

13. Steht dem Einkaufskommissionär, welcher bei Ausführung des Auftrages weitere Papiere der in Auftrag gegebenen Gattung gekauft hat und unter Anbieten von Papieren dieser Gattung Ersatz seiner Auslagen fordert, die Einrede entgegen, daß er nicht imstande sei, Stücke anzubieten, welche er bei Ausführung des Auftrages erworben hatte?

II. Zivilsenat. Ur. v. 14. Mai 1895 i. S. N. (Bekl.) w. R. (Kl.)
Rep. II. 36/95.

- I. Landgericht Essen.
- II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Kläger, welcher behauptet, daß ihn der Beklagte Ende November 1889 beauftragt habe, für ihn je ca. 5000 *M* Aktien des Kölner Bergwerksvereines und des Dortmunder Bergbauvereines anzukaufen, hat, angeblich in Erledigung dieses Auftrages und zugleich zum gleichen Betrage für eigene Rechnung, bei dem Bankhause B. L. in L. am 2. Dezember 1889 9600 *M* Kölner Bergwerksaktien zum Kurse von 215 und bei F. L. am 3. Dezember 9600 *M* Dortmunder Bergbauvorzugsaktien zum Kurse von 170 im eigenen Namen angekauft und dem Beklagten sofort den Ankauf mitgeteilt. Die Papiere blieben im Depot bei den Verkäufern, wurden aber im Frühjahr 1890 von dem Kläger verkauft. Auf Anraten des letzteren hatte ferner im November 1889 sein Bruder B. bei F. L. 9600 *M* Dortmunder Bergbauvorzugsaktien und 12200 *M* Kölner Bergwerksaktien gekauft. Im Frühjahr 1890 wurden auch diese Papiere verkauft mit Ausnahme von 5400 *M* Kölner und 4800 *M* Dortmunder, welche der Kläger im März 1893 nach Erhebung der gegenwärtigen Klage einlöste. Seit dem 1. Juli 1890 hat der Kläger dem Beklagten halbjährlich Rechnungsauszüge zugeschickt, in welchen der Beklagte mit der Kaufsumme für 4800 *M* Kölner Bergbauaktien und 4800 *M* Dortmunder Bergbauaktien und den Zinsen und Zinsezinsen sowie Provision belastet ist, und ihm andererseits die eingegangenen Dividenden gutgeschrieben sind.

Unter Überreichung zweier Rechnungsauszüge für den 28. April 1893, welche zusammen mit einem Guthaben des Klägers von 18589,85 *M* abschließen, erhob der Kläger Klage mit dem Antrage, den Beklagten zur Zahlung dieser Summe mit Zinsen gegen Lieferung der gekauften Papiere zu verurteilen. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er die Behauptungen des Klägers bestritt und ausführte, daß durch den Verkauf der 1889 gekauften Papiere jeder Anspruch an ihn, wenn ein solcher bestanden habe, erlöschen und Kläger nicht berechtigt sei, ihm Papiere seines Bruders zuzuwenden. Das Landgericht erkannte auf einen richterlichen Eid für den Kläger über die Erteilung des Auftrages und verurteilte für den Fall der Leistung des Eides den Beklagten, gegen Lieferung von 4800 *M* Vorzugsaktien des Dortmunder Bergbauvereines und von 4800 *M* Aktien

des Böhrner Bergbauvereines dem Kläger die Auslagen zu erstatten. Die vom Beklagten eingelegte Berufung wurde auf Grund folgender Erwägungen zurückgewiesen:

Der durch den Eid festzustellende Auftrag sei durch die Ankäufe bei B. und J. L. ausgeführt und die Ausführung dem Beklagten sofort angezeigt worden. Wenn auch der Beklagte nicht Eigentümer der Papiere geworden sei, so sei derselbe doch nunmehr verpflichtet gewesen, die Papiere gegen Zahlung des Preises und der Unkosten abzunehmen. An dieser Verpflichtung sei weder dadurch etwas geändert worden, daß Beklagter durch Briefe aus den Monaten Dezember 1889 bis März 1890 die Einlösung abgelehnt und um Kreditierung des Betrages sowie Unterlassen des Verkaufes gebeten habe, noch dadurch, daß Kläger über die Papiere im März und April 1890 verfügte; denn diese ohne Wissen des Beklagten geschenehen Verkäufe seien auf Rechnung und Gefahr des Klägers gegangen, welcher, da er die Ausführung des Auftrages längst angezeigt hatte, mit jenen Verkäufen nicht die Absicht kund gethan habe, den Auftrag rückgängig zu machen, vielmehr auf eigene Gefahr spekuliert und eventuell die Verpflichtung auf sich genommen habe, die Papiere zu einem höheren Preise, als er sie verkauft, wieder anzuschaffen, während umgekehrt beim Sinken der Preise der Gewinn ihm zugefallen wäre.

Das Verfahren des Klägers, die bereits verkaufte, aber noch nicht vergebene vertretbare Ware an einen Dritten zu verkaufen, könne nicht für unzulässig erachtet werden, da er jeden Augenblick imstande gewesen sei, gleichwertige Ware als Ersatz zu liefern, und der Beklagte aus der zufällig erlangten Kenntnis des Weiterverkaufes sich keinen Gewinn verschaffen dürfe. Überdies habe der Beklagte, wenn auch, nach Aussage der Zeugen, nicht bereits vor Weihnachten 1889 die Aktien seines Bruders fest gekauft, so doch, als er im Frühjahr 1890 zum Verkaufe schritt, gewußt und sich gesichert, daß sein Bruder jederzeit bereit war, behufs Erfüllung des Vertrages mit dem Beklagten ihm Ersatz aus seinen Depots zu geben.

Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

... „Der Revisionskläger stützt das Rechtsmittel auf Verletzung der in dem Urteile des Reichsgerichtes vom 2. Dezember 1880, vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 5 S. 1,

entwickelten Rechtsgrundsätze. In dieser Entscheidung wird in Übereinstimmung mit dem ehemaligen preussischen Obertribunale, aber in Widerspruch mit dem ehemaligen Reichsoberhandelsgerichte,

vgl. Striethorst, Archiv Bd. 79 S. 91 und Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 16 S. 213 und Bd. 19 S. 83,

folgendes ausgeführt: In Ermangelung abweichender Vereinbarung sei der Einkaufskommissionär verpflichtet, die eingekauften Wertpapiere, und zwar die eingekauften Spezies, für den Kommittenten in Verwahrung zu nehmen; durch die Veräußerung dieser Papiere setze der Kommissionär, auch wenn er Eigentümer derselben geblieben sei, die geschene Ausführung des Auftrages außer Wirkung (hebe, wie sich das Obertribunal ausdrückt, die Erfüllung des Mandates wieder auf) und sei darum nicht befugt, unter Anbieten anderer Papiere derselben Gattung auf Erstattung seiner Auslagen zu klagen.

Der dem angefochtenen Urteile zu Grunde liegende Thatbestand bietet jedoch die Voraussetzungen der vorerwähnten Entscheidung insofern nicht vollständig, als der Kläger bei Ausführung des Auftrages nicht bloß die ihm aufgegebenen Menge der Wertpapiere, sondern den doppelten Betrag erwarb und dem Beklagten Einkaufsanzeige zugehen ließ nicht bloß ohne Benennung der für diesen bestimmten Stücke, sondern ohne überhaupt für diesen bestimmte Nummern auszuscheiden. Von einer Verpflichtung des Klägers, „eingekaufte Spezies“ zu verwahren, kann also hier nicht die Rede sein, sondern nur von der Verpflichtung, aus den angekauften Stücken einzelne für den Beklagten auszuscheiden und sodann diese ausgeschiedenen Stücke in Verwahrung zu nehmen. Dem Kläger würde also wegen der vorgenommenen Veräußerung aller eingekauften Papiere nicht sowohl „Wiederaufhebung der geschene Erfüllung des Auftrages“ als vielmehr Nichterfüllung des Auftrages zum Vorwurf gemacht werden können. Aber dieser Vorwurf ist nicht zutreffend. Indem der Kläger im eigenen Namen am 2. Dezember 1889 bei B. L. 9600 *M* Kölner Bergwerksaktien und am 3. Dezember bei F. L. 9600 *M* Dortmunder Bergbauvorzugsaktien kaufte, führte er, wie das Berufungsgericht feststellt, neben Bethätigung eines ihn allein angehenden Geschäftes, den ihm vom Beklagten erteilten Auftrag, ca. 5000 *M* von jeder erwähnten Gattung von Wertpapieren zu kaufen, aus; sein in gegenwärtiger Klage erhobener Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen,

welcher von dem Anerbieten begleitet ist, je 4800 *M* der genannten Aktien zu liefern, ist demnach nach Art. 371 H.G.B. an sich begründet. Es kann sich also nur fragen, ob der Beklagte die Befriedigung dieses Anspruches deshalb ablehnen darf, weil der Kläger nicht Stücke anbietet, von denen er zu behaupten vermag, daß er gerade diese aus den gekauften für den Beklagten ausgeschieden und für den Beklagten in Verwahrung genommen habe. Es kann nun zwar keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn der Kläger bestimmte Stücke für den Beklagten erworben, oder ausgeschieden und demselben das Eigentum daran übertragen hätte, z. B. durch Benennung der Serie und der Nummern, seine Verpflichtung dahin gehen würde, diese nämlichen Stücke dem Beklagten herauszugeben, und daß der Beklagte aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung eine Einrede gegen die Klage auf Ersatz der Auslagen entnehmen könnte. So liegt nun aber der gegenwärtige Fall nicht; der Kläger hat bei Ausführung des ihm erteilten Auftrages immer nur fungible Wertpapiere zu eigenem Eigentume erworben, und jedes beliebige Stück solcher Papiere, sofern es nur den Nominalwert von 4800 *M* hatte, war an sich zur Lieferung an den Kommittenten geeignet. Freilich war der Kläger verpflichtet, nach Ausführung des Auftrages Stücke für den Beklagten auszuscheiden und in Verwahrung zu nehmen, und es würde ihn, wenn durch Nichterfüllung dieser Verpflichtung dem Beklagten ein Schaden erwachsen wäre, hieraus weiter die Pflicht erwachsen sein, diesen Schaden zu ersetzen. Von einem Schaden und der Beanspruchung des Ersatzes ist aber im gegenwärtigen Prozesse nicht die Rede; der Kläger hat nach Veräußerung der bei B. und bei S. L. gekauften Stücke anderweitige Stücke im Nominalwerte von je 4800 *M* von seinem Bruder erworben und sich dadurch in den Stand gesetzt, die Ausführung des erteilten Auftrages nachzuweisen. Ein Rechtsfaß des Inhaltes etwa, daß der Kommissionär, welcher so handelte, wie der Kläger es gethan, zur Strafe seines Anspruches aus dem ausgeführten Mandate verlustig gehe, besteht nicht und ist auch in dem Urteile Bd. 5 S. 1 der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen nicht aufgestellt worden.“ . . .