

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

VII

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1978

CHRISTOPH BERGFELD

Der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg von 1839*)

I

1836 erteilte die württembergische Regierung dem Obertribunalrat von Hofacker den Auftrag zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs, dessen Grundlage nach dem Willen der Regierung vor allem der Code de commerce sein sollte. 1839 konnte Hofacker seine Arbeit abschließen. Der Entwurf umfaßt in 1164 Artikeln das gesamte Handels- und Wechselrecht einschließlich des Prozeß- und Konkursrechts. Noch im selben Jahr — 1839 — wurde er veröffentlicht. Ein Jahr später erfolgte die Veröffentlichung der ausführlichen Motive¹. Der Entwurf erlangte niemals Gesetzeskraft.

Dieser Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg² ist der erste Versuch einer umfassenden Kodifikation des Handelsrechts in Deutschland im 19. Jahrhundert. Der württembergische Entwurf war Vorbild für den Entwurf einer Handels- und Wechsel-Ordnung für das Herzogtum Nassau von 1842³. Er hat außerdem einen bestimmenden Einfluß ausgeübt auf den 1849 im Auftrag des Reichsjustizministeriums ausgearbeiteten Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutsch-

* Vorgetragen am 18. März 1977 vor dem auswärtigen wissenschaftlichen Beirat des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main.

¹ Stuttgart, Verlag der J. B. Metzlerschen Buchhandlung, Bd. 1 Entwurf, Bd. 2 Motive.

² Die ausführlichste Würdigung findet sich bei P. RAISCH, Die Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1962, p. 71—86. Zur Entstehung des Entwurfs und den württembergischen Bemühungen um eine Vereinheitlichung des Handelsrechts innerhalb des Zollvereins außerdem: G. MAYER, Württembergs Beitrag zu den rechtsvereinheitlichenden Bemühungen des Deutschen Bundes auf dem Gebiete des Privatrechts (1815—1847), Diss. jur. Heidelberg 1974.

³ Entwurf einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogtum Nassau, Wiesbaden 1842.

land⁴. Auch für den preußischen Entwurf von 1857⁵ wurde er zu Rate gezogen, und ebenso hat er der 1857 einberufenen Nürnberger Konferenz zur Abfassung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs vorgelegen⁶.

Der württembergische Entwurf erschien zu einer Zeit, als in mehreren Ländern des Deutschen Bundes an einer Revision des Handelsrechts, insbesondere aber an einer Neufassung und Vereinheitlichung des Wechselrechts gearbeitet wurde⁷. Mit der schrittweisen Einführung der Gewerbefreiheit, mit der Bildung von Zollvereinen, der Verbesserung der Verkehrsverhältnisse und der Ausweitung des Handels in Deutschland gewann der Wechsel eine immer größere Bedeutung. Zwar diente er nicht mehr wie früher der Überweisung größerer Geldbeträge von einem Ort zum anderen, doch trat dafür seine Funktion als Mittel der kurzfristigen Kreditbeschaffung eindeutig in den Vordergrund. So wurde er zum „selbst geschaffenen Geld des Kaufmanns“, um mit Karl Einert⁸ zu sprechen, dem führenden Theoretiker des Wechselrechts in Deutschland um 1840. Eine Reform des Wechselrechts und dabei vor allem die Ausdehnung der Wechselfähigkeit auf Handwerker und Bauern, die bisher davon ausgenommen waren, galt deshalb als wichtiges Instrument zur Förderung von Handel und Gewerbe.

Daher ist es zunächst bemerkenswert, daß der württembergische Kodifikationsversuch das gesamte Handelsrecht und nicht nur das Wechselrecht umfaßt. Ich möchte versuchen, diese Erscheinung aus den Bedürfnissen der Landesentwicklung und aus der Stellung Württembergs im Zollverein zu erklären, um so einen innenpolitischen und einen außenpolitischen Aspekt ins Auge zu fassen.

⁴ Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland, Frankfurt a. M. 1849. Nur die Erste Abtheilung ist im Druck erschienen. Sie enthält Bestimmungen über Handelspersonen, Handelsbücher, Handelsgesellschaften, Börsen und Mäkler und über den Kommissions- und Speditionshandel.

⁵ Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, nebst Motiven, Theil 1 Entwurf, Theil 2 Motive, Berlin 1857. Die ersten drei Bücher des Entwurfs sind außerdem abgedruckt im Beilagenband der Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von J. Lutz, Würzburg 1858, p. 1—68.

⁶ L. GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1875, p. 95.

⁷ Vor Inkrafttreten der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung galten in Deutschland nebeneinander 59 verschiedene Wechselgesetze, C. S. GRÜNHUT, Wechselrecht Bd. 1, Leipzig 1897, p. 255.

⁸ K. EINERT, Das Wechselrecht nach dem Bedürfniß des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert, Leipzig 1839 (Neudruck Aalen 1969), p. 51: „Der Wechsel . . . ist die Form, welche der Handelsstand anwendet, um für die Bedürfnisse der Mercanz ein Papiergeld herzustellen. — Dieser Wechsel ist das Papiergeld der Kaufleute.“

II

Die Entstehung des Entwurfs eines württembergischen Handelsgesetzbuchs hat seine Ursache nicht darin, daß Handel und Gewerbe besonders stark entwickelt gewesen wären und eine rege Kaufmannschaft den Erlaß eines modernen Handelsgesetzbuchs gefordert hätte. Viel eher war das Gegenteil der Fall. Die Anregung zur Schaffung eines Handelsgesetzbuchs wurde zwar in der Zweiten Kammer vorgetragen, doch waren dort Kaufleute, Fabrikanten und Handwerker kaum vertreten⁹. Die Regierung griff die Anregung auf, weil sie in dieser ein geeignetes Mittel zur Förderung ihrer handels- und gewerbepolitischen Absichten sah.

Die traditionell starke Verwurzelung Württembergs in kleinbäuerlichen und handwerklichen Verhältnissen mögen zwei Zitate illustrieren: Als 1756 der Geheime Rat dem Engeren Ausschuß als dem Repräsentanten der Stände den Entwurf einer Wechselordnung mitteilte, äußerte sich dieser ganz erschrocken und ablehnend. Nach Ansicht des Engeren Ausschusses ist „Württemberg vor vielen anderen Ländern mit Feld- und Weinbau und auch mit Viehzucht vorzüglich gesegnet. Den Handel d a m i t müsse man nach Ansicht der Stände emporbringen, dadurch komme viel Geld ins Land. Manufacturen und Fabriken hätten aber bisher noch gar nicht viel angeschlagen, und der Handel werde im Lande nie so bedeutend werden, wie in Gegenden, wo das Wechselrecht eingeführt sei“¹⁰. — Und noch 1833 äußerte der Justizminister Freiherr von Maucler vor der Ersten Kammer, der Kammer der Standesherrn, er halte das Erscheinen eines Handelsgesetzbuchs nicht für dringend, da Württemberg in der höheren Bedeutung des Wortes kein Handelsstaat sei¹¹.

Das letzte Zitat zeigt, daß auch in der Regierung nicht immer Einigkeit darüber bestand, ob Landwirtschaft oder Handel und Gewerbe die Grundlage des Volkswohlstandes bilden sollten. Die Entscheidung fiel aber dann doch zugunsten einer vermehrten Förderung von Handel und Gewerbe. Deutlich kommt das zum Ausdruck in zwei Berichten, die das Finanzministerium 1823 und 1832 dem König über den wirtschaftlichen Entwicklungs-

⁹ D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus und Demokratie in Württemberg zwischen Revolution und Reichsgründung*, Düsseldorf 1974, p. 73.

¹⁰ J. F. VON WEISHAAR, *Handbuch des württembergischen Privatrechts*, 3. Ausg., Erster Theil, Stuttgart 1831, p. 29.

¹¹ MAYER, p. 96.

stand des Landes erstattete¹². Der erste Bericht bezeichnete noch die Landwirtschaft für die Gegenwart und die Zukunft als Hauptgrundlage des Wohlstands der Nation. Er sprach sich gegen eine Industrialisierung aus. Der zweite Bericht bestimmte dann die Industrialisierung Württembergs als wünschenswertes politisches Ziel.

Diesem Ziel diene auf dem Gebiet der Gesetzgebung zunächst eine bereits 1821 eingeleitete und später noch mehrfach erweiterte Revision des Steuerrechts. Insbesondere führte die Reform des Gewerbesteuerkatasters zu einer Senkung der Gewerbesteuern^{12a}.

Von noch größerer Bedeutung war 1828 der Erlaß einer Allgemeinen Gewerbeordnung¹³. Für 13 Gewerbe, denen bei weitem die meisten Handwerksbetriebe angehörten, hob sie den Zunftzwang auf. Für 44 Gewerbe, die nach Ansicht der Regierung eines besonderen Schutzes bedurften, blieb er zunächst bestehen. 1835 übten noch 17 % der Handwerksbetriebe in Württemberg ein zünftiges Gewerbe aus. Der Handel war mit Ausnahme des Detailhandels völlig frei geworden, und auch Fabrikbetriebe unterlagen keinem Zulassungszwang mehr.

Diese Gewerbeordnung erntete nicht nur Zustimmung. Auf dem Landtag von 1833 kamen deshalb mehr als 100 Petitionen ein, die eine Revision des Gesetzes wünschten. Ihre teilweise Berücksichtigung führte 1836 zum Erlaß der „revidierten Allgemeinen Gewerbeordnung“¹⁴.

Auf dem Landtag von 1833, der mit den Petitionen zur Allgemeinen Gewerbeordnung befaßt war, griff die Zweite Kammer, die schon seit 1821 wiederholt über die Notwendigkeit der Abfassung eines „vollständigen bürgerlichen Gesetzbuchs in deutscher Sprache“ beraten hatte, auch dieses Thema erneut auf. Nach längerer Diskussion bat sie die Regierung um Vorlage eines Zivilgesetzbuchs und einer Zivilprozeßordnung¹⁵. In Ergänzung dazu stellte der Wortführer der Opposition den Antrag, die Kammer möge beschließen, die Regierung zu bitten, nach Ablauf von drei Jahren außer

¹² LANGEWIESCHE, p. 39.

^{12a} Gesetz, die Herstellung eines provisorischen Steuer-Catasters betreffend, vom 15. 7. 1821, Reg.-Bl. p. 457—467 und A. L. REYSCHER, Sammlung der württembergischen Gesetze, Bd. 7, 2. Abt., Tübingen 1840, p. 1177—1193.

¹³ C. BILLICH, Das württembergische Gewerberecht, Stuttgart 1852, p. XXXIII; G. WÄCHTER, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 1, 2. Abt., Geschichte, Quellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts, Stuttgart 1842, pp. 959 ss.

¹⁴ BILLICH, p. XXXXIV; WÄCHTER, p. 963.

¹⁵ Antrag Hufnagel, Protokolle der Kammer der Abgeordneten 1833, 25. und 41. Sitzung; WÄCHTER, p. 1056.

einem Zivilgesetzbuch auch ein Handelsgesetzbuch vorzulegen¹⁶. Die Kammer sah die Kodifikation des Handels- und Wechselrechts in enger Verbindung zur Kodifikation des gesamten bürgerlichen Rechts. Die Schaffung eines Handelsgesetzbuchs oder einer Revision des Wechselrechts waren bisher noch nicht zur Sprache gekommen.

Die Vorlage eines Zivilgesetzbuchs — jedenfalls in so kurzer Zeit — hielt die Regierung nicht für möglich, vielleicht auch noch nicht für wünschenswert. Dagegen griff sie die Anregung zur Schaffung eines Handelsgesetzbuchs auf. Sie entsprach ihrer Politik der Förderung von Handel und Gewerbe, die um diese Zeit schon den Beitritt Württembergs zum preußisch-hessischen Zollverein¹⁷ vorbereiten mußte. Drei Jahre später — 1836 —, zwei Jahre nach dem Beitritt Württembergs zum Zollverein, kam die Abfassung eines Handelsgesetzbuchs erneut vor der Zweiten Kammer zur Sprache¹⁸. Die Regierung ließ nunmehr mitteilen, sie habe bereits einen Sachverständigen berufen, der auf der Grundlage des Code de commerce den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für Württemberg ausarbeiten solle. Weil es auf dem Gebiet des Handelsrechts nur „wenige eigene (d. h. württembergische) Bestimmungen gebe“, habe „hier“ nach Auffassung der Regierung „die Zugrundelegung eines fremden Gesetzbuchs ungleich weniger Anstand, als bei der bürgerlichen Gesetzgebung im engeren Sinne“¹⁹. Die Regierung konnte in einem für ganz Württemberg gültigen Handelsgesetzbuch die notwendige Ergänzung zur Gewerbeordnung sehen. Ein solches Gesetzbuch hätte außerdem zur verstärkten Integration der in napoleonischer Zeit erworbenen Landesteile beigetragen. Darüber hinaus wäre das Handelsgesetzbuch ein erster Schritt gewesen auf dem Weg zu einer für später geplanten Kodifikation des gesamten Zivilrechts.

Betrachtet man die Äußerungen der württembergischen Regierung zur Handelsgesetzgebung vor der Zweiten Kammer, dann gewinnt man allerdings eher den Eindruck von Vorsicht und Zurückhaltung. Die Initiative liegt hier, so scheint es wenigstens, bei der Kammer, deren Anregung die Regierung mit einiger Verspätung folgt. Im Gegensatz dazu steht die von der württembergischen Regierung auf den Generalkonferenzen des Zollvereins entfaltete Aktivität mit dem Ziel der Schaffung einer übereinstimmenden Handelsgesetzgebung für alle Zollvereinsstaaten.

¹⁶ Antrag Schott, Protokolle der Kammer der Abgeordneten 1833, 41. Sitzung; WÄCHTER, p. 1058.

¹⁷ Zum Zollverein grundlegend: W. O. HENDERSON, *The Zollverein*, Cambridge 1939.

¹⁸ Protokolle der Kammer der Abgeordneten 1836, Beilagenheft IV, pp. 170, 230.

¹⁹ Protokolle der Kammer der Abgeordneten 1836, 54 Sitzung.

III

Angesichts der dominierenden Stellung der Großmächte Preußen und Österreich war Württemberg vor allem nach 1820 bemüht gewesen, seine Selbständigkeit durch eine Zusammenarbeit unter den deutschen Mittel- und Kleinstaaten zu wahren. Die württembergische Regierung versuchte so, ein Gegengewicht zu bilden gegenüber den österreichischen und preußischen Ansprüchen auf politische Vormacht. Diese unter dem Namen „Triasidee“ verfolgte Politik scheiterte an den tatsächlich bestehenden Machtverhältnissen. Auch die Übertragung dieser Idee auf die Handels- und Zollpolitik mißlang 1825, als die mit maßgeblicher Beteiligung Württembergs geführten Verhandlungen über die Bildung einer Zollunion zwischen mehreren deutschen Mittel- und Kleinstaaten eingestellt werden mußten. Schließlich kam es dann doch noch 1828 zu Bildung einer süddeutschen Zollvereinigung zwischen Württemberg und Bayern. Diese Union schloß 1829 einen Vertrag mit dem zwischen Preußen und Hessen-Darmstadt bestehenden Zollverein. Mit Wirkung zum 1. Januar 1834 traten Bayern und Württemberg dem preußisch-hessischen Zollverein bei. Der Beitritt Württembergs erfolgte gegen den Willen der Zweiten Kammer.

Innerhalb des Zollvereins versuchte Württemberg zunächst seine gegen das Übergewicht der einen oder anderen deutschen Großmacht gerichtete Politik wieder aufzunehmen. Sie hatte sich nunmehr gegen den vorherrschenden Einfluß Preußens zu richten.

Als Ansatzpunkt für eine eigene Initiative diente der württembergischen Regierung das Thema einer übereinstimmenden, wenn auch noch nicht einheitlichen Gesetzgebung zum Handelsrecht in allen Zollvereinsstaaten. Jedenfalls soweit es das Wechselrecht betraf, war das Thema ausgesprochen aktuell und Württemberg konnte hoffen, hier Unterstützung bei anderen Vereinststaaten zu finden. Dabei lag es nahe, einen Zusammenhang herzustellen mit den vorausgegangenen Verträgen über eine Neubestimmung des Münzfußes und eine Vereinheitlichung von Maßen und Gewichten.

Es kann hier nicht im einzelnen dargelegt werden, wie Württemberg sein Ziel auf den Generalkonferenzen für Zollvereinsangelegenheiten verfolgte. Nur der Antrag auf der ersten Generalkonferenz von 1836 sei erwähnt²⁰: Er richtete sich auf Herstellung einer möglichst gleichförmigen, aber noch nicht übereinstimmenden Handelsgesetzgebung in allen Zollvereinsstaaten.

²⁰ Verhandlungen der 1. Generalkonferenz in Zollvereinsangelegenheiten, München 1836, p. 95.

Der Antrag wurde durch Vorlage eines Pro memoria²¹ unterstützt, in dem die württembergische Regierung bereits das Programm ihres späteren Entwurfs entwickelte und als Grundlage für eine entsprechende Gesetzgebung auch in anderen Zollvereinsstaaten empfahl.

Das Pro memoria läßt außerdem erkennen, daß die württembergische Regierung von preußischen Plänen zur Reform des Handels- und Wechselrechts Kenntnis hatte, daß ihr aber Einzelheiten nicht bekannt waren. Sie mußte befürchten, Preußen könnte schließlich sein eigenes Handelsrecht den anderen Zollvereinsstaaten aufdrängen. Das macht ihr Bemühen verständlich, durch einen eigenen Vorschlag einer preußischen Initiative zuvorzukommen. Der württembergische Vorstoß fand allerdings keine Unterstützung; die übrigen Zollvereinsstaaten verhielten sich abwartend.

Als 1839 Hofacker seinen Entwurf fertiggestellt hatte, wurde er von der württembergischen Regierung allen deutschen Regierungen zugesandt mit der Bitte, er möge bei einer künftigen Neugestaltung des Handelsrechts berücksichtigt werden. Gleichzeitig wandte sich die württembergische Regierung bei der offiziellen Bekanntmachung des Entwurfs an die Rechtsgelehrten und Kaufleute aus dem In- und Ausland und bat sie um ihr Urteil²².

IV

Nun zu Hofackers Entwurf selbst:

Unter seinen Quellen steht, dem Auftrag der Regierung entsprechend, an erster Stelle der Code de commerce. Außerdem hat Hofacker den Handelsrechtsteil des preußischen Allgemeinen Landrechts²³ sowie die Handelsgesetzbücher Hollands (von 1838)²⁴, Portugals (von 1833)²⁵ und insbesondere Spaniens (von 1829)²⁶ benutzt.

²¹ Beilage XII zum Hauptprotokoll der Verhandlungen der 1. Generalkonferenz in Zollvereinsangelegenheiten, München 1836.

²² Entwurf, Vorwort, p. IV.

²³ 2. Theil, 8. Titel, Abschn. 7—15. Den Wert der preußischen Handelsgesetzgebung sieht Hofacker vor allem im Reichtum an Detailbestimmungen. Außerdem verdient das ALR seiner Meinung nach schon deshalb besondere Beachtung, weil es in einem großen Teil des Zollvereinsgebietes geltendes Recht ist (Motive p. 9).

²⁴ Wetboek van Koophandel, deutsche Übers. von F. C. Schuhmacher, Hamburg 1840. Das holländische Handelsgesetzbuch hält Hofacker für beispielhaft. Obwohl auf der Grundlage des Code de commerce entstanden, berücksichtige es doch die einheimische Rechtstradition (Hofacker spricht von germanischen Elementen). Außerdem nennt Hofacker die bedeutenden Handelsverbindungen zwischen Holland und Württemberg sowie dem übrigen Süddeutschland als Grund für seine eingehenden Berücksichtigung des holländischen Handelsgesetzbuchs.

Anders als der Code commerce konnte sich der württembergische Entwurf nicht an ein schon vorhandenes modernes bürgerliches Gesetzbuch anschließen. Hofacker vergleicht diese Situation mit derjenigen, die schon bei der Redaktion des spanischen Handelsgesetzbuchs bestand. „Auch dort gab es“, wie er schreibt, „kein vollständiges, einheimisches Civilgesetzbuch . . . Es mußte deshalb das Handelsrecht ebenfalls ganz neu begründet und mit civilrechtlichen Sätzen ausgestattet und ergänzt werden²⁷.“ Gerade auf dem Gebiet des Schuld- und Mobilarsachenrechts lehnt sich Hofacker denn auch stark an das spanische Handelsgesetzbuch an. Allerdings bemüht er sich, wo immer möglich, auch Bestimmungen aus dem württembergischen Landrecht und manchmal aus dem preußischen ALR zu übernehmen, oder er betont jedenfalls gelegentlich die inhaltliche Übereinstimmung seiner Formulierungen mit Regelungen, die in diesen beiden Quellen enthalten sind. Sein harmonisierendes Vorgehen und seine rechtsvergleichende Methode, die insbesondere auch das preußische ALR einschließt, kommen einerseits der Schaffung eines modernen württembergischen Gesetzbuchs zugute, andererseits sollte damit aber auch der württembergische Entwurf zum Vorbild werden für eine auch für Preußen akzeptable übereinstimmende oder gar einheitliche Handelsrechtsgesetzgebung im Zollvereinsgebiet.

Hofacker hatte beides im Auge: Er wünschte eine übereinstimmende Handelsgesetzgebung in allen Zollvereinsstaaten und wollte doch auf die württembergischen Verhältnisse Rücksicht nehmen. Vor allem wollte er für Württemberg nach seinen Worten „kein Recht für einen einzelnen Stand schaffen“²⁸. Tatsächlich hätte die Einführung besonderer schuld- und mobiliarsachenrechtlicher Bestimmungen für Kaufleute, wie sie der Entwurf vorsah, ein solches Sonderrecht begründet. Hofacker sah darin aber nur ein Übergangsstadium. Er wollte mit seinem Entwurf auch die Weichen stellen für ein modernes Schuldrecht als Teil des für Württemberg in Aussicht genommenen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Vor allem sollte dieses seiner Meinung nach auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen über „Titulus und Modus adquirendi“ verzichten und die Regel einführen, „daß das Eigenthum durch den bloßen, die Erwerbung bezweckenden Vertrag erlangt werde, ohne daß es einer weiteren Form der Besitzergreifung bedürfe“. Er meinte, diese in seinem Entwurf schon vorweggenommenen Änderungen seien gewiß nicht

²⁵ Código Commercial Portuguez. Dazu: PINHEIRO, Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes Bd. 8, pp. 470 ss.

²⁶ Código de comercio, deutsche Übers. von F. C. Schuhmacher, Hamburg 1832.

²⁷ Motive, p. 9.

²⁸ Motive, p. 7.

„als eine gesetzliche Ausnahme anzusehen, welche (die Handelsleute) gegen die übrigen Staatsbürger in den Nachteil versetzt, sondern nur als der erste Schritt zur Verbesserung“²⁹.

Im Bereich des Wechselrechts übergang Hofacker die seiner Meinung nach veraltete württembergische Wechselordnung von 1759. Ein Vorbild fand er dagegen in Gruners Entwurf einer Wechselordnung für das Königreich Sachsen von 1822. Der für die spätere Gesetzgebung zum Wechselrecht in Deutschland bedeutsame sächsische Entwurf von Einert von 1841 war Hofacker noch nicht bekannt. Auch Einerts 1839 erschienenes grundlegendes Werk über das „Wechselrecht nach den Bedürfnissen des Wechselgeschäfts im neunzehnten Jahrhundert“ konnte er nicht mehr berücksichtigen. Beides hat sich später für die Aufnahme des gesamten württembergischen Entwurfs in Deutschland als nachteilig erwiesen.

Hofacker behandelt in drei Büchern der Reihe nach den Handelsstand, das heißt die Handelspersonen, und die Handelsbücher, die Handelsverträge und das Verfahren in Handelssachen. Im dritten Buch ist in teilweiser Anlehnung an das spanische Handelsgesetzbuch auch das Konkursrecht geregelt. Eine eigentümliche Stellung nehmen die Handelsgesellschaften ein, die er im ersten Buch zusammen mit den Handelspersonen behandelt. Er faßt sie als Subjekte des Handelsrechts auf, die ihrerseits Handelsgeschäfte abschließen. Auch der Kommissionsvertrag und der Speditionsvertrag erscheinen im ersten Buch.

Ähnlich wie es schon Brauer bei seiner Bearbeitung des badischen Handelsrechts tat, hat Hofacker den drei Büchern seines Entwurfs eine kurze Einleitung vorangestellt. Sie bestimmt den Anwendungsbereich des Handelsgesetzbuchs und definiert die Handelssachen als „Rechtsverhältnisse des Handelsstandes“ und als „Rechtsverhältnisse bei Handelsgeschäften“³⁰. Der anschließende erste Artikel des ersten Buches enthält die Definition des Kaufmanns oder „Handelsmanns“, wie Hofacker sagen möchte, weil er unter „Handelsmann“ sowohl den Kaufmann als auch den Fabrikanten versteht³¹. Abweichend von der Systematik des Code de commerce folgt also die Definition des Kaufmanns der Aufzählung der Handelsgeschäfte.

²⁹ Motive, p. 7.

³⁰ Art. 2 u. 3.

³¹ Auch Brinckmann benutzt diesen Terminus in seiner Würdigung des Entwurfs eines „Handelsgesetzbuchs für Deutschland“ von 1848 (ACP 32 [1849], p. 356) unter ausdrücklichem Hinweis auf den württembergischen Entwurf. Er kehrt ebenfalls wieder in den Entwürfen eines „österreichischen Handelsrechts“ (revidierter und ministerieller Entwurf), wie sie 1857 der Nürnberger Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs vorlagen (J. Lutze, Beilagenband zu den Protokollen, Würzburg 1858).

Der Code de commerce hatte den Adressatenkreis handelsrechtlicher Bestimmungen sehr weit gefaßt. Auch die Kleinhändler rechnete er zu den Kaufleuten. Auch sie sollten der Buchführungspflicht und den Bestimmungen des Konkursrechts unterstehen. Diese Regelung wurde in Deutschland von Anfang an als unpraktikabel empfunden³². Während das badische Handelsrecht, der Anhang zum Badischen Landrecht, eine Reihe von Ausnahmen aufzählte, um so den Personenkreis mit Kaufmannseigenschaft zu begrenzen³³, suchte Hofacker nach einem formalen Kriterium. Er fand es in dem eingangs erwähnten Gesetz über die Reform der Steuerkataster von 1821. Das Katastergesetz unterschied die „Handlungen und Fabriken“ von den „Handwerkern und Kleinhändlern“ und nahm den Handel mit Produkten einer eigenen oder gepachteten Landwirtschaft von den Handelsgewerben aus. Nur die Handlungen und Fabriken unterlagen der Gewerbesteuer. An diese Unterscheidung knüpft Hofacker an mit der Formulierung des Art. 9 seines Entwurfs: „Unter Handelsgewerbe wird diejenige Unternehmung und Betreibung von Handel und Fabriken verstanden, welche unter diesem Namen der Gewerbesteuer unterliegt.“ Handelsmann ist danach, „wer nach gehöriger Eintragung in die Handelsmatrikel ein Handelsgewerbe für seine Rechnung betreibt“³⁴. Mit der Bestimmung über die Pflicht zur Eintragung in die Handelsmatrikel folgt Hofacker dem spanischen Handelsgesetzbuch. Vorbild sind aber auch die badischen Verordnungen vom 25. Juni und 8. Juli 1812, die ebenfalls zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft die Eintragung in ein Register verlangen³⁵.

³² Gerade die Regelung der Buchführungspflicht und ihre Ausdehnung auch auf Kleinhändler durch den Code de commerce bietet ein Beispiel für die Schwierigkeiten, die oft der Durchsetzung französischen Handelsrechts entgegenstanden. Die tatsächlich befolgten Gewohnheiten blieben häufig unberührt, so daß die Weisung des Gesetzgebers und die Wirklichkeit vielfach auseinanderklafften. Die folgenden Ausführungen des Abgeordneten Christ vor der badischen Zweiten Kammer weisen nachdrücklich darauf hin: „In Baden z. B., sowie in anderen Theilen von Teutschland, besteht noch die französische Gesetzgebung, und darin sind Vorschriften über die Führung der Handelsbücher enthalten, die nirgends in Teutschland zur Anwendung gebracht werden . . .“ (Beil. Nr. 4 zum Prot. d. 13. öffentl. Sitzung vom 27. 5. 1846).

³³ Anhang zum Badischen Landrecht Art. 1 a.

³⁴ Vgl. § 13 des Steuer-Cataster-Gesetzes: „Die Gewerbe werden nach der Verschiedenheit ihrer Verhältnisse in vier Haupt-Abtheilungen gebracht, wovon die erste die Handwerker und Kleinhändler, die zweite die Handlungen und Fabriken . . . umfaßt“, und § 14: „Von der Gewerbesteuer sind ausgenommen: . . . Ziff. 3 der Handel mit Produkten von eigenen oder gepachteten Gütern . . .“

³⁵ J. N. FR. BRAUER, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische Gesetzgebung IV, Karlsruhe 1810, p. 543.

In der Einteilung des Katastergesetzes sah Hofacker aber nur eine Leitlinie, von der in Einzelfällen Abweichungen möglich sein sollten. Deshalb bestimmt der Entwurf, daß Personen, „welche ein Gewerbe betreiben, das nicht zu den Handelsgewerben gehört, wegen der größeren Ausdehnung ihres Betriebs mit allen gesetzlichen Wirkungen in die Handelsmatrikel aufgenommen werden, wenn sie es verlangen“³⁶. Danach kann auch der Betrieb eines Handwerks oder etwa eines Gasthofs³⁷ von solchem Umfang sein, daß auf ihn die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Anwendung finden können. Umgekehrt soll ein Unternehmer, dessen Handelsgewerbe unbedeutend ist, die Möglichkeit haben zu verlangen, daß seine Eintragung in die Handelsmatrikel unterbleibt.

Hier wird der mit der Schaffung des Entwurfs für ein württembergisches Handelsgesetzbuch verbundene Gedanke der Gewerbeförderung besonders deutlich. Unabhängig vom traditionellen Kaufmannsbegriff sollen möglichst viele an Handel, Gewerbe und Fabrikation in nennenswertem Umfang beteiligte Personen in den Genuß handelsrechtlicher Bestimmungen kommen.

Zum Vergleich sei darauf hingewiesen, daß unser heute geltendes deutsches Handelsgesetzbuch erst 1953 durch Änderung des § 2 auch den Handwerkern mit größerem Betrieb die Eintragung ins Handelsregister und damit die Erlangung der Rechtsstellung eines Kaufmanns ermöglichte³⁸.

Vor dem Hintergrund des letztlich unfruchtbaren Streits über ein subjektives oder objektives Prinzip im Handelsrecht lassen die erwähnten Bestimmungen des württembergischen Entwurfs den Schluß zu, daß Hofacker weder in der Person des Kaufmanns noch im Handelsgeschäft, sondern im kaufmännischen Gewerbebetrieb oder, wie wir heute sagen würden, im Unternehmen³⁹ den eigentlichen Bezugspunkt handelsrechtlicher Bestimmungen sah. Noch deutlicher wird das in einzelnen Formulierungen der Motive: „Uebrigens läßt sich nicht läugnen, daß, wenn jeder Kram mit einem Betriebs Capitale von 200 fl., jede Fabrike mit einem Betriebs Capitale von 1000 fl., jeder unbedeutende Wein- Frucht- und Vieh-Handel etc. zu den Handlungs- und Fabrik-Gewerben gehört, es nicht passend seyn möchte, auf diesen Gewerbebetrieb alle Vorschriften des Handelsgesetzbuchs anzuwen-

³⁶ Art. 14 Abs. 2.

³⁷ Motive, p. 27, vgl. auch RAISCH, p. 75.

³⁸ Vgl. RAISCH, p. 75 Anm. 248.

³⁹ Vgl. dazu: TH. RAISER, *Das Unternehmen als Organisation, Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Berlin 1969.

den, indem dieses doch nur den eigentlich kaufmännischen Betrieb der Regel nach im Auge hat⁴⁰.“

Im Zusammenhang damit stehen in Hofackers Entwurf Ansätze zu einer Objektivierung des Gewerbebetriebs als Unternehmen unabhängig von der Person seines Inhabers, wobei allerdings der Begriff des Unternehmens noch nicht gebraucht wird. In den Motiven zu Art. 10 spricht Hofacker vom „Betrieb eines Handelsgewerbes in objectiver Hinsicht, als . . . Complex des zum Betrieb gehörigen Vermögens, als Handlung, Fabrike oder Handelsniederlassung“. Ausgangspunkt ist die Regelung des Falles, daß der Inhaber eines Handelsgewerbes nicht selbst Kaufmann ist: „Sämtliche Bestimmungen dieses Gesetzbuchs über die Rechte und Pflichten eines Handelsmannes und über dessen Gewerbebetrieb gelten auch von einem solchen Handelsgewerbe oder Handelsniederlassung, welche der Inhaber, ohne selbst Handelsmann zu sein, von einem Handlungsverwalter betreiben läßt⁴¹.“ Ist der Inhaber des Handelsgeschäfts nicht zugleich auch Kaufmann, dann kann nur das Handelsgewerbe selbst Bezugspunkt handelsrechtlicher Bestimmungen sein. Der Gewerbebetrieb wird hier gleichsam personifiziert, er wird zur „juristischen oder moralischen Person eines Handelsmannes“, einer Person, „die durch den Handlungsverwalter (Factor) vertreten wird“⁴². Um Mißverständnissen vorzubeugen, meint Hofacker aber einschränkend, damit sei „nicht gesagt, daß ein solcher Gewerbebetrieb für eine juristische oder moralische Person im Sinne des bürgerlichen Rechts gelte“, mit der Wirkung etwa, daß der Inhaber seine Haftung auf das Geschäftsvermögen beschränken könne⁴³.

Wieder findet Hofacker für seine Argumentation eine Stütze im Gewerbe-recht, denn, so meint er, in all diesen Fällen „haftet das Gewerberecht auf der Gewerbeeinrichtung“⁴⁴, wozu er auf den Wortlaut von Art. 118 der revidierten Allgemeinen Gewerbeordnung verweist: „Die Fabrikkonzession ruht auf der Gewerbeeinrichtung in Rücksicht auf welche sie ertheilt wurde und ist damit nicht auf die Person des ersten Unternehmers beschränkt“⁴⁵.“

Hofacker ist sich wohl bewußt, daß er mit dieser ansatzweisen Lösung des Gewerbebetriebs von der Person seines Inhabers neue Wege geht, denn er

⁴⁰ Motive, p. 27. Hervorhebung vom Verf.

⁴¹ Art. 10 I.

⁴² Motive, p. 29.

⁴³ Motive, p. 30.

⁴⁴ Motive, p. 29.

⁴⁵ Erläuterungen dazu: BILLICH, p. 88.

betont ausdrücklich, daß diese Frage „in keinem der neueren Handelsgesetzbücher berührt“ werde.

Tatsächlich handelt es sich auch erst um Ansätze einer Objektivierung des Gewerbebetriebs als eines Unternehmens im modernen Sinne. Ist nämlich der Inhaber des Gewerbebetriebs selbst Kaufmann, dann besteht für Hofacker keine Notwendigkeit mehr, den Betrieb in der vorher geschilderten Weise zu personifizieren. Das Gesetz kennt hier, so schreibt er, „keine besonderen, dem Betrieb zukommenden rechtlichen Eigenschaften“⁴⁶. Vor allem findet keine abgesonderte Befriedigung der Gläubiger aus dem Geschäftsvermögen statt⁴⁷. Hofacker hat zwar auch hier die Möglichkeit einer Verselbständigung des Betriebsvermögens ins Auge gefaßt, sie dann aber abgelehnt.

Was für den Kaufmann als Inhalt eines Einzelgeschäfts gilt, findet auch dann Anwendung, wenn ein Kaufmann mehrere Handelsniederlassungen besitzt. Sie werden zwar einzeln in die Handelsmatrikel eingetragen und für jede Niederlassung besteht die Pflicht gesonderter Buchführung⁴⁸, doch können im Falle des Konkurses die Gläubiger keine abgesonderte Befriedigung aus dem Vermögen der jeweiligen Niederlassung, mit der sie in Geschäftsbeziehungen standen, verlangen. Hofacker fühlt sich hier gebunden durch das württembergische Gesetz über die „vollständige Entwicklung des neuen Pfandsystems“ vom 21. Mai 1828, das sogenannte Entwicklungsgesetz⁴⁹, das in Art. 66 die abgesonderte Befriedigung von Gläubigern aus dem Geschäftsvermögen einzelner Niederlassungen untersagt.

Einen weiteren Schritt in Richtung auf die Verselbständigung des Unternehmens geht Hofacker erst bei der Behandlung des Gesellschaftsrechts.

In Anlehnung an den Code de commerce behandelt er nacheinander die „Offene Gesellschaft“, die „Stille Gesellschaft“ und die „Actiengesellschaft“. Von ihnen hat nach dem württembergischen Entwurf nur die Aktiengesellschaft die Rechtsstellung einer juristischen Person, nicht dagegen die offene Handelsgesellschaft, die „namentlich vereinigte Gesellschaft“, wie Hofacker formuliert, und die Kommanditgesellschaft, obwohl die französische Handelsrechtswissenschaft über den Code de commerce und den Code civil hin-

⁴⁶ Motive zu Art. 10.

⁴⁷ Grundlage dieser Regelung sind die Art. 52 ss. des württembergischen Gesetzes, die „vollständige Entwicklung des neuen Pfand-Systems betreffend“, vom 21. Mai 1828 (Reg. Bl. 1828 Nr. 34 pp. 361 ss. und F. KAPPLER, Sammlung der württembergischen Gerichtsgesetze 4. Th. 2. Abth., Tübingen 1841, pp. 1838 ss.).

⁴⁸ Motive zu Art. 10.

⁴⁹ Vgl. Anm. 47.

ausgehend gewöhnlich alle drei Gesellschaften als juristische Person behandelte⁵⁰.

Die von den Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft aufgrund des Gesellschaftsvertrages eingebrachten verbrauchbaren oder mit Gegenständen des Gesellschaftsvermögens fest verbundenen Sachen werden gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter. Für die übrigen Vermögensbeiträge gilt das nur, wenn es vertraglich vereinbart wurde⁵¹. Die Gesellschaft muß mit ihrem „Handlungsnamen“ ins Handelsregister eingetragen werden⁵². In der Regel besteht der Handlungsname, die Firma, aus dem Namen eines oder mehrerer Gesellschafter mit dem Zusatz „und Compagnie“. Wird dieser Zusatz nicht gewünscht, dann müssen die Namen aller Gesellschafter genannt werden⁵³. Auf Antrag beim Bezirksgericht kann aber auch die Fortführung einer bereits aufgelösten Gesellschaft gestattet werden, wenn die früheren Gesellschafter einwilligen. Diese aus dem holländischen Handelsgesetzbuch übernommene Regelung⁵⁴ ermöglicht den Übergang eines Gewerbebetriebs von einer Gesellschaft auf eine andere unter Beibehaltung der Firma, ohne daß nunmehr die neuen Gesellschafter im Handlungsnamen erwähnt werden, eine Regelung, die allerdings dem zunächst aufgestellten Prinzip der Offenkundigkeit widerspricht.

Mehrere Bestimmungen dienen dem Schutz des Gesellschaftsvermögens, das als gemeinsames Eigentum das eigentliche Geschäftskapital bildet. So verliert ein Gesellschafter, der „das Vermögen und den Handlungsnamen mißbraucht“, seinen Anspruch auf Gewinn⁵⁵. Dem Gesellschaftsvermögen darf von keinem der Gesellschafter etwas zu persönlichen Zwecken entnommen werden, auch nicht als Vorschuß auf einen zu erwartenden Überschuß⁵⁶.

Deutlich wird die Unterscheidung zwischen privatem Vermögen und dem in die Gesellschaft eingebrachten Kapital bei der Regelung der Haftung. Ein Gläubiger der Gesellschaft muß seine Befriedigung zunächst bei der Gesellschaft und damit aus dem Gesellschaftsvermögen suchen⁵⁷, bevor er einzelne

⁵⁰ Motive zu Art. 191; J. M. PARDESSUS, Cours de droit commercial, t. 3, Paris 1813, n. 975: „Il résulte de la définition que nous avons donnée, qu'une société est une personne morale, qui dans un grand nombre de circonstances, peut, par toutes sortes de contrats, ou quasi-contrats, s'engager ou engager à son égard.“

⁵¹ Art. 191.

⁵² Art. 187.

⁵³ Art. 183.

⁵⁴ Art. 184 und Motive, p. 165.

⁵⁵ „Zum Besten der Gesellschaft“, Art. 200.

⁵⁶ Art. 205.

⁵⁷ Art. 213.

Gesellschafter in Anspruch nehmen kann. Diese haften grundsätzlich solidarisch für die Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber Dritten. Hofacker sieht sich hier in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht und der französischen Gerichtspraxis. Der Code de commerce sah die solidarische Haftung nur für solche Verbindlichkeiten vor, die der Geschäftsführer der Gesellschaft durch Unterschrift mit dem Firmennamen eingegangen war⁵⁸. Rechtsprechung und Handelsrechtswissenschaft begnügten sich allerdings damit, daß der Factor das haftungsbegründende Geschäft „innerhalb seines Auftrags“ für die Gesellschaft abgeschlossen hatte. Hofacker folgt aber im Einklang mit dem spanischen Handelsgesetzbuch⁵⁹ auch darüberhinaus noch der französischen Praxis. Aufgrund der Art. 59 und 68 des Code de procédure civile, wonach eine Gesellschaft wie eine juristische Person verklagt werden kann, entwickelten die französischen Gerichte den Grundsatz, daß vor Zulassung der Klage gegen einzelne Gesellschafter das Bestehen eines Anspruchs gegen die Gesellschaft selbst gerichtlich festgestellt werden muß⁶⁰. Dieses Prinzip wird von Hofacker übernommen: „Um gegen den einzelnen Gesellschafter auftreten zu können, muß der Dritte (der Gläubiger) ein gerichtliches Endurtheil, Anerkenntniß, oder Zahlungsbefehl... gegen die Gesellschaft erhalten haben. Ist auf dieses die Zahlung von dem Gesellschaftsvermögen nicht sogleich erfolgt; so tritt der Einzelne mit Recht ein“⁶¹.

Hofacker ist sich im klaren darüber, daß er hier die Gesellschaft wie eine juristische Person behandelt und sich damit der französischen Doktrin anschließt. Er meint aber, es sei nicht seine Absicht gewesen, die Gesellschaft auch „in anderen Dingen und im Allgemeinen zu einer solchen Person zu erheben: vielmehr gelten dieselben nur als einzelne Abweichungen vom gemeinen Recht“⁶².

Noch einmal wird die Unterscheidung von persönlichem Vermögen und Geschäftsvermögen der Gesellschaft erkennbar in der Regelung des Art. 224, wonach „ein später hinzukommender Gesellschafter“ auch „für die, vor seinem Eintritt entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten gegen Dritte“ haftet, wenn nicht die Haftung durch Eintragung im Handelsregister und öffentliche Bekanntmachung ausgeschlossen wurde. Hofacker begründet diese Abwei-

⁵⁸ Code de commerce Art. 22.

⁵⁹ Código de comercio Art. 352.

⁶⁰ Motive p. 192; PARDESSUS, n. 1026; J. ALAUZET, Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale, t. 1, Paris 1856, n. 130.

⁶¹ Motive p. 194. Ebenso der Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland von 1849, 3. Abschn. Art. 41 und der preußische Entwurf, Art. 117.

⁶² Motive p. 194.

chung vom gemeinen Recht mit der Notwendigkeit, „Verwirrung in Handelsangelegenheiten zu vermeiden“⁶³.

Bei der Behandlung der Aktiengesellschaft legt sich dann Hofacker eindeutig auf ihre Bewertung als juristische Person fest. „Die Actiengesellschaft ist eine Rechtsperson; sie wird durch den Verein der Actieninhaber, Actionäre, vertreten, ohne daß dieser über das Eigenthum oder die Auflösung der Gesellschaft willkürlich verfügen kann“⁶⁴.“ Zu ihrer Errichtung ist die Genehmigung durch die Regierung erforderlich⁶⁵. Diese wird nur versagt, „wenn die Gesellschaft der Sittlichkeit oder öffentlichen Ordnung widerstreiten“ würde⁶⁶. Eine willkürliche Verweigerung der Genehmigung hält Hofacker für ausgeschlossen, da ja „die Beförderung der Industrie im Interesse der Regierung“ liege⁶⁷. In den Motiven zu Art. 256 spricht sich Hofacker kurz über die umstrittene Rechtsnatur der Aktiengesellschaft aus. Den Streitpunkt bezeichnet er etwas vereinfachend mit dem Gegensatz zwischen einer Auffassung, die in der Aktiengesellschaft „eine bloße Gemeinschaft (communio)“ sieht und einer anderen, nach der sie eine juristische Person ist⁶⁸.

In den Motiven seines Entwurfs vermeidet er weitere Erörterungen über die Rechtsnatur der Aktiengesellschaft. Wahrscheinlich glaubt er, wie später auch die Verfasser des Entwurfs von 1849, des preußischen Entwurfs und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, daß diese Frage nicht vom Gesetzgeber geklärt werden müsse. Für ihn besteht „die Hauptsache“ darin, Regelungen zu treffen, wonach „Rechte und Verbindlichkeiten nur der Gesellschaft zustehen, und daß die einzelnen Mitglieder nicht einmal pro rata Antheil daran haben, daß also auch Veränderungen in der Person derselben die Gesellschaft nicht berühren“⁶⁹. Immerhin legt er Wert auf die Unterscheidung zwischen Aktiengesellschaft und Korporation, die er als privilegierte juristische Person bezeichnet und die mehr und mehr „in den Kreis des

⁶³ Die gleiche Regelung, allerdings ohne die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses, trifft der Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland von 1849 (3. Abschn. Art. 44): „Die Bestimmung . . . ist zweckmäßig und fast notwendig, um die sonst so leicht entstehende Verwirrung zu vermeiden“ (Motive zu Art. 44). Entsprechend auch die österreichischen Entwürfe in Art. 92 bzw. 91 (vgl. Anm. 31) und der preußische Entwurf (Art. 89).

⁶⁴ Art. 256.

⁶⁵ Art. 244.

⁶⁶ Art. 245.

⁶⁷ Motive, p. 218.

⁶⁸ Motive, p. 225.

⁶⁹ Motive, p. 225.

öffentlichen Rechts gezogen“ worden sei⁷⁰. Als Beispiel für eine Behandlung der Aktiengesellschaft als Korporation dient ihm die Praxis des englischen Rechts. Danach erfordert die Gründung einer jeden Aktiengesellschaft einen besonderen Parlamentsbeschluß, wodurch der Gesellschaft (im Sinne einer Privilegienerteilung) Korporationsrecht verliehen wird⁷¹.

V

Die Stimmen aus Handel und Wissenschaft, um die die württembergische Regierung bei der Veröffentlichung ihres Entwurfs gebeten hatte, blieben fast völlig aus.

Einzig Heinrich Friedrich Osiander ließ 1844 eine 151 Seiten umfassende Schrift mit dem Titel „Der Entwurf zu einem neuen Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg, vom praktischen Gesichtspunkt beleuchtet“ erscheinen⁷². Seine Kritik an Hofackers Arbeit ist vernichtend. Osiander berührt sicher einen Mangel des Entwurfs, wenn er kritisiert, daß dieser ohne genügende Anhörung von Kaufleuten zustande kam. Sein wesentlicher Einwand richtet sich aber, wie er schreibt, gegen „die Vermengung des Gewerbepolizeilichen mit Bestimmungen über Privatrechtsverhältnisse“⁷³, die sich seiner Meinung nach durch den ganzen Entwurf zieht. Besonderen Anstoß nimmt er an den Bestimmungen über die Handelsmatrikel und die Anknüpfung an das Katastergesetz. Auch die Übernahme von Regelungen aus verschiedenen fremden Gesetzbüchern, wie er sie bei Hofacker vorfindet, lehnt Osiander als verwerfliche Kompilationssucht ab.

Osiander war ein entschiedener Verfechter des Freihandelsgedankens und wandte sich gegen jede Form des staatlichen Schutzes und der staatlichen Förderung einheimischer Gewerbe⁷⁴. Das machte ihn auch zum leidenschaftlichen Gegner von Friedrich List, an dessen Seite sich hier die württembergische Regierung sicher gegen ihren Willen gestellt sah.

Mehr Erfolg hatte Hofacker mit den Motiven seines Entwurfs. Ihnen sicherte gerade seine rechtsvergleichende Arbeitsweise eine zunehmende Anerkennung. Schon Osiander hatte kritisch von einem Gesetzgebungsentwurf

⁷⁰ Motive, p. 225.

⁷¹ A. RENAUD, *Das Recht der Actien-Gesellschaften*, Leipzig 1875, p. 183.

⁷² Tübingen, bei Ludwig Friedrich Fues.

⁷³ p. 147.

⁷⁴ Vgl. ADB Bd. 24, pp. 487 s.

gesprochen, dessen Hauptstärke auf dem Kommentar beruhe⁷⁵. Heinrich Thöl hat die Motive von der ersten Auflage seiner Darstellung des Handelsrechts (1841) an „unter dem Gesichtspunkt einer wissenschaftlichen Arbeit“ berücksichtigt⁷⁶, und damit fanden sie ihren Eingang in die Literatur zum Handelsrecht. Auch Goldschmidt kommt in seinem Handbuch des Handelsrechts noch anerkennend auf den württembergischen Entwurf zu sprechen und hebt vor allem die „lichtvollen“ Motive hervor⁷⁷.

Die württembergische Regierung hat ihren Entwurf niemals den Ständen zur Beratung vorgelegt. Vielleicht hielt sie seine redaktionelle Fassung noch für verbesserungsbedürftig, auch mochte sie besorgt sein, eine große Zahl von Änderungs- und Zusatzanträgen könnte seine ursprüngliche Konzeption aufheben und eine lange und eingehende Erörterung dieses Gesetzgebungswerkes durch die Zweite Kammer zur Folge haben. Vielleicht wich er ihr aber auch nur auf dem Gebiet des Schuld- und Mobilarsachenrechts zu sehr vom württembergischen Zivilrecht ab. Die Regierung setzte deshalb ihre Erwartungen zunächst in eine Neugestaltung des Wechselrechts, aber gerade hier war, wie wir gesehen haben, Hofackers Entwurf schon bald überholt.

Als 1847 infolge eines Antrags der Zollvereinsstaaten, der durch Württemberg angeregt worden war, die Leipziger Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Wechselrechts zusammentrat, wurde der inzwischen fertiggestellte preussische Entwurf einer Wechselordnung den Diskussionen zugrunde gelegt. Württemberg war auf dieser Konferenz durch Hofacker vertreten, der in der Schlußsitzung nochmals den Wunsch seiner Regierung nach einer Vereinheitlichung des gesamten Handelsrechts in Deutschland zum Ausdruck brachte⁷⁸.

VI

Damit hätte sich die Wirkungsmöglichkeit dieses Entwurfs eines württembergischen Handelsgesetzbuchs erschöpft; und doch hat er, wenn auch in französischer Übersetzung, gewissermaßen weltweite Beachtung gefunden. Die Mittel dazu bot ein Pariser Richter, Fortuné Antoine de Saint-Joseph, der 1844 eine „Concordance entre des Codes de Commerce Etrangers et le Code de Commerce Français“ erscheinen ließ. Im Hauptteil dieses Werkes

⁷⁵ p. 145.

⁷⁶ p. 36.

⁷⁷ pp. 66 s.

⁷⁸ MAIER, p. 106. Protocolle der Leipziger Wechsel-Conferenz (hsg. v. H. Thöl), Göttingen 1866 pp. 260—262.

stellt er die Regelungen verschiedener Handelsgesetzbücher einander synoptisch gegenüber, wobei er die Systematik des Code de commerce zugrunde legt. Die Konkordanz enthält außer den Handelsgesetzbüchern von Frankreich, Spanien, Portugal, Holland, Ungarn und Rußland und der Ordonanz von Bilbao auch den „Code de Wurtemberg“. Jedes Handelsgesetzbuch wird auf diese Weise fast vollständig in französischer Übersetzung abgedruckt. Saint-Josephs Werk wurde 1851 noch einmal aufgelegt und 1850 ins Englische übertragen.

Die Gesetzestexte für den synoptischen Teil seines Buches fand Saint-Joseph fast alle in der Bibliothek von Foelix, dem Herausgeber der *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique*, in deren 7. Band innerhalb einer Gesetzgebungsübersicht auch der württembergische Entwurf genannt wird⁷⁹.

Saint-Joseph weist auch auf die Literatur hin, die er bei Abfassung einer kurzen rechtsvergleichenden Einführung in die einzelnen vom Code de commerce geregelten Materien und der knappen Einleitung zu den mitgeteilten Gesetzen benutzte. Für Deutschland nennt er neben Mittermaiers Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts und Pöhls Darstellung des gemeinen deutschen und des hamburgischen Handelsrechts auch die Motive des württembergischen Entwurfs als ein „*exposé . . . qui est non seulement un excellent commentaire du Code lui-même, mais aussi un examen judicieux des Codes modernes*“⁸⁰. Auch er führt also, wie in Deutschland Thöl, Hofackers Motive in die Reihe der wissenschaftlichen Abhandlungen ein.

In der Einleitung zu seinem Werk gibt Saint-Joseph eine kurze Darstellung der Entstehung und Verbreitung des Code de commerce. Dann betont er, daß der Code de commerce überhaupt Grundlage und Ausgangspunkt aller neueren Kodifikationen geworden sei. In Holland, in Spanien und in Portugal habe man neue Handelsgesetzbücher geschaffen unter Einbeziehung dessen, was die Judikatur und Rechtswissenschaft zur Auslegung und Ergänzung des Code de commerce beigetragen habe, daneben seien die Handelsgewohnheiten des jeweiligen Landes berücksichtigt worden. Unter allen auf der Grundlage des Code de commerce entstandenen Gesetzbüchern ist aber nach Saint-Josephs Urteil am bemerkenswertesten der Entwurf zu einem Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg⁸¹. Er lobt die württem-

⁷⁹ *Concordance entre des Codes de Commerce Etrangers et le Code de Commerce Français*, Avertissement p. X; *Revue étrangère de législation* t. 7 (1840), p. 319.

⁸⁰ p. X.

⁸¹ p. XIV.

bergische Regierung, daß sie die Ausarbeitung des Entwurfs einem einzigen Manne anvertraut habe. Auf diese Weise sei ein Werk von einem Guß entstanden, von dem er meint, daß es die Summe aller in den übrigen Kodifikationen einschließlich des Code de commerce enthaltenen gesetzgeberischen Leistungen darstelle. Saint-Joseph rechnete damit, daß der württembergische Entwurf ohne besondere Änderungen Gesetzeskraft erlangte. Deshalb hat er ihn in seine Konkordanz auch nicht als „projet d'un code“, sondern einfach als „Code de Wurtemberg“ aufgenommen.

Sicher ist es keine gewagte Annahme, wenn wir vermuten, daß überall dort, wo in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts an Entwürfen für Handelsgesetzbücher gearbeitet wurde, neben anderen Materialien auch die „Concordance“ von Saint-Joseph vorlag. Damit konnte, von Saint-Joseph besonders empfohlen, immer auch der württembergische Entwurf vergleichend berücksichtigt werden.

Das gilt vor allem für Südamerika. Hier hat der württembergische Entwurf neben den Gesetzbüchern Spaniens und Portugals bei der Redaktion des Handelsgesetzbuchs von Argentinien, das 1859 in Kraft trat, als Vorbild gedient⁸². Die Verfasser des argentinischen Handelsgesetzbuchs zählen ihre Quellen im Begleitschreiben zur Übersendung des Redaktionstextes an den Gouverneur des Staates Buenos Aires auf. Die Tatsache, daß sie vom „Código de comercio de Wurtemberg“ und nicht von einem „proyecto“ sprechen, läßt vermuten, daß sie Hofackers Entwurf selbst nicht benutzten, sondern nur die Übersetzung der Konkordanz von Saint-Joseph kannten. Die wichtigste Grundlage für das Handelsgesetzbuch Argentinien bildet allerdings das spanische Handelsgesetzbuch. Der württembergische Entwurf hat in Einzelfällen die Formulierung und inhaltlich manche Fristenbestimmung beeinflußt. Nur gelegentlich wird sein Einfluß deutlicher, so bei einzelnen Bestimmungen über den Kommissionsvertrag und insbesondere bei der Regelung der Übertragung nicht indossierbarer Forderungen.

Das spanische Handelsgesetzbuch kennt zwei Formen des Übergangs einer Forderung von einem Gläubiger auf einen anderen⁸³. Im ersten Fall erfolgt die Forderungsübertragung in Form der Zession, einem Vertrag zwischen

⁸² F. W. VON RAUCHHAUPT, Vergleich und Angleichbarkeit der Rechte Süd- und Mittelamerikas, *Rabels Zeitschrift* 20 (1955), p. 123—143 (134). Irrtümlicherweise meint von Rauchhaupt allerdings, bei der Erwähnung des „Handelsgesetzbuchs von Württemberg“ müsse es sich um eine Verwechslung mit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch handeln. Dazu berichtend: K. H. NADELMANN, *Rabels Zeitschrift* 20 (1955), p. 500—503.

⁸³ Art. 282 und 283.

dem alten und dem neuen Gläubiger. Die Zession ist wirksam, wenn sie dem Schuldner förmlich angezeigt wurde. Im zweiten Fall tritt an die Stelle der alten Forderung eine neue (Novation), die nunmehr nicht wie die alte dem bisherigen Gläubiger, sondern dessen Rechtsnachfolger zusteht.

Der württembergische Entwurf folgt diesem am französischen Recht⁸⁴ orientierten Vorbild mit der Formulierung: „Der Verkauf oder die sonstige entgeltliche Übertragung einer Forderung . . . ist nicht eher wirksam gegen den Schuldner oder gegen Dritte, als bis derselbe jenem gehörig bekanntgemacht oder von ihm angenommen ist⁸⁵.“

Das spanische Handelsgesetzbuch enthält keine Bestimmung über ein mögliches Recht des Schuldners, Einwendungen gegen die Forderung, soweit sie dem bisherigen Gläubiger gegenüber begründet waren, auch gegen den neuen Gläubiger geltend zu machen.

Der württembergische Entwurf sieht dafür eine Regelung vor⁸⁶. In den Motiven geht Hofacker unter Berufung auf Thibaut⁸⁷ und Mühlenbruch⁸⁸ davon aus, daß der Schuldner nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts der Übertragung der Forderung nicht widersprechen könne, wohl aber bleiben ihm „alle in dem cedierten Recht begründeten Einreden (exceptiones reales) vorbehalten“. Dabei unterscheidet er zwischen „Einwendungen, die aus der Schuldurkunde erhellen“ und solchen, deren Begründung nicht aus dieser ersichtlich ist. Welche Einwendungen hier im einzelnen in Frage kommen, hält er allerdings für umstritten⁸⁹.

Artikel 357 des württembergischen Entwurfs bestimmt nun, daß Einwendungen, deren Begründetheit nicht aus der Forderung selbst (Schuldurkunde) ersichtlich ist, gleich bei Bekanntgabe der Forderungsabtretung geltend zu machen sind, und zwar „motiviert“, wie es in den Motiven heißt. Unterläßt der Schuldner die Geltendmachung dieser Einwendungen, dann kann er sie später nicht mehr vorbringen. Für diese Regelung findet Hof-

⁸⁴ Code civil Art. 1690.

⁸⁵ Art. 355.

⁸⁶ Art. 357: „Will der Schuldner den Erwerber nicht oder nur mit Vorbehalt als seinen Gläubiger anerkennen, um auch von den Einwendungen und Gegenforderungen gegen den Abtretenden Gebrauch machen zu können, welche nicht aus der Schuldurkunde erhellen; so muß er seine Weigerung gleich bei der Bekanntmachung der Übertragung erklären. Mit einem späteren Vorbringen gegen den Erwerber wird er nicht gehört.“

⁸⁷ A. F. J. THIBAUT, System des Pandecten-Rechts, 8. Ausgabe, Bd. 2, Jena 1834, § 532.

⁸⁸ C. H. MÜHLENBRUCH, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Auflage Greifswald 1836, p. 593.

⁸⁹ MÜHLENBRUCH, a. a. O.

acker einen Anhalt in § 88 des württembergischen Pfandgesetzes vom 15. April 1825⁹⁰.

Das argentinische Handelsgesetzbuch folgt auch im Wortlaut zunächst den Artikeln 282 und 283 des spanischen Handelsgesetzbuchs. Dann aber übernimmt es in Artikel 564 die eben erwähnte Bestimmung des württembergischen Entwurfs, allerdings mit der zweckmäßigen Abwandlung, daß dem Schuldner zum begründeten Vorbringen seiner Einwendungen drei Tage Zeit gelassen werden.

VII

Zum Schluß noch einige Bemerkungen zu den möglichen Gründen für das Scheitern des Hofackerschen Entwurfs.

Ein erster Grund liegt sicher in der noch unvollkommenen Normierungstechnik. Der Text des Entwurfs hat oft lehrbuchartigen Charakter; er ist nicht knapp genug gefaßt und der Sinn einzelner Bestimmungen erschließt sich manchmal erst nach Benutzung der Motive. Gerade von einem Handelsgesetzbuch mußten jedoch übersichtlich geordnete, klar formulierte und für Kaufleute verständliche Regelungen erwartet werden. Die Regierung mochte deshalb in Hofackers Entwurf erst eine Vorarbeit zum endgültigen Gesetzestext, nicht aber bereits diesen selbst gesehen haben.

Weil in Württemberg ein modernes Bürgerliches Gesetzbuch fehlte, an das sich das Handelsgesetzbuch anlehnen konnte, mußte Hofacker zahlreiche schuldrechtliche Materien in seinen Entwurf aufnehmen und nach den Bedürfnissen des Handelsverkehrs regeln. Damit schuf er, wenn auch gegen seinen Willen, ein Sonderrecht für Kaufleute. Wollte die Regierung darin nur eine Übergangsphase auf dem Weg zu einer Neugestaltung des Obligationenrechts sehen, dann war sie genötigt, in ihrer zukünftigen Zivilrechtsgesetzgebung manchen dogmatischen Lösungen des Handelsgesetzbuchs zu folgen. Die damit verbundene Festlegung auf eine Fortbildung vor allem des Schuldrechts in eine schon vorbestimmte Richtung konnte ihr nicht erwünscht sein⁹¹.

⁹⁰ Vgl. Anm. 47.

⁹¹ Bedenken dieser Art äußert Wächter in seiner kurzen Würdigung des Hofackerschen Entwurfs. Er hält ihn für eine „schätzungswerte, gründliche und scharfsinnige“ Arbeit, meint aber, der Entwurf greife „in eine Menge von Fragen und Lehren ein, welche keineswegs besondere Fragen und Lehren des Handelsrechts, sondern allgemeine civilrechtliche“ seien. Dadurch werde „Verwirrung und Disharmonie“ in den württembergischen Rechts-

Schließlich war zu erwarten, daß der Einwand erhoben würde, der Entwurf sei ohne Beteiligung kaufmännischer Sachverständiger zustande gekommen. Dieser Vorwurf mußte aber Hofackers gesamte Konzeption treffen, die darauf zielte, ausgehend vom Code de commerce und seinen modernen Tochtergesetzen unter Berücksichtigung des preußischen ALR und des württembergischen Rechts gleichsam ein ideales Handelsgesetzbuch zu schaffen, das weitgehend einer Kodifikation des gemeinen europäischen Handelsrechts entsprochen hätte.

Wir können vermuten, daß außer von Osiander auch noch von anderer Seite solche Einwände vorgebracht wurden. Einen Anhalt dafür bieten die Ausführungen des Abgeordneten Federer vor der Zweiten Kammer vom 12. April 1845⁹². Er stellte erneut den Antrag auf Vorbereitung eines Handelsgesetzbuchs, diesmal aber mit Geltung für das gesamte Zollvereinsgebiet. Federer wünschte, daß die Regierung auf ein solches hinarbeitete. Dabei erwähnte er auch den Entwurf von 1839 und meinte, nach seiner eigenen Ansicht und nach der Auffassung vieler Sachverständiger sei dieser in der vorliegenden Fassung nicht annehmbar. Der Entwurf hätte sicher eine andere Gestalt angenommen, wenn der Verfasser den Wunsch der Regierung befolgt und Sachverständige aus dem Gewerbe- und Handelsstand gehört hätte. Das entspricht einer ähnlichen Bemerkung von Osiander, der im Vorwort seiner Abhandlung über den württembergischen Entwurf mitteilt, die Regierung habe Hofacker die Anweisung erteilt, ihm namentlich benannte Sachverständige in „verwickelten, ihm nicht hinreichend bekannten Fällen“ um Rat zu fragen. Leider habe sich aber Hofacker kaum an diese Weisung gehalten⁹³.

Zuletzt muß es überhaupt als fraglich erscheinen, ob zu Beginn der vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts in Deutschland noch ein Gesetzbuch auf der Grundlage des französischen Rechts geschaffen werden konnte. Der Code de commerce wurde zunehmend kritischer beurteilt. Einmal war man der Überzeugung, daß er den modernen Bedürfnissen nicht mehr entspreche, da er weitgehend auf der Ordonnance sur le commerce von 1673 beruhe. Mitter-

zustand gebracht, was schwerlich der rechte Weg sei, eine Verbesserung des Zivilrechts anzubahnen (Geschichte und Quellen des Württembergischen Privatrechts, Bd. 2, 2 Abt., p. 964).

⁹² Protokolle der Kammer der Abgeordneten 1845, 25. Sitzung; zum Antrag Federer ausführlich Gabriele Maier, p. 104.

⁹³ „Wie . . . ziemlich allgemein verlautet, war diesem (Wunsch der Regierung) vom Verfasser nicht allzu sehr Folge geleistet, — ein Umstand, der nicht ohne Einfluß auf dessen Arbeit bleiben konnte“ (Der Entwurf zu einem Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg, vom praktischen Gesichtspunkt beleuchtet, p. 1).

maier gibt sicher einer verbreiteten Ansicht Ausdruck, wenn er meint, man könne auch die Verfasser des Code de commerce nicht von dem Vorwurf ausnehmen, sie seien in den „Vorurteilen vergangener Jahrhunderte“ befangen gewesen⁹⁴. Zum anderen widersprach die Übernahme fremden Rechts dem wachsenden nationalen Selbstgefühl. Dieses äußerte sich in einer verstärkten Hinwendung zur eigenen Rechtstradition, die allerdings auch die Gefahr der Selbstbeschränkung in sich barg. Das einmal als modern gefeierte französische Handelsgesetzbuch galt inzwischen als veraltet und den deutschen Gewohnheiten widersprechend. Manche grundsätzlichen Bedenken, die später Brinckmann gegen die Benutzung des Code de commerce als Grundlage für den Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland von 1849 vorbrachte⁹⁵, hätten sich deshalb schon gegen das württembergische Handelsgesetzbuch richten können. Hofackers Entwurf wird denn von Brinckmann auch kurz mit einigen kritischen Bemerkungen erwähnt⁹⁶. Brinckmann meint, er leide an einer Überschätzung des französischen Rechts und berücksichtige nicht, daß die deutschen Handelsstädte lange vor der Ordonnance de commerce in ihren Statuten eine den Anforderungen früherer Zeiten entsprechende Handelsgesetzgebung besaßen. Sie sei durch den Volksgeist fort- und ausgebildet worden und wo die Gesetzgebung nicht entgegengetreten sei, bestehe sie in dieser Ausbildung bis in die Gegenwart.

⁹⁴ In einem „Commissionsbericht“, der sich mit dem Antrag auf Einführung eines für sämtliche Zollvereinsstaaten gültigen Handels- und Wechselrechts beschäftigt (Beilage Nr. 5 zum Protokoll der 22. öffentlichen Sitzung der badischen Zweiten Kammer vom 23. Juni 1846, p. 115).

⁹⁵ ACP 32 (1849), pp. 356 ss.

⁹⁶ aaO., p. 359 Anm. 1.