

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 24

Auslegung und systematische
Einordnung des § 392 Abs. 2 HGB

Zum Verhältnis von Analogie und Fiktion
bei mittelbarer Stellvertretung

Von

Dr. Klaus Rudolf Böhm



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

KLAUS RUDOLF BÖHM

Auslegung und systematische Einordnung des § 392 Abs. 2 HGB

Berliner Juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Walter G. Becker, Hermann Blei, Arwed Blomeyer, Erich Genzmer, Ernst Heinitz, Ernst E. Hirsch, Hermann Jahrreiß, Emil Kießling, Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Walter Meder, Dietrich Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 24

Auslegung und systematische Einordnung des § 392 Abs. 2 HGB

Zum Verhältnis von Analogie und Fiktion
bei mittelbarer Stellvertretung

Von

Dr. Klaus Rudolf Böhm



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 02497 4

Vorwort

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. jur. Horst Bartholomeyczik, möchte ich für die verständnisvolle Förderung dieser Arbeit und die Anregungen danken, die ich als Teilnehmer seines Seminars für Handels-, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht sowie im persönlichen Gespräch erhalten habe.

Herrn Professor Dr. jur. Otto Mühl gilt mein Dank für seine aufmerksame Kritik.

Herrn Professor Dr. jur. Ulrich von Lübtow danke ich für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Schließlich danke ich der Rudolf Siedersleben'schen Otto-Wolff-Stiftung in Köln für die großzügige Druckbeihilfe.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern.

Mainz, im Januar 1971

Klaus Böhm

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung

Problemstellung

1. Vorbemerkung	13
2. Beispielfälle	13
3. Darstellung der bisher vertretenen Meinungen.....	15
a) Zur Aufrechnung des Dritten	15
b) Zur Aufrechnung des Kommissionärs	16
c) Zur Abtretung der Forderung	17
4. Kritik der bisher vertretenen Ansichten	19
a) Zur Aufrechnung des Dritten	19
b) Zur Aufrechnung des Kommissionärs.....	21
c) Zur Abtretung der Forderung	22
d) Ergebnis	24

B. Hauptteil

I. Abschnitt:

Bedeutung und Auslegung der juristischen Fiktion

1. „Gelten als“ in § 392 Abs. 2	25
2. Die erkenntnistheoretische Fiktion Vaihingers	25
3. Ablehnung der erkenntnistheoretischen Fiktion für die Rechts- wissenschaft	28
4. Die Fiktion als besondere gesetzliche Verweisungsform	30
5. Gemeinsame Probleme bei allen Arten gesetzlicher Verweisung ...	31
6. Verwandtschaft von Fiktion und Analogie	33
7. Das Ähnlichkeitsurteil bei der Analogie	35
8. Auflösung der Fiktion des § 392 Abs. 2 durch Ähnlichkeitsurteil ...	38

*II. Abschnitt:***Vergleich des § 392 Abs. 2 mit anderen gesetzlichen oder
gewohnheitsrechtlichen Regelungen**

1. Kommissionär als direkter Stellvertreter	43
2. Cessio legis oder fingierte Zession in § 392 Abs. 2	47
3. § 392 Abs. 2 als Ausdruck des Surrogationsgedankens	48
4. Kommissionär und Kommittent als Gesamthänder	49
5. Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) zwischen Kommissionär und Kommittent	50
6. Nießbrauch an der Forderung	53
7. § 392 Abs. 2 und das Konkursvorrecht des Depotgesetzes	54
8. Vergleich des § 392 Abs. 2 mit Vorschriften des Erbrechts	56
a) § 1959 BGB	56
b) § 2113 Abs. 2 BGB	57
c) § 2184 BGB	58
9. § 392 Abs. 2 und die Versicherung für fremde Rechnung	59
10. Vergleich des § 392 Abs. 2 mit §§ 135, 136 BGB	62
11. § 392 Abs. 2 ein Fall der Anfechtung	64
12. Kommittent als Anwartschaftsberechtigter	65
13. Kommittent als relativer Gläubiger i. S. d. §§ 23, 26 ZVG	66
14. Pfandrecht des Kommissionärs oder Kommittenten an der Forde- rung	67
15. § 392 Abs. 2 als ein Fall der Treuhand	68
a) Tatbestände der Treuhand	69
b) § 392 Abs. 2 und fiduziarische Treuhand	70
aa) Das Erfordernis der „Unmittelbarkeit“	71
bb) Verhältnis zu § 392 Abs. 1	72
c) § 392 Abs. 2 und eigennützige Treuhand	73
d) § 392 Abs. 2 und Einziehungsermächtigung	74
e) § 392 Abs. 2 und Inkassozeession	76
f) Analoger Obersatz für Inkassozeession und § 392 Abs. 2	76
aa) Rechtspolitische Zwecksetzung des § 771 ZPO	77
bb) Rechtspolitische Zwecksetzung des § 43 KO	78
cc) Formulierung des analogen Obersatzes	78
g) Gleichbehandlung von Inkassozeession und § 392 Abs. 2	80
aa) Problem der Zwangsvollstreckung und des Konkurses	80
bb) Problem der Abtretung der Forderung	81

Inhaltsverzeichnis 9

cc) Problem der Aufrechnung durch den Kommissionär	82
dd) Problem der Aufrechnung durch den Dritten	83
(1) Unterschiedliche Auffassungen bei Inkassozeession und Kommission	83
(2) Begründung der Aufrechnung bei der Inkassozeession aus dem Gesichtspunkt des § 406 BGB	84
(3) Unanwendbarkeit des § 406 BGB bei § 392 Abs. 2	84
(4) Bestätigung der gefundenen Auslegung durch die Recht- sprechung	86
(5) Zwangsvollstreckungscharakter der Aufrechnung kein Argument gegen die gefundene Auslegung	87

III. Abschnitt:

Auslegung des § 392 Abs. 2 aus historischer Sicht

1. Materialien zum HGB	89
2. Die Rechtsprechung zu Art. 368 Abs. 2 ADHGB	90
3. Die Auffassung in der Literatur zu Art. 368 Abs. 2 ADHGB	92
4. Entstehungsgeschichte des § 392 Abs. 2	93
5. Ergebnis der historischen Untersuchung	95

C. Schluß

1. Zusammenfassung des gefundenen Auslegungsergebnisses	96
2. Lösung der Beispielfälle	97
Literaturverzeichnis	99
Gesetzesmaterialien, Sammlungen und Textfundstellen	107

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	= Absatz
Abt.	= Abteilung
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
ADS	= Allgemeine Deutsche Seeversicherungs-Bedingungen
AkfdR	= Akademie für Deutsches Recht
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	= Anmerkung
ArchBürglR	= Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
BB	= Der Betriebsberater
Bd.	= Band
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DepotG	= Depotgesetz
Diss.	= Dissertation
Einf.	= Einführung
Einl.	= Einleitung
Erl.	= Erläuterung
gem.	= gemäß
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	= Handelsgesetzbuch
h. M.	= herrschende Meinung
i. V. m.	= In Verbindung mit
i. S. d.	= im Sinne des (der)
JherJb	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KO	= Konkursordnung
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerke des Bundesgerichtshofes
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
OLG.	= Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
o. a.	= oben angeführt

Pr.AGO	=	Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten
Rdn.	=	Randnote
Recht	=	Das Recht
RG	=	Reichsgericht
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	=	Reichsoberhandelsgericht
RPfl.	=	Der Deutsche Rechtspfleger
Sp.	=	Spalte
VVG	=	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WarnRspr.	=	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WM	=	Wertpapier-Mitteilungen
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZPO	=	Zivilprozeßordnung
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	=	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP	=	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. EINLEITUNG

Problemstellung

1. Vorbemerkung

In Literatur und Rechtsprechung ist man sich heute darüber einig, daß der Kommittent im Konkurs des Kommissionärs die noch ausstehende Forderung des Kommissionärs gegen seinen Vertragspartner aus dem Ausführungsgeschäft gem. § 392 Abs. 2¹ i. V. m. § 43 KO aussondern kann. Weiter besteht Einigkeit darüber, daß der Kommittent bei der Einzelzwangsvollstreckung von Gläubigern des Kommissionärs in die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft gem. § 392 Abs. 2 i. V. m. § 771 ZPO widersprechen kann².

Dieses Bild einer einmütigen Auffassung ändert sich aber schnell, wenn es um die Frage geht, ob der Dritte³ gegen die Forderung des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäft aufrechnen kann oder ob dies dem Kommissionär möglich ist. Ebenso ist umstritten, ob der Kommissionär die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft an einen anderen als den Kommittenten abtreten kann.

2. Beispielfälle

Zur Verdeutlichung der Problemstellung soll folgende Fallzusammenstellung dienen:

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des HGB.

² RGZ 32, 39 (42); 35, 48 (57); 40, 85 (87); 84, 214 (216); 92, 8 (11); 96, 5 (8); RGLZ 1913, Sp. 156; RG JW 1935, 3156; BGH BB 1959, 975; Schwarz NJW 1969, 1943; Capelle, Handelsrecht S. 107; Bandasch, § 392 Anm. 2; Lippmann, S. 151; Müller, S. 29; Baumbach-Duden, § 392 Anm. 2 B; Heymann-Kötter, § 392 Anm. 3; Ratz in HGB-RGRK, § 392 Anm. 5 und 5 a; Ritter, § 392 Anm. 3 c; Hartmann, S. 40; Schlegelberger-Hefermehl, § 392 Rdn. 19, 17; Kleinrahm, S. 6/7; Weidmann, S. 247; Petzke, S. 29; Locher, S. 1354; v. Gierke, Handelsrecht S. 30; Schmidt-Rimpler, Kommissionsgeschäft S. 914/5; Cosack, S. 267; Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 167.

³ Unter dem Dritten wird im folgenden immer der Vertragspartner des Kommissionärs bei dem Ausführungsgeschäft der Kommission verstanden.

- Fall 1: Kommissionär K verkauft kommissionsweise für 2000 DM einen Kraftwagen des Kommittenten an den Dritten D. K verpflichtet sich, bei nicht termingerechter Lieferung 500 DM Vertragsstrafe zu zahlen. Da K den Liefertermin nicht einhält, zahlt D nur 1500 DM an ihn und rechnet im übrigen mit seiner Forderung aus der Vertragsstrafe gegen die Kaufpreisrestforderung auf.
- Fall 2: Kommissionär K verkauft einen Kraftwagen des Kommittenten E für 2000 DM an D. Da D bereits eine Werklohnforderung gegen K von ebenfalls 2000 DM hatte, rechnet er mit dieser gegen die Forderung des K aus dem Kaufvertrag auf.
- D wußte bei Abschluß des Kaufvertrages, daß K für fremde Rechnung handelte.
 - D wußte bei Abschluß des Kaufvertrages nicht, daß K für fremde Rechnung handelte.
- Fall 3: Wie Fall 2, jedoch mit dem Unterschied, daß D seine Werklohnforderung erst nach Abschluß des Kaufvertrages erwirbt.
- D wußte beim Erwerb der Werklohnforderung, daß K beim Kaufvertrag für fremde Rechnung gehandelt hat.
 - D wußte beim Erwerb der Werklohnforderung nicht, daß K beim Kaufvertrag für fremde Rechnung gehandelt hat.
- Fall 4: Kommissionär K verkauft einen Kraftwagen des Kommittenten E für 2000 DM an D, der eine Forderung von 2000 DM gegen K hat. K rechnet mit der Kaufpreisforderung gegen die Forderung des D an ihn auf.
- Die Forderung des D ist im Zusammenhang mit der Durchführung des Kaufvertrages entstanden.
 - Die Forderung des D steht in keinem Zusammenhang mit dem Kaufvertrag.
- Fall 5: Kommissionär K verkauft kommissionsweise Waren des E für 1000 DM an D. Er tritt die Kaufpreisforderung an X ab, um diesem aus einer vorübergehenden Geldverlegenheit zu helfen.
- X weiß nicht, daß die Forderung für fremde Rechnung erworben wurde.
 - X weiß, daß die Forderung für fremde Rechnung erworben wurde.
- Fall 6: Wie Fall 5, jedoch tritt K dem X die Forderung an Erfüllungs Statt ab.
- X weiß nicht, daß die Forderung für fremde Rechnung erworben wurde.
 - X weiß, daß die Forderung für fremde Rechnung erworben wurde.

Fall 7: Wie Fall 6, jedoch tritt K die Forderung nicht an X ab, sondern ermächtigt ihn zur Einziehung der Forderung. Der Anspruch des K auf Auszahlung des Erlöses soll mit seiner Schuld gegenüber X verrechnet werden.

3. Darstellung der bisher vertretenen Meinungen

a) Zur Aufrechnung des Dritten

Betrachtet man die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen zahlreichen Auffassungen zu dem Fragenkreis, ob der Dritte aufrechnen kann (Fälle 1—3), so fällt auf, daß diese recht unterschiedlich sind. Die Rechtsprechung⁴ und ein Teil der Literatur⁵ stellen sich auf folgenden Standpunkt: der Kommissionär schließt das Ausführungsgeschäft im eigenen Namen ab. Er wird Vertragspartner des Dritten mit allen Rechten und Pflichten. Der Kommittent kann, wie sich aus § 392 Abs. 1 ergibt, erst dann gegen den Dritten vorgehen, wenn ihm der Kommissionär die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft abgetreten hat, wozu er gem. § 384 Abs. 2 verpflichtet ist. Zwar wird das in § 392 Abs. 1 zum Ausdruck kommende Prinzip der mittelbaren Stellvertretung durch § 392 Abs. 2 durchbrochen, wonach die Forderung auch schon vor der Abtretung als Forderung des Kommittenten gilt; dies beschränkt sich aber auf das Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär. Obwohl § 392 Abs. 2 die Forderung dem Kommittenten auch gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs zuordnet und der Dritte zu den Gläubigern des Kommissionärs zählt, muß beachtet werden, daß der Dritte auch Schuldner des Kommissionärs ist. Diese Schuldnerstellung des Dritten kann nicht unberücksichtigt bleiben. Die Sicherheit und die Rechte des Drittkontrahenten dürfen durch das Innenverhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär nicht beeinträchtigt werden. Dem Dritten ist die Aufrechnung daher nur dann zu versagen, wenn zwischen ihm und dem Kommissionär Kollusion zum Nachteil des Kommittenten vorliegt⁶.

⁴ RGZ 32, 39 (42); diese Entscheidung erging zu Art. 368 ADHGB, der aber den gleichen Wortlaut wie § 392 hatte. Vgl. ferner RGZ 121, 177 (178); BGH NJW 1969, 276 f.

⁵ *Bandasch*, § 392 Anm. 2; *Brand*, § 392 Anm. 2; *Düringer-Hachenburg-Lehmann*, § 392 Anm. 2; *Weckler*, S. 80, 81; *Mosse-Heymann*, § 392 Anm. 2; *Ratz* in HGB-RGRK, § 392 Anm. 11; *Lippmann*, S. 151; *Mennrath*, S. 20; *Müller*, S. 41—44; *Müller-Erzbach*, Handelsrecht S. 167; *Baumbach-Duden*, § 392 Anm. 1; *Kamnitzer-Bohnenberg*, § 392 Anm. III; *Weidmann*, S. 250; *Hartmann*, S. 42; *Gadow* JherJb 84, 182.

⁶ Vgl. BGH NJW 1969, 276 (277); RGZ 121, 177 (178); *Ratz* in HGB-RGRK, § 392 Anm. 11.