

107. 1. Ist § 440 Abs. 3 BGB. anwendbar, wenn der Käufer auf Grund eines mit dem Dritten geschlossenen Leihvertrags im Besitz der Kaufsache bleibt?

2. Wann liegt ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag vor?

I. Zivilsenat. Ur. v. 11. November 1922 i. S. M. (Kl.) w. S. (Bekl.)
I 674/21.

I. Landgericht Kiel. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte verkaufte und lieferte dem Kläger im April 1920 zwei Pferde. Diese waren früher von der Brigade B. benutzt und ihr während des Kapp-Putsches von einem sogen. Aktionsauschuß abgenommen worden. Der Kläger behauptet, daß die Pferde von der Erfassungsabteilung R. auf Grund der Verordnung betr. die Wertverteilung von Militärgut vom 23. Mai 1919 (RGBl. S. 477) beschlagnahmt worden, ihm aber vorläufig unter der Verpflichtung jederzeitiger Heraus-

gabe Leihweise belassen worden seien. Er verlangt mit der Klage Ersatz des Wertes der Pferde. Das Landgericht erklärte den Klagenanspruch mit einer Einschränkung dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

Gründe:

Das Oberlandesgericht führt aus: Der Kläger habe ausdrücklich erklärt, seinen Anspruch auf die Vorschriften der §§ 440, 323, 812 Abs. 2 BGB. und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung stützen zu wollen. Sein Anspruch sei danach aber nicht begründet. § 323 BGB. beziehe sich nur auf nachträgliche Unmöglichkeit und nachträglich eintretendes Unvermögen, während es sich vorliegend um anfängliche Unmöglichkeit oder anfängliches Unvermögen handle. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung scheitere an der Bestimmung in § 440 Abs. 2 und 3 BGB., da der Kläger die Pferde noch in Besitz habe und in seinem Geschäftsbetrieb verwende. Daß er den Besitz auf Grund einer Leihleihe ausübe, wie er behaupte, sei unerheblich.

Die Revision rügt letzteres als rechtsirrig, indem sie geltend macht: Werde unterstellt, daß der Kläger vom Beklagten das Eigentum an den Pferden nicht erworben habe, dann sei sein gegenwärtiger Besitz nicht von dem Beklagten hergeleitet, sondern von einem Dritten, dem gegenüber er auf Grund des Leihvertrags besitze. Dieser Leihvertrag stelle sich als anderweitiger Erwerb im Sinne des § 440 Abs. 3 BGB. dar. Dieser Angriff ist nicht begründet. Im Kommentar von RGR. Erläut. zu § 440, auf den sich die Revision beruft, wird eine solche Meinung auch nicht vertreten. Durch die Vorschrift in § 440 Abs. 2 BGB., wonach der Käufer einer beweglichen Sache wegen des zum Besitz der Sache berechtigenden Rechtes eines Dritten Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen kann, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat, sollte vermieden werden, daß der Käufer eine Entschädigung wegen des Rechtsmangels erhält und gleichzeitig im Genuß der Sache verbleibt (Prot. Bd. 1 S. 663). Diese Billigkeitserwägung muß versagen, wenn der Käufer das Recht des Dritten erwirbt oder den Dritten abfindet. Daher die Vorschrift in § 440 Abs. 3 BGB., die aber, wie sich aus dem Gesagten ergibt, weder nach ihrem Sinn noch nach ihrem Wortlaut den hier vorliegenden Fall trifft, daß das Eigentumsrecht des Dritten vom Käufer nicht erworben wird, sondern bestehen bleibt, der Käufer den Dritten auch nicht abfindet, sondern mit ihm nur einen ihn zeitweilig zum Besitz der Sache berechtigenden Leihvertrag geschlossen hat. Hiernach fällt dem Berufungsgericht eine Verletzung des § 440 BGB. nicht zur Last.

Gleichwohl ist der Revision aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte

punkt der Erfolg nicht zu versagen. Das Oberlandesgericht lehnt die Anwendung des § 323 BGB. mit der zutreffenden Begründung ab, daß er sich nur auf nachträglich eintretende Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen beziehe, hier aber die Unmöglichkeit oder das Unvermögen schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrags bestanden habe. In Wirklichkeit kommt nicht ein Unvermögen des Beklagten, sondern eine von vornherein und für jedermann bestehende Unmöglichkeit der Erfüllung in Betracht, wenn die Pferde der Heeresverwaltung gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen waren (§ 935 BGB.), und mit einer Zustimmung der Heeresverwaltung zu ihrer Veräußerung nicht zu rechnen war. Daß solche Unmöglichkeit vor, so war der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag gemäß § 306 BGB. nichtig, und der Klagenanspruch kann sich dann aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB.) als begründet erweisen. Daß sich der Kläger in der Klage nicht ausdrücklich auch auf § 306 BGB. bezogen hat, steht nicht entgegen. Die rechtliche Beurteilung seines Vorbringens war Sache des Gerichts. Die erforderlichen Behauptungen sind aufgestellt; wo es noch nötig scheinen sollte, ist das Fragerecht auszuüben. Es kann daher nicht dahin gestellt gelassen werden, wie es das Oberlandesgericht getan hat, ob der Kläger Eigentümer der Pferde geworden ist; das bedarf vielmehr der Entscheidung.