Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen des Samuel Strauss in Darmstadt, Beklagten, jetzt Oberappellanten, wider die Concursmasse der Firma Zausch & Hirsch in Sorau Klägerin, jetzt Oberappellatin, Forderung betreffend,

hat das Reichsgericht, Dritter Civil-Senat, in der Sitzung vom 24. März 1880, an welcher Theil genommen haben:

der Präsident Dr. Henrici und die Reichsgerichts-Räthe Dr. Bähr, Petersen, von Streich, Hullmann, Buff und Dr. Agricola,

für Recht erkannt:

daß die erste Oberappellationsbeschwerde des Beklagten zu verwerfen, den übrigen Beschwerden dagegen stattzugeben und unter Abänderung des Erkenntnisses des vormaligen Großherzoglich Hessischen Hofgerichts zu Darmstadt vom 7. Juli 1879 unter 2. 3 und Schlußsatz in der Hauptsache das Beweisinterlocut des Großherzoglich Hessischen Stadtgerichts Darmstadt vom 27. Januar 1879 sub III. a. und d. wiederherzustellen, auch dem Beklagten zu gestatten sei, an der unter 4. des Hofgerichtsurtheils für liquid erkannten Summe von 1285 M. noch weiter 26 M. 95 Pfennig und 200 M. bis zur ausgemachten Sache zurückzuhalten, zum Kostenpunkte aber der Beklagte in die Hälfte der Kosten erster und zweiter Instanz, die Klägerin in die andere Hälfte der Kosten zweiter Instanz zu verurtheilen und das Erkenntniß über die andere Hälfte der Kosten erster Instanz bis zum Endurtheile auszusetzen sei.

Die Kosten dieser dritten Instanz werden getheilt; die hinterlegten Verlustgelder sind zurückzugeben.

Von Rechts Wegen.

Gründe.

I. Die erste Beschwerde konnte nicht für begründet erachtet werden.

Nach

Nach Artikel 324 des Handelsgesetzbuchs muß die Erfüllung eines Handelsgeschäftes an dem Orte geschehen, welcher im Vertrage bestimmt oder nach der Natur des Geschäfts oder der Absicht der Contrahenten als Ort der Erfüllung anzusehen ist. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so gilt als Erfüllungsort derjenige, an welchem der Verpflichtete zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung beziehungsweise seinen Wohnort hatte. Unbestritten hatte im vorliegenden Falle die Verkäuferin (die Firma Zausch & Hirsch) zur Zeit des Abschlusses des fraglichen Lieferungsvertrags ihre Handelsniederlassung in Sorau, der beklagte Käufer seinen Wohnsitz in Darmstadt; gesetzlich mußte daher jene in Sorau, dieser, unbeschadet der für Geldzahlungen in Artikel 325 des Handelsgesetzbuchs gegebenen besonderen Vorschriften, in Darmstadt erfüllen. Der Vertragsinhalt selbst ändert an diesem gesetzlichen Erfüllungsorte nichts. Indem die gedachte Firma dem beklagten

„50 Sack Weizenmehl lieferbar innerhalb drei Wochen und 50 Sack ditto lieferbar innerhalb zweier Monate per 50 Kilo zum alten Preise von M. 10,50 inclusive Sack ab Bahn Sorau, Cassa nach Empfang der Waare in Darmstadt mit 1 % Sconto"

verkaufte, verpflichtete sich die Verkäuferin binnen der bestimmten Frist die Waare auf ihre Kosten der Eisenbahn in Sorau zur Beförderung an den Käufer zu übergeben und der beklagte das Kaufgeld Zug um Zug bei der Ablieferung nach vorgängiger Untersuchung (nach Empfang) der Waare zu entrichten. Danach war Erfüllungsort für die Verkäuferin der Ort ihrer Handelsniederlassung – Sorau – und sie hatte der ihr vertragsmäßig und gesetzlich (Artikel 344 des Handelsgesetzbuchs) obliegenden Verpflichtung zur Versendung der Waare in Ansehung der ersten Ratenlieferung Genüge geleistet, als sie die letztere ab Sorau zur Verladung brachte. Damit vollzog sie zugleich nach dem Rechte des Erfüllungsortes – Theil I Titel 11 § 128 des Allgemeinen Preußischen Landrechts – die juristische Tradition der Waare. Zur Zahlung des Kaufpreises war dagegen der beklagte erst gehalten, nachdem die Waare am Bestimmungs- und Ablieferungsorte – Darmstadt –, der hier zugleich mit des Käufers Wohnorte zusammenfiel, angelangt und vom beklagten in Empfang genommen worden war.

Unbegründet und thatsächlich unrichtig ist die Behauptung des Oberappellanten, daß Darmstadt als einheitlicher Erfüllungsort für beide Theile deshalb angesehen werden müsse, weil die Verkäuferin die Waare dorthin zu liefern und er, beklagter, dort Zahlung zu leisten versprochen habe. Für diese Auslegung des Vertragsinhalts giebt

der

der Wortlaut des Vertrags keinen Anhaltspunkt. Wenn sich aber Oberappellant zur Unterstützung derselben darauf beruft, daß der Vertrag in Darmstadt abgeschlossen worden sei, so ist dies Vorbringen zunächst um deswillen nicht zu beachten, weil sich Beklagter in den vorderen Verhandlungen auf einen in Darmstadt und zwar schriftlich geschlossenen Contract gar nicht bezogen hatte und die von ihm im früheren Arrestprocesse beigebrachte angebliche Originalurkunde vom 20. October 1876 von der damaligen Arrestbeklagten und jetzigen Klägerin nicht anerkannt worden ist. Jenes Vorbringen ist aber auch sachlich nicht von Erheblichkeit. Denn Beklagter hat unterlassen, die näheren Umstände anzugeben, unter welchen der Vertragsabschluß in Darmstadt erfolgte. Sowie die Sache liegt, kann aus dem Umstande allein, daß die Urkunde Darmstadt als den Ausstellungsort bezeichnet, in Beihalt der Thatsache, daß ausdrücklich „ab Sorau" zu liefern versprochen wurde, nicht gefolgert werden, daß nach der Absicht der Contrahenten Darmstadt zugleich Entstehungsort der Obligation und Erfüllungsort für die beiderseitigen Leistungen habe sein sollen.

Der Beklagte bestreitet nun nicht, daß, wenn Sorau für die Verpflichtungen der Verkäuferin als Erfüllungsort zu gelten habe, das Recht dieses Ortes, also preußisches Recht, zur Anwendung komme.

Unter dieser nach den Umständen des Falles zutreffenden Voraussetzung ist aber die Differenzforderung des Beklagten in voriger Instanz mit Recht wie angebracht abgewiesen worden.

Am 30. November 1876 Vormittags 11 Uhr wurde nämlich von dem Königlichen Kreisgericht zu Sorau der kaufmännische Concurs über das Vermögen der Handlung Lausch & Hirsch eröffnet. Nach § 17 der preußischen Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 kann, wenn von dem Gemeinschuldner Kauf- oder Lieferungsgeschäfte über fungible Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben, dergestalt geschlossen worden sind, daß sie erst nach der Concurseröffnung zur Erfüllung kommen sollen, weder von der Gläubigerschaft noch von den Mitcontrahenten Erfüllung gefordert werden, sondern es findet aus dem Geschäfte nur ein Anspruch auf Entschädigung statt. Dieser Anspruch bestimmt sich in Gemäßheit des Gesetzes vom 12. März 1869 regelmäßig nach der Differenz zwischen dem Kontractpreise und demjenigen Preise, welcher als der am Tage der Konkurseröffnung für gleichartige und auf die gleiche Erfüllungszeit abgeschlossene Geschäfte sich ergebende Marktpreis am Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren

teren maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist oder in Ermangelung solcher Feststellung durch das Gutachten Sachverständiger ermittelt wird.

Eine derartige Schadensliquidation hat Beklagter im vorliegenden Falle nicht aufgemacht, wie er selber zugiebt.

Ohne Zweifel unterliegt die erst am 20. December 1876 fällige und von der Concursmasse abgelehnte zweite Lieferung dem vorerwähnten Gesetze. Nicht unbedenklich ist dagegen dessen Anwendung auf die erste Lieferung, die von der Firma Lausch & Hirsch spätestens am 10. November 1876 zu bewerkstelligen war und herbeizuführen versucht wurde.

Die Zurückweisung der bezüglichen Differenzforderung rechtfertigt sich indessen durch folgende Erwägungen:

Der Beklagte hat, nachdem die Waare am 15. November in seinen Besitz gelangt war, solche am nächsten Tage beanstandet und es ist von der Verkäuferin diese Mängelanzeige als begründet anerkannt, das Erkenntniß erster Instanz wenigstens, welches die Genehmigung der Dispositionsstellung annimmt, insoweit von der Klägerin nicht angefochten worden. Darauf forderte Beklagter nach seiner Angabe am 21/22. November, nach Angabe der Klägerin am 22/24. November 1876, die gedachte Firma brieflich auf, innerhalb acht Tagen „nach Empfang dieses Schreibens" vertragsmäßige Waare zu liefern, widrigenfalls er vom Vertrage abgehen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern werde. Durch diese Aufforderung kam die Verkäuferin in Verzug; es endigte jedoch die dem säumigen Kontrahenten unter Anzeige der Ausübung des dem Käufer nach Artikel 356 und 357 des Handelsgesetzbuchs zustehenden Wahlrechts gestattete Nachfrist nach Artikel 328 Ziffer 1 des Handelsgesetzbuchs erst mit dem Schlusse des 30. November oder 2. December 1876. Von der getroffenen Wahl konnte der Beklagte seinerseits nicht mehr abgehen, während er bis zum angegebenen Zeitpunkte die etwaige Nachlieferung der schuldigen Leistung immer noch als eine vertragsmäßige gelten lassen mußte. Vor Ablauf des 30. November wurde nun die Nichterfüllung des solchergestalt modificirten Vertrags durch eine Veränderung der Umstände herbeigeführt, die sich in der Person des Gemeinschuldners ereigneten (§ 21 Absatz 2 der Concurs-Ordnung); der letztere war an diesem Tage von Vormittags 11 Uhr an nicht mehr in der Lage, den Vertrag zu erfüllen, der Beklagte nur zur Erhebung einer Differenzforderung gegen die Concursmasse in Gemäßheit des Gesetzes vom 12. März 1869 berechtigt.

Unerfindlich ist die Bezugnahme des Beklagten auf die §§ 95 und 96 der Preußischen Concurs-Ordnung. Daß Beklagter mit einer Differenz-

rungs-forderung compensiren kann, ist an sich und abgesehen von den peremtorischen Gegeneinreden der Klägerin nicht zu bestreiten; es handelt sich aber hier um die *thatsächliche Begründung* eines solchen Anspruchs und diese ist nicht in gesetzlich zulässiger Weise erfolgt.

II. Die *zweite* Beschwerde ist dagegen gerechtfertigt.

Es steht durch Urtheil zweiter Instanz vom 19. März 1877 *rechtskräftig* fest, daß eine gehörige *Mittheilung* der Arrestklage vom 10. November 1876, mit welcher der damalige Impetrant und jetzige Beklagte zugleich einen Antrag auf Ausantwortung der Waare unter Vorbehalt demnächstiger Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verband, also eine gesetzlich zu beachtende Ladung der Arrestimpetratin, nicht stattgefunden hat. Danach war die letztere nicht verpflichtet, auf diese Klage sich einzulassen und hat auch in der That eine Einlassung nicht vollzogen. Unter solchen Umständen war der jetzige Beklagte zur unbeschränkten Zurücknahme jener Klage berechtigt, selbst wenn man annehmen wollte, daß schon durch die bloße Anbringung der Arrestklage und den allgemeinen Vorbehalt der Schadensliquidation eine *Rechtshängigkeit* bezüglich des hier fraglichen Ersatzanspruchs begründet worden sei.

III. Auch der *dritten* Beschwerde mußte stattgegeben werden.

Unbestritten hat der Beklagte die Waare unterm 16. November 1876 der Firma Jaesch & Hirsch zur Verfügung gestellt, der in dem Konkurseröffnungsdecrete des Kreisgerichts Sorau vom 30. ejusd. enthaltenen Aufforderung zur Zurückgabe der beanstandeten Waare jedoch thatsächlich keine Folge geleistet und am 9. December 1876 dem Massenverwalter erklärt, daß er wegen der ihm aus dem fraglichen Lieferungsvertrage erwachsenen Gegenansprüche von dem ihm zustehenden *Zurückbehaltungsrechte* Gebrauch mache. Ohne Rücksicht auf den eingelegten Widerspruch der Klägerin hat der Beklagte am 6. April 1877 die Waare unter dem Vorgeben zur öffentlichen Versteigerung gebracht, daß solche bei längerer Lagerung dem Verderben ausgesetzt sei und stellt nun der Klage auf Zahlung des den Kaufpreis übersteigenden Erlöses als Compensationsforderung unter anderen einen Anspruch auf *Lagergeld* für die Zeit vom 15. November 1876 bis 6. April 1877 entgegen.

Mit Unrecht hat die vorige Instanz diesen Anspruch um deswillen zurückgewiesen, weil Beklagter Waare in Ausübung des von ihm geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts, also im *eigenen* Interesse auf Lager gehalten habe.

Beklagter war, nachdem er die Waare beanstandet hatte, in Gemäßheit des Artikels 348 Absatz 1 des Handelsgesetzbuchs verpflichtet,

für

für deren einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen; mindestens bis zur Anzeige von der Geltendmachung des Retentionsrechts nahm danach Beklagter die gelieferten 50 Sack Mehl ausschließlich im Interesse der Verkäuferin auf Lager und könnte für diese Zwischenzeit selbst nach der Ansicht des Vorderrichters auf Grund des Artikels 290 des Handelsgesetzbuchs Lagergeld fordern. Dazu kommt, daß Beklagter eine liquide Gegenforderung von 139 M. für verauslagte Frachtkosten hatte, deren Ersatz die Verkäuferin bei Zurücknahme der beanstandeten Waare nicht verweigern durfte. So lange daher die Concursmasse jene Lagerkosten und diese Frachtverlage nicht erstattete oder Sicherheit für deren Zahlung leistete (Artikel 315 Satz 2 des Handelsgesetzbuchs), war der Beklagte zur Retention des Mehls zu Lasten der Klägerin befugt und es müssen ihm demgemäß auch die Lagerkosten für die ganze Dauer der Aufbewahrung vergütet werden. –

Eine andere Beurtheilung wird auch dadurch nicht begründet, daß der Beklagte unterm 9. December 1876 dem Massenverwalter anzeigte, er retinire das Mehl mit Rücksicht auf seine Differenzforderung wegen Nichterfüllung des Vertrags. Denn einen erweislichen Rechtsgrund zur Retention vorausgesetzt, macht es in Ansehung der Verbindlichkeit des Gegners, die auf Erhaltung oder Aufbewahrung des Retentionsobjects aufgewendeten nothwendigen oder nützlichen Kosten zu ersetzen, keinen Unterschied, ob der Retinent die Sache ausschließlich im Interesse des Gegners oder zugleich auch in seinem eignen Interesse zurückbehalten hat.

In Folge der hiernach gebotenen Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses muß auf diejenigen weiteren Einwendungen eingegangen werden, welche die Klägerin dem hier streitigen Compensationsanspruch in zweiter Instanz entgegengesetzt hat.

Dieselben sind durchweg nicht begründet.

Der Artikel 315 des Handelsgesetzbuchs verweist zwar den Retentionsberechtigten, welcher die zurückbehaltene Waare verkaufen will, auf den Weg der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht; allein daraus folgt nicht, daß der Retinent seines Compensationsanspruchs verlustig gehe, wenn er die Waare zum Zwecke der Geltendmachung desselben nach den Vorschriften des Artikels 348 des Handelsgesetzbuchs zum Verkaufe bringt, vielmehr wird derselbe hierdurch dem Schuldner nur schadensersatzpflichtig. Eine Schadensersatzforderung hat aber die Klägerin nicht erhoben, vielmehr selber den Erlös aus der öffentlichen Versteigerung des Retentionsobjects

in

in Anspruch genommen und es ist ihr dieser Erlös auch rechtskräftig zugesprochen worden. Damit erledigt sich die Replik des Verzichts der Klägerin auf die Ausübung ihres Zurückbehaltungsrechts. Klägerin behauptet hiernächst, daß Beklagter nach seinem eignen Vorbringen schon im December 1876 die Waare mit gleichem Nutzen habe verkaufen können, daß er mithin deren Versteigerung schuldvoll verzögert habe, ein Umstand, welcher eine verhältnißmäßige Minderung der Lagerkosten bedinge. Ein Verschulden des Beklagten ist jedoch darin nicht zu finden, daß er zur Veräußerung erst dann schritt, als er durch das Gutachten der Sachverständigen die Ueberzeugung gewonnen hatte, daß die Waare bei längerer Aufbewahrung dem Verderben ausgesetzt sei. Ueberdies hat Klägerin wiederholt und noch nach erhaltener Anzeige von der Vornahme der Versteigerung Verwahrung dagegen eingelegt, den Aufschub des Verkaufs sich also selber zuzuschreiben.

Die Forderung des Beklagten auf Lagergeld setzt endlich nicht voraus, daß derselbe die Waare bei einem Dritten oder in einem öffentlichen Lagerhause unterbrachte; vielmehr durfte er solche in eignem oder gemiethetem Raume aufbewahren und hat in jedem dieser Fälle gemäß Artikel 290 des Handelsgesetzbuchs einen Anspruch auf Lagergeld nach den am Orte gewöhnlichen Sätzen.

II. Die vierte und fünfte Beschwerde bezieht sich auf die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Forderung und auf das Erkenntniß über die Processkosten. Beide Beschwerden sind nach dem Vorausgeschickten, insofern zur zweiten und dritten Oberappellationsbeschwerde das stadtgerichtliche Beweisinterlocut wieder herzustellen ist, theilweise gerechtfertigt. Einer weiteren Begründung bedarf das Urtheil in dieser Hinsicht nicht.

Urkundlich unter Siegel und Unterschrift.

(L. S.)

Das Reichsgericht. Dritter Civil-Senat.

(Unterschrift.)

Ausfertigung.
467/79.
III. 852.