

48. 1. Übergang eines Gattungskaufes in den Kauf einer individuell bestimmten Sache durch Übereinkommen.
2. Besteht aus dem Kaufvertrage die Verpflichtung des Verkäufers zur Ablieferung der Kaufsachen, nachdem er dem Käufer das Eigentum und mittels *constitutum possessorium* den Besitz übertragen hat?
3. Rückforderung des bezahlten Kaufpreises im Falle vereitelter Ablieferung.

I. Civilsenat. Urt. v. 8. April 1899 i. S. G. (Bekl.) w. W. (Kl.).
Rep. I. 45/99.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Anfang August 1897 kaufte der Kläger von der Beklagten Kakaobutter in Ballen zu 6—7 Blöcken von ca. 14 Kilogramm, unverzollt, mit Tara-Vergütung, Abnahme bis zum 17. August. Auf Grund einer am 16. August stattgehabten Besprechung der Parteien ging die Ware am 17. August nicht in die Hände des Klägers über, sondern wurde von der Beklagten für ihn im Verwahrsam behalten, verwogen, in 115 Ballen verpackt, jeder Ballen mit einem speziellen Markt versehen, und die Ballen im Keller, für sich gesondert, gelagert. Der Kläger beglich die ihm am 17. August unter spezifizierter Gewichts- und Marktangabe zugegangene Faktura. Nach Abnahme von 75 Ballen erfuhr der Kläger, daß die restlichen 40 Ballen nicht mehr vorhanden waren. Kläger forderte deshalb die Rückzahlung des auf sie entfallenden Teiles des Kaufpreises. Die Beklagte lehnte dieses Verlangen ab und ließ später 40 Ballen nach vorgängiger Androhung im Selbsthilfeverkauf öffentlich versteigern. Die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises für die 40 Ballen ist in den Instanzen durchgedrungen, und die eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die angefochtene Entscheidung beruht auf der Erwägung, daß zum Gegenstande des Kaufes diejenigen 115 Ballen geworden seien, die die Beklagte in der dem Kläger am 17. August 1897 zugegangenen Faktura näher bezeichnet hat, daß jene nach beschaffter Vertragserfüllung über den in ihrer Detention verbliebenen Restbestand von 40 Ballen eigenmächtig verfügt, sich dadurch aber schadensersatzpflichtig gemacht habe, und daß dieser infolgedessen berechtigt sei, den bereits bezahlten Kaufpreis zum entsprechenden Teile zurückzufordern.

Das Ergebnis ist richtig und sachgemäß, obwohl die Begründung, die es in der Berufungsinstanz gefunden hat, nicht überall als zutreffend erscheint.

Mit Unrecht wird von der Revision der rechtliche Ausgangspunkt der angestellten Erwägungen in Zweifel gezogen. Der Gattungskauf, den die Parteien miteinander geschlossen hatten, ist in der That nachträglich in einen Specieskauf aufgelöst worden. Gleichviel ob bei der generischen Obligation die Beschränkung auf ein einzelnes Sachindividuum regelmäßig schon mit der Ausschreibung, oder erst mit

der Lieferung geschieht: die Kontrahenten sind immer in der Lage, zu irgend welcher Zeit durch einen besonderen Willensakt auch ohne thatsächlichen Wechsel des Gewahrsams eine bestimmte, aus dem großen Kreise gleichartiger Sachen herausgehobene Sache zum Gegenstande ihres Schuldverhältnisses zu machen. Die rechtliche Möglichkeit, durch eine vor der effektiven Erfüllung im Einverständnisse beider Teile ausgeführte Specialisierung die vorhandene Unbestimmtheit der Leistung zu beheben, versteht sich von selber. Sie wird in den Quellen des römischen Rechtes so gut, wie im § 243 B.G.B. als gegeben vorausgesetzt, ohne daß es für erforderlich erachtet wäre, ihrer besonders Erwähnung zu thun. Die Frage, ob die Kaufsache möglicherweise wegen vertrags- oder gesetzwidriger Beschaffenheit zur Verfügung gestellt werden kann, hat nach gemeinem Rechte mit der Konkretisierung des Schuldobjektes nichts zu thun. Die ausgewählte Sache bleibt Vertragsgegenstand, mag sie ordnungsmäßig sein, oder nicht, und der Gläubiger ist im Falle der Mangelhaftigkeit nicht verpflichtet, sich die Lieferung einer anderen Sache an ihrer Stelle gefallen zu lassen.

Es beruht nun nicht auf Rechtsirrtum, wenn das Berufungsgericht hier ein Abkommen der bezeichneten Art als geschlossen ansieht. Die Parteien haben sich darüber vereinigt, daß die Lieferung ganz bestimmter Ballen von der Beklagten geschuldet werden solle. Während nach den Kaufbedingungen am 17. August geliefert werden mußte, ist nachträglich in der Hinsicht eine Änderung festgesetzt worden, daß die Beklagte die Ware einstweilen noch, und zwar bis auf besondere Abforderung, im Gewahrsam zu behalten habe. Sonst blieb die Rechtslage so, wie sie nach dem Kaufgeschäft sein oder werden sollte. Dementsprechend sind zur vereinbarten Lieferzeit 10141 Kilogramm Butter für den Kläger in 115 Ballen von verschiedenem Gewichte zusammengepackt und verwogen. Die Ballen haben je ein besonderes Märk erhalten und sind auf ein von den übrigen Waren getrenntes Lager gebracht. Dem Kläger sind Gewicht und Märk der für ihn bestimmten Ballen mitgeteilt worden, und er hat darauf den bedungenen Kaufpreis bezahlt. Es braucht nun nicht besprochen zu werden, ob schon durch seine bloße Kenntnisaufnahme von diesen Vorgängen der Leistungsinhalt auf die ausgeschiedenen Sachen zurückgeführt werden konnte. Denn es handelt sich nicht um einseitige Maßnahmen und

Mitteilungen der Beklagten; vielmehr hat sie die Einzelballen auf Verlangen des Klägers hergestellt und in Gewicht genommen, damit sie — wie er ihr schreibt — bei ihr lagern könnten. Der ihm zukommende Kaufgegenstand sollte demnach in Gemäßheit der beiderseitigen Willensabsicht und Willenserklärung genau bestimmt und individualisiert sein, um jede Verwechslung mit anderen Waren der gleichen Art unmöglich zu machen. Indem hierauf entsprechend verfahren wurde, setzte sich dann aber der bisherige Gattungskauf notwendig und von selber in den Kauf einer individuell charakterisierten Sache um.

Von dieser Grundlage aus erscheint der erhobene Rückforderungsanspruch berechtigt. Nach den vom Berufungsgerichte prozeßgerecht getroffenen Feststellungen hat die Beklagte 40 Ballen Butter nicht ausliefern können, weil sie sie wieder auf ihr allgemeines Lager genommen, ausgepackt, mit anderer Butter späterer Fabrikation vermischt und teilweise jedenfalls sonst verwendet hatte. Das Berufungsgericht nimmt nun an, daß der Kläger zufolge der vorhin geschilderten Vorgänge Eigentümer der Butter gewesen sei, folgert aus der eigenmächtigen Verfügung der Beklagten über die ihr nicht gehörende Ware ihre Erfassungspflichtigkeit und achtet ohne weiteres den Schadensersatzanspruch des Klägers dem von ihm geltend gemachten Rückzahlungsanspruch rechtlich und sachlich gleich. Diese Beweisführung ist nicht haltbar. Da der Kläger schlechthin die Rückzahlung des entsprechenden Fakturabetrages gefordert hatte, so würde es zunächst einer näheren Erörterung bedürft haben, ob in der Auswechslung dieses Anspruches gegen den zuerkannten Schadensersatzanspruch nicht eine gerichtsseitige Klagenvertauschung oder doch eine in der Berufungsinstanz unmögliche Änderung der Klage gelegen sei. Abgesehen aber ganz hiervon, erhellt auch nicht, daß der dem Kläger aus der Widerrechtlichkeit der Beklagten entstandene Schaden nach seinem Betrage mit dem bezahlten Kaufpreise zusammenfällt. Diese unmotivierete Unterstellung wird auch keineswegs durch die Bemerkung gerechtfertigt, daß insoweit nichts beanstandet sei. Denn zu solcher Beanstandung lag kein Grund vor, weil die Übereinstimmung zwischen Schaden und Kaufpreis gar nicht behauptet war.

Gleichwohl ist die Entscheidung zutreffend. Die Thatsache, daß die Beklagte sich außer stand gesetzt hat, die verkauften 40 Ballen

zu liefern, trägt den in der Klage verfolgten Anspruch. Es kommt nicht darauf an, ob wirklich ein Eigentumsübergang stattgefunden hat, und zwischen den Parteien ein selbständiger Verwahrungsvertrag abgeschlossen ist, oder ob die Beklagte die Ware lediglich bis zu vollständiger Erfüllung des Kaufgeschäftes, d. h. bis zu ihrer Ablieferung, im Gewahrsam behalten sollte, ohne daß in den Eigentumsverhältnissen bereits eine Verschiebung vor sich gegangen wäre. Denn in dem einen wie in dem anderen Falle kann der Kläger den Kaufpreis zurückfordern. Freilich möchte es auf den ersten Blick den Anschein gewinnen, als ob er, war er Eigentümer geworden, und verfügte die Beklagte über seine Sache, auf die Interessensforderung beschränkt sei. Das scheint aber eben nur so. Durch den Eigentumserwerb ist bei der besonderen Gestaltung der Dinge die obligationsmäßige Verbindlichkeit zur Ablieferung der verkauften Ware nicht untergegangen; zum mindesten ist sie zufolge des Verhaltens der Beklagten außers neue ins Leben gerufen. Daß der Verkäufer mit der Verschaffung des abstrakten Eigentumsrechtes, die von einem tatsächlichen Besitzwechsel nicht begleitet ist, seinen Vertragspflichten noch nicht genügt, springt in die Augen. „Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere“, heißt es in L. 11 § 2 Dig. de A. E. V. 19, 1. Und höchstrichterlich ist wiederholt anerkannt, daß diese Verbindlichkeit in der Eigentumsüberweisung nicht ihre Erledigung findet.

Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 37, Bd. 19 Nr. 147.

Nun soll hier freilich auch die Einräumung des Besitzes vermittlest des Rechtsaktes des *constitutum possessorium* vollzogen worden sein. Dieser Umstand bewirkt aber rücksichtlich der Ablieferungsverpflichtung der Beklagten keine Änderung, weil er von ihr in seinem Ergebnisse nachträglich wieder beseitigt ist. Läßt sich aus ihrem Vorgehen nicht folgern, daß es ihr überhaupt am Besitz- und am Eigentumsübertragungswillen gefehlt hat, so ist doch unzweideutig zum Ausdruck gekommen, daß sie der Verschiebung in den formalen Eigentums- und Besitzverhältnissen rechtliche Bedeutung nicht zuerkannt wissen will, sondern dessenungeachtet die obligatorischen Beziehungen auf ihrer Seite als fortdauernd ansieht. Das muß sie gegen sich gelten und sich deshalb so behandeln lassen, als ob eine Umgestaltung der Rechtslage nicht geschehen wäre. Der Besitz- und Eigentumsübergang hat die vollständige und allseitige Erfüllung des Kaufvertrages nicht zur

Folge gehabt. Die Summe der persönlichen Rechte und Pflichten, die dieser erzeugt, ist insoweit nicht von ihm aufgefogen, als Recht und Pflicht der Ablieferung erhalten geblieben sind. Der Kläger hat daher neben seiner dinglichen Berechtigung auch den vertraglichen Anspruch darauf, in den realen Genuß des Kaufgegenstandes gebracht zu werden, und kann, wird diesem Ansprüche nicht genügt, diejenigen Befugnisse geltend machen, die ihm das Gesetz für den Fall der Nichterfüllung seitens des Verkäufers verleiht. Er braucht den Kaufpreis nicht zu bezahlen oder darf, hatte er im voraus bezahlt, dessen Rückzahlung fordern.

Ein gleicher oder analoger Gedanke ist schon vom römischen Rechte praktisch verwertet worden. L. 11 § 18 Dig. de A. E. V. 19, 1: „Qui autem habere licere vendidit, videamus, quid debeat praestare; et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus — — — scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri; pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, et pretium venditor retineret. — — —“

Erinnert man sich daran, daß in dieser Stelle mit dem habere licere nicht die Eviktionsleistungspflicht des Verkäufers im technischen Sinne, sondern die gesamte von ihm geschuldete Vertragsleistung bezeichnet wird, vgl. dazu *Uf.*, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums S. 15 ffg.,

so wird die Tragweite des Rechtsprinzips, dem der römische Jurist zur Anerkennung verhelfen will, unschwer herausgestellt werden können. Der Verkäufer, der für die eigentliche Eviktion seitens eines besser Berechtigten nicht aufzukommen hat, soll dennoch zur Rückgabe des Kaufpreises verpflichtet sein, wenn dem Käufer die Sache entzogen wird. Daß es einen Rechtsunterschied begründet, wenn solche Ent-

ziehung auf Eigenmacht des Verkäufers, und nicht auf dem Recht eines Dritten beruht, ist nicht gesagt. Der ausgesprochene Grundsatz wird mit dem Hinweis auf die Unbilligkeit, die in einer abweichenden Rechtsgestaltung gelegen sein würde, gerechtfertigt. Diese Unbilligkeit tritt aber nur um so schärfer hervor, wenn der Verkäufer selber seinem Käufer den Genuß der Sache verkümmert und sie ihm wieder nimmt, noch ehe er in der Lage war, den bestimmungsgemäßen Gebrauch davon zu machen. Die zurückgezogene Leistung ist in Wahrheit eine Scheinleistung gewesen; sie gilt rechtlich als nicht geschehen.

Hiernach kann der Klage aus dem Kaufvertrage entsprochen werden, auch wenn Besitz und Eigentum schon auf den Kläger übertragen gewesen sein sollten. Daß sich aber das nämliche Resultat nur um so einfacher und gewisser ergibt, wenn diese Voraussetzung wegfällt, versteht sich von selber. Der Kläger war auch nicht etwa genötigt, sich mit der Lieferung einer anderen als der den Gegenstand des Vertrages bildenden Ware zufrieden zu geben. Nachdem die Genusobligation in eine Speciesobligation umgewandelt ist, greifen kraft rechtlicher Notwendigkeit alle die Rechtsätze Platz, von denen die Speciesobligation beherrscht wird. Der Gläubiger hat Anspruch auf Lieferung eben derjenigen Ware, die er gekauft hat, und die Möglichkeit, den Vertrag durch Lieferung eines anderen Sachindividuums zu erfüllen, könnte höchstens dann in Ermägung gezogen werden, wenn es sich um eine Ware handelt, die für den Berechtigten nach ihrer Individualität schlechterdings gar kein Interesse hat, und wenn der Verpflichtete sofort eine gleichwertige Ersatzware angeboten hat. Diese Sachlage ist hier nicht gegeben. Es ist nicht klar gestellt, daß und warum es dem Kläger vollkommen gleichgültig sein mußte, ob er die eine, oder die andere Ware erhielt. Und die Forderung auf Rückgabe des Kaufpreises war längst erhoben, als die Beklagte die Lieferung einer Ersatzware nicht etwa angeboten, sondern in Aussicht gestellt hat.“ . . .