

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

HGB § 406 Abs. 1 Satz 2

2122 016

Ist jemand nur in seiner Eigenschaft als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär einer Kommanditgesellschaft Kaufmann (Gesellschafter-Kaufmann), so übernimmt er den Auftrag, ein Geschäft für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schließen, nur dann im Betrieb **s e i n e s** Handelsgewerbes, wenn er den Auftrag für die Gesellschaft, nicht für sich persönlich, annimmt.

BGH, Urt.v. 5. Mai 1960 - II. ZR 128/58

Kammergericht
LG Berlin

Verkündet am 5. Mai 1960
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Joseph Cowan E [REDACTED] in Firma
R. & J.C. E [REDACTED], H [REDACTED], M [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Kaufmann Dr. Rudolf B [REDACTED],
Be [REDACTED]-W [REDACTED], Am Großen W [REDACTED],
2. ...
3. die Be [REDACTED] Disconto Bank A.G., vertreten durch ihren
Vorstand, die Herren C [REDACTED] und He [REDACTED] Be [REDACTED] W [REDACTED],
Potsdamer Str. 140,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED]
- Prozeßbevollmächtigter zu 3: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 5. Mai 1960 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Heidinger, Dr. Fischer, Dr. Nörr, Liesecke
und Hill

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
1. März 1958 wird auf Kosten des Klägers mit der
Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage gegen den
Beklagten zu 1 als unzulässig abgewiesen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Laut notarieller Urkunde vom 27. Juni 1953 hatte der Kläger, der die britische Staatsangehörigkeit besitzt und in Hamburg einen Fischgroßhandel betreibt, von dem Beklagten zu 1 (künftig der Beklagte genannt) einen Geschäftsanteil von nom. 135 000 DM an der "Bo [REDACTED] Apparate- und Maschinenbau Gesellschaft m.b.H." zum Preise von 200 000 DM käuflich erworben. Gesellschafter dieser Gesellschaft waren nunmehr:

1) der Kläger mit einem Geschäftsanteil von	135 000 DM,
2) der Beklagte mit einem Geschäftsanteil von	150 000 " ,
3) der Kaufmann Rimmer mit einem Geschäftsanteil von	75 000 " ,
4) der Direktor Wilde mit einem Geschäftsanteil von	<u>40 000 "</u>
Stammkapital = 400 000 DM.	

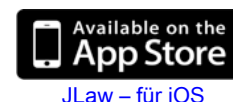
Neben der Beteiligung an der "Bo [REDACTED] G.m.b.H." hielt der Beklagte einen Geschäftsanteil an der "Meßgerätebau R [REDACTED] Gesellschaft m.b.H." in seinen Händen. Schließlich war er persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft "Eisenverwertungsgesellschaft H. G [REDACTED] & Co." und Mitgesellschafter der offenen Handelsgesellschaft "Ri [REDACTED] & Co.". Diese Gesellschaften waren wiederum an dritten Gesellschaften beteiligt und auch untereinander verschachtelt.

Im Jahre 1954 kamen der Kläger, der Beklagte und Ri [REDACTED] mit Genehmigung des Mitgesellschafters W [REDACTED] überein, ihre Geschäftsanteile an der "Bo [REDACTED] G.m.b.H." an eine amerikanische Interessentin, die P [REDACTED]-E [REDACTED] Corp. in Norwalk/Conn., USA, zu veräußern. Aus steuerlichen Gründen gab der Kläger dem Beklagten die Einwilligung, den Geschäfts-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



anteil von 135 000 DM für seine Rechnung im eigenen Namen an die Interessentin zu verkaufen und abzutreten. Der Beklagte sollte für die von ihm entfaktete Tätigkeit eine bestimmte Vergütung erhalten.

Mit den notariellen Urkunden vom 7. April, 22. und 28. Mai 1954 wurden alsdann die drei Geschäftsanteile an der "Bo [REDACTED] G.m.b.H." an die amerikanische Käuferin abgetreten, wobei der Beklagte erklärte, daß er über einen Geschäftsanteil von 150 000 DM und über einen von 135 000 DM verfüge. Die Veräußerung der drei Anteile erfolgte zu einem Kaufpreis von 1 170 000 DM, von dem ein Teilbetrag von 720 000 DM sogleich und der Restbetrag von 450 000 DM in vier gleichen Jahresraten von je 112 500 DM, beginnend am 1. Juni 1955, zu zahlen war. Das Restkaufgeld sollte mit 5 % jährlich verzinst werden. Fälligkeit der Zinsen sollte vierteljährlich nachträglich eintreten.

Die Käuferin hat den Teilbetrag von 720 000 DM und die am 1. Juni 1955, am 1. Juni 1956 und am 1. Juni 1957 fällig gewordenen Raten gezahlt und auch der ihr obliegenden Zinspflicht genügt. Die Zahlung der Raten und der auf diese entfallenden Zinsquoten ist an die beklagte Bank (künftig die Beklagte genannt) erfolgt. Am 15. Oktober 1954 hatten nämlich der Beklagte und Ri [REDACTED] den Anspruch auf Zahlung des Restkaufgeldes an die Beklagte abgetreten, da diese ihnen eine Kreditzusage gemacht hatte.

Sämtliche Rechtsgeschäfte sind, soweit gesetzlich erforderlich, devisenrechtlich genehmigt worden. Aus dem Genehmigungsbescheid der Landeszentralbank von Baden-Württemberg vom 7. September 1954, der sich auf die Abtretung der Geschäftsanteile an die amerikanische Interessentin bezieht, geht hervor, daß hinsichtlich des Geschäftsanteils von 135 000 DM Berechtigter der Kläger war.

Auf den Geschäftsanteil des Klägers entfällt ein Teilbetrag von 487 500 DM des gesamten Kaufpreises von 1 170 000 DM und zwar ohne Zinsen für die Beteiligung an den Raten des Restkaufgeldes. Auf Kapital und Zinsen hat der Kläger teils in bar, teils im Verrechnungswege erhebliche Beträge von dem Beklagten erhalten. Er behauptet, daß auf die Rate per 1. Juni 1957 zu seinen Gunsten noch ein Restbetrag von 9 580,86 DM offenstehe.

Die am 15. Oktober 1954 vorgenommene Abtretung des Restkaufgeldes nebst Zinsen an die Beklagte hatten der Beklagte und Ri [REDACTED] ohne Wissen und Willen des Klägers hinter dessen Rücken vorgenommen. Hiervon erfuhr der Kläger erst im Jahre 1955, als er eine andere Abrechnungsart mit dem Beklagten dahin vereinbaren wollte, daß die amerikanische Käuferin die auf ihn entfallenden Teilbeträge des Restkaufgeldes unmittelbar an ihr entrichten sollte.

Im gegenseitigen Einverständnis war die von dem Kläger an den Beklagten für den Verkauf seines Geschäftsanteils zu zahlende Vergütung auf 22 500 DM herabgesetzt worden, da der Kläger es entgegen der ursprünglichen Abrede übernommen hatte, der aus dem Rechtsgeschäft entspringenden Steuerpflicht an Stelle des Beklagten selbst zu genügen. Die Vergütung von 22 500 DM ist im Verrechnungswege getilgt worden.

Der Kläger hat zuletzt beantragt festzustellen, daß die Abtretung eines Teilbetrages von 9 580,86 DM der am 1. Juni 1957 fällig gewordenen Restkaufgeldrate im Verhältnis der Prozeßparteien zueinander unwirksam ist, und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 9 580,86 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, der Beklagte sei auf Grund seiner Beteiligung an mehreren Gesellschaften

Vollkaufmann. In dieser Eigenschaft habe der Beklagte im Betriebe seines Handelsgewerbes für ihn, den Kläger, den Geschäftsanteil von 135 000 DM gegen Zahlung einer Vergütung verkauft, sich auch in der notariellen Urkunde vom 7. April 1954 als Kaufmann bezeichnet. Da der Beklagte hierbei in eigenem Namen für fremde Rechnung gehandelt habe, liege ein Kommissionsverhältnis vor (§§ 344 Abs. 1, 406 Abs. 1 S. 2 HGB). Hieraus folge, daß die Beklagte sich nicht auf die an sie am 15. Oktober 1954 erfolgte Abtretung berufen könne, da dem der § 392 Abs. 2 HGB entgegenstehe. Die Beklagte habe schuldhaft gehandelt, da sie aus dem Genehmigungsbescheid der Landeszentralbank von Baden-Württemberg habe ersehen können, daß der Geschäftsanteil von 135 000 DM dem Kläger und nicht dem Beklagten gehörte.

Die Beklagten haben den Klageanspruch nach Grund und Höhe bestritten. Nach ihrer Ansicht liegt kein Kommissionsvertrag vor. Denn der Beklagte habe den GmbH-Anteil des Klägers nicht im Betriebe seines, des Beklagten, Handelsgewerbes verkauft. Eine Anwendung des § 392 Abs. 2 HGB scheide auch deshalb aus, weil die Beklagte ihre Gläubigerstellung erst nach der Abtretung vom 15. Oktober 1954, nämlich mit der Auszahlung des ersten Kredits am 20. November 1954 erlangt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen zuletzt gestellten Klageantrag weiter. Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A. Die Feststellungsklage gegen den Beklagten, die das Berufungsgericht als unbegründet betrachtet, ist unzulässig;

da der Kläger kein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO) an der Feststellung hat, daß die Abtretung des Teilbetrages von 9.580,86 DM durch den Beklagten an die Beklagte im Verhältnis der Prozeßparteien zueinander unwirksam ist. Die amerikanische Käuferin hat, wie zwischen den Parteien unbestritten ist, während des Berufungsverfahrens ihre am 1. Juni 1957 fällig gewesene Restkaufgeldratschuld an die Beklagte rechtswirksam getilgt. Irgendwelche Ansprüche gegen die amerikanische Käuferin stehen hinsichtlich dieser Kaufpreisrate, um die es bei dem Feststellungsantrag unstreitig allein geht, dem Beklagten nicht mehr zu. Der Beklagte hat durch die Abtretung, mag diese im Verhältnis zwischen den Parteien wirksam sein oder nicht, in jedem Falle das vom Berufungsgericht festgestellte Treuhandverhältnis zum Kläger verletzt; denn er hat durch sein Verhalten die amerikanische Käuferin in die Lage versetzt, an die Beklagte mit befreiender Wirkung zu zahlen. Die dem Kläger gegen den Beklagten aus dem Treuhandvertrag zustehenden Ansprüche werden durch die Frage, ob die im Verhältnis zwischen den Parteien wirksam ist, auch in ihrer Höhe nicht berührt. Das Berufungsgericht brauchte auch nicht, wie die Revision meint, den durch einen Anwalt vertretenen Kläger auf die selbstverständliche Möglichkeit einer Leistungsklage hinzuweisen, die übrigens nicht auf Abtretung des (nicht mehr bestehenden) Anspruchs gegen die amerikanische Käuferin, sondern auf Schadensersatz zu richten gewesen wäre.

Die Revision des Klägers war daher hinsichtlich des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß seine Klage gegen den Beklagten als unzulässig abgewiesen wird.

B. I. Dagegen ist die Feststellungsklage gegen die Beklagte als Zwischenfeststellungsklage nach § 280 zulässig. Ihr Um-

fang deckt sich nicht unbedingt mit dem der gleichzeitig erhobenen Leistungsklage, da sich aus einer etwaigen Feststellung der Unwirksamkeit der Abtretung u.U. noch darüber hinausgehende Rechtsfolgen, z.B. aus Verzug, ergeben könnten. Die Feststellungsklage ist aber ebenso wie die Leistungsklage unbegründet.

II. Nach § 392 Abs. 2 HGB gelten Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft eines Kommissionärs, auch wenn sie der Kommissionär noch nicht an den Kommittenten abgetreten hat, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und den Gläubigern des Kommissionärs als Forderungen des Kommittenten. Der Beklagte ist nicht Kommissionär. Weder reicht hierfür aus, daß er etwa schon häufiger die Veräußerung fremder Beteiligungen im eigenen Namen vorgenommen hat noch läßt sich, wie die Revision meint, aus einer besonders hohen Vergütung im Einzelfall für eine solche Betätigung auf Gewerbsmäßigkeit schließen. Im übrigen würde auch die gewerbsmäßige Veräußerung fremder GmbH-Anteile nicht die Voraussetzungen des § 383 HGB erfüllen.

Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 ist aber nach § 406 Abs. 1 Satz 2 HGB auch dann anzuwenden, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betrieb seines Handelsgeschäftes ein Geschäft für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu schließen übernimmt (sogenanntes uneigentliches oder unregelmäßiges Kommissionsgeschäft, vgl. Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes, 5. Band I. Abtlg. 1. Hälfte S. 482).

Der Beklagte betreibt, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, kein Einzelhandelsgewerbe. Er war jedoch, zwar nicht als Gesellschafter einer GmbH (BGHZ 5, 133 f), wohl aber sowohl als persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft "Eisenverwertungsgesell-

schaft G[REDACTED] & Co." in Berlin als auch als Mitgesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und Exportfirma "Ri[REDACTED] & Co." Vollkaufmann (Gesellschafter-Kaufmann; vgl. Schlegelberger, Hildebrandt HGB 3. Aufl. § 344 Anm. 2; Düringer/Hachenburg HGB 3. Aufl. § 1 Anm. 2 a, 6; Hueck, Gesellschaftsrecht 9. Aufl. § 13 III 3; vgl. Gierke, Handels- und Gesellschaftsrecht 7. Aufl. § 31 IV 2 b, § 34 II 1, § 37 I 1 a; Lehmann, Gesellschaftsrecht 2. Aufl. S. 123, 148; Meves, Die Kaufmannseigenschaft des offenen Handelsgesellschafters). Die erste Voraussetzung für die Anwendung des § 406 Abs. 1 Satz 2, daß der Beklagte Kaufmann bei der Übernahme des Auftrages war, ist daher gegeben.

Das Gesetz verlangt aber weiter, daß der Kaufmann "im Betrieb seines Handelsgewerbes" das Ausführungsgeschäft übernommen hat. Das bedeutet nichts anderes, als daß das uneigentliche Kommissionsgeschäft, das in § 406 Abs. 1 Satz 2 geregelt ist, "zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören" (§ 343 Abs. 1 HGB) muß. Es ist anerkanntes Recht, daß zum Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinn dieser Vorschrift nicht nur die für dieses Handelsgewerbe üblichen, dafür typischen Geschäfte gehören, sondern alle Geschäfte, die auch nur mittelbar auf das Handelsgewerbe sich beziehen, mit ihm in einem auch nur entfernten, lockeren Zusammenhang stehen, auch wenn diese nicht Grundhandelsgeschäfte (§ 343 Abs. 2) sind; es genügt zur Annahme eines Handelsgeschäftes, wenn das Geschäft dem Interesse des Handelsgewerbes, seinem Zweck, die Substanz zu erhalten und mit ihm Gewinn zu machen, dienen soll (Düringer/Hachenburg § 343 Anm. 3, 4; Schlegelberger/Hildebrandt § 343 Anm. 8; Staub/Koenige HGB 12. und 13. Aufl. § 343 Anm. 9, 12, 13; Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechtes II S. 88 f). Daß die Übernahme eines Auftrages, den Geschäftsanteil eines

anderen an einer GmbH für dessen Rechnung im eigenen Namen zu veräußern, zu einem Handelsgewerbe gehören kann, ist nicht zweifelhaft. Nicht richtig ist aber, daß eine solche Übernahme - nur auf diese kommt es nach § 406 Abs. 1 S. 2 an, nicht auf das Ausführungsgeschäft selbst, wie die Revision irrig annimmt - immer ein Handelsgeschäft im Sinne des § 343 Abs. 1 sein muß.

Denn Voraussetzung für die handelsgeschäftliche Eigenschaft der Auftragsübernahme durch einen Kaufmann ist stets, daß die Übernahme des Auftrages zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Wer aber nur in seiner Eigenschaft als offener Handelsgesellschafter oder Komplementär Kaufmann ist, betreibt zwar in dieser Eigenschaft auch ein Handelsgewerbe (sonst wäre er nicht Kaufmann), aber es ist nicht sein eigenes, sondern das der Gesellschaft. Daraus folgt, daß die Auftragsübernahme, soll sie zum Handelsgewerbe des Gesellschafter-Kaufmanns gehören, ein Geschäft der Gesellschaft sein muß. Da alle Geschäfte einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft handelsgewerblichen Charakter haben - eine Handelsgesellschaft besitzt keine private Rechtssphäre (Ehrenberg II S. 94) -, ist für die Geschäfte eines Gesellschafter-Kaufmanns die Vermutung des § 344 HGB gegenstandslos. Nur dann, wenn der Gesellschafter-Kaufmann das Geschäft für die Handelsgesellschaft abgeschlossen hat, gehört es zum Handelsgewerbe der Gesellschaft. Diese Frage ist aber allein unter Anwendung der Vorschriften des § 164 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB zu entscheiden (RGZ 119, 64, 67; RG Warneyer Rechtspr. 1914 Nr. 210 m. Nachw. von Urteilen des Reichsoberhandelsgerichts; 1916 Nr. 174).

Nach der Feststellung des Berufungsgerichts sollte der Beklagte - nicht irgendeine der Gesellschaftern, an denen

der Beklagte beteiligt war - den Geschäftsanteil des Klägers für dessen Rechnung im eigenen Namen veräußern, wofür der Beklagte eine Vergütung erhalten sollte. Dementsprechend hat auch der Beklagte das Ausführungsgeschäft abgeschlossen. Damit entfällt die Anwendung des § 406 Abs. 1 S. 2, folglich auch die des § 392 Abs. 2.

Bei dieser Rechtslage braucht auf die nicht unbedenkliche Ansicht des Berufungsgerichtes nicht eingegangen zu werden, § 392 Abs. 2 sei auch deshalb nicht anzuwenden, weil die Beklagte dem Beklagten zwar eine Kreditzusage gemacht, aber erst nach der Abtretung den Kredit gewährt habe.

III. Auf § 823 oder § 826 BGB kann die Klage gegen die Beklagte nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht gestützt werden. Selbst wenn unterstellt wird, daß der Beklagten der Genehmigungsbescheid der Landeszentralbank Baden-Württemberg vom 7. September 1954 vorlag, aus dem sich ergibt, daß der GmbH-Geschäftsanteil von 135 000 DM dem Kläger zustand, so liegen nicht die Voraussetzungen für eine bewußte Mitwirkung der Beklagten an der Untreuehandlung des Beklagten in Schädigungsabsicht vor, auch nicht im Sinne eines dolus eventualis. Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, daß die Beklagte nicht verpflichtet war, das Innenverhältnis des über den Geschäftsanteil verfügungsberechtigten Beklagten zum Kläger zu klären, insbesondere Erkundigungen darüber einzuziehen, ob der Beklagte nicht etwa treuwidrig gegen den Kläger handelte (Gadow in RGRK HGB § 392 Anm. 9, 11; vgl. RGZ 58, 356). Ein bloß fahrlässiges Verhalten der Beklagten würde nicht genügen.

IV. Hiernach ist die Revision des Klägers hinsichtlich der beklagten Bank im vollen Umfang unbegründet.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 Abs. 2 ZPO.

Dr. Haidinger Dr. Fischer Dr. Nörr Liesecke Hill