

32. Findet der Grundsatz der Subsidiarität der actio doli auch dann Anwendung, wenn der mit der Vertragsklage zu belangende Dritte im Auslande belangt werden muß?

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Juli 1894 i. S. T. & Co. (Kl.) w. S. (Bekl.)
Rep. I. 141/94.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte im Mai 1891 von C. A. & S. N. in London durch deren Agenten in Hamburg, den Beklagten, Floridaphosphat mit der Bedingung gekauft, daß die Ware aus einem im Juni in London fälligen Dampfer mit mindestens 75 Prozent Gehalt nach Originalanalysen bestimmt bezeichneter Sachverständigen in London zu liefern, der Preis nach dem Gewichte bei der Entloshung zu fakturieren und mit drei Vierteln gegen Dokumente, mit einem Viertel nach Analyse und Ablieferung zu zahlen sei. Die Kläger haben dem Beklagten die drei Viertel des Fakturenpreises nach Verlabung der Ware von Hamburg per Elbfahr nach ihrer Handelsniederlassung bezahlt, nachdem der Beklagte sie durch fälschliche Angaben in den Irrtum versetzt hatte, daß die Ware in London gelöscht und von dort nach Hamburg verschifft sei, obwohl sie in London weder gelöscht noch analysiert worden war. Später ist festgestellt, daß die Ware nicht 75 Prozent, sondern nur etwa 65 Prozent Gehalt hatte. Die Kläger haben dem Beklagten deshalb die Ware unter Rückforderung des gezahlten Preises zur Disposition gestellt. Später ließen sich die

Kläger auf den Vorschlag des Beklagten auf ein anderweites Abkommen mit C. A. & S. N. in London ein, wonach die Ware vermahlen, nochmals analysiert und nach dem Ausfalle der neuen Analyse zurückgenommen werden sollte, falls keine anderweite Preiseinigung erzielt würde. Zu solcher Einigung ist es nicht gekommen, nachdem auch die neue Analyse ergeben hatte, daß die Ware nicht vertragsmäßig war. Die Kläger sind darauf gegen den Beklagten auf Rückzahlung des Preises und Ersatz ihrer Auslagen auf Grund seines eigenen Dolus oder doch seiner Teilnahme an dem Dolus von C. A. & S. N. in London klagbar geworden. In den Instanzen wurde die Klage aus einem hier nicht interessierenden Grunde abgewiesen. Auf Revision der Kläger ist der Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt worden, bezüglich der oben ausgeworfenen Frage aus folgenden

Gründen:

... „Auch im übrigen stehen der actio doli keine Bedenken entgegen. Dieselbe ist auch noch nach heutigem Rechte eine subsidiäre Klage, welche voraussetzt, daß dem Geschädigten auch gegen einen Dritten kein Anspruch zusteht.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 23 S. 143.

Nun ist zwar nach der Feststellung des Berufungsgerichtes die hier fragliche neue Vereinbarung auf Grund des klägerischen Schreibens vom 12. September 1891 mit Autorisation der Auftraggeber des Beklagten, C. A. & S. N., erfolgt, sodaß sie von diesen als sie obligierend anzuerkennen ist, die Kläger sich daher auch an diese Mandanten des Beklagten wegen ihrer Ansprüche würden halten können. Allein die Subsidiarität bei der actio doli kann unmöglich weitergehen als die gemeinrechtlich dem Bürgen zustehende Einrede der Vorausklage. Diese Einrede fällt aber weg, wenn der Hauptschuldner abwesend oder wenn seine Ausklagung aus einem anderen Grunde schwieriger ist als die des Bürgen.

Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 478, und die dort in Anm. 2 angeführten Entscheidungen.

Diese Ausnahmefälle liegen nun aber auch hier vor. Denn die Hauptschuldner C. A. & S. N. befinden sich in England, also im Auslande, und würden vor englischen Gerichten zu verklagen sein. Außerdem haben sie ausweislich der Korrespondenz schon im voraus erklärt, daß sie das hier fragliche Abkommen nicht genehmigt hätten, womit sie

die Richtigkeit der Zeugenaussagen, auf Grund deren das Berufungsgericht das Abkommen als sie obligierend ansieht, in Frage gestellt haben. Hierzu kommt noch, daß der Beklagte, mochte er auch nach dem Ergebnisse des Zeugenbeweises als zum Abschlusse des Übereinkommens von seinen Mandanten ermächtigt anzusehen und daher die Behauptung der Kläger, er habe hierbei als falsus procurator gehandelt, als unbegründet zu verwerfen sein, den Klägern doch dadurch, daß der Beklagte ihnen unter Verschweigung auch dieses Umstandes nicht Ware von C. A. & S. N., sondern von Andrew S. in London lieferte und über das hier fragliche Abkommen nicht mit den ersteren, sondern mit dem letzteren korrespondierte, die prozessuale Durchführbarkeit ihrer Rechte gegen C. A. & S. N. sehr wesentlich erschwert hat. Denn obwohl nach der vom Berufungsgerichte angezogenen Entscheidung des Reichsgerichtes in Bd. 18 S. 157 flg. der als Bevollmächtigter Auftretende an sich für nichts weiter als für das Vorhandensein der Vollmacht einzustehen hat, so ist diesem Umstande doch bezüglich der Subsidiarität der actio doli Erheblichkeit beizumessen.“ . . .