

2180 003

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 823 Ba; Bf; StGB § 266; BörsG § 95

- a) Ist ein Einzelkaufmann vertraglich als Kommissionär verpflichtet worden, so wird der tatsächlich für ihn handelnde Angestellte nicht ebenfalls Kommissionär im Sinne des § 95 BörsG.
- b) Dieser kann aber dem Kommittenten aus dem Gesichtspunkt der Untreue zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn er die Kommissionserlöse nicht von den übrigen Betriebsmitteln getrennt zur alsbaldigen Abführung bereithält.

BGH, Urt. v. 4. Dezember 1962 - VI ZR 28/62 - OLG Köln
LG Köln

54
VI ZR 28/62

V e r k ü n d e t
am 4. Dezember 1962
Kriegl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Diplomkaufmanns Günter R. [REDACTED] in K. [REDACTED],
A. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten, Berufungs-
klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Heinrich B. [REDACTED] in H. [REDACTED], F. [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 4. Dezember 1962 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Engels sowie der Bundesrichter Dr. K.E. Meyer,
Hanebeck, Heinrich Meyer und Dr. Pfretzschner

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
23. Oktober 1961 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Kläger auf-
erlegt.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger beriet seinen Pflegevater Oskar K. ständig in den Angelegenheiten seiner Obst- und Gemüsegroßhandlung. Als Oskar K. an Cerebralsklerose erkrankte und nur noch wenig für sein in Schwierigkeiten geratenes Geschäft tun konnte, sprang der Kläger ein und betätigte sich selbst in dem Unternehmen auf dem Kölner Großmarkt.

Er schloß u.a. im Herbst 1959 unter Anknüpfung an eine frühere Geschäftsverbindung einen Kommissionsvertrag mit der Beklagten. Diese überließ der Firma K. 205 Kisten Apfelsinen im Werte von 5.805,95 DM zum Verkauf für Rechnung der Beklagten gegen 7 % Provision. 129 Kisten nahm ein Angestellter der Beklagten, H., bei einem Besuch zurück, in dessen Verlauf er den Kläger darauf hinwies, daß im übrigen der Erlös der Kommissionsware sofort abzurechnen und abzuführen sei. Die Firma K. verkaufte die restlichen 76 Kisten zwischen dem 23. Oktober und 14. November 1959 an eine Reihe von Einzelhändlern für 2.326,-- DM. Der Erlös floß jeweils in die Tageskasse und wurde mitverwandt, um laufende Rechnungen und Unkosten zu begleichen sowie einen von der Dresdner Bank eingeräumten Überziehungskredit abzudecken.

Die Beklagte forderte zwischen dem 12. und 20. November 1959 mehrfach zur Abrechnung und Überweisung der Erlöse auf und erwirkte am 23. November 1959 einen Zahlungsbefehl gegen die Firma K. Diese beantragte am 24. November 1959 mit einer Überschuldung von 111.831,85 DM die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über ihr Vermögen und erhob gegen den Zahlungsbe-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

fehl Widerspruch. Die Beklagte erlangte ein Versäumnisurteil, konnte daraus aber nicht mehr vollstrecken, weil das Vergleichsverfahren im Februar 1960 eröffnet wurde. In diesem erhielt sie auf ihre angemeldete Hauptforderung, für die sie vergeblich ein Ersatzaussonderungsrecht beansprucht hatte, sowie auf die zugeschlagenen Kosten lediglich die Vergleichsquote von 777,85 DM.

Eine im Dezember 1959 erstattete Strafanzeige der Beklagten gegen den Kaufmann Oskar K. führte zu einem Verfahren gegen den Kläger, nachdem dieser in seiner Vernehmung erklärt hatte, nicht sein Pflegevater, sondern er selbst sei für die Vorgänge verantwortlich; er habe seit Anfang August 1959 ganztätig in der Firma K. gearbeitet und dort praktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausgeübt. Der daraufhin wegen eines Vergehens nach § 266 StGB angeklagte Kläger wurde jedoch mangels begründeten Tatverdachts rechtskräftig freigesprochen.

Anschließend hat der Kläger, von dem die Beklagte inzwischen 1.750,-- DM Schadensersatz verlangt hatte, im vorliegenden Verfahren die Feststellung begehrt, daß der Beklagten aus dem Geschäft keine Schadensersatzansprüche gegen ihn zuständen. Die Beklagte hat Widerklage auf Zahlung von 1.733,31 DM nebst Zinsen mit der Begründung erhoben, daß der für das Geschäft als Kommissionär verantwortliche Kläger sie vorsätzlich um diesen Betrag, der sich aus ausgefallener Hauptforderung und Kosten zusammensetzt, geschädigt habe. Der Kläger hat, nachdem seine Klage übereinstimmend als in der Hauptsache erledigt erklärt worden war, die Abweisung der Widerklage beantragt,

weil er nicht der Kommissionär, sondern nur ein Angestellter der Firma K. gewesen sei und überdies den Verlust der Beklagten nicht verschuldet habe.

Das Landgericht hat der Widerklage im wesentlichen stattgegeben. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, erstrebt der Kläger weiterhin die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Gegen die Zulassung der Revision bestehen keine Bedenken. Sie konnte jedoch keinen sachlichen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat die Haftung des Klägers nach § 823 Abs. 2 BGB bejaht, und zwar - im Gegensatz zum Landgericht - nicht in Verbindung mit § 95 Abs. 1 Nr. 2 des Börsengesetzes, sondern mit § 266 StGB. Dieser Auffassung ist beizutreten.

Die Entscheidung BGHSt 11, 102 betrifft nur den Fall, daß eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit Kommissionär im Sinne des Handelsrechts ist. Weil eine juristische Person nicht nach § 95 BörsG zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden kann und der Geschädigte ihren Handlungen gegenüber insoweit schutzlos wäre, ist es als notwendig erachtet worden, denjenigen als Kommissionär im Sinne der Strafbestimmungen anzusehen, der das Kommissionsgeschäft

für die Gesellschaft tatsächlich ausführt. Die Entscheidung geht über die Rechtsprechung, wonach für juristische Personen deren Organe strafrechtlich verantwortlich sein können, nur insoweit hinaus, als für die Kommissionsuntreue nicht auf die Organstellung, sondern auf die tatsächliche Betrautheit mit der Abwicklung des Kommissionsgeschäfts abgehoben worden ist (vgl. die Anmerkung von Martin bei LM (StS) § 95 BörsG Nr. 1). Daraus ist indessen nicht zu entnehmen, daß diese tatsächliche Betrautheit auch dann als das strafrechtlich entscheidende Merkmal anzusehen wäre, wenn aus dem Kommissionsvertrag nach Handelsrecht eine natürliche und damit den Strafbestimmungen erreichbare Person verpflichtet worden ist. Die angezogene Entscheidung des 1. Strafsenats leitet sich allein aus der Tatsache her, daß sich die Begriffe des Bürgerlichen und Handelsrechts nicht schlechthin mit gleichem Inhalt auf das Strafrecht übertragen lassen. Insoweit steht freilich der eigenständigen Umprägung dieser Begriffe nichts entgegen. Darüber hinaus, d.h. auch soweit die Begriffe sich zwanglos decken, erscheint dieses Verfahren dagegen weder erforderlich noch statthaft, weil es - wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt - dann auf eine im materiellen Strafrecht unzulässige Analogie hinauslaufen würde. Wenn ein Einzelkaufmann ein Kommissionsgeschäft abschließt, steht außer Frage, daß er Kommissionär sowohl im Sinne des Handels- wie des Strafrechts ist. Daran ändert sich nichts, wenn er das Geschäft durch einen Angestellten oder Bevollmächtigten vornehmen läßt; sofern er hierbei - etwa durch Weisungen - gegen die Strafbestimmungen verstoßen sollte, müsste er dafür einstehen, und zwar als Kommissionär im Sinne beider Rechtsgebiete. Alsdann kann er diese Eigenschaft nicht dadurch ver-

lioren, daß er sich einer Einflußnahme enthält. Noch weniger kann dadurch der tatsächlich Handelnde die Eigenschaft eines weiteren "Kommissionärs" gewinnen. Dem Berufungsgericht ist deshalb darin beizutreten, daß der Kläger, weil er nicht Kommissionär war, nicht gegen die Strafbestimmungen des § 95 BörsG verstoßen konnte. Mit diesem Ergebnis ist für die Revision, die insoweit keine Rügen vorbringt, jedoch nichts gewonnen. Die Prüfung entspringt lediglich der Notwendigkeit, das etwa verletzte Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB festzustellen. Dieses hat das Berufungsgericht zu Recht in § 266 StGB erblickt, und zwar, wie der Zusammenhang ergibt, in der Begehungsform des Treubruchs.

Die Revision versucht vergeblich, eine Treupflicht des Klägers gegenüber der Beklagten zu verneinen. In der Entscheidung BGHSt 13, 330 ist (im Anschluß an RGSt 62, 15, 18; 74, 1, 4) ausgesprochen worden, daß der Angestellte einer Firma selbst dann in einem Treueverhältnis zu deren Kunden stehen kann, wenn er nicht mit ihnen verhandelt hat. Vorliegend ist der Kläger beim Abschluß des Kommissionsvertrages der Beklagten sogar allein gegenübergetreten. Darüber hinaus hat er ihrem Angestellten H. wie ihrem Anwalt erklärt, er führe das Geschäft für seinen erkrankten Pflegevater. Endlich hat das Berufungsgericht festgestellt, daß diese Erklärung den tatsächlichen Verhältnissen entsprach, d.h. daß der Kläger das Unternehmen verantwortlich und selbständig gegenüber dem Firmeninhaber leitete. Der Kläger hat denn auch niemals in Abrede gestellt, daß seine Befugnisse ohne weiteres ausgereicht hätten, die der Beklagten gebührenden Erlöse nicht in die Tageskasse fließen und anderweit verwenden zu lassen, sondern ihre Abführung an die Beklagte anzuordnen und sicherzustellen.

Damit waren bei ihm die hohen Anforderungen erfüllt, die nach der angezogenen Entscheidung an die Selbständigkeit eines Angestellten zu stellen sind, um ihn neben dem Firmeninhaber als Träger der Treupflicht gegenüber einem Geschäftspartner ansehen zu können. Insbesondere hatte der Kläger unstreitig die Möglichkeit selbständiger Verfügung sowohl über das von der Beklagten überlassene Treugut als auch über die daraus erzielten Erlöse.

Der Inhalt der Treupflicht richtet sich nach der Verbindlichkeit, die den Firmeninhaber trifft. Wenn diese durch Vertrag begründet worden ist, kommt es auf dessen Bestimmungen an. Bei einem Kommissionsvertrag gilt nichts anderes. Daß Verfehlungen des Kommissionärs in § 95 BörsG besonders unter Strafe gestellt sind, besagt nicht, daß er allein der Träger der Treupflicht sein könnte. Aus der Vorschrift folgt nur, daß ein Angestellter, der die Treupflicht nach den dargestellten Grundsätzen mitträgt, im Falle eines Verstoßes nicht nach § 95 BörsG bestraft werden kann, weil er nicht der Vertragspartner des Treugebers ist und deshalb das objektive Tatbestandsmerkmal "Kommissionär" nicht erfüllt. Das hat das Berufungsgericht erkannt, wenn es eine Verletzung von § 95 BörsG durch den Kläger verneint hat. Daß der Angestellte nicht Vertragspartner des Firmenkunden ist, schließt aber beim Kommissionsvertrag wie bei anderen Verträgen weder aus, daß ihm aus dem Vortrage Pflichten gegenüber dem Kunden erwachsen, noch daß er sich bei deren Verletzung nach den allgemeinen Bestimmungen strafbar machen kann. Es kann also die aus dem Vertrage erwachsende Treupflicht für den Firmeninhaber wie für den Angestellten dieselbe, das bei einem Verstoß verletzte Schutz-

gesetz dagegen verschieden sein. Deshalb ist es entgegen der Meinung der Revision nicht widersprüchlich, daß das Berufungsgericht den Kläger auch im strafrechtlichen Sinne nicht als Kommissionär angesehen, ihm gleichwohl aber die dem Kommissionsvertrag entspringende Hauptpflicht auferlegt hat, die Vermögensinteressen der Beklagten als Treugeberin zu wahren.

Diese Pflicht hat der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rechtswidrig und zumindest mit bedingtem Vorsatz verletzt. Zur Wahrung der Vermögensinteressen der Beklagten gehörte, daß ihr Anspruch auf Herausgabe der Kommissionserlöse nicht gefährdet oder gar vereitelt wurde. Dazu war es erforderlich, diese Erlöse von den übrigen Betriebsmitteln getrennt und zur alsbaldigen Abführung an die Treugeberin bereit zu halten. Ob dies durch gesonderte Aufbewahrung des baren Geldes oder - wegen des Verkaufs in kleinen Posten - durch Einzahlung auf ein freies Sonderkonto geschah, war lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit. Die Vermischung mit den eigenen Mitteln des Kommissionärs, gleichviel ob in einer Kasse oder auf einem Konto, ist immer dann unstatthaft, wenn dadurch der Herausgabeanspruch des Kommittenten gefährdet wird. Diese Gefährdung liegt insbesondere vor, wenn der Kommissionär über das vermischte Geld so verfügt, daß er aus dem Mischbestand den dort eingelegten Erlös nicht herausgeben kann (BGH, Urt. vom 15. Juni 1951 - 2 StR 200/51 = LM (StS) § 266 StGB Nr. 3), oder wenn er den Erlös auf sein laufendes, einen Passivsaldo aufweisendes Bankkonto einzahlt (Urteil des erkennenden Senats vom 14. Januar 1956 - VI ZR 8/52 = BGHZ 8, 276, 280). So war es hier. Unstreitig sind aus dem baren Mischbestand mit Wissen und Willen des Klägers andere Verbindlichkeiten der Firma K beglichen und mit den eingezahlten Tagesüber-

schüssen der Überziehungskredit teilweise abgedeckt worden, ohne daß der Kläger etwa anderweit flüssige Mittel zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs der Beklagten verfügbar gehabt hätte.

Es vermag den Kläger weder zu entlasten, daß er solche Mittel demnächst zu erwerben hoffte, noch daß er - nach seiner Behauptung - mit einem so kurz bevorstehenden Zusammenbruch der Firma K. nicht gerechnet hatte. Die schwierige Lage des Unternehmens war ihm jedenfalls bekannt. Diesen Umstand hat das Berufungsgericht zutreffend bei der Feststellung gewürdigt, daß der Kläger die Vermögensinteressen der Beklagten vorsätzlich gefährdet hat, ohne daß es damit - wie die Revision meint - unzulässig die nicht zur Erörterung stehende Frage verquickt hätte, ob der Kläger das Kommissionsgeschäft in einer solchen Situation überhaupt abschließen durfte. Die Aufforderung des von der Beklagten entsandten Angestellten H., die Verkaufserlöse jeweils sofort abzurechnen und zu überweisen, stellte bei der Gefährdung, der die Ansprüche der Beklagten andernfalls ausgesetzt waren, nur den dringenden Hinweis auf eine ohnehin und von vornherein aus dem Kommissionsvertrag erwachsene Pflicht dar. Deshalb geht die Ansicht der Revision fehl, daß eine solche Verpflichtung allenfalls von dem Zeitpunkt der Unterredung ab in Betracht kommen könnte, und daß sie selbst dann nicht einseitig von der Beklagten zu begründen gewesen wäre. Schließlich geriet der Kläger auch nicht in einen Widerstreit der Interessen, wenn er gemäß der ihm obliegenden Treupflicht handelte. Die von ihm zu wahrenen Belange der Firma Koch geboten es entgegen der Meinung der Revision gerade nicht, die Kommissionserlöse der Tageskasse zuzuführen und dann anderweit zu verwenden.

Dem Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Firmeninhaber entsprang vielmehr ebenfalls die Pflicht, die Vermögensinteressen des Treugebers der Firma zu wahren (vgl. BGHSt 2, 324).

Die erhobenen Rügen erweisen sich damit als unbegründet. Da das Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers erkennen läßt, mußte die Revision mit der Kostenfolge nach § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Engels

Dr. K.E.Meyer

Hanebeck

Heinrich Meyer

Dr. Pfretzschner