

25. Besteht eine und eventuell welche zeitliche Grenze für die Befugnis des Kommittenten, den Kommissionär als Selbstkontrahenten in Anspruch zu nehmen (Art. 376 Abs. 3 H.G.B.)?

I. Civilsenat. Urtr. v. 4. Juni 1881 i. S. L. (Kl.) w. B. & Co. (Bekl.)  
Rep. I. 648/80.

- I. Landgericht Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Kläger hat im Juli 1869 der Beklagten eine Einkaufskommission des Inhalts erteilt, daß die Beklagte für Rechnung des Klägers in eigenem Namen polnische Pfandbriefe III. Emission im Nominalbetrage von 11 000 Rubel billigst möglich einkaufen, anschaffen sollte. Diese Kommission hat die Beklagte in drei Raten ausgeführt und dem Kläger, jedoch ohne Nennung eines Dritten, mit welchem sie das Geschäft bezw. die betreffenden Geschäfte abgeschlossen, mittels Briefen vom 31. Juli, 2. August, 3. August 1869 Ausführungs-Anzeigen dahin erstattet, daß sie bezw. 3 600, 3 990 und 3 675, im ganzen 11 265 Rubel für Klägers Rechnung „genommen, per Cassa gekauft, beschafft, angeschafft, geliefert erhalten, empfangen“, daß sie die berechneten Kurse „habe anlegen müssen“ u. Sie hat dem Kläger auch die eingekauften Pfandbriefe und zwar mit der Ausführungs-Anzeige vom 31. Juli 1869 3 600 Rubel und den Rest mit dem Briefe vom 6. August 1869 übersandt. Kläger hat nach jeder Anzeige den Empfang derselben bestätigt und nach Mitteilung des Einkaufs des Rests durch Brief vom 3. August im Briefe vom 4. August 1869 bemerkt, er halte nunmehr „diese Kommission für erledigt“, auch die von der Beklagten berechnete Anschaffungssumme mit Agio und Provision berichtigt. Unter den Pfandbriefen, welche Kläger von der Beklagten erhalten hat, befand sich auch die Nr. 211 422 Lit. B. über 750 Rubel. Diese Nummer ist sodann vom Kläger angeblich weiter begeben und durch verschiedene Hände gegangen. Während die Bankfirma Gebr. G. dieselbe besaß, soll B. in Warschau den Pfandbrief als ihm gestohlen durch die zuständige Warschauer Behörde haben öffentlich aufbieten lassen, und sodann in Folge eines zwischen Gebr. G. und B. vor dem Warschauer Gericht geführten und entschiedenen Prozesses die Firma Gebr. G. unentgeltlich an B. als dem urteilsmäßigen

Eigentümer haben herausgeben müssen. Dann sind angeblich verschiedene Eviktionsprozesse zwischen Gebr. G. und deren Auktor, dann zwischen diesem und dessen Vormann *rc*, zuletzt zwischen dem Abnehmer des jetzigen Klägers und dem Kläger geführt und zum Nachtheile der jedesmal verklagten Auktoren entschieden. In der vorliegenden Klage verfolgt nun Kläger seinen vermeintlichen Eviktionsanspruch gegen die beklagte Bankfirma und gründet denselben darauf, daß die Beklagte ihm den Pfandbrief durch ein einfaches Kaufgeschäft verkauft, die Beklagte ihm daher als Verkäuferin für die Eviktion haften müsse. Nachdem die Beklagte eingewendet hatte, daß kein Kaufgeschäft, sondern eine ausgeführte Einkaufskommission vorliege, hielt Kläger in der Replik zunächst die Klagebehauptung, daß ein einfaches Kaufgeschäft vorliege aufrecht, machte jedoch eventuell für den Fall, daß eine Einkaufskommission anzunehmen sei, geltend, daß er nach Art. 376 Abs 3 H.G.B. berechtigt sei, die Beklagte als Selbstverkäuferin in Anspruch zu nehmen, also auch den vorliegenden Eviktionsanspruch gegen sie zu verfolgen. Dem widersprach die Beklagte. Es tritt nun die Frage in den Vordergrund, ob die Beklagte dem Kläger nur nach Maßgabe der über die Pflichten eines Beauftragten geltenden Vorschriften und Rechtsgrundsätzen für ein (nicht dargelegtes) Versehen haften würde, oder ob Kläger die Beklagte als Selbstverkäuferin nach den über die Eviktion bei Kaufgeschäften geltenden Vorschriften (A.L.R. I. 11. §§. 135 flg.) in Anspruch zu nehmen berechtigt ist. Der Appell.-Richter hat sich für die erste Alternative entschieden und die zweite Alternative verneint. Diese Entscheidung ist jedoch nicht als richtig anzuerkennen.

Der Appell.-Richter hält an einer, in zahlreichen Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts und auch bereits in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. April 1880 (Entsch. in Civilsachen Bd. 1 Nr. 105 S. 286 flg.) reprobirten Auffassung, wengleich anscheinend nicht mehr in voller Schärfe, sondern mit Konzession an die abweichende, hiesige Auffassung fest. Er spricht nicht mehr aus, daß er in der Ertheilung einer Einkaufskommission zugleich eine eventuelle Offerte eines Proprekaufs finde, welche spätestens mit der Ausführungsanzeige des Kommissionärs zu acceptieren sei, so daß ein späteres Eintreten des Kommissionärs als Selbstkontrahent nicht mehr stattfindet; er referiert auch die Ansicht des Reichs-Oberhandelsgerichts, daß die Erklärung des Kommissionärs, daß er in die Rechtsstellung des Selbst-

kontrahenten einrücke, nicht notwendig mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags zu erfolgen brauche, ohne sich ausdrücklich darüber auszusprechen, ob er diese Ansicht billige oder nicht. Er nimmt aber an, daß die Befugnis des Kommissionärs nach Art. 376 Abs. 1 H.G.B., seinen Eintritt als Selbstkontrahent zu erklären, und die korrespondierende Befugnis des Kommittenten, nach Art. 376 Abs. 3 zu erklären, daß er den Kommissionär als Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen wolle, zeitlich nicht ganz unbegrenzt sei, vielmehr in der Lieferung seitens des Kommissionärs und der Annahme der Lieferung seitens des Kommittenten ihre zeitliche Grenze bergestalt finde, daß eine spätere Erklärung des angegebenen Inhalts keine rechtliche Wirkung mehr habe, indem in der Lieferung und deren Annahme ein rechtswirksames, mindestens stillschweigendes Übereinkommen zwischen dem Kommittenten und Kommissionär des Inhalts zu finden sei, daß der Kommissionsauftrag als solcher ausgeführt sein solle, und daß von der Befugnis, als Selbstkontrahent eintreten, bezw. den Kommissionär als Selbstkontrahenten in Anspruch nehmen zu wollen, kein Gebrauch gemacht werden solle. Diese Konstruktion eines maßgebenden Übereinkommens zwischen den beiden Beteiligten ist aber eine willkürliche, mit der Geschäftsübung und der Auffassung des Handelsstandes sowohl, als mit der Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts und des Reichsgerichts im Widerspruch stehende. Der Appell.-Richter hastet an der in der allegierten hiesigen, früheren Entscheidung reprobieren Auffassung, daß das Kommissionsgeschäft, bezw. die Ausführung des Kommissionsgeschäfts einerseits und das Zustandekommen eines Proprefkaufs andererseits Gegensätze bilden, daß der Kommissionsauftrag als solcher nur dadurch, daß der Kommissionär das aufgetragene Geschäft mit einem Dritten abschließen, ausgeführt werde. Diese Auffassung ist aber eine unrichtige. Nach der historischen Entwicklung des Kommissionsgeschäfts wird der Kommissionär als befugt angesehen, nach seiner Wahl 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 Auftrags Verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrags; der Kommissionär führt den Auftrag aus, indem er das aufgetragene Geschäft nicht mit einem Dritten, sondern „in sich“ abschließt. Der alternativen Befugnis des Kom-

missionärs nach Abs. 1 des Art. 376 korrespondiert die alternative Befugnis des Kommittenten nach Abs. 3 des Art. 376. Die eine so wenig wie die andere Befugnis ist durch eine bestimmte zeitliche Grenze beschränkt, und sie kann es nach den Zwecken des Kommissionsgeschäfts nicht sein. Der Kommissionär hat, um seine Geschäftsverbindungen nicht unnötig aufzudecken, ein Interesse daran, den Namen des Dritten, mit welchem er das aufgetragene Geschäft abschließt, seinen Kommittenten zu verschweigen, und das Gesetz ermächtigt ihn hierzu. Der Kommissionär macht hiervon auch bei den Geschäften der vorliegenden Art regelmäßig Gebrauch. Es wird daher in der Ausführungsanzeige des Kommissionärs nur sehr selten der Name eines dritten Kontrahenten genannt; die Anzeige wird zwar gewöhnlich so gefaßt, als ob das Geschäft mit einem ungenannten Dritten abgeschlossen wäre; das ist aber nur Geschäftsstil; es ist daraus nicht zu schließen, daß der Kommissionär das Geschäft nicht als Selbstkontrahent habe ausführen wollen und ausgeführt habe. Es bleibt vielmehr bei und nach der Anzeige regelmäßig noch in suspensio, ob der Auftrag in der einen oder anderen Art ausgeführt ist; der Kommittent fragt nicht darnach, weil es ihm nur darauf ankommt, daß der Auftrag ausgeführt wird, aber ganz gleichgültig ist, auf welche der beiden alternativen Arten er ausgeführt wird. In ganz gleicher Weise und aus gleichen Gründen, wie bei der Ausführungsanzeige bleibt die Frage, in welcher Art der Auftrag ausgeführt wird, auch bei der Lieferung und deren Annahme in suspensio, weil der Kommissionär ein Interesse hat, sich nicht darüber auszusprechen, der Kommittent aber kein Interesse hat, das Nähere zu erfahren. Dieser Punkt erlangt nur in den Ausnahmefällen Bedeutung, wenn die Erfüllung ganz oder teilweise unterbleibt oder wenn sich hinterher ein Mangel der Erfüllung ergibt. Durch die Lieferung als solche erklärt also der Kommissionär nicht, daß er nicht als Selbstkontrahent liefern wolle und liefere; ebenso wenig erklärt der Kommittent durch die Annahme der Lieferung, daß er die Lieferung als Ausführung durch ein vom Kommissionär mit einem Dritten geschlossenes Geschäft annehme und auf Behandlung des Kommissionärs als Selbstkontrahent verzichte. Lieferung und Annahme der Lieferung sind vielmehr für die Frage der Art der Ausführung des Geschäfts neutrale, nicht konkludente Momente. Die Lösung dieser Frage bleibt regelmäßig bis dahin aufgeschoben und darf bis dahin aufgeschoben bleiben, daß sich ein praktisches Bedürfnis für den

Einen oder Anderen ergibt, diese Lösung durch eine Erklärung oder Handlung herbeizuführen bezw. zu provozieren. Die Annahme, daß eine solche Erklärung spätestens bei der Lieferung oder deren Annahme erfolgen müsse, würde den Zweck des Art. 376 ebenso beeinträchtigen, wie die Annahme, daß die Erklärung spätestens bei der Ausführungsanzeige erfolgen müsse, da die Lieferung bei Geschäften der vorliegenden Art regelmäßig gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige geschieht oder doch derselben auf dem Fuße folgt. Daß der Wortlaut des Gesetzes für die Annahme spricht, daß die Abgabe der Erklärung des Kommissionärs und ebenso diejenige des Kommittenten, von den ihnen in Abs. 1 bezw. Abs. 3 des Art. 376 beigelegten Befugnissen Gebrauch zu machen, nicht durch eine zeitliche Grenze beschränkt sei, giebt der Appell.-Richter zu. Bezüglich der Befugnis des Kommissionärs nach Abs. 1 ist dies auch bereits wiederholt entschieden. Bezüglich der Befugnis des Kommittenten nach Abs. 3 liegt eine solche Entscheidung noch nicht vor; indes sprechen gegen eine zeitliche Beschränkung ganz dieselben Gründe, wie bezüglich des Abs. 1. Im Abs. 3 ist auch mit voller Deutlichkeit ausgesprochen:

daß, wenn der Kommissionär nicht zugleich mit der Ausführungsanzeige eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft mache, der Kommittent befugt sei, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen.

Der Kommittent hat also diese Befugnis, wenn nicht in oder bei der Ausführungsanzeige ein dritter Kontrahent namhaft gemacht wird, erworben, und er behält dieses Recht, ohne daß es einer weiteren alsbaldigen Erklärung von seiner Seite bedarf. Daß ein Verzicht auf dieses erworbene Recht in der Annahme der Lieferung für sich allein nicht liegt, folgt aus dem oben Ausgeführten von selbst. Die abweichende Meinung des Appell.-Richters führt auch zu praktischen Ergebnissen, welche nicht richtig sein können. Wenn der Kommissionär thatächlich ein Geschäft mit einem Dritten nicht abgeschlossen, sondern die Wertpapiere, deren Einkauf ihm aufgetragen ist, aus seinem eignen Vorrat geliefert und in der geschäftsüblichen Weise dem Kommittenten in der Ausführungsanzeige über die Art der Ausführung keine nähere Mitteilung gemacht hat, dann würde, wenn man der Ansicht des Appell.-Richters folgt, der Kommittent bei einem sich nachher ergebenden Erfüllungsmangel rechtlos sein; einen Dritten würde er nicht in An-

spruch nehmen können, weil ein solcher nicht existiert, den Kommissionär nicht, weil gegen den Kommittenten zu fingieren wäre, daß das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen sei. Wenn dagegen gesagt wird, der Kommittent könne solcher Unzuträglichkeit durch einen von ihm bei der Annahme der Lieferung zu erklärenden Vorbehalt vorbeugen, so ist darauf zu entgegnen, daß der Kommittent zu solcher Kautel keine Veranlassung hat, da die Verschweigung eines Geschäftsabchlusses mit einem Dritten lediglich im Interesse des Kommissionärs liegt, und es daher näher liegt, daß der Kommissionär durch alsbaldige Benennung des Dritten, mit welchem er abgeschlossen hat, die Selbsthaftung abwendet und dem Kommittenten die Möglichkeit, den Dritten in Anspruch zu nehmen, verschafft. Will der Kommissionär aber den Dritten nicht nennen, dann muß er sich auch die Konsequenz der Selbsthaftung gefallen lassen. So faßt der Handelsstand die Sache auf, und dieser Auffassung ist durch Abs. 3 des Art. 376 Rechnung getragen. Ob der Kommissionär die Selbsthaftung überhaupt noch später dadurch abwenden kann, daß er dem Kommittenten nachträglich den Namen des Dritten, mit welchem er das Geschäft abgeschlossen hat, nennt, und Cession seiner Rechte gegen den Dritten offeriert, kann hier unerörtert bleiben. Im vorliegenden Falle hat die Beklagte die Erklärung, daß sie den fraglichen Pfandbrief zum Zwecke der Ausführung der Einkaufskommission von S. B. & L. gekauft habe und dem Kläger Cession ihrer Rechte gegen B. & L. offeriere, zuerst in der Klagebeantwortung, nachdem Kläger bereits in der Klage das ihm nach Art. 376 Abs. 3 zustehende Recht, die Beklagte als Selbstverkäuferin in Anspruch zu nehmen, geltend gemacht hatte, also jedenfalls zu spät abgegeben. Es ist hierbei auch ohne Einfluß, daß Kläger in der Klage ein reines Kaufgeschäft behauptet hatte und erst eventuell in der Replik sich auf das ihm als Kommittenten aus Art. 376 Abs. 3 zustehende Recht berief, da es sich um ein und dasselbe Rechtsgeschäft handelte, und es gleichgültig ist, daß Kläger dasselbe in der Klage unrichtig juristisch konstruiert und diese Konstruktion erst in der Replik berichtigt.

Der Appell.-Richter hebt noch als ein Argument gegen die vorstehend entwickelte Auffassung die auffallende praktische Konsequenz hervor, daß danach der Kommissionär noch 30 Jahre lang der Gefahr eines Eviktionsanspruches ausgesetzt und in Ungewißheit, ob und welche Rechte der Kommittent gegen ihn noch geltend machen könne und wolle,

bleibe, während er nach der Auffassung des Appell.-Richters nur eine verhältnismäßig kurze Spanne Zeit, nämlich bis zur Lieferung, in einer von dem Belieben des Kommittenten abhängigen prekären Lage bleibe. Die mehr oder weniger bequeme Situation des Kommissionärs kann aber um so weniger einen entscheidenden Grund abgeben, da die Verschweigung seiner Geschäftsverbindungen lediglich in seinem Interesse liegt, und es nur von ihm abhängt, sofort den Dritten, mit welchem er abgeschlossen, zu nennen und dadurch mögliche Weiterungen abzuwenden. Eben weil dem Kommissionär die Verschweigung seiner Geschäftsverbindungen gestattet wurde, mußte das Gesetz den Kommittenten in der in Abs. 3 des Art. 376 vorgesehenen Weise gegen mögliche Nachteile schützen.“