

9. Darf der Schuldner auf die aus einem Vertrage ihm obliegende Leistung verurteilt werden, wenn er behauptet und unter Beweis stellt, daß die Leistung inzwischen unmöglich geworden sei, dies jedoch nicht anerkannt wird, und es bereits feststeht, daß die Unmöglichkeit, wenn solche vorliegen sollte, von dem Schuldner zu vertreten sein würde?

B.G.B. §§ 275. 282. 283.

I. Civilsenat. Ur. v. 18. Februar 1903 i. S. R. & Co. (Bekl.) m. Kl. (Kl.). Rep. I. 344/02.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Im April 1900 sandte die Firma Gebr. D. in Merseburg a. S. zweimal je 18 Rollen Rotationsdruckpapier an die beklagte Firma, und zwar mit Frachtbriefen vom 7. und 10. April 1900, die beide mit dem Vermerk versehen waren „Zur Verfügung des Herrn H. Kl. dort Kl. Bäckerstr. 26“ bezw. „Hamburg“ (Adresse des Klägers). Die Beklagte nahm die beiden Sendungen in Empfang, lieferte dieselben jedoch nicht an den Kläger ab, sondern sandte sie, ohne den letzteren auch nur in Kenntnis zu setzen, an die Firma W. D. Edw. in London. Der Kläger erhob demnächst Klage und beantragte Verurteilung der Beklagten, ihm zweimal 18 Rollen Rotationsdruckpapier zu liefern. Behufs Begründung legte er eine Urkunde vor, durch die ihm von der Firma Gebr. D. alle dieser gegen die Beklagte aus dem der letzteren von ihr in Ansehung der erwähnten Sendungen erteilten Auftrag zustehenden Rechte und Ansprüche abgetreten waren, meinte jedoch, daß ihm auf Grund des zwischen der Beklagten und der Firma Gebr. D. zustande gekommenen Vertrages auch ein selbständiges Recht auf Lieferung des Papiers zustehe.

In erster Instanz wurde der Klage stattgegeben und die Beklagte „verurteilt dem Kläger zweimal 18 Rollen Rotationsdruckpapier auszuliefern“. Die Beklagte legte Berufung ein und machte nunmehr unter Vorlegung eines Schreibens der Firma W. D. Edw. vom 28. Februar 1902, sowie unter Benennung des Inhabers dieser Firma als Zeugen geltend, daß das in Rede stehende Papier längst bedruckt und verbraucht sei. Der Kläger bestritt letzteres mit Nichtwissen, erachtete es

aber auch für unerheblich und erklärte auf gerichtliches Befragen, daß er zunächst nur Erfüllung des zwischen Gebr. D. und der Beklagten geschlossenen Vertrages, nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung dieses Vertrages fordern wolle. Im Einverständnis der Parteien wurde danach die Verhandlung auf den jener Erklärung entsprechenden Anspruch beschränkt. Alsdann erkannte das Berufungsgericht und wies die Berufung als unbegründet zurück, vervollständigte aber das angefochtene Urteil dahin, daß hinter dem Worte „Kläger“ die Worte „die von Gebr. D. im April 1900 der Beklagten übersandten“ einzuschalten seien, um jeden Zweifel daran auszuschließen, daß es sich um die Herausgabe gerade dieser Rollen, nicht um Herausgabe einer nur der Gattung nach bestimmten Ware handle. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

„Die Revision beanstandet das angefochtene Urteil zunächst deshalb, weil mit Unrecht und unter unrichtiger Würdigung des Sachverhalts eine Haftung der Beklagten angenommen worden sei. Die Firma Gebr. D. habe das in Rede stehende Druckpapier durch Beklagte nach London befördern lassen wollen, und Beklagte habe richtig gehandelt, wenn sie die Versendung dorthin sofort nach Ankunft des Papiers bewerkstelligt habe, da ihr bekannt gewesen sei, daß die Versendung besonderer Beschleunigung bedürfe, und sie durch Unterlassung einer Anzeige und Rückfrage bei dem Kläger nur unnötige Weiterungen vermieden habe. Die Übersendung des Druckpapiers von der Firma Gebr. D. an Beklagte habe mithin die Bedeutung eines Expeditionsauftrags gehabt, und dieser sei von der Beklagten ordnungsmäßig erfüllt worden. Abgesehen davon würde jeder Anspruch an letztere nach den Bestimmungen in §§ 407. 414 H.G.B. verjährt sein, da die jetzt verlangte Ablieferung im April 1900 hätte erfolgen müssen, die Klage aber erst am 21. Oktober 1901 erhoben worden sei.

Mit diesem Versuch einer Rechtfertigung darf die Revision jedoch nicht gehört werden. Der Inhaber der klagten Firma ist in erster Instanz persönlich vernommen worden und hat hierbei auf Grund von ihm überreichter Korrespondenz dargelegt, daß er nur im Auftrag von Edw. so, wie geschehen, gehandelt habe, und daß letzterer ihm gegenüber für die Folgen aufzukommen haben werde. Im Einklang mit dieser, in dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils enthaltenen

Angabe wird in den Gründen des jetzt angefochtenen Urteils gesagt, die Firma Gebr. D. habe das Papier nicht durch Beklagte besorgen lassen wollen, und Beklagte habe die Versendung nicht für Gebr. D. bewirkt, sondern die ihr von dieser Firma übersandte Ware als Spediteurin von Edw. nach London auf den Weg gebracht; von Gebr. D. habe Beklagte nur den Auftrag gehabt, das Papier an Kläger, der der Destinatär der Sendung gewesen sei, oder auf dessen Verfügung auszuliefern. Dies ist eine tatsächliche Feststellung, die der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nicht unterliegt. Auf Grund derselben aber hat das Verfassungsgericht zutreffend angenommen, daß durch die Zusendung des Papiers an Beklagte und die Annahme desselben nicht ein Speditionsvertrag, sondern ein nach § 362 H.G.B. und § 662 B.G.B. zu beurteilender Vertrag zustande gekommen und eine Verjährung aus § 414 Abs. 1 H.G.B., deren Eintritt überdies durch Abs. 4 ebenda selbst ausgeschlossen sein würde, nicht in Betracht zu ziehen ist.

Sodann wird von der Revision geltend gemacht, daß eine Verurteilung der Beklagten so, wie geschehen, unstatthaft gewesen sei, weil dieselbe behauptet und unter Beweis gestellt habe, daß das in Rede stehende Papier längst verbraucht sei und hierauf zunächst habe eingegangen werden müssen. Denn wenn die Behauptung der Beklagten bewiesen werde, so würde die dem angeblichen Vertrage entsprechende Leistung unmöglich geworden sein, dann aber Beklagte nicht gleichwohl doch zu der Leistung selbst verurteilt werden können, sondern Kläger darauf angewiesen sein, Schadensersatz zu fordern. Die Revision legt hierauf besonders Gewicht und hebt hervor, daß die ausgesprochene Verurteilung auch unbillig sei, da Kläger irgend welchen Schaden nicht werde nachweisen können.

Ob letzteres der Fall sei, ist bisher nicht erörtert worden; es liegen in dieser Beziehung nur die Behauptungen des Klägers vor, die aus dem Tatbestand der Instanzurteile ersichtlich sind. Danach hat die Firma Axel Hinr. Est. in Kopenhagen das in Rede stehende Druckpapier an W. D. Edw. in London liefern sollen und bedungen, daß die Ware in Hamburg an den Agenten des letzteren, Martwin M., zu übergeben sei, jedoch nicht anders, als gegen Aushändigung eines von Edw. über den Kaufpreis, 4597,70 M., zu gebenden Akzepts. Um dies zu sichern, wurde das Papier von dem Agenten der Firma

Agel Finr. Est., nämlich dem Kläger, bei Gebr. D. mit der Bedingung „Lieferung an meine Adresse“ bestellt. Gebr. D. kamen dieser Bedingung nach; die Ware gelangte jedoch an Beklagte, und letztere ließ sie, ohne den Kläger zu benachrichtigen, an Edw. weitergehen. Dieser ließ nunmehr sein Akzept nicht herausgeben, weigerte sich auch, den Preis zu bezahlen, sondern erklärte, daß er gegen Schadenersatzansprüche aufrechnen werde. Die Auslieferung des Papiers von der Beklagten an Edw. hat mithin, nach Behauptung des Klägers, zur Folge gehabt, daß die Kopenhagener Firma, wenn sie den Preis erhalten will, gegen Edw. Klage erheben muß, während sie sonst dessen Klage auf Schadenersatz abwarten könnte. Kläger behauptet, daß die Firma Agel Finr. Est., seine Auftraggeberin, ihn deshalb mit dem Wert des Papiers belaste.

Zugestanden oder für erwiesen erachtet sind diese tatsächlichen Behauptungen nicht. Es kommt jedoch gegenwärtig nicht auf dieselben an, sondern es steht lediglich zur Frage, ob Kläger bei dem von ihm bisher allein erhobenen Anspruch auf Lieferung des Papiers selbst beharren, und ob demgemäß erkannt werden durfte, obwohl von der Beklagten unter Beweis gestellt worden ist, daß das Papier schon verdruckt sei. Dies ist mit dem Berufungsgericht zu bejahen. Sollte die Behauptung der Beklagten der Wahrheit entsprechen, so würde freilich (vgl. § 950 B.G.B.) das Papier verarbeitet und die verlangte Leistung unmöglich geworden sein, da es sich nicht um die Lieferung einer nur der Gattung nach bestimmten Ware, sondern um die Auslieferung gerade derjenigen Rollen handelt, die der Beklagten von der Firma Gebr. D. zugegangen sind. Allein diese Unmöglichkeit wäre von der Beklagten selbst nach Entstehung ihrer Verpflichtung durch eine vertragswidrige Handlung herbeigeführt, und deshalb dürfte sie sich hierauf nicht berufen. Es ist allerdings streitig, ob in dem Fall, daß nach Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, seine Verbindlichkeit sich in eine solche auf Schadenersatz umwandelt, oder ob seine Verpflichtung auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand gerichtet bleibt und der Schadenersatz nur das Surrogat der Erfüllung bildet. Das hier maßgebende Bürgerliche Gesetzbuch hat es, ebenso wie der erste Entwurf (vgl. dessen Motive Bd. 2 S. 50) abgelehnt, diese Frage ausdrücklich zu beantworten. Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet

zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen, stellt in § 275 Abs. 2 beides gleich und bestimmt in § 280 Abs. 1, daß der Schuldner, falls eins oder das andere nachträglich in Folge eines von ihm, dem Schuldner, zu vertretenden Umstandes eintritt, zum Schadenersatz verpflichtet sei, während es für den Fall des gegenseitigen Vertrages dem Gläubiger noch die anderen in § 325 bezeichneten Rechte gewährt. Hierin ist jedoch nur ein materieller Rechtsatz ausgesprochen, über dessen Geltendmachung aber noch nichts bestimmt. Aus allgemeinen Grundsätzen und der in § 249 ausgesprochenen Regel würde folgen, daß der Gläubiger, um Schadenersatz fordern zu dürfen, beweisen müßte, daß der Schuldner nicht leisten könne, und daß derselbe hierfür aufzukommen habe; um jedoch dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechts zu erleichtern, ist in § 282 die Beweislast dem Schuldner auferlegt worden. Der in Anspruch genommene Schuldner muß mithin den Beweis, und zwar in beiden Beziehungen führen; gelingt ihm dies nicht, so wird er verurteilt, und nunmehr hat der Gläubiger, um zur Forderung auf Schadenersatz zugelassen zu werden, keinen weiteren Beweis zu führen, sondern kann dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung setzen und nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Schaden, so weit er zu dessen Nachweis imstande ist, ersetzt verlangen (§ 283). Diese Bestimmung ist, ebenso wie im ersten Entwurf (§ 243, Motive Bd. 2 S. 53—55), mit vollem Vorbedacht getroffen worden, um dem Gläubiger bei der Unzulänglichkeit der in § 893 (früher 778) C.P.O. gegebenen Vorschrift zu seinem Recht zu verhelfen, und gilt (wie in den Motiven zum ersten Entwurf Bd. 2 S. 54 hervorgehoben wird) bei allen Schuldverhältnissen, ohne Rücksicht auf den Grund derselben. Hieraus folgt, daß (wie dort ebenfalls hervorgehoben wird) auch bei vorliegender, jedoch noch nicht festgestellter Unmöglichkeit auf die Leistung selbst geklagt werden kann, und daß eine entsprechende Verurteilung zu erfolgen hat. Es ergibt sich dies aus der allseitig anerkannten Erwägung, daß bei dem nachträglichen Eintritt einer von dem Schuldner zu verantwortenden Unmöglichkeit der Leistung das ursprüngliche Schuldverhältnis unverändert bestehen bleibt, sowie aus den oben erwähnten Bestimmungen. Ferner ist keineswegs anzuerkennen, daß die Verurteilung zu einer nach Angabe des Schuldners unmöglichen Leistung widersinnig oder zwecklos sei. Die Vollstreckung eines Urteils, das nicht vollzogen

werden kann, verbietet sich freilich von selbst, und ebenso ist es richtig, daß ein Urteil auf eine Leistung, deren Unmöglichkeit bereits feststeht, nicht zu erlassen ist. Ganz anders liegt dagegen die Sache, wenn die Unmöglichkeit zwar behauptet, aber noch nicht erwiesen ist. In einem solchen Falle hat der Schuldner keineswegs stets zu verlangen, zum Beweise derselben zugelassen zu werden. Selbstverständlich hat er Anspruch hierauf, wenn er auch darlegen kann, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat und deshalb nach § 275 B.G.B. von der Verpflichtung zur Leistung befreit ist; steht jedoch schon fest, daß der Schuldner die Unmöglichkeit, wenn solche vorliegen sollte, zu vertreten, vielleicht gar selbst herbeigeführt hat, so darf er sich hierauf nicht berufen, um den Gläubiger zu zwingen, seinen Schaden nachzuweisen, ohne den in § 283 B.G.B. ihm eröffneten Weg einzuschlagen. Dieser Weg aber bietet dem Gläubiger einen besonderen Vorteil; denn sobald er die Verurteilung des Schuldners zu der ursprünglichen Leistung erlangt und die in § 283 vorgesehene Frist geseht hat, kann er nach fruchtlosem Ablauf derselben als Schadenersatz, ohne einer weiteren Darlegung zu bedürfen, den Geldbetrag fordern, der dem Wert der ausgebliebenen Leistung entspricht, und der etwaige Nachweis, daß der Gläubiger keinen oder doch nur geringeren Schaden gehabt habe, ist nunmehr Sache des Schuldners. Mit Recht ist deshalb im vorliegenden Falle das Berufungsgericht auf den Beweis Antrag dafür, daß das in Rede stehende Papier schon zur Leistung verurteilt und ausgesprochen, es müsse sich demnächst finden, ob Kläger die Herausgabe werde erwirken können oder Schadenersatz fordern müsse.“