Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen des Banquiers S. Bleichröder in Berlin, Klägers jetzt Imploranten,

wider

den Kaufmann Julius Giebler zu Elbing, Verklagten jetzt Imploraten,

hat das Reichsgericht, Erster Civil-Senat, in der Sitzung vom 10. April 1880, an welcher Theil genommen haben:

der Präsident Dr. Drechsler

und die Reichsgerichtsräthe Dr. von Hahn, Dr. Gallenkamp, Dr. Boisselier, Dr. Schlesinger, Dr. von Meibom, Dr. Hambrook,

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Civil-Senats des Königlich Preußischen Appellationsgerichts zu Marienwerder, vom 20. September 1879 zu vernichten und das Erkenntniß der Königlich Preußischen Kreisgerichtsdeputation für Handelssachen zu Elbing vom 4. ten April 1879 dahin abzuändern,

daß Verklagter schuldig gegen Rückempfang der fraglichen drei Stück ausgeloosten Preußischen Prämien-Anleihescheine von 1855, Nos. 79251, 79252 und 79253 der Serie 793 im Nennwerthe von je 300 Mark mit laufenden Zinskoupons nach seiner, des Verklagten, Wahl entweder drei Stück unausgelooste Preußische Prämien-Anleihe-Scheine gleicher Art mit laufenden Zinskoupons dem Kläger auszuhändigen oder den erhaltenen Kaufpreis von 1206 Mark 90 Pfennige nebst 6% Zinsen vom Tage der Klagebehändigung den 23. Dezember 1878 an Kläger zu zahlen;

die gerichtlichen Kosten der Rechtsgültigkeitserklärung, sowie d
setzen und zweiten Fristung, unter Comminirung der nächs
gerichtlichen, jedem Theile zur Hälfte aufzuerlegen.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

I Der Vorderrichter erklärte dem Kläger am 26. November 1877 eine
Vorbescheidkommission des Inhalts, daß Kläger 11 Stück 1855er P
pische Prämien-Anleihe-Scheine beizubringen, jedoch nicht unter
134 vorzulegen sollte. Am 27. November 1877 restituirte Kläger dem
Vorderrichter die Anschaffungsanzeige dahin, daß er dem Antrage
Vorderrichter gemäß 3300 Mark, 3 % Prämien-Anleihe z
134,10 beizubringen habe und um Uebersendung der Stücke zu
Zwecke der Lagerung bitte. Mit Bericht vom 28. November 18
übersandte Vorderrichter dem Kläger, die verlangten 11 Stück Pr
pische Prämien Anleihe mit der Bitte, ihm den „Empfangsatz" dafür
zu übersenden. Mit Bericht vom 29. November 1877 übersandte
von dem Vorderrichter baare 4489 Mark 80 Pfennige, bestimmt
den Empfang der 3300 Mark Preußische Prämien-Anleihe, die
wie vorgelegt, erhalten, und davon Copie ist Ihnen zugegangen bes
dem Berichte ist eine Note beigefügt, in welcher der Preis der
diesen Effekten à 134,10 gezählt den Zinsen und
gleich von Spesen und Provision berechnet wird. Hiermit wurde
Kommissionsgeschäft zunächst abgewickelt. Mit Bericht vom 15. D
cember 1876 meldete Kläger aber dem Vorderrichter die Anzeige
daß sich nachträglich herausgestellt habe, daß unter den 11 St
Preußischen Prämien-Anleihe, welche Vorderrichter am 29. No
ber 1877 dem Kläger geliefert, drei noch Serie und Nummer
bezeichnete Stücke: die jetzt streitigen, bereits am 15. Septem
1876 ausgelooset seien, weshalb er bitte, ihm dagegen drei un
laufte Stücke zuzustellen. Diesem Antrage hat Kläger, der Vo
den Vergleich nicht eingehen wollte, in der vorliegenden Klage
Verfolg und dem Vorderrichter nur noch seine Wahl freigestellt, ihm
3 Stück vom Kläger bezogenen Preis zurückzuzahlen. Der Kläger behauptet, daß
Anschlußkommission des Vorderrichters vom 26. November 1877 durch
ein Selbsteintritt vorgenommen habe. Der Vorderrichter bestreitet
und der Appellationsrichter hat die Klage abgewiesen, indem
annimmt, daß ein Vergleichsschluß zwischen Parteien nicht zu
gelassen sei. Er begründet diese Annahme, indem er nach
Schilderung des vom 20 bis 29 November 1877 gepflogenen Kor
respondenz ausführt:

Der

„Jeder, der sich Klagen über das Verfahren, die Ehrlichkeit, treue Pflichterfüllung seiner Beamten, oder Beschwerden gegen Entscheidungen / Artikel 376 Handels-Gesetzbuchs / Gebrauch machen will, sei es in der Form einer Eingabe oder mündlich zu Protokoll, bei der Aufsichtsbehörde des Klägers oder der nächsten zuständigen und mit zuständigen Behörden, sich wenden, oder selbst, wenn dies nicht angeht, sich an den Aufsichtsbeamten selbst wenden; Klagen haben auf sich in seinem Verfahren, noch in der Regel vom 29. November 1877 den Parteien den Rechtsweg eröffnet, daß bei dieser Behörde nahen Praxis der zur Zeit bestehenden Verfahrensweise eingehalten sei; ob sei unter diesen Umständen eine Verjährung beider Theilen über den Zustandekommen eines Vergleichs nicht als gesetzlich und nicht vorhanden anzusehen und das Rechtsverfahren lediglich als Kommissionsgeschäft zu behandeln. Allerdings habe Verfügung, daß der Kläger in der Aufsichtsbehörde einen andern Person als Beamten nicht namentlich genannt, auf Artikel 376 Handels-Gesetzbuchs das Verfahren die Befugniß gehabt, den Kläger selbst als Beamten in Anspruch zu nehmen, dagegen könne der Kläger auf der unterbliebenen Benennung eines andern Beamten nicht Rechte herleiten und das Zustandekommen eines Vergleichs gültig werden."

Diese Entscheidung entspricht allerdings der Rechtsprechung des vormaligen Königlich Preußischen Obertribunals, auf dessen Entscheidung vom 20. November 1866 das Appellationsgericht sich Bezug nimmt. Das vormalige Preuß. Obergerichtsgericht hat aber in zahlreichen Entscheidungen diese Auffassung als rechtsirrthümlich angesehen, und das Preußische Gesetz nicht gestattet sich das vormalige in den Urtheilen des Preuß. Obergerichts vom 26. Januar 1876 / Entscheidungen Band 19 pag. 355 ff. näher begründeten, mit der Rechtsprechung des vormaligen Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck / vergl. Seuffert's Archiv Band 24 Nr. 68 / im Einklang stehenden Auffassung des Preuß. Obergerichts zu. Das Appellationsgericht nimmt schon einen rechtsirrthümlichen Ausgangspunkt, wenn es das Kommissionsgeschäft, die Aufgabe des Kommissionärs einerseits und das Zustandekommen eines Vergleichs andererseits Gegensätze behandelt und wenn es das nur nicht ausdrücklich ausspricht, das zufolge annimmt, das Kommissionsverhältniß als solches werde durch Verfügung, daß der Kommissionär das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschließe, aufgehoben, mit dem Kommissionär sei eben lediglich die Absicht zum wirksamen Abschlusse

eines

einen Prozeßbetrug begehen, welchen letzteren dem Verdacht ausgesetzt und eine Verurtheilung gewärtigen könne, daß das Commissionsmitglied in der Ausschließungsanzeige die Recusation des Assessors zu einem Prozeßbetrug erkläre, vorzugehen, wenn das Commissionsmitglied die Erklärung nicht in der Ausschließungsanzeige abgebe, die Assessor als abgelehnt gelte, und folgemäßig das Commissionsmitglied hierüber nicht mehr seinen Eintritt als Beisitzer erklären könne. Diese gesetzliche Construction ist eine verunglückte und das Auffassung des Grundbuchsamtes fremde. Das Commissionsmitglied ist nichts weiter als das Mund besagt; einen Assessor zu einem Prozeßbetrug entfällt derselbe nicht, und es ist ganz gleichgültig, ob das Commissionsmitglied von einem gesetzlichen Ausschließungsgrunde Kenntniß hat. Nach der historischen Entwicklung des Commissionsgesetzes hat sich, wie in der allerhöchsten Entschließung des Reichs-Obergrundbuchgerichts ausgesprochen ist (vergl. auch Grünhuts Commissionsjournal S 43) die Ernennung des Commissionärs festgestellt, auf seinen Wunsch, welcher jederzeit in den in der allerhöchsten Entschließung des Reichs-Obergrundbuchgerichts pag. 359 l. c. angegebenen Fällen eintritt, die Commission niederzulegen durch einmaligen Beschluß mit einem Zusatze und durch den Eintritt als Beisitzer aufzuheben. Der Eintritt als Beisitzer ist daher nicht von der Ausschließung des Richters Beschränkung, sondern einem Akt der Ausschließung des Commissionsmitglieds; der Commissionsbeschluß der Richter, indem er das aufgetragenen Geschäft nicht einem Dritten, sondern sich selbst überweist. Das Commissionär ist nicht in der Ausübung seines Berufsrechts Einschränkung in der gesetzlich beschränkt, daß die Ausschließungsanzeige die bestimmte Erklärung des Eintritts enthalten müßte; die Natur des Grundbuchsamtes, an welches Artikel 376 Grundbuchgesetzbuch angeschlossen hat, ist vielmehr im Gegentheil dafür, daß die Ausschließungsanzeige, obwohl die Commissionsaufhebung gleichzeitig den Eintritt des Commissionärs als Beisitzer aussprechen kann, solchen einer ausdrücklichen Erklärung bedürfe, ob die Ausschließung des Richters in den einen oder andern alternativen Fall folgen solle, widrigenfalls Nichtigkeit eintrete. Da das Commissionsmitglied gutachtlich eine Instanz dabei, daß das Geschäft übernommen worden, sei, ob ihm eben gleichgültig ist, ob das Geschäft an einem Dritten oder von dem Commissionär in sich genommen werde, so kann das Commissionär dem Commissionsmitglied seine Geschäftsbemühungen nicht eben Noth aufdrängen, so wird es in dem einzelnen Falle jedenfalls mit Vollständigkeit übergegangen in welchem

beiden

beiden Arten die Kommission aufgehoben ist; jedenfalls darf aber die Kommission, wenn sie seine Wirkung nicht in die Aufhebung aufgeben braucht erklärt sich, dass auf später eine Zurückhaltung möglich, so bringe das Verfahren nicht durch einen besonderen gesetzlichen Grund, voraussetzt ist daher eine weitere Erörterung darüber, seine Zulässigkeit unnötig sei. In den vom Appellationsgerichte angezogenen Urtheilen, welche in den Entscheidungen des Reichsgerichts vom 27. 29. November 1877 vorkommen (: Bayerbau, Archiv, Archiv :) kann auch nicht die Erklärung des Kommissionärs, dass sie den Auftrag durch Abschluss mit einem Dritten aufgehoben habe, gefunden werden. Es mag zugegeben werden, dass jene Aufgabe ausdrücklich eine solche Deutung zulässig sein. Aber die tägliche Uebung im Kommissionsgeschäft spricht gegen eine solche Auslegung. Die Kommissionäre gebrauchen regelmäßig solche Ausdrücke in ihren Abschlussanzeigen, ohne dass sie damit, wie es der Wirklichkeit nach den beiden Abschlussgeschäften und dem Kommittenten eine Erklärung über die getroffene Wahl abgeben zu wollen; sie gebrauchen solche Ausdrücke, wenn sie eben über die Ausübung der Wahl eine Erklärung überhaupt noch nicht abgeben, sie wollen die Wahl über einen Erklärung darüber noch für eine spätere Zeit vorbehalten wollen. Mit Recht legt darauf das Appellationsgericht darauf Gewicht, dass Klägerin nachdem in seinem Schreiben auf die Note von Kaufmann, dabei dem bezeichneten Sachverhalte, so das jene Zeit bestehende Lösungsrecht ausgeübt sei, erklärt habe, dieses Kaufgeschäft auf Artikel 376 al. 2 Handelsgesetzbuch zu Gunsten des Kommissionärs abhängigen Kaufgeschäft über den Abschluss des Rückgeschäftes; diesen Kaufgeschäft, wodurch durch Lieferung des Rückgutes zu erfüllen ist, bezieht sich das Kommissionär auf Verfügungen des Kommittenten zu liefern; eine solche Verfügung wird aber nur selten erstellt werden, da Gefahr des Kommittenten dem Kommissionär entgeht, dass er den Lösungsrecht nicht ausgeübt, Gefahr des Rückgutes entgeht sich dem Kommittenten ohne eine Mitwirkung des Kommissionärs zufällig ist. Im vorliegenden Falle ist in der Klage behauptet, dass das Lösungsrecht ausgeübt sei, und das Verklagte hat dies in der Berufungsverhandlung ausdrücklich zugestanden. Die Anzeige, dass 134,10 Pfd. Sterling Lösungsrecht sei, ist aber an den Lieferer des Klägers zu finden, da, wenn ihm das bestimmte Recht zugestanden wird, und das darauf Bezug 134,10 angezeigt, darin zugleich liegt, dass auf dem Lösungsrecht weiter nicht zu erlangen war.

Was

Unzulässig ist die Berufung, wenn der Appellationsbeschwerdewert die Summe im Artikel 376 Abs. 3 Handelsgesetzbuch, wonach der Kommissionär als Selbsteintrittskommissionär in Ansehung seines Rechts, wenn dasselbe nicht in der Entschädigungsforderung eines Dritten oder der Waren besteht, a contrario folgt, daß in dem hier vorgesehenen Falle der Kommissionär nicht das Recht haben, dem Kommittenten gegenüber als Selbsteintrittskommissionär aufzutreten. Dieses Recht des Kommissionärs folgt schon aus Artikel 376 Abs. 1 bei richtiger Auslegung, und der Abs. 3 hat dem Kommittenten nur ein besonderes Recht als Genehmigungsrecht gegen einen etwaigen Widerruf des dem Kommissionär einzuräumenden Vorbehalts, nämlich für den Fall einer Verzögerung der Erklärung über die Ausübung des Vorbehalts gegeben. Der Abs. 3 ist zunächst eine Regelung für die Unwiderruflichkeit der Annahme des Appellationsbeschwerdes, wonach zum Nachteile des Kommissionärs als Selbsteintrittskommissionär eine Erklärung der Willensübereinstimmung, wie solche zum Abschlusse eines Vertrags nötig ist, beizufügen. Wie der Kommissionär nun seine Wahl des aufgetragenen Geschäfts in sich selbst ausschließen kann durch Bestimmung des Kommittenten zu benennen, so kann der Kommittent nach Abs. 3 des Kommissionärs als Selbsteintrittskommissionär benennen, ohne dessen Bestimmung zu benennen. Mit Rücksicht will der Verfasser in den Gründen des angefochtenen Urteils eine der Berufungsbeklagten günstige Feststellung, daß der Klägerin nicht als Selbsteintrittskommissionär eingetreten sei, somit das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen habe, finden. Daß Klägerin die fraglichen Waren in Folge des Auftrags des Beklagten von einem Dritten erworben habe, ist nun das vom Verfasser besonders und vom Appellationsgericht festgestellt, nach offensichtlich nicht der Fall. Die Feststellung des Appellationsgerichts beschränkt sich darauf, daß Klägerin in der Entschädigungsforderung seinem Eindruck als Selbsteintritt nicht erklärt habe und sie Prozentsatz nicht gerechtfertigt gewesen sei, nicht aber auf den Fall, daß Klägerin die Annahme angenommen sei, daß Klägerin den Auftrag als Kommissionsgeschäft ausgeführt habe. Diese Feststellung hat nun selbstverständlich auf den ganzen Inhalt und ist auf den ganzen Zusammenhang von einer sachgemäßen Auffassung beherrscht, kann daher als Grundlage für die Entscheidung im Vorliegenden nicht dienen. Das angefochtene Urteil war daher auf die zutreffenden Angriffe des Klägers zu vernichten. Die anderweite Entscheidung ergibt sich aus sich selbst. Klägerin hat

seine

seiner Ausführungsanzeige nur in suspenso gelassen, ob der Commissionsberichterstatter, durch Eintritt als Selbstklägerpartei seine durch Abschluß mit einem Dritten aufgehobene sei. Es dürfte die Erklärung über seine Wahl nur später abzugeben und fort die ursprüngliche, hier und rechtsbeständig in dem Beschluß vom 17. September 1878 und in der vorliegenden Klage dahin abzugeben, daß er den Eintritt als Selbstkläger genehmigt habe und noch wolle.

II. Auf das vorstehenden Ausführung ergiebt sich das Klagegrundgesetz Folgendes: Bei der Festsetzung der Berufungs-Commission sind beide Theile von der selbstverständlichen Voraussetzung ausgegangen, daß Gegenstand des Streitgegenstand, welche nur nicht aufgehoben worden, sein. Es ergiebt sich dies, abgesehen davon, daß davon im Beschlußprotokolle ausdrücklich aufgenommen wird, im vorliegenden Falle zweifellos daraus, daß die Berufungs-Limitsumme von 1500 festgesetzt ist, welche und die nicht aufgehobene Klage einen höheren Werth hat, als den am 1. April zurückzuzahlenden Betrag /: 1125 :/, und die Sache nicht mehr gehandelt zu werden pflegt. Wenn Berufung, der Sache mit dem Beschluß vom 28. November 1877 den damit von einem Theile aufgehobenen Klage übernommen, wenn also nicht begründet angenommen ist, so hat Berufung wenn Andrews /: allerdings :/ als Gegenstand des Streites war. Und wenn dem Klager der Aufhebung durch Eintritt als Selbstkläger widerspricht, und ihm in dieser Eigenschaft die Berufung gegen das Urtheil mitbauen als Berufung einzuräumen wäre, so hat Berufung die ihm nunmehr als Berufung obliegenden Pflichten nicht erfüllt, indem er dem Klager wenn Andrews gelassen, als die Sache gestritten hat. Klager fordert daher mit Recht, daß Berufung durch mündliche Einlassung seine Klage, wie sie dem Klager mitgetheilt, dem Antrag vollständig erfülle /: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Band 14 pag 370, 371, Band 20 Nr. 98, 108, 109 :/. Ebenso ergiebt sich zugleich die Grundlosigkeit der Einwendungen des Berufung. Die Artikel 347, 349 Handelsgesetzbuchs finden keine Anwendung, weil Berufung nicht eine der einzelnen Gesellschaftsformen darin, der Sache, sondern eine allerdings gelassen hat. Die Vorschrift des § 343 Allgemeinen Landrechts Theil I Titel 5 findet keine Anwendung, da nicht eine öffentliche Klage /: auf Verfügung des Gerichts :/, sondern die Klage auf Vertragserfüllung vorliegt /: Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Band 23

pag.

pag 87. Es kommt endlich auch, eben weil Vertragserfüllung gefordert wird nichts darauf an, ob den einen oder andern Theil der Beiden der Vorwurf eines Versehens trifft und event. welcher Partei das größere Versehen zur Last fällt; auch wenn dem Kläger ein überwiegendes Versehen, weil er nicht alsbald untersucht, ob nicht unter den übersandten Stücken bereits ausgeloosten sich befanden, zur Last fallen sollte, würde der Verklagte von der Verpflichtung zur Lieferung vertragsmäßiger Stücke nicht frei sein.

Des Klägers Petitum ist jedoch nicht einfach auf Umtausch vielmehr alternativ nach Wahl des Verklagten auf Rückzahlung des für die drei ausgeloosten Papiere gezahlten Kaufpreises gegen Rückgabe der Papiere gerichtet. Dieser letztere alternative Antrag würde auch dann begründet sein, wenn man dem Kommissionär, welcher als Selbstkäufer eingetreten ist, nicht die Kaufklage gegen den Kommittenten auf Erfüllung des Kaufvertrags einräumen wollte, /: vergl. Grünhut Kommissionshandel pag. 485 :/, sondern nur die Mandatsklage. In diesem Falle würde Verklagter als Kommittent jedenfalls nicht den ihm vom Kläger übersandten höheren Kaufpreis für nicht ausgeloosten Antheilscheine behalten können, während Verklagter ihm nur ausgeloosten Scheine geschickt hat, Kläger also dafür den Preis von 134,10 weder bei einem Verkaufe an einen Dritten noch bei der Uebernahme als Selbstkäufer erlösen konnte.

Der Verklagte mußte daher nach dem alternativen Klageantrage verurtheilt werden.

Urkundlich unter Siegel und Unterschrift.

/: L. S. :/

Das Reichsgericht, Erster Civil-Senat.

/: Unterschrift :/

Ausfertigung.
Nr. 561/79.
I. 951/80.