Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen des Kaufmanns Siegmund Mayer in Strassburg, Beklagter, Widerkläger und Revisionskläger, vertreten durch den Justizrath Mecke in Leipzig,

wider

den Kaufmann J. Börsig in Oberkirch (Baden), Kläger, Widerbeklagter und Revisionsbeklagter, vertreten durch den Rechtsanwalt Dr. Reuling in Leipzig,

hat das Reichsgericht, zweiter Civilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1886 unter Mitwirkung:

des Präsidenten Dr. Bingner
und der Reichsgerichtsräthe Wielandt, Wulfert, Dr. Dreyer, Dr. Petersen, Wüstenfeld, Rospatt

für Recht erkannt:

die gegen das Urtheil des zweiten Civilsenats des Kaiserlichen Oberlandesgerichts zu Colmar vom 10. Februar 1886 eingelegte Revision wird zurückgewiesen; die Kosten der Revisionsinstanz werden dem Revisionskläger auferlegt.

Von Rechts Wegen.

Thatbestand.

Die Parteien standen mit einander in der Weise in Geschäftsverbindung, daß der Beklagte für den Kläger kommissionsweise Kirschen- und Zwetschenwasser vertrieb. Als Provision war dem Beklagten 0,50 M. für das Liter zugesagt. Am 16. Mai 1881 sandte Kläger nach Verabredung mit dem Beklagten an dessen Adresse Bahnhof Metz 6 Korbflaschen Kirschwasser und eine Korbflasche Zwetschenwasser, zusammen 540 Liter enthaltend, zum Fakturapreis von 1284 M. In der Klage verlangte Kläger zunächst Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung dieses Be-

trages

trages, weil derselbe die ihm übersandte Waare verkauft, jedenfalls dem Kläger die Möglichkeit, dieselbe zurückzuziehen, entzogen habe. Außerdem verlangte Kläger Bezahlung von 70 M. 30 Pf. für ein am 5. Juli 18[illegible] für Rechnung des Beklagten einem Dritten geliefertes Fäßchen Wein, sowie von 200 M., welche der Beklagte in Brüssel in unbefugter Weise auf Kirschwasser aufgenommen habe, das ihm vom Kläger auf Lager gegeben worden sei. Im Ganzen wurde hiernach die Summe von 1554 M. 30 Pf. nebst Zinsen eingeklagt. Der Beklagte erkannte an, daß er die Beträge von 70 M. 30 Pf. und 200 M. schulde. Bezüglich der 7 Korbflaschen Kirsch- und Zwetschenwasser gab er zu, dieselben nicht zurückgeben zu können, bestritt aber die vom Kläger behauptete Verpflichtung zur Bezahlung des Fakturapreises, indem er geltend machte, das Kirschwasser sei gefälscht gewesen und er sei bereit, solches dem Kläger in gleicher Güte zu gewähren. Außerdem erhob er Widerklage wegen einer Gegenforderung von 1685 M. Zu deren Begründung machte er geltend, Kläger schulde ihm noch die Provision für 3370 Liter Kirsch- und Zwetschenwasser, welche auch für das nicht verkaufte Kirschwasser zu vergüten sei, weil nur durch die Schuld des Klägers, der unverkäufliche gefälschte Waare geschickt habe, der Verkauf nicht gelungen sei, außerdem sei es in Straßburg ortsüblich „Auslieferungsprovision" (Artikel 371 des Handels-Gesetzbuches) zu gewähren.

Durch Urtheil des Kaiserlichen Landgerichts Straßburg vom 18. November 1884 wurde die Forderung des Klägers auf 1554 M. 30 Pf., die Gegenforderung des Beklagten, unter Abweisung der Mehrforderung, auf 316 M. 50 Pf. festgesetzt. Demgemäß wurde der Beklagte verurtheilt, an Kläger die Summe von 1237 M. 80 Pf. nebst Zinsen zu bezahlen. Bezüglich der Hauptklage wurde in den Urtheilsgründen ausgeführt, der Beklagte sei verpflichtet, den Preis, zu dem ihm die Waare in Commission gegeben worden sei, selbst zu bezahlen, da er weder über das Geschäft gemäß Artikel 361 des Handels-Gesetz-Buches Rechenschaft gegeben, noch die Waare dem Committenten wieder zur Verfügung gestellt habe, hierzu auch nach seinen eigenen Erklärungen nicht im Stande sei. Dessen Erklärung, Kirschenwasser in gleicher Menge und Beschaffenheit erstatten zu wollen, könne eine rechtliche Bedeutung schon aus dem Grunde nicht beigelegt werden, weil er selbst es unmöglich gemacht habe, die Beschaffenheit des in Commission gegebenen Kirschenwassers festzustellen. In Beziehung auf die Widerklage wurde bemerkt, der Commissionär könne nach Artikel 371 Absatz 2 des Handelsgesetz-Buches Provision nur verlangen, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen sei. Von einer in Straßburg ortsüblichen Auslieferungsprovision sei dem Gerichte aus eigener Kenntniß der Sache nichts bekannt und ein Beweis hierüber nicht angetreten. Hiernach sei dem Beklagten, der weder die Gesammtmenge der ihm in Commission über-

sandten

sandten Waare, noch die darauf gehabten Unkosten angegeben habe, nur Provision zuzubilligen:

1. für die vom Kläger in der Faktura vom 16. Mai 1881 anerkannten 93 Liter mit . . . . . 46 M. 50 Pf.
2. für die 540 Liter dieser Faktura mit . . . . . 270 „ – „

Zusammen 316 „ 50 „

Gegen dieses Urtheil hat der Beklagte Berufung eingelegt und bei der mündlichen Verhandlung den Antrag gestellt: unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils die Klage abzuweisen, dagegen die Widerklage zuzusprechen, jedenfalls, unter Aufrechnung der Gegenforderung auf die mit der Hauptklage geforderte Summe, den Kläger und Widerbeklagten noch zur Herauszahlung von 130 M. nebst Zinsen vom 11. November 1884 zu verurtheilen. Auch erbot sich derselbe zum Beweis durch Sachverständige dahin, daß sowohl in Strassburg als im Badischen, insbesondere in Kehl die Gewährung einer Auslieferungsprovision in Höhe der vereinbarten Provision im Branntweinhandel üblich sei. Das Oberlandesgericht Colmar verordnete zunächst durch Beweisbeschluß vom 19. November 1885 die Erhebung des beantragten Sachverständigengutachtens. Auch wurde dieses erhoben, die im Sinne des obigen Antrags gestellte Frage aber von den Sachverständigen verneint. Bei der mündlichen Verhandlung vom 10. Februar 1886 wiederholte der Beklagte seine früher gestellten Hauptanträge und erbot sich noch zum Beweis durch Sachverständige dahin, daß in Belgien und Frankreich wie im Handel überhaupt so auch im Branntweinhandel die Auslieferungsprovision bekannt sei und dem Commissionär gewährt werde, und daß dieselbe insbesondere in den Städten Lüttich, Gent, Brüssel, sowie in Paris ortsgebräuchlich sei. In dieser Beziehung machte er geltend, daß der Commissionsvertrag vorzugsweise in Belgien und Frankreich habe zur Erfüllung kommen sollen, es daher darauf ankomme, ob an den von ihm angegebenen Handelsplätzen, an welchen er die Waare abzusetzen gesucht habe, eine Auslieferungsprovision gebräuchlich sei. Sei aber dieser Anspruch gerechtfertigt, so habe er eine Provision für 3375 Liter mit 1685 M. anzusprechen. Der Kläger und Widerbeklagte beantragte Verwerfung der Berufung aus den Gründen des ersten Richters. Die Parteien waren einig darüber, daß der Vertrag zwischen ihnen in Strassburg abgeschlossen worden sei und die zu verkaufende Waare sich in Kehl befunden habe. Die Frage des Vorsitzenden, ob gegen die Hauptklage an sich etwas vorzubringen sei, wurde vom Vertreter des Beklagten verneint. Durch Urtheil des Oberlandesgerichts Colmar vom 10. Februar 1886 wurde darauf die Berufung verworfen. Die Entscheidung wurde auf folgende Gründe gestützt: Die Berufung sei in

Ansehung

Aufhebung der Zeugenklage ohne jegliche Rechtfertigung zu bleiben. Bezüglich der Widerklage sei aber durch das erhobene Gutachten festgestellt, daß der vom Beklagten behauptete Ortsgebrauch weder in Straßburg, noch in Kehl und in Baden übereinstimmend bestehe. Das Gesetz beziehe sich zwar nicht den Ort, wo der Gebrauch bestehen müsse. Indessen müsse die Bestimmung, daß es sich um eine Gegenleistung für die Tätigkeit des Commissionärs handle, mit Notwendigkeit auf den Ort oder den massgebenden sein, wo diese Tätigkeit entfaltet werde und ihren Mittelpunkt habe. Es komme also nur die Stadt Straßburg in Betracht. Die Ansicht, daß in jedem einzelnen Falle der Ort entscheidend sei, wohin das Geschäft gewollt sei, würde schließlich zu Ergebnissen führen, deren Willkürlichkeit schon die Annahme ausschließe, daß sie der Absicht des Gesetzes und dem wirklichen Willen der Parteien entspreche. Es erscheine hiernach der vom Beklagten vorgebrachte Beweis als unerheblich und sei die Berufung zurückzuweisen.

Gegen dieses Urteil legte der Beklagte und Widerkläger rechtzeitig Revision ein und beantragte bei der mündlichen Verhandlung, das angefochtene Urteil aufzuheben und nach seinem in der Berufungsinstanz gestellten Antrage zu erkennen. Von dem Revisionsbeklagten wurde Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe.

Die Revision konnte nicht als begründet erachtet werden.

I. Soweit die Entscheidung über die Zeugenklage in Frage steht, wird die Revision auf Verletzung der Artikel 361 ff. des Handels-Gesetzbuches und des §. 254 der Civil-Prozeß-Ordnung gestützt. Es wird geltend gemacht, das Berufungsgericht habe, da die Klage bestritten worden sei, angenommen, der vom Vertreter des Berufungsklägers abgegebene Erklärung die Beweispflichtung ergebe, zu prüfen, ob die Klage an sich begründet sei, diese Prüfung hätte aber verneint werden müssen, da der Commissionär, wenn er der übernommenen Beweispflichtung zuwiderhandelt habe, nur zum Schadenersatz verpflichtet, dieser aber nicht ohne Weiteres auf den Taxationsbetrag der Waaren festzustellen sei. Durch diese Ausführung, an sich, scheint jedoch die Revision nicht als gerechtfertigt. Die von dem Vertreter des Beklagten abgegebene Erklärung kann zwar nicht, wie von dem Revisionsbeklagten behauptet wird, als eine Anerkennung des in der Zeugenklage geltend gemachten Anspruchs oder als ein Verzicht auf die Berufung gegen die auf die Zeugenklage bezügliche Entscheidung aufgefaßt werden. Es hatte sonach das Berufungsgericht, da diese Klage in erster Instanz bestritten und auch in zweiter Instanz deren Abweisung beantragt war, über sie, ungeachtet der vom Vertreter des Beklagten abgegebenen

Erklärung

Feststellung, daß es gegen die Begründung der Klage an sich nichts vorzubringen habe, allerdings zu prüfen, ob die Klage mit Recht zurückgewiesen worden sei. Das angefochtene Urteil müßte hiernach aufgehoben werden, wenn anzunehmen wäre, die Berufung gegen die auf die Haupt-Klage bezügliche Entscheidung sei lediglich deshalb verworfen worden, weil sich der Berufungs-Kläger darauf beschränkte, die Abweisung der Klage zu verlangen. Aus den Urteilsgründen ergiebt sich aber nicht, daß das Berufungsgericht von einer irrigen rechtlichen Auffassung ausging. Vielmehr sind dieselben dahin aufzufassen, daß das Berufungsgericht annahm, die Entscheidung des ersten Richters sei an sich durch die in dessen Urteil enthaltenen Gründe genügend gerechtfertigt und es sei dem Berufungs-Kläger nicht gelungen, diese Gründe zu entkräften. Das hätte allerdings deutlicher ausgesprochen werden sollen. Auch wäre es mit Rücksicht darauf, daß die Gründe des landgerichtlichen Urteils immerhin zu Zweifeln Veranlassung geben können, angezeigt gewesen, die bezüglich der Klage in Betracht kommenden Fragen in den Urteilsgründen zu erörtern. Eine Aufhebung des angefochtenen Urteils erscheint jedoch nicht als geboten, weil die Zurückweisung der Klage durch den ersten Richter ohne Rechtsirrtum als gerechtfertigt erachtet werden konnte. Die Tatsache, daß der Kommissionär die ihm übergebene Ware nicht zurückgeben kann, begründet allerdings nicht ohne Weiteres dessen Verpflichtung, den Verkaufserlös der Ware zu bezahlen. Aber es ergiebt sich aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils auch nicht, daß der erste Richter von dieser Auffassung ausgegangen ist. Vielmehr ist anzunehmen, daß derselbe mit Rücksicht auf die vorgelegten thatsächlichen Verhältnisse als erwiesen erachtet hat, die Ware habe den in der Faktura angegebenen Wert gehabt, jedenfalls habe der Beklagte dieselbe zum Fakturenpreis erkauft. Bei dieser Sachlage war aber die Verurtheilung zur Zahlung des Fakturenpreises auf Grund von Artikel 361 des Handels-Gesetz-Buches gerechtfertigt.

II. Soweit es sich nun die Entscheidung über die Widerklage handelt, wird die Revision auf Verletzung der Artikel 278, 279 und 371 des Handels-Gesetz-Buches und des §. 259 der Civil-Prozeß-Ordnung gestützt. Es wird geltend gemacht, die Annahme des Berufungsgerichts, daß es bezüglich der Frage, ob eine Ablieferungs-Provision im Sinne des Art. 371 Absatz 3 des Handels-Gesetz-Buches „ortsüblich" sei, auf die in Straßburg geltenden Ortsgebräuche ankomme, sei nicht genügend gerechtfertigt, jedenfalls nicht genügend begründet und es sei der von dem Beklagten angebotene Beweis mit Unrecht zurückgewiesen worden. Dieser

Beweis

Angriff erscheint als verfehlt. Nachdem die Behauptung des Beklagten, in Strassburg sei eine Auslieferungsprovision des Commissionärs ortsgebräuchlich, sich als unrichtig erwiesen hatte, suchte derselbe seinen Anspruch auf eine derartige Provision durch die Behauptung zu begründen, der Commissionsvertrag habe <u>vorzugsweise</u> in Belgien und Frankreich zur Erfüllung kommen sollen und er habe an verschiedenen französischen und belgischen Handelsplätzen versucht, die Waare abzusetzen; es sei sonach die an diesen Orten bestehenden Handelsgebräuche entscheidend. Dem gegenüber hat das Oberlandesgericht ausgeführt, es könne nicht auf die einzelnen Orte ankommen, <u>wohin das Geschäft gemacht worden sei</u> oder gemacht habe werden sollen, vielmehr sei derjenige Ort maßgebend, an welchem der Commissionär seine Thätigkeit entfalte und diese ihren Mittelpunkt habe, als dieser Ort sei aber Strassburg anzusehen. In diesen Ausführungen ist ein Rechtsirrthum nicht zu entdecken. Wie bezüglich der Höhe der von dem Commissionär zu beanspruchenden Provision, so ist auch hinsichtlich der Frage, ob und welche Auslieferungsprovision demselben zu bewilligen sei, in der Regel derjenige Ort maßgebend, an welchem der Commissionär seine Handelsniederlassung hat, von wo aus also die in Frage stehenden Geschäfte gemacht werden. Ist an diesem Orte eine Auslieferungsprovision gebräuchlich, so hat der Commissionär auch dann Anspruch auf dieselbe, wenn an einzelnen Orten, wohin er die Waare abzusetzen suchte, eine Auslieferungsprovision nicht üblich ist. Umgekehrt wird aber auch ein solcher Anspruch, wenn am Ort der Niederlassung eine Auslieferungsprovision nicht gebräuchlich ist, nicht dadurch begründet, dass eine abweichende Uebung an einzelnen Orten besteht, an welchen der Commissionär die Waare absetzen wollte. Nach der Auffassung, welche die Beklagte geltend gemacht hat, würde eine Auslieferungsprovision immer dann zu bewilligen sein, wenn der Commissionär an irgend einem Orte, an welchem eine Auslieferungsprovision gebräuchlich ist, versucht hat, die Waare abzusetzen. Es würde also der Verkäufer von vornherein gar nicht wissen können, ob er eine solche Provision zu bezahlen habe und würde diese nicht einheitlich für das ganze Commissionsgeschäft zu bewilligen oder zu versagen sein, sondern die Entscheidung immer davon abhängen, an welchem Orte, beziehungsweise an welchen Orten eine bestimmte Waare verkauft werden sollte. Das entspricht aber weder der muthmaßlichen Absicht der Vertragsschließenden noch dem Willen des Gesetzes. In Artikel 371 Absatz 1 des Handels-Gesetz-Buches ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, welcher Ortsgebrauch entscheidend sei. Aber es ergiebt sich schon aus der Natur

der

der Sache, daß bezüglich der Auslieferungsprovision dieselben Grundsätze entscheidend sind, wie bezüglich der gewöhnlichen Provision. Zudem war in den ersten Entwürfen zum Handels-Gesetz-Buche (Artikel 289 Absatz 2 des preußischen Entwurfs, Artikel 317 des Entwurfs erster Lesung) dem Commissionär auch für den Fall der Ausführung des Geschäfts nur ein Anspruch auf die „ortsübliche" Provision eingeräumt und sind die Worte „im ortsüblichen Betrage" schließlich nur deshalb gestrichen worden, „weil sie an sich selbstverständlich und für Orte, wo ein Herkommen über die Höhe nicht bestehe, bedenklich seien" (vergl. Protokolle zum Handels-Gesetz-Buch S. 713-718 und 1206, 1207.) Es kann aber nicht angenommen werden, daß in demselben Paragraphen dem Wort „ortsüblich" eine verschiedene Bedeutung beigelegt werden sollte. Vom Vertreter des Revisionsklägers wird nun zwar geltend gemacht, wenn auch nicht der Ort entscheidend sei, wohin das Geschäft gemacht werde, sondern derjenige, an welchem der Commissionär das Wesentliche seiner Thätigkeit entfaltete, so komme im vorliegenden Falle in Betracht, daß die Abschlüsse und Verkaufsverhandlungen mit Franzosen und Belgiern, in welcher die Ausführung des Commissionsvertrags bestanden habe, nicht in Straßburg sondern auf der Reise im Ausland stattgefunden hätten, ja zur Erleichterung des Geschäfts sogar ein Magazin in Brüssel errichtet worden sei. Durch diese Ausführungen kann jedoch die Revision nicht gerechtfertigt werden. Zunächst ist in dem angefochtenen Urtheil nicht festgestellt worden, daß die Verkaufsverhandlungen und Abschlüsse in Belgien und Frankreich stattfanden, beziehungsweise stattfinden sollten. Vielmehr ist das Berufungsgericht von der Auffassung ausgegangen, die Thätigkeit des Beklagten sei in Straßburg entfaltet worden. Auch hat sich der Beklagte in dieser Beziehung zu einem Beweise nicht erboten. Ganz abgesehen davon würde aber, auch wenn der Beklagte Reisen nach Frankreich und Belgien gemacht und auf diesen versucht hätte, den Branntwein, dessen Verkauf ihm übertragen war, abzusetzen, nach den obigen Ausführungen immerhin der am Orte seiner Niederlassung bestehende Gebrauch bezüglich der Frage entscheidend sein, ob er im Falle der Nichtausführung des Geschäfts eine Auslieferungsprovision zu beanspruchen habe. Daß ein Branntweinlager in Brüssel errichtet und von dort aus verkauft worden sei, hat der Beklagte weder in der ersten, noch in der zweiten Instanz behauptet.

Hiernach war die Revision zurückzuweisen. Die Kosten derselben waren nach §. 92 Abs. 1 der Civil-Prozeß-Ordnung dem Revisionskläger aufzuerlegen.

gez. Dr. Bingner. Wielandt. Wulfert. Dr. Dreyer.
Dr. Petersen. Wüstenfeld. Rospatt.

Urkundet

Verkündet in der öffentlichen Sitzung des Kreisgerichts, Zweiten Civilsenats, vom 29. Oktober 1886.

gez. Schrader,
Aktuar, als Gerichtsschreiber.

II. 167. 86.