

39. Zum Unterschiede zwischen *emptio spei* und Kauf einer Sache, wenn der Käufer von einem Mangel im Rechte des Verkäufers Kenntnis hat.

BGB. § 439.

II. Zivilsenat. Ur. v. 17. März 1916 i. S. R. Gesellsch. m. b. H.
(Bekl.) w. H. & M. (Kl.). Rep. II. 454/15.

I. Landgericht Kiel, Kammer für Handelsachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin ist Reeder des Flensburger Dampfers „Elektra“. In diesem war Anfang August 1914 eine Ladung Kohlen von England nach Kiel verschifft, welche für die Beklagte bestimmt war. Der Kriegsgefahr wegen beorderte die Klägerin den Dampfer in den dänischen Hafen Frederikshavn. Am 10. August bot ihr die Beklagte telegraphisch die Ladung zum Preise von 22 *M.* die Tonne zu Kauf an und erklärte auf Rückfrage: „Konnossement nicht mehr eingetroffen, Nachweis durch Charter, Verkaufsvertrag, Abgangstelegramm, Briefwechsel zu liefern.“ Die Klägerin kaufte darauf die Ladung durch telegraphische Annahme des Angebots zu 22 *M.* Am 11. August bestätigte sie den Kauf, forderte den Nachweis für das Recht der Beklagten an der Ladung und fügte hinzu: „Ferner müssen wir Sie bitten, uns zu bestätigen, daß Sie uns für alle Ansprüche schadlos halten, die nachträglich durch den Konnossementeninhaber etwa erhoben werden könnten.“ Nachdem dann am 12. August die Beklagte eine Anzahl von Schriftstücken, die sie als Käuferin der Ladung legitimierten, mit dem Bemerkten: „aus denselben geht ohne jeden Zweifel hervor, daß wir Inhaber der Ladung sind und darüber verfügen können; hierdurch ergibt sich auch jedes Rechtsverhältnis“, übersandt hatte, wurde der Kaufpreis von der Klägerin bezahlt. Ehe jedoch die Ladung in Frederikshavn gelöscht wurde, legte der dortige englische Konsul die auf ihn indossierten Konnossemente vor, und der Kapitän war genötigt, ihm die Ladung auszuliefern.

Die Klägerin fordert mit der Klage Rückzahlung des gezahlten Preises abzüglich einer anderweit verrechneten Summe und ferner Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 4001,86 *M.* nebst Zinsen. Die Beklagte macht geltend, daß sie das Fehlen des

Konnoffements nicht zu vertreten habe, weil sie der Klägerin davon vor Abschluß des Kaufes Mitteilung gemacht habe. Der erste Richter verurteilte die Beklagte zur Erstattung des Kaufpreises; über den Anspruch auf Schadensersatz wurde nicht verhandelt. Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück. Auch die Revision hatte keinen Erfolg.

Gründe:

„Durch das angefochtene Teilverurteil ist die Beklagte verurteilt worden, der Klägerin einen Teil des Kaufpreises zu erstatten, den diese für die streitige Ladung Kohlen bezahlt hat.

Der Verkauf der Ladung wurde durch die vier Telegramme vom 10. August 1914 geschlossen. In dem dritten Telegramm hatte die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, daß das Konnoffement „nicht mehr“ eingetroffen sei (d. h. daß sie es wegen Ausbruchs des Krieges nicht mehr erhalten habe), und daß der Nachweis ihrer Rechte durch Charter, Verkaufsvertrag, Abgangstelegramm zu liefern sei. Als die Klägerin in Antwort auf dieses Telegramm den Kauf telegraphisch abschloß, wußte sie demnach, daß die streitigen Kohlen von dem englischen Ablader an die Beklagte verkauft und abgeladen waren, daß also der Beklagten ein Forderungsrecht auf Lieferung dieser Ware gegen die Ablader zustand, wußte aber auch, daß das Konnoffement und damit das dingliche Recht an der Ware noch bei dem englischen Verkäufer geblieben war, was mit Rücksicht auf den ausgebrochenen Krieg offenbar eine erhebliche Gefahr begründete. Die Klägerin hat also bei Abschluß des Kaufes den Mangel im Rechte der Verkäuferin gekannt. Das zeigt sich auch deutlich darin, daß sie nachträglich in ihrem Bestätigungsschreiben vom 11. August eine Gewähr gegen etwaige Ansprüche des Konnoffementsinhabers gefordert hat. Das Berufungsgericht versteht nun die Antwort der Beklagten vom 12. August dahin, daß die Beklagte die beanspruchte Gewähr übernahm. Ist diese Auslegung richtig, so folgt daraus, daß nicht nur der vor das Revisionsgericht gelangte Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises, sondern auch der noch in den Vorinstanzen anhängige Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an sich begründet ist. Die Auslegung des Berufungsgerichts wird von der Revision angegriffen. Ob diese Angriffe berechtigt sind, und ob sie sich auf einem der Revision zugängigen Gebiete bewegen,

kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn man, der Revision folgend, annimmt, daß die Beklagte in ihrer Antwort die geforderte Gewähr nicht geleistet, sondern nur das, was sich aus den übersandten Urkunden ergab, zugesagt hat, so würde es doch bei der Beurteilung der Beklagten zur Rückgabe des empfangenen Kaufpreises verbleiben müssen.

Dann hat die Klägerin ohne Garantie gemäß den gewechselten Telegrammen, also in Kenntnis des Mangels im Rechte der Verkäuferin gekauft. Daraus folgt aber nicht, daß der Verkauf eines unsicheren Rechtes — eine sog. *emtio spei* — vereinbart ist, und die Klägerin den Preis zu bezahlen hat, auch wenn das gekaufte Recht sich als undurchführbar erweist. Vielmehr bleibt es dabei, daß eine bestimmte Ladung Kohlen verkauft ist. Die Kenntnis der Klägerin von dem Mangel im Rechte der Beklagten hat nur die im § 439 BGB. angeordnete Folge, daß die Beklagte als Verkäuferin den Mangel nicht zu vertreten hat. Ist nun wegen dieses Mangels die Ladung beiden Parteien entzogen, so liegt ein Fall des § 323 BGB. vor. Die Leistung der verkauften Sache ist für die Beklagte unmöglich geworden infolge eines Umstandes, den weder sie, noch die Käuferin zu vertreten hat. Infolgedessen ist die Beklagte von der Lieferpflicht frei geworden, hat aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung verloren, hat also den empfangenen Kaufpreis herauszugeben.

Die Revision wendet allerdings hiergegen ein, daß die Klägerin den Verlust der Ladung verschuldet und folglich zu vertreten habe. Aber dies ist verfehlt. Durch schnellere Entloßung hätte die Klägerin die Rechte des Konnossementsinhabers nicht vereiteln können. Hätte sie sich der Ladung vor seinem Auftreten entäußert, so hätte sie ihm den Wert ersetzen müssen. Der Einwand, daß die Klägerin die Ansprüche des Konnossementsinhabers mit Erfolg hätte abwehren können, weil das Konnossement nur „formell“ an ihn indossiert gewesen sei, ist unzulässig. Die Beklagte hat in den Vorinstanzen solche Behauptungen nicht aufgestellt. Im Gegenteil spricht das Oberlandesgericht ausdrücklich aus, daß eine Kollusion zwischen Ablader und Konnossementsinhaber nicht behauptet sei. Ebenso hat der Einwand, daß das Schiff nach rascher Löschung sich den Ansprüchen des Konnossementsinhabers durch die Flucht aus Frederikshavn hätte entziehen können, keine Unterlage im Tatbestande des Verungsa-

urteils. Zu einer Ausübung des Fragerechts bezüglich dieser Punkte lag kein Anlaß vor.

Behauptet ist allerdings in den Vorinstanzen, daß die Klägerin den Dampfer mit der Ladung nach dem Bestimmungsorte Kiel hätte leiten können und sollen. Ob eine Verletzung des Chartervertrags darin liegt, daß die Klägerin anders gehandelt hat, ist nicht zu prüfen; denn die Beklagte hat keine Ansprüche aus dem Frachtvertrage geltend gemacht. Ein bei Ausführung des Kaufvertrags begangenes Verschulden ist in diesem Verfahren aber keinesfalls enthalten. Denn diesen hat die Beklagte geschlossen, nachdem ihr mitgeteilt war, daß die Klägerin den Dampfer endgültig nach Frederikshavn beordert hatte. Es ist also bei Abschluß des Kaufes beiderseits vorausgesetzt worden, daß die Ladung dahin gebracht werde, weshalb ein im Rahmen des Kaufvertrags von der Klägerin zu vertretendes Verschulden hierin jedenfalls nicht enthalten ist.“