

8. Zum Begriffe der Gewerbsmäßigkeit des Betriebes von Handelsgeschäften als Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft.

VI. Civilsenat. Urt. v. 29. Oktober 1896 i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VI. 167/96.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Kläger hat zu einem Bau des Kaufmannes G. die Maurerarbeiten geleistet und außer den vertragsmäßig übernommenen Stein-

lieferungen auch anderes Material (Mörtel, Kalk, Eisen und anderes mehr) dazu beschafft. Er verlangt Erstattung der dafür verauslagten Beträge vom Beklagten auf Grund einer angeblichen Bürgschaftserklärung desselben. Der Beklagte hatte dem G. die Parzelle, auf welcher der Bau errichtet ist, verkauft und sich von ihm die von einer Bank bewilligten Baugelder überweisen lassen, deren Auszahlung an die Bauhandwerker er den Anweisungen des G. gemäß leistete.

Das Berufungsgericht hat das Bürgschaftsversprechen in den von K. bekundeten Erklärungen des Beklagten gefunden und dem Kläger über diese Erklärungen einen richterlichen Eid auferlegt. Es erachtet die Bürgschaft trotz mangelnder Schriftform für verbindlich, weil der Beklagte Kaufmann sei, was dieser bestritten hat.

Daß der Beklagte Kaufmann sei, wird, wie folgt, begründet. Nicht entscheidend sei es, daß der Beklagte sich sonst Kaufmann nenne und sich als solcher im Adreßbuche habe eintragen lassen. Er betreibe aber gewerbsmäßig Bankiergeschäfte. Seit mindestens 1888 befaße er sich nämlich mit dem spekulativen Ankauf von Bauerrain und Verkauf von Bauparzellen in größerem Maßstabe und sei zugleich den Behauern der Parzellen in der Weise beim Bebauen behilflich, daß er sich von ihnen die Baugelderansprüche cedieren lasse, welche sie auf Grund von Baugelderverträgen unter hypothekarischer Verpfändung der Baustellen gegen Bankinstitute erwerben, und daß er diese Baugelder dann wieder auf Anweisung oder Cession der Behauer — seiner Parzellenabkäufer — an die Bauhandwerker und Baulieferanten auszahle. Er vermittele also den Umlauf von Geld seitens jener Bankinstitute an die Bauhandwerker und ebenso den Kredit der Parzellenbehauer. Erklärlich sei diese Thätigkeit durch die Thatfache, daß der Beklagte, wie in Berlin üblich, die Parzellen an völlig oder fast völlig mittellose Personen verkaufte, — wie auch G. eine solche Person gewesen sei, — deren Kreditwürdigkeit es sowohl dem Beklagten als Verkäufer, als auch den das Baugeld hergebenden Banken unthunlich erscheinen ließ, das Baugeld ihnen auszusahlen. Es pflege abgemacht zu werden, daß die Parzellenkäufer und Bauunternehmer keinen Anspruch darauf haben, daß ihnen persönlich das Baugeld ausgezahlt werde, und daß dieses vielmehr dem Parzellenverkäufer auszusahlen sei, — der gewöhnlich mit seinem fast in voller Höhe kreditierten Kaufpreise den Baugeldern den Vorrang einräumen

müsse und deshalb ein großes Interesse am Fortschreiten des Baues und also Wertvollerwerden des Grundstückes habe, — damit dieser es an diejenigen zahle, welche aus ihrer Bauhätigkeit Ansprüche an den Bauunternehmer haben. Zu den so vorgehenden Grundstücksparzellanen gehöre auch der Beklagte. Der gewerbsmäßige Betrieb der Bankiergeschäfte ergebe sich aus der großen Zahl der vorgekommenen Fälle, in denen der Beklagte auf diese Art die Auszahlung der Baugelber und den Kredit der Bebauer vermittelt habe. Daß der Beklagte sich dafür ein besonderes Entgelt habe zahlen lassen — etwa eine prozentuale Provision —, brauche nicht festgestellt zu werden; sei ein solches nicht gezahlt — was kaum annehmbar —, so sei das Entgelt in dem Vorteile enthalten, den der Beklagte durch den Verkauf der Parzellen in der Höhe des Kaufpreises erhalten, beziehentlich zugesichert erhalten habe.

Den rechtlichen Folgerungen des Berufungsgerichtes in diesen Ausführungen kann nicht durchweg beigetreten werden. Zwar mag sich dagegen nichts erinnern lassen, daß die von dem Beklagten neben dem spekulativen An- und Verkaufe von Bauparzellen, der nach Art. 275 H.G.B. nicht den Betrieb von Handelsgeschäften bildet, vorgenommenen Zahlungsvermittlungsgeschäfte sich als Bankiergeschäfte darstellen, deren gewerbsmäßiger Betrieb nach Art. 272 Biff. 2, Art. 4 H.G.B. diese Geschäfte zu Handelsgeschäften und zugleich den Beklagten zum Kaufmann gemacht haben würde. Allein die Gewerbsmäßigkeit des Betriebes der fraglichen Geschäfte läßt sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht entnehmen. Zur Gewerbsmäßigkeit gehört, daß die Absicht nicht auf die einzelnen vorgekommenen Geschäfte, sondern einheitlich auf den ganzen Komplex von Geschäften, auf die ganze Reihe der, im Willen verbundenen, Geschäfte gerichtet ist, und daß ferner die Absicht dahin geht, aus dieser Thätigkeit eine dauernde Einnahmequelle zu machen.

Vgl. Entsch. des R.D.H.G.'s Bd. 3 S. 407, Bd. 14 S. 118; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. Bd. 1 § 43 S. 454. 455; Thöl, Das Handelsrecht Bd. 1 § 30 S. 118. 121; v. Hahn, Commentar zum Handelsgesetzbuch 4. Aufl. zu Art. 4 § 10; Staub, Commentar zum Handelsgesetzbuch zu Art. 4 § 2, Art. 272 § 1.

Schon das Vorhandensein des ersteren Momentes kann bezweifelt

werden, da es feststeht, daß die Thätigkeit des Beklagten als Vermittlers von Zahlungen durchaus abhängig war von seiner anderen Thätigkeit als An- und Verkäufers von Bauparzellen. War auch diese letztere Thätigkeit eine gewerbsmäßige, so wurde doch die Zahlungsvermittlungsthätigkeit jederzeit erst durch den einzelnen Fall des Verkaufes einer Parzelle zur Bebauung und durch die dabei getroffene Abmachung, daß das Baugeld von dem Beklagten in Empfang genommen werden dürfe und solle, veranlaßt. Würde danach angenommen werden, daß die Absicht des Beklagten von vornherein, was die in Zukunft zu schließenden Parzellenverkäufe betrifft, höchstens darauf gerichtet sein konnte, für gewisse Fälle, nämlich wenn dergleichen Parzellenverkäufe von ihm mit kreditunwürdigen Personen geschlossen würden, und letztere sich auf die fragliche Abmachung einließen, die Geschäfte eines Vermittlers der an die Bauhandwerker zu leistenden Zahlungen zu übernehmen, so würde es sich fragen, ob hiermit die Voraussetzung eines einheitlichen Willens in obigem Sinne erfüllt sei, oder nicht vielmehr die Übernahme jener Geschäfte in jedem einzelnen Falle, ohne Zusammenhang mit den früheren Geschäften der gleichen Art, auf einem neuen Willensentschluß des Beklagten beruhte, hervorgerufen durch die Bedenken gegen die Auszahlung der Baugelder an den mittellosen Käufer. Wäre dem so, so würde auch eine größere Zahl gleichartiger Geschäfte die Eigenschaft des Beklagten als Kaufmannes nicht begründen können.

Vgl. Entsch. des R.D.G.G.'s Bd. 9 S. 436.

Es bedarf jedoch hierüber keiner Entscheidung, da es jedenfalls an dem zweiten zur Gewerbsmäßigkeit gehörigen Momente, der auf Erwerb gerichteten Absicht, fehlte. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß der Beklagte aus seiner Thätigkeit als Zahlungsvermittler einen Erwerb — etwa in Gestalt einer Provision — gezogen habe. Das Gericht nimmt an, daß das Entgelt für die Thätigkeit schon in dem Vorteile zu finden sei, den der Beklagte aus dem Verkaufe der Parzellen gezogen oder zu erwarten hatte. Damit ist jedoch nur auf das Interesse hingewiesen, das der Beklagte bei der Übernahme jener Vermittlungsgeschäfte verfolgte. Da er — aus welchem Grunde immer — mittellose Personen als Käufer für seine Bauparzellen wählte, so war es, um die, auch in seinem Interesse liegende, Bebauung der Grundstücke durch die Käufer

zu ermöglichen und sich die Vorteile seiner Grundstückspekulation zu sichern, angezeigt, die Empfangnahme der Baugelber, die nicht in die Hand des Käufers gelangen durften, und die Auszahlung an die Bauhandwerker und Baulieferanten sich vorzubehalten. Dadurch ist aber diese Thätigkeit selbst nicht zu einer Einnahme- oder Erwerbsquelle für ihn geworden. Es genügt dazu nicht ein irgendwie geartetes eigenes Interesse, das den Beklagten zu derselben veranlaßte, sondern es war erforderlich, daß er aus der Thätigkeit selbst Einnahmen ziehen wollte. Diente sie nur seinen sonstigen Zwecken, insbesondere der Ruhbarmachung seiner Grundstückspekulationen, so war sie kein Gegenstand eines besonderen Gewerbebetriebes und daher nicht geeignet, den Beklagten zum Kaufmanne zu machen.“ . . .