

berücksichtigung der klägerischen Ansprüche. Die vom Beklagten für die Ablehnung gewählte Motivierung: er verlange vorerst Vorlage des Originaloffertschreibens vom Kläger, um sich durch dessen Einsicht von der Richtigkeit der geltend gemachten Gewährsansprüche zu überzeugen, konnte Kläger jederzeit mit Recht von sich abweisen unter dem Hinweis, daß gemäß § 38, Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs Beklagter in der Lage sei, sich jene Ueberzeugung an der Hand der eignen Geschäftsausweise zu verschaffen. Kläger hat diesen Hinweis unterlassen, weil er hierzu nicht verpflichtet, und weil er auch ohne ihn zur Erhebung der Klage berechtigt war, nachdem Beklagter zur Rücknahme der Lieferung sich nur bedingt bereit erklärt hatte.

Beklagter hat sich vor Gericht zur Rechtfertigung der vorläufigen Ablehnung der klägerischen Ansprüche auf einen Handelsgebrauch berufen, nach dem jeder Buchhändler, dessen Lieferung auf Grund des Offertschreibens bemängelt werde, das Recht haben soll, die Vorlage der Originalofferte mindestens von Kommissionär zu Kommissionär zu verlangen. Die mit der Sache befaßten Gerichte haben jedoch unterlassen, eine vorherige Feststellung dahin vorzunehmen, in welchen Fällen ein derartiger Handelsgebrauch, wie ihn Beklagter behauptete und Kläger auch teilweise einräumte, tatsächlich Platz greife. Das faktische Bestehen eines Handelsgebrauchs muß dem Gericht stets nachgewiesen werden. Das in Frage stehende Gericht hatte zwar eine dahingehende Beweisaufnahme verfügt, hat diese aber im Laufe des Prozesses wieder fallen lassen, lediglich deshalb, weil Kläger das Bestehen einer gebräuchlichen Vorlage des die Gewährsansprüche begründenden »Materials« von Kommissionär zu Kommissionär auch im antiquarischen Buchhandel ohne nähere Bezeichnung der Fälle, in denen ein solcher Gebrauch Platz greife, vor Gericht einräumte. Nach unserm Dafürhalten kann aber der Richter das Bestehen von Handelsgebräuchen nicht auf Grund beiderseitigen bloßen Parteivorbringens annehmen und seiner Entscheidung zu Grunde legen. Ein Handelsgebrauch, der einem Urteil zur Unterlage für die Sachentscheidung dienen und gemäß § 346 des Handelsgesetzbuchs für die Bedeutung und Wirkung von Handlungen oder Unterlassungen einer Partei von Einfluß sein soll, muß stets voll bewiesen werden. Im andern Fall hat er keinen Anspruch auf Berücksichtigung. In welchen Fällen aber der von beiden Teilen vor Gericht eingeräumte Handelsgebrauch in der buchhändlerischen Geschäftspraxis Platz greife, darüber wurde weder Beweis angeordnet, noch findet man im Urteil hierüber eine Feststellung.

In Anbetracht, daß § 38, Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs es jedem Kaufmann zur Pflicht macht, seine abgeordneten Handelsbriefe in Abschrift aufzuheben, um eben, z. B. bei Gewährleistungsansprüchen aus Lieferungen, Form und Inhalt der betreffenden Offerte gleich nachprüfen zu können, gäbe ein Handelsgebrauch wie der in Rede stehende nur da einen Sinn, wo es sich um Fälle handelt, bei denen der Offertsteller aus irgend einem triftigen Grund den Verlust der Abschrift des Offertbriefs in seinem Geschäft zu beklagen hat. Nicht aber könnte ein solcher Handelsgebrauch, wenn er selbst nachweislich feststände, von der in § 38, Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs Kaufleuten auferlegten gesetzlichen Pflicht zur Fertigung und Aufbewahrung von Abschriften abzuschickender Geschäftsbriefe befreien. Entschuldbare Verlustfälle ausgenommen, können durch einen Handelsgebrauch, der dem andern Teil die Pflicht zur Vorlage der empfangenen Handelsbriefe auf Wunsch des Gegners auferlegt, die aus der Nichtherstellung und Nichtaufbewahrung einer Abschrift für den Offerenten sich ergebenden nachteiligen Folgen gemeinhin nicht zu Lasten der Originalbriefempfänger geschrieben werden. Es müßte sonst nicht der Offerent,

sondern der Offertbriefempfänger für die Unterlassung der Herstellung einer Abschrift des Offertbriefs aufkommen, sofern er nicht zur Vorlage des Originaloffertschreibens auf Wunsch des nachlässigen Offerenten sich verstände. Eine solche Wirkung kann ein Handelsgebrauch gegenüber einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift wie diejenige von § 38 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs aber gemeinhin nicht äußern seit 1. Januar 1900.

Unserer Meinung nach war aber auch die vom Kläger vor Gericht gemachte Einräumung, daß auch im antiquarischen Buchhandel dem Lieferanten auf Verlangen das »Material« dafür, daß er nicht bestellungsgemäß geliefert habe, zugänglich zu machen sei, nur so zu verstehen, daß der Besteller das in Empfang genommene Buchmaterial, wenn er es als nicht offertgemäß nachträglich beanstandet, dem Lieferanten auf Wunsch vorzulegen habe, damit dieser sich von den behaupteten Fehlern und Mängeln überzeugen könne. Ein solcher Handelsgebrauch gäbe einen Sinn, weil ja der Lieferant mit der Absendung der Bücher sich dieser vollständig entäußert hat. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber gar nicht um eine derartige nachträgliche Feststellungsmöglichkeit von Buchdefekten seitens des Empfängers zur Kontrolle des Verkäufers, denn die vom Kläger am Buch gerügten Mängel hatte der Beklagte nicht in Frage gezogen und bestritten. Es handelte sich vielmehr im gegebenen Fall um die vom Gegner gewünschte Vorlage seines Originaloffertschreibens zu dem Zweck, daß sich Gegner, der eine Abschrift davon nicht besaß, den Inhalt jenes Schreibens wieder vergegenwärtigen könne.

Ob in solchen Fällen im antiquarischen Buchhandel und im Buchhandel überhaupt ein Handelsgebrauch besteht, der den andern Teil auf Verlangen zur Vorlage außerhalb des Prozesses von Kommissionär zu Kommissionär unter allen Umständen verpflichtet, muß fraglich erscheinen. Ein Beweis hierfür wurde im gerichtlichen Verfahren nicht erhoben und auch nicht erbracht. Gegenüber der zwingenden Bestimmung von § 38, Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs würde es sich aber immerhin fragen, welche Bedeutung und Wirkung einem solchen Handelsgebrauch beigelegt werden könnte, und ob ihm überhaupt irgend welche rechtliche Wirkung in Anbetracht dessen beigelegt werden könne, daß gemäß § 38, Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs jeder Kaufmann verpflichtet ist, sich den Beweis des Inhalts seiner Geschäftsbriefe selbst, und zwar dadurch sicherzustellen, daß er eine getreue Abschrift jener Briefe vor deren Absendung fertigt und diese zehn Jahre lang sorgfältig bei sich aufbewahrt.

Hieraus dürfte hervorgehen, daß doch nur in den Ausnahmefällen des unverschuldeten Verlustes der Briefkopie ein auf einen Handelsgebrauch sich stützender außergerichtlicher Anspruch auf Vorlage der in Händen des Gegners befindlichen Originalschreiben mit der Wirkung geltend gemacht werden kann, daß, so lange der besitzende Teil dem Verlangen zur Einsichtnahme nicht nachkommt, der andre Teil mit der Erfüllung der sich auf das Schreiben stützenden Ansprüche nicht in Verzug gerät. Nicht aber wird es als zulässig gelten können, daß z. B. ein Kaufmann die gesetzlich vorgeschriebene Abschriftnahme seiner Offert- und sonstigen Geschäftsbriefe unterläßt, weil er, im Fall der Offertbriefempfänger aus dem Brief, z. B. wegen nicht offertgemäßer Lieferung, Regressansprüche für sich ableiten sollte, nach Handelsgebrauch die außergerichtliche bedingungslose Vorlage des Originalbriefs vom Empfänger zu verlangen schlechthin für berechtigt gelten muß. Es könnte auf diese Weise der wirtschafts- und verkehrspolitische Zweck der Gesetzesbestimmung von § 38 Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs durch einen handelsgeschäftlichen Mißbrauch vollständig vereitelt werden.