8. Begriff der Ablieferung in Art. 347 H.G.B. Beweislast betreffs der kontraktgemäßen resp. kontraktwidrigen Beschaffenheit verkaufter Waren im Falle des Annahmeverzuges des Käufers.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Juni 1881 i. S. Sh. & Co. (Kl.) w. S. (Bekl.) Rep. I. 320/80.

I. Landgericht Danzig.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die in Hull domizilierte Klägerin hat durch ihren in Danzig wohnenden Agenten B. dem ebendaselbst wohnenden Beklagten durch Vertrag vom 8. Juli 1878 „beste doppelte gesiebte South-Yorkshire-Nußkohlen, ab Hull zu verladen" verkauft, und zwar, was die Quantität betrifft, nach der Behauptung der Klägerin ca. 30 Keels, nach der Behauptung des Beklagten eine Schiffsladung von 25, keinenfalls aber mehr als 30 Keels auszuliefern cif in Neufahrwasser. Klägerin hat mit dem Schiffe „Arthur" mehr als das verkaufte Quantum, nämlich $34^1/_2$ Keels Kohlen von England nach Neufahrwasser transportieren lassen; aus diesem Grunde, nämlich weil zu viel verladen worden, hat Beklagter die Annahme der Ladung schon vor der Ankunft des Schiffes bei Neufahrwasser und wiederholt nach dessen Ankunft abgelehnt, auch dem klägerischen Agenten B. die ihm von diesem vor der Ankunft des Schiffes zugeschickten Papiere, nämlich Frachtbrief, Konnossement, Minencertifikat und Versicherungspolice, zurückgeschickt und auch nach Ankunft des Schiffes die ihm wiederholt offerierten Papiere anzunehmen abgelehnt. Der klägerische Vertreter hat daher nach vorgängiger Androhung die dem Beklagten vergeblich offerierten Kohlen im Wege der Selbsthilfe versteigern lassen, wobei Beklagter sie zu einem

geringeren, als dem Vertragspreise angesteigert hat. Klägerin fordert nun vom Beklagten Zahlung der Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem geringeren Auktionserlöse. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, jedoch aus verschiedenen Gründen. Während nämlich die erste Instanz die Einrede, welche Beklagter daraus entnommen, daß Klägerin in das Schiff „Arthur" mehr als das Vertragsquantum verladen, für begründet erachtete, verwarf die zweite Instanz diesen Einwand als unbegründet und wies die Klägerin aus einem anderen Grunde ab, nämlich deshalb, weil Klägerin nicht erwiesen habe, daß die mit dem Schiffe „Arthur" transportierten Kohlen von vertragsmäßiger Qualität gewesen seien. Gegen diesen letzteren Abweisungsgrund allein sind die Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin gerichtet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist jedoch nicht für begründet erachtet worden aus folgenden

Gründen:

„Der Appellationsrichter hat angenommen, daß Klägerin den Beweis zu führen habe, daß die Kohlen, welche in dem Schiffe „Arthur" nach Neufahrwasser transportiert und dort dem Beklagten zur Abnahme offeriert, vom Beklagten aber refüsiert worden, und welche der Vertreter der Klägerin demnächst in öffentlicher Versteigerung hat verkaufen lassen, von vertragsmäßiger Qualität gewesen seien, was Beklagter in der Appellationsbeantwortung ausdrücklich bestritten hat. An sich kann es auch keinem Zweifel unterliegen, daß der Klägerin als Verkäuferin dieser Beweis obliegt. Die Klägerin glaubt aber, daß die Beweislast hier den Beklagten treffe, letzterer also die kontraktwidrige Qualität der ihm offerierten und sodann versteigerten Kohlen nachweisen müsse, weil er ohne triftigen Grund die Annahme abgelehnt, die Ablieferung vereitelt habe. Allein, daß Beklagter, wie der Appellationsrichter unangefochten entschieden hat, die Annahme der Kohlen deshalb, weil einige Keels zu viel geladen waren, nicht hätte ablehnen dürfen, und daß Beklagter aus der angeblich kontraktwidrigen Qualität keinen Ablehnungsgrund entnommen, diese vielmehr erst im Verlaufe des vorliegenden Prozesses gerügt hat, bedingt noch keine Umkehrung der Beweislast. Klägerin kann diese dem Beklagten nicht deshalb allein aufbürden, weil Beklagter ohne zutreffenden Grund die Abnahme verweigert hat. Eine Veranlassung, den Beklagten mit dem Beweise zu belasten, würde nur dann vorliegen, wenn Beklagter durch unberechtigtes Verhalten der Klägerin die Führung des ihr obliegenden Beweises unmöglich gemacht

oder doch wesentlich erschwert hätte. Das hat Klägerin aber nicht zu behaupten vermocht. Es unterliegt auch keinem Bedenken, daß Klägerin bei der Ausladung der Kohlen aus dem Schiffe zum Zwecke der nach der öffentlichen Versteigerung erfolgten Übergabe an den Ansteigerer die Qualität der Kohlen durch zugezogene Sachverständige hätte feststellen lassen und sich so den Beweis sichern können. Der von der Klägerin in Bezug genommene, vom Reichsoberhandelsgerichte entschiedene Fall,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 21 S. 255 flg.,

lag von dem vorliegenden wesentlich verschieden. Wenn dort unter ganz außergewöhnlichen Umständen dem im Annahmeverzuge befindlichen Käufer die Beweislast bezüglich der angeblich kontraktwidrigen Qualität der verkauften Ware aufgelegt ist, so läßt sich daraus nicht als allgemeine Regel abstrahieren, daß der im Annahmeverzuge befindliche Käufer immer die kontraktwidrige Qualität der Ware beweisen müsse. . . .

Klägerin hält sich unter Berufung auf Art. 347 H.G.B. eines Beweises der kontraktmäßigen Qualität der Kohlen deshalb für überhoben, weil der Beklagte die Kohlen nicht ohne Verzug nach der Ankunft des Schiffes „Arthur" bei Neufahrwasser untersucht und die kontraktwidrige Qualität der Kohlen nicht alsbald dem Vertreter der Klägerin angezeigt habe. Auf eine Erörterung über den Art. 347 hat sich weder der Appellationsrichter eingelassen, noch hat sich die Klägerin in den Instanzen auf den Art. 347 berufen; diese ist vielmehr zuerst in der Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Berufung auf den Art. 347 hervorgetreten. Es könnte sich daher zunächst fragen, ob sie mit einem auf Art. 347 gestützten Angriffe jetzt überhaupt noch gehört werden kann. Dies ist in Übereinstimmung mit dem Urteile des Reichsoberhandelsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 23 S. 171,

unter der Voraussetzung zu bejahen, daß die thatsächlichen Grundlagen für die Anwendung des Art. 347 in den Instanzen substanziiert behauptet sind, indem dann dem Richter die Anwendung des Gesetzes oblag. Zu diesen thatsächlichen Grundlagen gehört aber namentlich die, daß die Ablieferung der Kohlen an den Käufer im Sinne des Art. 347 erfolgt war. Daß diese Ablieferung erfolgt sei, mußte Klägerin als Verkäuferin substanziiert darlegen und im Bestreitungsfalle beweisen. Zwar hat nach konstanter Rechtsprechung der Käufer sich darüber auszuweisen, daß er den ihm betreffs der Untersuchung und Mängelanzeige nach Art. 347 obliegenden Pflichten genügt habe. Aber diese Pflicht zur Untersuchung und

Mängelanzeige und folgeweise auch der Ausweis des Käufers darüber hat die erfolgte Ablieferung zur gesetzlichen Voraussetzung. Der Verkäufer hat also darzulegen und zu beweisen, daß diese Voraussetzung, durch deren Eintritt die Untersuchung der Ware erst ermöglicht und veranlaßt ist, thatsächlich eingetreten sei. Es darf dem Käufer nicht zugemutet werden, darzulegen und nachzuweisen, daß die Ablieferung *nicht* erfolgt sei, und daß er deshalb noch keine Veranlassung zu der durch Art. 347 gebotenen Diligenz gehabt habe. Die Klägerin hat aber nicht substanziiert behauptet, daß überhaupt eine Ablieferung der verkauften Kohlen im gesetzlichen Sinne erfolgt sei; vielmehr ist nach Lage der Sache anzunehmen, daß eine solche nicht erfolgt sei. Die Ablieferung ist nicht mit der Übergabe zu identifizieren, vielmehr von derselben wesentlich verschieden. Sie enthält kein Rechtsgeschäft, sondern einen thatsächlichen Hergang, eine *einseitige Handlung des Verkäufers*; sie *kann* mit der Übergabe zusammenfallen, unter Mitwirkung des Käufers erfolgen; dies wird auch in den meisten Fällen geschehen; aber wesentlich ist eine solche Mitwirkung des Käufers durchaus nicht. Es ist auch nicht, wie in der Rechtfertigungsschrift der Nichtigkeitsbeschwerde behauptet wird, anzuerkennen, daß es Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes gewesen sei, daß zur Ablieferung der Empfang bezw. die Übernahme der gekauften Ware seitens des Käufers gehöre, wenngleich in der einen oder anderen Entscheidung ein bezüglicher unzutreffender oder ungenauerer Ausdruck vorkommen mag.[1] Wenn bei der Ablieferung eine Mitwirkung des Käufers vorkommt, so kommt doch nur die Thätigkeit des *Verkäufers* dabei in Betracht. Es würde zum Beispiel eine Ablieferung enthalten können, wenn der Verkäufer ohne Mitwirkung des Käufers die Ware in einem Lagerraume des Käufers niederlegt und den Käufer davon benachrichtigt. Die Ablieferung kann auch *zeitlich* von der Übergabe getrennt sein; sie kann der Übergabe vorhergehen oder auch nachfolgen; das letztere wird namentlich bei Distanzgeschäften nach preußischem Rechte (§§. 128 flg. A.L.R. I. 11) der Fall sein, wenn durch Überlieferung der Ware an den Frachtführer die Übergabe, aber nicht die Ablieferung erfolgt. Wesentlich ist für die Ablieferung, daß der Verkäufer sich der Ware entäußert, die Gewahrsam aufgiebt, mag dadurch der Käufer gleichzeitig die Gewahrsam erlangen oder nicht. Wesentlich

[1] Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 24 S. 29 und die dortigen Citate. D. E.

ist ferner, daß der Käufer durch die Ablieferung die thatsächliche Möglichkeit erlangt, durch streng einseitigen Akt sich sofort die Gewahrsam der Ware zu verschaffen und dieselbe zu untersuchen und darüber thatsächlich zu verfügen. Es genügt daher nicht zur Ablieferung eine abgelehnte, wenngleich reale Traditionsofferte, wenn der Verkäufer sich bei der Ablehnung beruhigt und nicht weiter zur Entäußerung der Gewahrsam vorschreitet. Die Erklärung des Käufers, die Abnahme zu verweigern, ist für den Begriff der Ablieferung unerheblich, weil die letztere lediglich ein einseitiger Akt des Verkäufers ist. Ob die Voraussetzungen der Ablieferung hiernach vorliegen, mag im konkreten Falle zu Zweifeln Veranlassung geben. Im vorliegenden Falle kann die Ablieferung an den Beklagten nicht als erfolgt angesehen werden. Die Verladung in England enthielt eine solche zweifellos nicht. Auch nach der Ankunft des Schiffes „Arthur" vor Neufahrwasser hat sich Klägerin weder der Gewahrsam der verkauften Kohlen entschlagen, noch hat der Beklagte die Möglichkeit einer zweckentsprechenden Untersuchung der Kohlen erlangt, so lange sich diese im Schiffsraume befanden, Beklagter also höchstens die an der Oberfläche offen liegenden besehen konnte. Es kann nach Lage der Sache nicht einmal als feststehend angenommen werden, daß dem Beklagten, der seitens des Schiffers unbehinderte Zutritt zu dem Orte, wo die Kohlen lagerten, offenstand. Jedenfalls fehlte dem Beklagten die Möglichkeit thatsächlicher Verfügung über die im Schiffsraume lagernden Kohlen. Der Vertreter der Klägerin, B., hat zwar dem Beklagten vor Ankunft des Schiffes ein Exemplar des Frachtbriefes, sowie das Konnossement, das Minencertifikat und die Versicherungspolice übergeben resp. zugesandt; der Beklagte hat aber alle diese Papiere dem B. zurückgesandt, dieser hat die Papiere wieder angenommen und in seiner Gewahrsam behalten und nur nach der Ankunft des Schiffes „Arthur" eine wiederholte aber abgelehnte Traditionsofferte gemacht. Beklagter war daher nicht in der Lage, durch einseitigen Akt ohne Mitwirkung des B. resp. des Schiffers durch Entlöschung die Gewahrsam der Kohlen zu erlangen. Es fehlt daher an allen Voraussetzungen einer Ablieferung, und die Annahmeweigerung des Beklagten kann diesen Mangel nicht ersetzen. Die Ware ist daher nicht als genehmigt im Sinne des Art. 347 anzusehen.

Die Klägerin legt endlich noch besonderes Gewicht darauf, daß Beklagter selbst die fraglichen Kohlen bei dem von der Klägerin

erwirkten Selbsthilfeverkaufe gekauft, und daß die Kohlen ihm infolgedessen nach der Auktion abgeliefert worden und nun jedenfalls derart in seinen Besitz gelangt seien, daß die Voraussetzung des Art. 347 als vorliegend anzunehmen sei, Beklagter also nunmehr nach der Empfangnahme der angesteigerten Kohlen die angebliche Vertragswidrigkeit der Ware der Klägerin gegenüber hätte rügen müssen, und da er dies unterlassen habe, die Ware als genehmigt gelten müsse. Klägerin meint, es sei hierbei unerheblich, durch welches Rechtsgeschäft der Besitzerwerb erfolgt, also auch daß die Ware hier auf Grund des Auktionskaufes in den Besitz des Beklagten gelangt sei. Allein gerade hieran scheitert der Angriff, wenn man auch davon absehen will, daß die thatsächlichen Voraussetzungen einer Ablieferung infolge des Auktionskaufes in den Gründen des angefochtenen Urteiles nicht festgestellt sind. Die Ablieferung kann nicht abstrakt und losgelöst von demjenigen Rechtsgeschäfte, auf welches die Rüge der vertragswidrigen Beschaffenheit der Ware sich bezieht, gedacht werden; sie muß vielmehr seitens des Verkäufers auf Grund desjenigen Kaufgeschäftes erfolgt sein, dessen seinerseitige Erfüllung der Käufer wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Ware weigert, der Verkäufer aber fordert, indem er unter Berufung auf Art. 347 verlangt, daß die von ihm abgelieferte Ware als genehmigt und folgeweise kontraktgemäß gelte. Daß der Käufer nachher aus einem anderen Titel in den Besitz der Ware gelangt, genügt nicht, um den Art. 347 zur Anwendung zu bringen. Durch die Ausführung des Selbsthilfeverkaufes ist die Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrages vom 8. Juli 1878 in der stipulierten Weise unthunlich geworden. Die klagende Verkäuferin kann dem beklagten Käufer die ihm am 8. Juli verkauften Kohlen nicht mehr liefern, weil sie solche in Danzig anderweit verkauft; daß bei diesem zweiten Verkaufe zufällig auch der Beklagte Käufer ist, erscheint als ein für die vorliegende Entscheidung ganz unwesentlicher Umstand. Der Auktionsverkauf konnte nicht nur unter wesentlich anderen Bedingungen, als der ursprüngliche Verkauf vom 8. Juli erfolgen, sondern es ist auch behauptet, daß er thatsächlich unter anderen Bedingungen erfolgt sei. Der Beklagte konnte daher als Käufer laut des ursprünglichen Vertrages vom 8. Juli Veranlassung zur Rüge der Kontraktwidrigkeit haben, während eine solche Veranlassung dem Auktionsverkaufe gegenüber ganz fehlte, oder umgekehrt."