

48. Welche Rechtsfälle sind bezüglich der Tragung des Zufalles bei einem Vertrage maßgebend, durch welchen jemand den Verkauf von Mobilien gegen eine in Prozenten vom Erlöse vereinbarte Provision übernimmt?

I. Civilsenat. Urth. v. 13. November 1895 i. S. D. G. M. u. A. F. (Kl.) w. H. L. (Bekl.) Rep. I. 225/95.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Kläger haben als Vollstrecker des Testamentes des A. B. Sch. durch Vertrag vom 23. April 1892 den Beklagten mit dem Verkaufe der Gemälde, Kunstsachen und Einrichtungsgegenstände aus dem Nachlasse des Sch. beauftragt. Bis längstens September 1892 übernahm Beklagter die Fertigstellung des zu versendenden Kataloges nebst den hierdurch entstehenden Kosten und allen übrigen Ausgaben. Für

alle diese Ausgaben hatte er sich mit dem von den Ansteigerern zu entrichtenden Aufgelde von 10 Prozent der Erlöse zu decken und erhielt daneben eine Provision von fünf Prozent der Erlöse zugesichert, die von der Summe der in der Versteigerung erzielten Höchstgebote, ausschließlich des erwähnten Aufgelbes, in Abzug gebracht werden, die Summe von 15000 *M* aber nicht überschreiten sollte. Falls der Gesamterlös den Betrag von 300000 *M* nicht erreiche, sollte dem Beklagten nur die Hälfte, bei einem Ergebnisse bis zu 250000 *M* nur ein Viertel der Provision, wenn der Erlös 200000 *M* nicht erreiche, gar keine Provision zustehen. Nach § 8 des Vertrages sollten die Auftraggeber befugt sein, selbst oder durch dritte, dem Beauftragten vor jedem Termine bekannt zu gebende Personen, Gegenstände zurückzukaufen. Ein solcher Ankauf sollte bis zum Betrage von einem Achtel des ohne Aufgeld berechneten Gesamterlöses frei von Provision und Aufgeld sein, ein Mehrankauf in Bezug auf Provision und Aufgeld ganz wie ein Ankauf durch dritte Personen behandelt werden. Der Beauftragte sollte ein ihm etwa gesetztes Limit, unter dem er nicht verkaufen dürfe, strengstens einhalten. Rückkäufe des Beklagten, welche wegen Nichterrechung eventuell von seiten der Kläger gestellter Limiten bei der Versteigerung geschehen mußten, sollten in Bezug auf Aufgeld und Provision ebenso wie die im § 8 erwähnten Rückkäufe behandelt werden. Bei der im Mai 1893 vorgenommenen Auktion hat Beklagter 287829,35 *M* erlöst, sich hiervon fünf Prozent Provision mit 14391,45 *M* berechnet und diese Summe von dem den Klägern auszubehaltenden Erlöse in Abzug gebracht.

Die Kläger behaupten, daß der Beklagte, weil der Erlös 300000 *M* nicht erreicht habe, nicht fünf Prozent Provision, sondern nur die Hälfte berechnen dürfe, und beantragen deshalb die Verurteilung des Beklagten zur Herauszahlung von 7195,72 *M* nebst Zinsen. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil unbestritten in der Zeit zwischen dem Abschlusse des Vertrages bis zur Versteigerung fünf im Kataloge aufgeführte Bilder im Werte von 40000 *M* von dem mit der Bewachung des Nachlasses betrauten Kammerdiener des Verstorbenen entwendet und deshalb nicht zur Auktion gebracht waren. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, und die Berufung der Kläger ist zurückgewiesen worden. Auf die Revision der Kläger ist das Berufungsurteil aufgehoben worden aus folgenden

## Gründen:

„Der Beklagte hat sich weder zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges noch zur Leistung gewöhnlicher Dienste an die Kläger verpflichtet. Der Vertrag ist also weder Werkverding noch Dienstmiete, sondern ein nach dem aus seinem Inhalte und Zwecke zu entnehmenden Willen der Parteien zu beurteilender zweiseitiger unbenannter Vertrag.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 29 Nr. 124.

Neben der dem Beklagten aufgetragenen Leitung der Versteigerung der Gemälde besteht dessen Hauptleistung in der sachkundigen Vorbereitung der Versteigerung durch Herstellung und Verbreitung der Kataloge. Die von den Klägern zu leistende Vergütung besteht nicht in einer bestimmten Summe, die als Lohn gelten könnte, sondern ist vom Erfolge bedingt. Der Beklagte soll überhaupt keine Provision erhalten, wenn ein Erlös von 200 000 *M* nicht erreicht wird, und ob er  $1\frac{1}{4}$ ,  $2\frac{1}{2}$  oder 5 Prozent Provision bezieht, hängt davon ab, ob über 200 000 *M* bis zu 250 000 *M*, ob über 250 000 *M* und schließlich ob volle 300 000 *M* Erlöst werden. Hiernach haben bezüglich der dem Beklagten zu entrichtenden Provision beide Teile sich einem ungewissen Erfolge unterworfen, und insofern schafft der Vertrag zugleich ein der Gesellschaft analoges Verhältnis, wobei die Kläger die zu versteigernden Gemälde zur Verfügung stellen, der Beklagte seine Erfahrungen, seine vorbereitende Thätigkeit und den daraus erwachsenden Aufwand einlegt. Hieran wird durch die Bestimmungen in §§ 8. 12 des Vertrages nichts geändert; denn damit wird den Klägern als Auftraggebern nur die Macht entzogen, bezw. beschränkt, ohne jede Provision und ohne Aufgeld an den Beklagten selbst oder durch Dritte Bilder zurückzukaufen. Hierdurch wird das gesellschaftliche Element des Vertrages bekräftigt. Wenn hiernach die Kläger nicht berechtigt erscheinen, die im Kataloge verzeichneten Bilder ganz oder teilweise der Versteigerung vorzuenthalten, sondern dem Berufungsgerichte darin beizupflichten ist, daß die Kläger gehalten waren, sämtliche zum Nachlasse gehörenden Gemälde zur Vornahme der Versteigerung zur Verfügung zu stellen, so kann dies aber doch nur von den zur Zeit der Versteigerung wirklich vorhandenen, nicht aber von den Bildern gelten, welche ohne Verschulden der Kläger zerstört oder abhanden gekommen sind. Weil, wie dargethan, die prozentuale und progressive Feststellung der Provision als gesellschaft-

liche Vereinbarung anzusehen, der Vertrag weder Werkverding noch Dienstmiete ist, sind nicht die für letztere bezüglich Tragung der Gefahr geltenden Rechtsätze, sondern die betreffs der Gesellschaft und ähnlicher Verhältnisse geltenden Vorschriften (l. 25 § 6 Dig. 19, 2; l. 52 §§ 3, 11. l. 58 pr. § 1 Dig. 17, 2) analog anzuwenden, wonach der ohne Verschulden eingetretene Verlust beide Teile trifft. Die vom Berufungsgerichte angewendeten Rechtsätze führen zu den von den Parteien sicher nicht gewollten Folgerungen. Bei einem zufälligen Verluste sämtlicher Gemälde könnte der Beklagte — einen voraussichtlichen Erlös von 300 000 *M* angenommen — aus dieser ganzen Summe 5 Prozent Provision fordern. Auch im gegebenen Falle wäre derselbe vom Standpunkte des Berufungsgerichtes aus zum Anspruche auf 5 Prozent Provision nicht nur aus dem erzielten Erlöse, sondern aus vollen 300 000 *M* berechtigt. Daß er diesen Anspruch nicht erhoben hat, ist für die grundsätzliche Beurteilung ohne Einfluß.

Bereits in einem verwandten Falle, wo es sich um den Anspruch eines Agenten handelte, hat das Reichsgericht,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 31 S. 61,

die Anwendung der l. 19 §§ 9, 10 und l. 38 Dig. 19, 2 abgelehnt und ausgesprochen, daß die eingetretene Unmöglichkeit lohnenden Weiterbetriebes des Geschäftes beide Teile, den Kommittenten und den Agenten, gleichmäßig treffe." . . .