105. Voraussetzungen der Berechtigung des Verkaufs- oder Einkaufs-Kommissionärs zum Eintritt als Selbstkontrahent nach Art. 376 H.G.B. Rechte des Kommissionärs dem Kommittenten gegenüber im Falle des Eintrittes, namentlich wenn der Kommittent dem Kommissionär zum Verkaufe bereits ausgeloste Lospapiere übersendet. Geltendmachung der Rechte des Kommissionärs mit der Kaufklage oder mit der Mandatsklage?

I. Civilsenat. Urt. v. 10. April 1880 in S. B. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. I. 561/79.

I. Kreisgerichtsdeputation für Handelssachen Elbing.
II. Appellationsgericht Marienwerder.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte erteilte dem Kläger am 26. November 1877 eine Verkaufskommission des Inhaltes, daß Kläger 11 Stück 1855er preußische Prämien-Anleihe-Scheine bestmöglich, jedoch nicht unter 134,

verkaufen sollte. Am 27. November 1877 erstattete Kläger dem Beklagten die Ausführungsanzeige dahin, daß er dem Auftrage des Beklagten gemäß 3300 Mark $3^1/_2$-prozent. Prämien-Anleihe zu 134,10 begeben habe und um Übersendung der Stücke zum Zwecke der Berechnung bitte. Mit Brief vom 28. November 1877 übersandte Beklagter dem Kläger „die verkauften 11 Stück preußische Prämien-Anleihe" mit der Bitte, ihm den „Gegensatz" dafür zu übersenden. Mit Brief vom 29. November 1877 übersandte Kläger dem Beklagten bar 4489 Mark 80 Pfennige, bescheinigte den Empfang der 3300 Mark preußische Prämien-Anleihe, „die ich, wie vorsteht, ablieferte und deren Erlös ich Ihnen zugehen lasse". Dem Briefe ist eine Note beigefügt, in welcher der Preis der fraglichen Effekten à 134,10 zuzüglich der Zinsen und abzüglich von Spesen und Provision berechnet wird. Hiermit war das Kommissionsgeschäft zunächst abgemacht. Mit Brief vom 18. September 1878 machte Kläger aber dem Beklagten die Anzeige, daß sich nachträglich herausgestellt habe, daß unter den 11 Stück preußische Prämien-Anleihe, welche Beklagter am 29. November 1877 dem Kläger geliefert, drei nach Serie und Nummer bezeichnete Stücke (die jetzt streitigen) bereits am 15. September 1876 ausgelost seien, weshalb er bitte, ihm dagegen drei unverloste Stücke zuzustellen. Diesen Antrag hat Kläger, da Beklagter darauf nicht eingehen wollte, in der vorliegenden Klage wiederholt und dem Beklagten nur nach seiner Wahl freigestellt, den ihm für die drei Stück vom Kläger bezahlten Preis zurückzuzahlen. Der Kläger behauptet, daß er die Verkaufskommission des Beklagten vom 26. November 1877 durch Eintritt als Selbstkäufer ausgeführt habe. Der Beklagte bestreitet dies, und der Appellationsrichter hat die Klage abgewiesen, indem er annimmt, daß ein Proprekauf zwischen Parteien nicht zu stande gekommen sei. Er begründet diese Annahme, indem er nach Mitteilung der vom 20. bis 29. November 1877 gepflogenen Korrespondenz ausführt:

„Davon, daß Kläger von der Befugnis, die Effekten, deren Verkauf ihm aufgetragen worden, als Käufer für sich zu behalten (Art. 376 H.G.B.) Gebrauch gemacht habe oder Gebrauch machen wolle, sei in der Korrespondenz überall nicht die Rede gewesen, vielmehr sei die Ausführungsanzeige des Klägers, wie die nicht anders aufzufassenden und auszulegenden Äußerungen „ich begab", „ablieferte", „Erlös" ergäben, dahin gegangen, „daß er den Auftrag ausgeführt habe"; Kläger

habe auch weder in seinen Schreiben, noch in der Nota vom 29. November 1877 dem Beklagten den Nachweis gegeben, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit bestehende Börsenkurs eingehalten sei; es sei unter diesen Umständen eine Übereinstimmung beider Parteien über das Zustandekommen eines Proprekaufes nicht ersichtlich und nicht vorhanden gewesen und das Rechtsgeschäft lediglich als Kommissionsgeschäft zu beurteilen. Allerdings habe dadurch, daß der Kläger in der Ausführungsanzeige eine andere Person als Käufer nicht namhaft gemacht, nach Art. 376 H.G.B. der Beklagte die Befugnis erlangt, den Kläger selbst als Käufer in Anspruch zu nehmen, dagegen könne der Kläger aus der unterlassenen Benennung eines anderen Käufers nicht Rechte herleiten und das Zustandekommen eines Proprogeschäftes geltend machen."

Diese Ausführung entspricht allerdings der Rechtsprechung des vormaligen preußischen Obertribunales, auf dessen Entscheidung vom 20. Nov. 1866 der Appellationsrichter auch Bezug nimmt. Das vormalige R.O.H.G. hat aber in zahlreichen Entscheidungen diese Auffassung als rechtsirrtümlich reprobiert, und das Reichsgericht schließt sich der namentlich in dem Urteile des R.O.H.G.'s vom 26. Jan. 1876 (Entscheid. Bd. 19 S. 355 ff.) näher begründeten, mit der Rechtsprechung des vormaligen O.A.G.'s zu Lübeck (vergl. Seuffert's Archiv Bd. 24 Nr. 68) im Einklang stehenden Auffassung des R.O.H.G.'s an. Der Appellationsrichter nimmt schon einen rechtsirrtümlichen Ausgangspunkt, wenn er das Kommissionsgeschäft, die Ausführung des Kommissionsauftrages einerseits und das Zustandekommen eines Proprekaufes andererseits als Gegensätze behandelt, und wenn er dies auch nicht ausdrücklich ausspricht, doch zweifellos annimmt, der Kommissionsauftrag als solcher werde nur dadurch, daß der Kommissionär das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschließe, ausgeführt, mit dem Kommissionsauftrag sei aber zugleich die Offerte zum eventuellen Abschlusse eines Proprekaufes verbunden, welcher letztere dann dadurch perfekt werde und nur dadurch perfekt werden könne, daß der Kommissionär in der Ausführungsanzeige die Acceptation der Offerte zu einem Proprekauf erkläre, wogegen, wenn der Kommissionär diese Erklärung nicht in der Ausführungsanzeige abgebe, die Offerte als abgelehnt gelte, und folgeweise der Kommissionär später nicht mehr seinen Eintritt als Selbstkontrahent erklären könne. Diese ganze

rechtliche Konstruktion ist eine verfehlte und der Auffassung des Handelsstandes fremde. Der Kommissionsauftrag ist nichts weiter, als das Wort besagt; eine Offerte zu einem Proprekauf enthält derselbe nicht, und es ist ganz gleichgültig, ob der Kommittent daran gedacht hat. Nach der historischen Entwickelung des Kommissionsgeschäftes hat sich, wie in der allegierten Entscheidung des R.O.H.G.'s ausgeführt ist (vergl. auch Grünhut, Kommissionshandel §. 43), die Befugnis des Kommissionärs festgestellt, nach seiner Wahl, welche jedoch in den in der allegierten Entscheidung des R.O.H.G.'s S. 359 a. a. O. angegebenen Fällen cessiert, die Kommission entweder durch einen Abschluß mit einem Dritten oder durch den Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen. Der Eintritt als Selbstkontrahent ist daher nichts von der Ausführung des Auftrages Verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages; der Kommissionär führt den Auftrag aus, indem er das aufgetragene Geschäft nicht mit einem Dritten, sondern „in sich" abschließt. Der Kommissionär ist auch in der Ausübung seines Wahlrechtes keineswegs in der Art zeitlich beschränkt, daß die Ausführungsanzeige die betreffende Erklärung bei Verlust des Eintrittsrechtes enthalten müßte; die Übung des Handelsstandes, an welche Art. 376 des H.G.B.'s sich angeschlossen hat, ist vielmehr im Gegenteil die, daß die Ausführungsanzeige, obwohl die Kommissionsaufträge großenteils durch Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahent ausgeführt werden, selten eine ausdrückliche Erklärung darüber, ob die Ausführung des Auftrages in der einen oder anderen alternativen Weise erfolgt sei, resp. erfolgen solle, enthält. Da der Kommittent regelmäßig nur ein Interesse dabei, daß das Geschäft überhaupt gemacht wird, hat, es ihm aber gleichgültig ist, ob das Geschäft mit einem Dritten oder von dem Kommissionär in sich gemacht wird, da ferner der Kommissionär dem Kommittenten seine Geschäftsverbindungen nicht ohne Not aufdeckt, so wird es in den meisten Fällen gänzlich mit Stillschweigen übergangen, in welcher der beiden Arten die Kommission ausgeführt ist; jedenfalls darf aber der Kommissionär, wenn er seine Wahl nicht in der Ausführungsanzeige bereits erklärt hat, dies noch später ohne Zeitbeschränkung nachholen, so lange das Wahlrecht nicht durch einen besonderen gesetzlichen Grund, worüber es hier keiner weiteren Erörterung bedarf, seine Endschaft erreicht hat. In den vom Appellationsrichter urgierten Ausdrücken, welche in den Briefen

des Klägers vom 27. 29. November 1877 vorkommen („begeben", „abliefern", „Erlös"), kann auch nicht die Erklärung des Kommissionärs, daß er den Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten abgeschlossen habe, gefunden werden. Es mag zugegeben werden, daß jene Ausdrücke sprachlich eine solche Deutung zulassen. Aber die tägliche Übung im Kommissionsgeschäft spricht gegen eine solche Auslegung. Die Kommissionäre gebrauchen regelmäßig solche Ausdrücke in ihren Ausführungsanzeigen, ohne daß sie daran denken, eine Wahl unter den beiden Alternativen treffen 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, sich vielmehr die Wahl oder eine Erklärung darüber noch für eine spätere Zeit vorbehalten wollen. Mit Unrecht legt ferner der Appellationsrichter darauf Gewicht, daß Kläger weder in seinen Briefen noch in der Note den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit bestehende Börsenpreis eingehalten sei, gegeben habe; dieser Nachweis gehört nach Art. 376 Abs. 2 H.G.B. zu der dem Kommissionär obliegenden Rechenschaft über den Abschluß des Kaufgeschäftes; diesen Nachweis, welcher durch Beifügung des Kurszettels zu erbringen ist, braucht aber der Kommissionär nur auf Verlangen des Kommittenten zu liefern; ein solches Verlangen wird jedoch nur selten gestellt werden, da teils der Kommittent dem Kommissionär vertraut, daß er den Börsenkurs nicht überschreitet, teils der Kurszettel regelmäßig auch dem Kommittenten ohne eine Mitteilung des Kommissionärs zugänglich ist. Im vorliegenden Falle ist in der Klage behauptet, daß der Börsenkurs eingehalten sei, und der Beklagte hat dies in der Klagebeantwortung ausdrücklich zugestanden. Die Anzeige, daß 134,10 der damalige Börsenkurs sei, ist aber in den Briefen des Klägers zu finden, da, wenn ihm der bestmögliche Verkauf aufgetragen wird und er darauf den Verkauf zu 134,10 anzeigt, darin zugleich liegt, daß nach dem Börsenkurs mehr nicht zu erlangen war.

Verfehlt ist es, wenn der Appellationsrichter aus der Bestimmung im Art. 376 Abs. 3 H.G.B., wonach der Kommittent den Kommissionär als Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen darf, wenn derselbe nicht in der Ausführungsanzeige einen Dritten als Käufer oder Verkäufer namhaft macht, a contrario folgert, daß in dem hier vor-

gesehenen Falle der Kommissionär nicht das Recht habe, dem Kommittenten gegenüber als Selbstkontrahent aufzutreten. Dieses Recht des Kommissionärs folgt schon aus Art. 376 Abs. 1. 2 bei richtiger Auslegung, und Abs. 3 hat dem Kommittenten nur ein korrespondierendes Recht als Gegengewicht gegen einen etwaigen Mißbrauch des dem Kommissionär eingeräumten Wahlrechtes, namentlich für den Fall einer Verzögerung der Erklärung über die Ausübung des Wahlrechtes, gegeben. Abs. 3 ist zugleich ein Beleg für die Unrichtigkeit der Annahme des Appellationsrichters, daß es zum Eintritte des Kommissionärs als Selbstkontrahenten einer Erklärung der Willensübereinstimmung, wie solche zur Perfektion eines Vertrages nötig ist, bedürfe. Wie der Kommissionär nach seiner Wahl das aufgetragene Geschäft in sich selbst ausführen kann, ohne der Zustimmung des Kommittenten zu bedürfen, so kann der Kommittent nach Abs. 3 den Kommissionär als Selbstkontrahenten behandeln, ohne dessen Zustimmung zu bedürfen. Mit Unrecht will ferner der Beklagte in den Gründen des angefochtenen Urteiles eine das Reichsgericht bindende thatsächliche Feststellung, daß der Kläger nicht als Selbstkontrahent eingetreten sei, sondern das Geschäft mit einen Dritten abgeschlossen habe, finden. Daß Kläger die fraglichen Wertpapiere in Folge des Auftrages des Beklagten thatsächlich an einen Dritten verkauft habe, ist weder vom Beklagten behauptet noch vom Appellationsrichter festgestellt, auch offensichtlich nicht der Fall. Die Feststellung des Appellationsrichters beschränkt sich darauf, daß Kläger in der Ausführungsanzeige seinen Eintritt als Selbstkäufer nicht erklärt habe, daher ein Proprekauf nicht perfekt geworden, vielmehr nach Inhalt der Anzeige anzunehmen sei, daß Kläger den Auftrag als Kommissionsgeschäft ausgeführt habe. Diese Feststellung hat keinen relevanten Inhalt und ist nach dem ganzen Zusammenhange von einer rechtsirrtümlichen Auffassung beherrscht, kann daher als Grundlage für die Entscheidung im Nichtigkeitsverfahren nicht dienen. Das angefochtene Urteil war vielmehr auf die zutreffenden Angriffe des Klägers zu vernichten.

Die anderweite Entscheidung ergiebt sich von selbst. Kläger hat in seiner Ausführungsanzeige noch in suspenso gelassen, ob der Kommissionsauftrag, durch Eintritt als Selbstkontrahent oder durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt sei. Er durfte die Erklärung über seine Wahl noch später abgeben und hat sie rechtzeitig und rechtsbeständig in dem Briefe vom

17. September 1878 und in der vorliegenden Klage dahin abgegeben, daß er den Eintritt als Selbstkäufer gewählt habe und resp. wähle.

Aus der vorstehenden Ausführung ergiebt sich bez. des Klageanspruches Folgendes: Bei der Erteilung der Verkaufskommission sind beide Teile von der selbstverständlichen Voraussetzung ausgegangen, daß Gegenstand des Geschäftes Prämien-Anteilscheine seien, welche noch nicht ausgelost worden. Es ergiebt sich dies, abgesehen davon, daß davon im Börsengeschäfte regelmäßig ausgegangen wird, im vorliegenden Falle zweifellos daraus, daß ein Verkaufs-Limitum von 134 festgesetzt ist, während ein ausgelostes Stück keinen höheren Wert hat, als den am nächsten 1. April zurückzuzahlenden Betrag (115), und an der Börse nicht mehr gehandelt zu werden pflegt. Wenn Beklagter daher mit dem Briefe vom 28. November 1877 drei bereits vor einem Jahre ausgeloste Stücke übersandte, was als nicht bestritten anzusehen ist, so hat Beklagter etwas Anderes (aliud) geliefert, als Gegenstand des Geschäftes war. Und wenn dann Kläger den Auftrag durch Eintritt als Selbstkäufer ausführte, und ihm in dieser Eigenschaft die Kaufklage gegen den Kommittenten als Verkäufer eingeräumt wird, so hat Beklagter die ihm nunmehr als Verkäufer obliegenden Pflichten nicht erfüllt, indem er dem Kläger etwas Anderes geliefert, als dieser gekauft hat. Kläger fordert daher mit Recht, daß Beklagter durch nachträgliche Lieferung solcher Stücke, wie er dem Kläger verkauft, den Vertrag vollständig erfülle (Entscheidungen des R.O.H.G.'s Bd. 14 S. 370, 371; Bd. 20 Nr. 98, 108, 109). Hieraus ergiebt sich zugleich die Grundlosigkeit der Einwendungen des Beklagten. Die Artt. 347. 349 H.G.B. finden keine Anwendung, weil Beklagter nicht eine an einem Qualitätsmangel leidende Sache, sondern ein aliud geliefert hat. Es kommt auch, eben weil Vertragserfüllung gefordert wird, nichts darauf an, ob den einen oder anderen Teil oder beide 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 ausgeloste sich befanden, zur Last fallen sollte, würde der Beklagte von der Verpflichtung zur Lieferung vertragsmäßiger Stücke nicht frei sein.

Des Klägers Petitum ist jedoch nicht einfach auf Umtausch, vielmehr alternativ nach Wahl des Beklagten auf Rückzahlung des für die

drei ausgelosten 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 Kaufvertrages einräumen wollte (vgl. Grünhut, Kommissionshandel S. 485), sondern nur die Mandatsklage. In diesem Falle würde Beklagter als Kommittent jedenfalls nicht den ihm vom Kläger übersandten höheren Kaufpreis für nicht ausgeloste Anteilscheine behalten können, während Beklagter ihm nur ausgeloste Scheine geschickt hat, Kläger also dafür den Preis von 134,10 weder bei einem Verkaufe an einen Dritten, noch bei der Übernahme als Selbstkäufer erlösen konnte.

Der Beklagte mußte daher nach dem alternativen Klageantrage verurteilt werden."