

122. Liegt der Thatbestand der Untreue gemäß §. 266 Nr. 2 St.G.B.'s vor, wenn der Beauftragte (Kommissionär), welcher mit dem dritten Kontrahenten den Vertrag zwar für Rechnung des Auftraggebers (Kommittenten), aber in eigenem Namen geschlossen hat, auf die aus diesem Vertrage entstandene Forderung, nachdem er solche gegen den Dritten in eigenem Namen eingeklagt hatte, vergleichsweise verzichtet? Ist in diesem Falle der Thatbestand der Untreue insbesondere auf Grund der Vorschrift des Art. 368 Abs. 2 St.G.B.'s oder mit Rücksicht darauf als vorhanden anzunehmen, daß durch den vergleichsweisen Verzicht auf die Forderung dem Auftraggeber die Geltendmachung des Rechtes auf Abtretung dieser Forderung vereitelt wird?

St.G.B. §. 266 Nr. 2.

St.G.B. Artt. 360. 368.

III. Straffenat. Ur. v. 31. März 1890 g. S. Rep. 623/90.

I. Landgericht Lüneburg.

Aus den Gründen:

Der Revision der Staatsanwaltschaft konnte Erfolg nicht zu teil werden. Der Freisprechung des Angeklagten von der Anklage wegen Untreue gemäß §. 266 Nr. 2 St.G.B.'s liegen folgende Feststellungen zu Grunde: Der Angeklagte, welcher in E. das Amt des Fleckenvorstehers bekleidet, nebenbei aber auch Bankiergeschäfte betreibt, hatte im März 1886 im Auftrage seines Geschäftsfreundes, des Rentiers B., sowie des Hofmeisters Th. von dem Bankier Tr. in Berlin

6400 *M* und 1600 *M* Sorauer Kohlenobligationen (Zertifikate) gekauft und die Papiere ihnen übergeben. Dem Tr. gegenüber war Angeklagter bei dem Ankaufe als Selbstkontrahent aufgetreten. Nachmals haben B. und Th. den Angeklagten veranlaßt, gegen Tr. Klage auf Aufhebung des Kaufvertrages wegen Arglist und Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Zertifikate zu erheben. Angeklagter hat diese Klage gegen Tr. in eigenem Namen angestellt. Er hat im Prozesse ein den Angeklagten Tr. der Klagebitte gemäß verurteilendes Erkenntnis erster Instanz erlangt. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte Tr. verschiedene ihm gegen den Angeklagten persönlich zustehende Wechselforderungen von 2400 *M* aufrechnungsweise geltend gemacht, inzwischen aber auch den ersten der ihm vom Angeklagten gegebenen Wechsel über 300 *M* gegen den Angeklagten eingeklagt, dessen rechtskräftige Verurteilung zur Zahlung, sowie, nach vergeblich versuchter Zwangsvollstreckung, mittels Urtheiles vom 22. November 1888 die Verurteilung desselben zur Leistung des Offenbarungseides erlangt. Nachdem letzteres Urtheil in zweiter Instanz am 6. März 1889 bestätigt worden, ist der noch in der Berufungsinstanz schwebende, vom Angeklagten gegen Tr. angestrengte Prozeß durch einen zwischen den Parteien am 2./4. Mai 1889 geschlossenen Vergleich beendet worden, inhielt dessen der Angeklagte als Kläger auf den von ihm klagbar gemachten Anspruch verzichtete, der Beklagte Tr. sich dagegen verpflichtete, aus den ihm gegebenen acht Wechseln keinen Anspruch gegen den Kläger geltend zu machen, dem Kläger diese Wechsel nach Beendigung des Konkurses über das Vermögen der Vereinigten Sorauer Kohlenwerke zurückzugeben, auch den Antrag auf Ableistung des Offenbarungseides zurückzunehmen, während Kläger noch versicherte, daß er den eingeklagten Anspruch nicht cediert habe und nicht cedieren werde. Die Freisprechung von der Anklage wegen Untreue ist damit begründet, daß durch den vom Angeklagten in eigenem Namen geschlossenen Kaufvertrag Vertragsrechte und Pflichten nur zwischen Angeklagtem und Tr., nicht zwischen B. und Th. einerseits, Tr. andererseits begründet worden seien, da eine ausdrückliche oder stillschweigende Abtretung der Ansprüche aus dem Vertrage an B. und Th. nicht erfolgt sei; daß daher Angeklagter auch im Prozesse mit der gegen Tr. angestellten, als die *actio ex emto ad resolvendam emtionem* aufzufassenden Klage nur eine eigene Forderung geltend

gemacht und durch den Vergleich nur über diese eigene, nicht über eine Forderung seiner Auftraggeber P. und Th. verfügt habe. Zu dem gleichen Ergebnisse, erklärt der Vorderrichter weiter, sei übrigens auch zu gelangen, wenn anzunehmen wäre, daß durch die Weiterbegebung der gekauften Papiere an P. und Th. zugleich eine stillschweigende Abtretung des Rescissionsanspruches an diese stattgefunden habe. Denn Angeklagter habe den Vergleich im eigenen Namen, nicht als Bevollmächtigter des P. und Th. abgeschlossen; er habe ferner vor Abschluß des Vergleiches den Tr. ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er die Papiere nicht mehr habe, sie vielmehr in den Händen von P. und Th. seien. Tr. habe also bei Abschluß des Vergleiches wissen müssen, daß damals nicht mehr dem Angeklagten, sondern jenen beiden der geltend gemachte Rescissionsanspruch zustand; er könnte deshalb den mit dem Angeklagten geschlossenen Vergleich einer von P. und Th. im eigenen Namen etwa neuangestellten Klage mit Erfolg nicht entgegenstellen.

Die zuletzt erwähnte Annahme des Vorderrichters ist unzutreffend. Durch Abtretung der Forderungen aus dem Kaufvertrage wären diese auf die Cessionare übergegangen und zu Forderungen der letzteren geworden. Der Schuldner aber würde erst durch die ihm in vorschriftsmäßiger Weise erfolgte Denunziation des Rechtes verlustig gegangen sein, die ihm gegen die Person des Cedenten zustehenden Einreden, unter diesen die Einrede des vergleichsweisen Verzichtes auf die Forderung, gegen die Cessionare geltend zu machen. Von einer seitens der Cessionare geschehenen Anzeige der erfolgten Abtretung an Tr. ist nirgends etwas festgestellt. Ob eine Anzeige von seiten des abtretenden Gläubigers überhaupt die obenbezeichnete Wirkung der Denunziation habe, ist bestritten. Auch eine solche ist aber nicht festgestellt; sie würde namentlich nicht in der vom Angeklagten bei Gelegenheit der Vergleichsverhandlungen gemachten Mitteilung, daß nicht er, sondern P. und Th. die Papiere in Händen hätten, gefunden werden können — eine Mitteilung, die von einer erfolgten Cession schlechthin nichts, sondern höchstens die rechtlich gleichgültige nachträgliche Benachrichtigung des Tr. enthielt, daß Angeklagter den in eigenem Namen vereinbarten Vertrag als Kommissionär geschlossen habe. In Ermangelung einer vor dem Vergleich liegenden Denunziation der Abtretung würde daher Tr. in der Lage sein, einer von P. und Th.

ex jure cesso anzustellenden Rescissionsklage die Einrede des Vergleiches mit Erfolg entgegenzusetzen.

Die Unhaltbarkeit des zweiten Freisprechungsgrundes führt aber nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urtheiles. Derselbe ist nur eventuell geltend gemacht, und er erledigt sich vollständig gegenüber der mit Bestimmtheit an erster Stelle getroffenen Feststellung, daß eine Abtretung der Forderung an B. und Th. nicht, weder ausdrücklich noch stillschweigend erfolgt sei, eine Feststellung, die, soweit sie tatsächlichen Inhaltes ist, in gegenwärtiger Instanz nicht nachgeprüft werden kann, in rechtlicher Beziehung aber nicht zu beanstanden ist, da die Urteilsgründe nichts enthalten, woraus mit rechtlicher Notwendigkeit die Annahme, es sei eine Abtretung erfolgt, zu folgern wäre. Insbesondere hat das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung zur Abtretung einer Forderung nach dem hier maßgebenden gemeinen Rechte nicht die Rechtswirkung, daß die Abtretung als geschehen zu fingieren sei,

Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 1 S. 314,

und ebensowenig ist in der Übergabe der Papiere an B. und Tr. mit Rechtsnotwendigkeit eine Abtretung des Anspruches verbunden gewesen, welchen der Angeklagte aus dem in eigenem Namen geschlossenen Kaufvertrage gegen Tr. erworben hatte.

Hat aber eine Abtretung nicht vorgelegen, so muß mit dem Vorderrichter verneint werden, daß Angeklagter mit dem Abschlusse des oben erwähnten Vergleiches über Vermögensstücke seiner Auftraggeber B. und Th. verfügt habe (§. 266 Nr. 2 St.G.B.'s).

Ob die Rechtsstellung des Angeklagten bei Ankauf der Wertpapiere die eines einfachen Bevollmächtigten oder die eines kaufmännischen Kommissionärs gewesen sei, lassen die Urteilsgründe zweifelhaft. Der Angeklagte bekleidet, wie erwähnt, in seinem Orte das Amt des Fleckenvorstehers und betreibt „nebenbei“ Bankiergeschäfte. Daß er letzteres gewerbsmäßig thue, ist damit nicht schlechthin ausgeschlossen, aber auch nicht festgestellt. Nur bei gewerbsmäßigem Betriebe von Bankiergeschäften würde er nach Art. 272 Nr. 2 H.G.B.'s Kaufmann sein, und nur unter dieser Voraussetzung würde nach Art. 378 H.G.B.'s der vor ihm für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen geschlossene Kaufvertrag unter den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über das Kommissionsgeschäft stehen. Für die Frage, ob er mit Abschluß

des Vergleiches das Vergehen der Untreue begangen habe, erscheint dies aber ohne Bedeutung. Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes, wie nach den mit diesen übereinstimmenden Vorschriften in Artt. 360 Abs. 2. 368 Abs. 1 S.G.B.'s wurden durch den von dem Angeklagten in eigenem Namen mit Tr. geschlossenen Kauf Vertragsrechte und Vertragspflichten nur zwischen diesen beiden begründet; die Auftraggeber B. und Th. sind dadurch, daß der Vertragsschluß für ihre Rechnung stattfand, nicht die Geschäftsherren dem Tr. gegenüber geworden, und es würde der Abtretung der Forderung vom Angeklagten an jene bedurft haben, um sie zu Gläubigern des Tr. und die Forderung des Angeklagten gegen diesen zu einem Bestandteile ihres Vermögens zu machen. Dies gilt für alle Forderungen aus dem vom Angeklagten in eigenem Namen geschlossenen Verträge, also auch für den mit der Vertragsklage zu verfolgenden Anspruch auf Aufhebung des Vertrages. Dieser, von dem Angeklagten in eigenem Namen gegen Tr. verfolgte Anspruch bildete deshalb einen Vermögensbestandteil nicht der Auftraggeber, sondern des Angeklagten, und der letztere hat, indem er vergleichsweise auf denselben verzichtete, über ein eigenes Vermögensstück, nicht über einen Bestandteil des Vermögens seiner Auftraggeber verfügt.

Wenn die Revision für den Fall, daß Angeklagter nicht die Rechtsstellung eines Kommissionärs gehabt, das Gegenteil aus den Rechtsätzen ableiten will, welche das Reichsgericht in dem Urteile vom 7. Oktober 1889,

Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 19 S. 432 flg., ausgesprochen hat, so ist das verfehlt. Das Eigentum an den vom Angeklagten für Rechnung seiner Auftraggeber erkauften Wertpapieren ist unbestritten von dem ersteren auf die letzteren durch deren Übergabe übertragen worden. In dem gegenwärtigen Falle aber handelt es sich nicht um das Eigentum an den Papieren, sondern um eine Forderung aus dem vom Angeklagten geschlossenen Verträge. Die Frage, wer aus dem von dem Beauftragten in eigenem Namen geschlossenen Verträge forderungsberechtigt wird, steht in keiner rechtlichen Beziehung zu der Frage des Eigentumsverlustes an den vom Beauftragten erkauften Sachen. Eine Abtretung jener Forderung aber hat, wie festgestellt, nicht stattgefunden.

Ebenso wenig kann mit der staatsanwaltschaftlichen Revision für

den Fall, daß Angeklagter als Kommissionär zu gelten habe, die Annahme einer von diesem durch Abschluß des Vergleiches begangenen Untreue im Sinne von §. 266 Nr. 2 St.G.B.'s auf die Vorschrift in Art. 368 Abs. 2 H.G.B.'s gestützt werden. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist unklar und bestritten. Allgemein ist anerkannt, daß durch sie dem Kommittenten hinsichtlich der dem Kommissionär gegen den dritten Kontrahenten zustehenden Forderungen ein Separationsrecht gegenüber dem Kommissionär und dessen Gläubigern gewährt wird, welches ihn im Konkurse über das Vermögen des Kommissionärs und in konkursähnlichen Prozeduren, wie z. B. im Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz, berechtigt, die Forderung des Kommissionärs gegen den Dritten als eine eigene in Anspruch zu nehmen.

Vgl. u. a. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 1 S. 314; Entsch. des R.D.G.B.'s Bd. 7 S. 22; Laband in Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9 S. 457; v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche zu Art. 368 2. Aufl. Bd. 2 S. 463 flg.; Endemann, Handbuch des Handelsrechtes Bd. 3 S. 224 flg.; Grünhut, Das Recht des Kommissionärhandels S. 335 flg. u. a. m.

Zweifelhaft und streitig ist, ob damit die Bedeutung jener Vorschrift sich erschöpft. Sollte aber auch letzteres zu verneinen sein, in jedem Falle ist es logisch unmöglich und juristisch nicht zu konstruieren, daß dieselbe Forderung rechtlich und ihrer Substanz nach Bestandteil einmal des Vermögens des Kommissionärs und gleichzeitig, unter Ausschluß des letzteren von dem Gläubigerrechte, des Vermögens des Kommittenten sei. Nur das Eine oder das Andere ist möglich, und es kann namentlich die rechtliche Zugehörigkeit zu dem Vermögen des Einen oder des Anderen dadurch nicht bedingt oder geändert werden, daß im einzelnen Falle das Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär, oder zwischen Kommissionär und drittem Kontrahenten in Frage steht. Wenn daher nach der den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechenden Vorschrift in Artt. 360 Abs. 2. 368 Abs. 1 H.G.B.'s die Forderung als Forderung des Kommissionärs zur Entstehung gelangt, so ist damit ausgeschlossen, daß sie, solange nicht Abtretung erfolgt, in irgend einer rechtlichen Beziehung eine Forderung des Kommittenten sein könne. Damit aber erscheint die Anwendung des §. 266 Nr. 2 St.G.B.'s auf den hier vorliegenden Fall ausgeschlossen, daß der Kommissionär über die lediglich seinem Vermögen

zugehörige Forderung gegen den dritten Kontrahenten durch Verzicht verfügt. Er mag damit den für ihn seinen Auftraggebern gegenüber aus dem Kommissionsauftrage entsprungenen Vertragspflichten zuwiderhandeln und deren Vertragsrechte und Interessen verletzen — über ein Vermögensstück derselben verfügt er nicht; dies setzt aber §. 266 Nr. 2 St.G.B.'s, im Gegensatze zu §. 266 Nr. 1 St.G.B.'s, welcher nur ein Handeln zum Nachtheile fordert, zum Thatbestande der von einem Bevollmächtigten begangenen Untreue voraus.

Endlich kann, wie noch erwähnt werden mag, zu einer Beachtung der staatsanwaltschaftlichen Revision auch nicht von dem Gesichtspunkte aus gelangt werden, daß durch den Verzicht des Angeklagten auf die ihm gegen Tr. zustehende Forderung seinen Auftraggebern thatsächlich die Füglichkeit entzogen worden ist, eintretenden Falles das vorerwähnte, ihnen auf Grund von Art. 368 Abs. 2 S.G.B.'s zustehende Separationsrecht, sowie das ihnen an sich gesetzlich und in erzwingbarer Weise gewährt gewesene Recht auf Abtretung jener Forderung auszuüben. Denn wenn auch diese Rechte als Bestandteile des Vermögens der Auftraggeber anzusehen sind, so enthält doch der vergleichsweise Verzicht auf die Forderung nicht eine Verfüzung des Angeklagten über diese Rechte; vielmehr tritt die Unmöglichkeit ihrer Geltendmachung lediglich als mittelbare Folge des Verzichtes und des durch diesen herbeigeführten Wegfalles des Gegenstandes ihrer Ausübung ein.