassenen Gesellschaftsform, sofern sie die Versicherung gegen Prämie übernehmen, gesetzlich die Charakterisierung ihrer Geschäfte als Handelsgewerbe festgelegt.

¹⁾ Zahlreiche Berliner und Breslauer Gutachten beschäftigen sich mit der Frage, ob der Provisionsreisende, der Handlungsgehilfe ist, in der Zeit, in welcher er nicht reist, zur Tätigkeit im Geschäfte des Prinzipals verpflichtet ist, wenigstens soweit dieselbe mit seiner Reisetätigkeit im Zusammenhang steht. Vgl. Dove-Apt Nr. 5—12, S. 6—9, Nr. 16 S. 11, Apt I Nr. 7—8 S. 6, Apt II Nr. 100 S. 61; Dove-Meyerstein Nr. 34 S. 10, Nr. 53 S. 15, Nr. 57 S. 16, Nr. 28—29 S. 9; Riesenfeld 1906 Nr. 3 S. 17—18, Nr. 4 S. 18. Die vertragsmäßige Verpflichtung zu solcher Tätigkeit wird stets auf ein Abhängigkeits-, also ein Handlungsgehilfen-Verhältnis deuten.

²⁾ Jacuffel S. 8.

³⁾ Vgl. Denkschrift II S. 74.

Nicht gleich liegt es mit den „Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit“. Zu beachten ist hierbei, daß zu den Versicherungsunternehmungen gegen Prämie auch solche gehören, welche ihren Versicherten Gewinnbeteiligung gewähren und daß andererseits die „Gegenseitigkeitsgesellschaft“ nicht dadurch zur Versicherung gegen Prämie wird, daß die Mitglieder satzungsgemäß Zahlungen als Vorauszahlungen für eintretende, anteilmäßig zu tragende Verluste zu leisten haben, die „Prämien“ genannt und nicht zu voll auf die sich bei Berechnung der Schäden ergebende „Umlage“ verrechnet, sondern in Reserve- oder anderen Fonds angesammelt werden. Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal liegt darin, daß bei der Prämienversicherung der Versicherer dem Versicherten das Risiko gegen Entgelt abnimmt, bei der Gegenseitigkeits-Versicherung die Versicherten auch die Versicherer sind, jeder also die Risiken aller anderen mitläuft.¹⁾

Hinsichtlich dieser Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit bestimmt nun jetzt § 16 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901, daß auf sie, sofern sie durch Erlaubnis des Aufsichtsamts die Rechtsfähigkeit erlangt haben (§ 15 des Gesetzes), die in betreff der Kaufleute im 1. und 3. Buch des HGB. gegebenen Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1—7 HGB. Anwendung finden, soweit nicht das Privatversicherungsgezet etwas anderes bestimmt.

Damit sind allerdings ihre Geschäfte nicht „Grundhandelsgeschäfte“, sie sind nicht Kaufleute in jeder Beziehung, aber sie betreiben doch „Handelsgeschäfte“ (§ 343 HGB.), sie sind nach § 30 des Gesetzes vom 12. Mai 1901 in das Handelsregister einzutragen, ihre Angelegenheiten sind „Handelsfachen“ im Sinne § 101 Nr. 1, Nr. 3b und e HGB. und der §§ 30, 47, 145 FrGB.

Diese ihre Unterstellung unter die meisten der für Kaufleute gegebenen Regeln rechtfertigt es, wenn wir zu dem Ergebnis gelangen:

die rechtsfähigen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit betreiben im Sinne des § 84 ein „Handelsgewerbe“. Ihre Agenten sind Handlungsagenten.²⁾

Für ausländische Versicherungsagenten bedarf es nach § 85 des Gesetzes vom 12. Mai 1901 für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts im Inland der „Erlaubnis“ der Aufsichtsbehörde. Nach erteilter Erlaubnis sind ihre Agenten im Rahmen obiger Ausführungen Handlungsagenten.

¹⁾ Vgl. RG. Bd. 14 S. 237/238.

²⁾ Übereinst. Staub (VII. Aufl.) Ann. 61 zu § 1 S. 47. Motive zum I. Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag S. 91. Vgl. auch DRGMpr. Bd. V S. 442/443 (RG. 7. VII. 02). Rittbauer-Mosse Ann. 4 zu § 84 S. 106. Abw. Jacusiel S. 8. Ferner allerdings vor Erlaß des Gesetzes von 1901: Goldmann Ann. I oc ß zu § 84 S. 399. Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 76 Note 16. Dementprechend erklärt auch Ritter im „Gewerbegericht“ Jahrg. X S. 39 ff. diese Vereine als „Kaufleute“ im Sinne des § 1 des Kaufmannsgerichts-Gesetzes vom 6. Juli 1904. Gegen denselben wendet sich Rechtsanwalt Albert Müller, Stuttgart, in dem Aufsatz: JW. 1905 S. 711—713. Paul Alexander-Ratz, Kommentar zum Privatversicherungsgezet, gelangt daselbst S. 52 zu dem Ergebnis, daß die Agenten der Gegenseitigkeitsgesellschaften keine Handlungsagenten sind, aber „sie stehen unter denselben rechtlichen Vorschriften wie die Handlungsagenten“.

Gerade bei den Versicherungsagenten kann aber die schon erörterte Frage, ob Handlungsgehilfen- oder Agenturverhältnis vorliegt, sehr zweifelhaft sein, die in dieser Beziehung oben¹⁾ entwickelten Darlegungen müssen auch hier der Entscheidung zugrunde gelegt werden.

Aus den Worten:

„für das Handelsgewerbe eines Anderen“

folgt aber auch noch das Folgende:

Die Tätigkeit, welche sich als die eines Handlungsagenten darstellen soll, darf nicht als solche erscheinen, welche die eines reinen Filialleiters ist, mag derselbe nun einer „Zweigniederlassung“ im Sinne des § 13 HGB. oder einem weniger selbständigen Teil der Hauptniederlassung, einer „Filiale“ im landläufigen Sinne verstehen. Der Betrieb einer solchen Zweigniederlassung oder Filiale in auf Kosten des Geschäftsherrn gemieteten Räumen und mit von diesen salarisierten Angestellten deutet auf ein Handlungsgehilfen-, nicht ein Agenturverhältnis hin, denn die Tätigkeit erfolgt „im“, nicht für das Handelsgewerbe des Geschäftsherrn.²⁾

Der Agent hat Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des Anderen abzuschließen.

Hierin liegt die wichtige Zerteilung, welche für das ganze Agentenrecht von größter Bedeutung ist, die Scheidung zwischen dem Agenten, der nur Geschäfte vermittelt und dem, der auch im Namen des Anderen, d. i. des Geschäftsherrn, abschließen darf. Die ersteren bezeichnen wir mit Staub (VIII. Aufl. Anm. 14 zu § 84 S. 359) als „Vermittlungsagenten“, die letzteren als „Abschlussagenten“. Die Frage, wann der Agent der einen oder der anderen Kategorie zuzurechnen ist, behandeln wir im „Allgemeinen Teil zu den §§ 85–87“ (vgl. daselbst S. 60 ff.).

Vermitteln oder abschließen muß der Agent.

Das eine schließt das andere nicht aus. Auch der Abschlussagent vermittelt.³⁾

„Vermitteln“ heißt durch Tätigkeit den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen zwei Personen erzielen. Das Gesetz spricht dies auch im § 88 unzweideutig aus, indem es dem Agenten die Provision gewährt, „für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist.“

¹⁾ Vgl. S. 5–7.

²⁾ So: RG. 17. II. 02 in Goldheims Monatschrift Jahrg. XI S. 115. Vgl. auch Müntendörfer in GZ. Band 58 (1906) S. 121. Müntendörfer nimmt an, daß „Zweigniederlassung“ und „Agentur“ Rechtsvorstellungen seien, die sich „kreuzten“, nicht ausschließen. Dem kann nicht beigepröcht werden. Vgl. Zimmerwahr S. 7.

³⁾ Staub (VIII. Aufl.) Anm. 8 zu § 84 S. 359 am Schluß meint: „Nichtiger hieße es übrigens: er soll entweder bloß vermitteln oder vermitteln und abschließen“. Gewiß vermittelt der Abschlussagent im Regelfalle das abgezeichnete Geschäft auch, aber denkbar ist es doch, daß der Agent ein Geschäft ohne Vermittlung abzuschließen beauftragt wird. Die Kritik Staubs am Gesetzestext — vgl. auch Zacusiel S. 6, der deshalb auch gar nicht von Vermittlungs- und Abschlussagenten sprechen will, und Goldmann I unter I 1 bb zu § 84 S. 398 — scheint daher ungerechtfertigt, vgl. in diesem Sinne Makower Band I unter II a zu § 84 S. 243.

Wenn diese Voraussetzung gegeben ist, werden wir zu § 88 zu untersuchen haben.

Geschäfte vermittelt und/oder schließt der Agent ab.

Welche Geschäfte dies sein können, zählt das Gesetz nicht auf.

Handelsgeschäfte (§ 343 HGB.) fallen darunter, also alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören und daneben auch, wenn das einzelne Geschäft nicht in den Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes fällt, jedes Grundhandelsgeschäft, also die im § 1 Abs. 2 HGB. bezeichneten Geschäfte. Außerdem aber gelten gemäß § 344 HGB. „im Zweifel die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.“

Vermittlung und/oder Abschluß aller dieser Handelsgeschäfte kommt daher in Frage.

Hieraus ergibt sich, daß zu den Handlungsagenten die folgenden Gruppen gehören:

1. Die Warenagenten.
2. Die Versicherungsagenten.¹⁾
3. Die Auswanderungsagenten.²⁾
4. Die Transportagenten.
5. Die Agenten der Real-Kredit-Institute, z. B. der großen Hypothekenbanken.
6. Die Börsenremisiers.³⁾
7. Die Inseratenagenten.⁴⁾
8. Die Passageagenten.⁵⁾
9. Die „Charterers agents.“⁶⁾

Im einzelnen⁷⁾ sei hierzu noch gesagt:

Zu 1. Die Warenagenten können Einkaufs- und Verkaufsagenten sein.⁸⁾ Für Hamburg kommt noch die besondere Gruppe der „Export-Agenten“ in Betracht, deren Kunden die zahlreichen, in Hamburg ansässigen Exporteure und Exportkommissionshäuser sind.

Zu 2. Bei den Versicherungsagenten wird die bereits oben (vgl. S. 6) dargelegte Möglichkeit am ehesten Platz greifen, daß sie nur als „Minderkaufleute“ in Gemäßheit § 4 HGB. zu betrachten sind. Bei manchen Agenten der Versicherungsgesellschaften, namentlich sofern die Agentur sich nur als Neben-

¹⁾ Vgl. hierzu oben S. 8—9.

²⁾ Vgl. unten sub VIII Gewerberechtliches S. 51 ff.

³⁾ Vgl. hierzu RG. 18. IX. 05 in RGBl. 1905 S. 104.

⁴⁾ Vgl. hierzu: Apt I S. 17 Nr. 7, Dove-Meyerstein S. 24 Nr. 79, HGB Abt. 1906 Nr. 46 S. 72.

⁵⁾ Vgl. hierzu DLG. Hamburg 23. III. 01 in DLGPr. Band II S. 383.

⁶⁾ Vgl. hierzu DLG. Hamburg, Hbl. 1906 Nr. 33 bef. S. 75.

⁷⁾ Vgl. hierzu Zimmerwahr S. 26—33 bef. S. 32/33 und Denkschrift II S. 73/74.

⁸⁾ Ohne rechtliche Bedeutung ist die noch weitergehende Einteilung nach Branchen. Der große „Verein Berliner Agenten“ (gegr. 1886) hat sich neuerdings in sechs Branchengruppen eingeteilt (vgl. der „Warenagent“ 1907 Nr. 21 S. 165).

Beschäftigung neben einem anderen Beruf oder Geschäft darstellt, geht der Umfang des Gewerbebetriebes nicht über den Rahmen des Kleingewerbes hinaus.¹⁾

Ohne jede rechtliche Bedeutung²⁾ sind die in der Versicherungsbranche häufig vorkommenden Bezeichnungen:

„Generalagent“, „Oberagent“, „Unteragent“.

Bezüglich des letzteren Begriffs wird die doppelte Möglichkeit bestehen, daß der Unteragent entweder ein mit geringeren Vollmachten oder einem engeren Geschäftskreis (Bezirk) ausgestatteter Agent desselben Geschäftsherrn, wie der Generalagent ist oder daß er ein Agent des Generalagenten ist und in keinerlei Beziehungen zu dem vertretenen Hause (z. B. der Versicherungsgesellschaft) steht. In diesem Falle ist der „Geschäftsherr“ des Unteragenten der Oberagent. Diesem liegen dann alle nach dem Gesetz für den „Geschäftsherrn“ vorgesehenen Rechte und Pflichten gegenüber dem Unteragenten ob,

also z. B. Recht auf Anzeige vom Abschluß, § 84 Abs. 2; Pflicht zur unverzüglichen Ablehnung nach § 85; Erteilung der Ermächtigung zur Zahlungseinnahme, § 86; Pflicht zur Provisionszahlung, § 88 Abs. 1; Nichtausführung aus wichtigem Grunde, § 88 Abs. 2; halbjährliche Abrechnung, § 88 Abs. 4; Provisionszahlung für direkte Geschäfte, § 89; Zahlung vertragsmäßiger oder handelsgebräuchlicher Kosten und Auslagen (§ 90); Mitteilung eines Buchauszuges, § 91; Recht der „außerordentlichen“ Kündigung (§ 92).

Es folgt dies übrigens schon daraus, daß auch das Agenturgewerbe ein „Handelsgewerbe“ nach § 1 Abs. 2 Ziffer 7 HGB. ist. Aus den gewählten Bezeichnungen³⁾ folgt auch hier nichts, sondern der Inhalt des Vertrages, der, wie gezeigt, ein sehr verschiedenes sein kann, ist zu ermitteln.

Der Agent schließt im Namen des Anderen ab.

Nach zwei Richtungen hin wird dadurch der Begriff des Agenten abgegrenzt. Zunächst unterscheidet er sich hierdurch von dem Kommissionär, der nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 383 HGB. in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung handelt.⁴⁾ Für fremde Rechnung handeln beide, Agent und Kommissionär; der erstere aber auch in erkennbarem Namen des Geschäftsherrn, so daß dieser, nicht der Agent, Gläubiger des Vertragsgegners wird.

¹⁾ Zum Begriff des „Kleingewerbes“ vgl. Staub (VIII. Aufl.) Anm. 18—20 zu § 4 HGB. S. 71/72. Vgl. ferner zu den Ausführungen im Text: Zimmerwahr S. 36—37. Zeitschrift II S. 74.

²⁾ Auch nicht für die Frage, ob überhaupt ein Agenturverhältnis vorliegt (vgl. oben S. 6 und „Allgemeines“ zu §§ 85—87, S. 63. Vgl. hierzu Zimmerwahr S. 8 und S. 22—24, 28, 131.

³⁾ Zimmerwahr S. 131 nennt den „Agenten des Agenten“: „Unteragenten“, den Agenten, der für sein Handelsgewerbe sich einen, von seinem Geschäftsherrn unabhängigen Agenten bestellt: „Hauptagenten“.

⁴⁾ Vgl. zu den Ausführungen im Text Zimmerwahr S. 44/45 und Müntendörfer in OZ. Band 58 (1906) S. 131—134. Kommissionär und Agent grenzt richtig ab: Dr. S. Jacoby, Das Recht der Bank und Warenkommission nach dem Allgem. Deutschen HGB., Erlangen-Leipzig 1891 S. 2, dagegen nicht so klar: Grünhut, Das Recht des Kommissionärs, Wien 1879 S. 62/63.

Trotz dieser klaren gesetzlichen Unterscheidung werden im praktischen Leben oft Zweifel auftauchen. Der vielfach gelübte kaufmännische Sprachgebrauch:

„Ich verkaufte Ihnen für A. in Berlin“, läßt die Frage offen, ob „für Rechnung“ oder „für Rechnung und im Namen“ von A. in Berlin verkauft sein soll. Ersterenfalls läge Kommissions-, sonst Agentur-Verhältnis vor.¹⁾ Die Lösung der Frage ist nur aus den Umständen des einzelnen Falles zu gewinnen, ob, wie § 164 BGB. sagt, „der Wille im fremden Namen zu handeln“, erkennbar hervorgetreten ist.

Solche „Umstände“ sind von der Rechtsprechung gefunden worden:

a) in der Ausstellung der Rechnungen über die verkauften Waren, sowie der über die Kaufsumme gezogenen Wechsel auf Namen des Dritten, also des Geschäftsherrn (vgl. RDStG. Band XII S. 152—54 bes. S. 153);

b) in der dem Abschluß folgenden Korrespondenz, in der der Dritte und der Käufer das Geschäft als zwischen ihnen beiden geschlossen behandeln (vgl. RDStG. Band II S. 407).²⁾

In diesen beiden Fällen gelangt man zu der Annahme, daß der Mittelsmann nicht in eigenem Namen, also als Kommissionär, sondern als Agent kontrahieren wollte. —

Dagegen läßt nicht die Namhaftmachung desjenigen, für den der Mittelsmann abschließt, unweigerlich darauf schließen, daß auch „in dessen Namen“ gehandelt werden solle (RDStG. Band XXII S. 29), wenn dies auch im kleineren Verkehr als wahrscheinlicher zu unterstellen ist (vgl. RDStG. Band XVIII S. 295).

Es ist auch unrichtig, wenn in der Literatur³⁾ gelegentlich ausgeführt wird, daß für das Vorliegen eines Kommissionsverhältnisses die Vermutung streite. Ebensovienig trifft allerdings zu, wenn das RDStG. Band II S. 403 das „Handeln in fremdem Namen“ als das „Häufigere, vielleicht Regelmäßige“ bezeichnet. Dasselbe Gericht hat übrigens in einem sechs Jahre später entschiedenen Falle (RDStG. Band XXII S. 28), in dem es sich um den Einkauf von börsegängigen Wertpapieren handelte, die „Kommission“, also das „Handeln in eigenem Namen“ als das „Gewöhnlichere“ bezeichnet. Das Richtige trifft unseres Erachtens ein in OZ. Band 40 S. 525 mitgeteiltes Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 1. März 1889, in dem dargelegt wird, daß im Zweifel ein berufsmäßiger Kommissionär ein Kommissionsgeschäft abschließen, ein berufsmäßiger Agent dagegen im Rahmen seines Agenturvertrages handeln wird.

Es kommt aber hierbei auf den Inhalt der Geschäfte, nicht auf deren Namen an. Die sog. buchhändlerischen Kommissionäre, welche in Leipzig,

¹⁾ Vgl. Makower sub B VI g zu § 383 S. 1339—1340 und sub IX b zu § 383 S. 1342. RDStG. Band II S. 402—407. Staub (III./IV. Aufl.) § 6 zu Art. 360 S. 941. Derselbe (VI./VII. Aufl.) Anm. 13 zu § 383 S. 1418/1419.

²⁾ Umgekehrt spricht Ausstellung der Rechnung auf Namen der Mittelsperson, Ziehen eines Wechsels auf diese ohne Widerspruch hiergegen für Handeln in eigenem Namen, also Kommissionsverhältnis. (Vgl. OZ. Colmar 25. III. 92 in OZ. Band 44 S. 241.)

³⁾ Vgl. die Zitate bei Staub (III./IV. Aufl.) § 6 zu Art. 360 S. 941, der diese Auffassung mit Recht bekämpft.