

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 254 Dc; HGB §§ 606, 648, 653, 662, 663 Abs. 2 Nr. 4,
663 a

- a) Der Verfrachter kann sich von einem Verschulden bei Erfüllung seiner Pflicht zur Auslieferung der Güter an den legitimierten Inhaber des Konnossements auch dann nicht wirksam freizeichnen, wenn das Konnossement bei einer Raumverfrachtung ausgestellt und nicht an einen Dritten begeben worden ist.
- b) Der Schiffsmakler, der im Bestimmungshafen für den Verfrachter tätig wird, ist nicht deshalb zugleich Vertreter des Befrachters, weil er in der Charterpartie als Agent vertraglich vorgesehen ist.
- c) Der Inhaber des Konnossements kann durch sein Verhalten die unberechtigte Auslieferung der Güter an einen Dritten ohne Konnossement gemäß § 185 Abs. 2 BGB nach den Umständen auch dadurch genehmigen, daß er weder gegenüber dem Verfrachter noch gegenüber dem Dritten die unberechtigte Auslieferung rügt und keine gerichtlichen Schritte zur Sicherstellung der Ladung unternimmt, vielmehr lediglich versucht, vom Dritten nach neuer Kreditgewährung den Kaufpreis für die Güter einzuziehen.
- d) Die Ersatzpflicht des Verfrachters wegen Verlustes der an einen zum Empfang nicht berechtigten Dritten ausgelieferten Güter kann gemäß § 254 BGB ganz oder teilweise ausgeschlossen sein, wenn der Inhaber des Konnossements es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, indem er weder gegenüber dem Verfrachter die unberechtigte Auslieferung beanstandet und ihm Gelegenheit gegeben hat, die Ladung sicherzustellen, noch eigene Maßnahmen zu diesem Zweck getroffen hat.

BGH, Urt. v. 17. Januar 1974 - II ZR 103/72 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 103/72

URTEIL

Verkündet am

17. Januar 1974

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] R [REDACTED]-Linie oHG, vertreten durch die
Gesellschafter Heinrich S [REDACTED] sen. und Heinrich S [REDACTED] jun.
D [REDACTED], T [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die T [REDACTED]-Verkehr GmbH, D [REDACTED], vertreten durch
ihre Geschäftsführer Theodor B [REDACTED], Helmuth S [REDACTED] und
Helmut W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Liesecke, Dr. Bauer, Dr. Tidow und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Teilurteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Juni 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin charterte am 19. April 1967 mit [REDACTED] das MS [REDACTED]" (ca. 1.000 t Tragfähigkeit) der Beklagten für einen Transport von etwa 973 t Stahlerzeugnisse (Halbzeug) von Schwelgern (Rheinland) nach Pasajes (Spanien). Als Agent im Bestimmungshafen war die Firma Romualdo [REDACTED] in [REDACTED] benannt (Nr. 20 C/P). Die [REDACTED] enthält die allgemeine Freizeichnung des Vercharterers vom Verlust der Güter durch Verschulden des Kapitäns und der Besatzung (Responsibility-Klausel; Zeile 36 ff C/P).



Über die am 24. April 1967 abgeladenen Güter stellte die Beklagte das Konnossement vom 24. April 1967 in einer Ausfertigung aus. Die Auslieferung der Güter sollte "an Order" geschehen. Als "Meldeadresse" war die Firma [REDACTED] angegeben. Die Güter trafen am 29. April 1967 in Pasajes ein. Die Firma [REDACTED] besorgte die Einklarierung des Schiffs. Der Kapitän lieferte ihr nach Stellung einer Zollgarantie die Ladung aus, ohne daß dieser oder dem Kapitän das Konnossement vorlag. Sie gab die Ladung an die Firma [REDACTED] de [REDACTED] in [REDACTED] (Spanien) weiter. Diese Firma hatte die Ware von der [REDACTED] GmbH in [REDACTED] zum Preise von 274.332,32 DM gekauft. Mit der Besorgung des Transports hatte die [REDACTED] GmbH die Klägerin beauftragt. Die Käuferin hatte frachtfrei zu empfangen. Die Klägerin zahlte die Fracht von 21.906,75 DM am 27. Mai 1967 an die Beklagte. Das Konnossement war "freight prepaid" ausgestellt. Im Kaufvertrag war vereinbart, daß die Ware gegen 90-Tage-Akzepte geliefert werden sollte, die von der [REDACTED] de [REDACTED] avaliert waren. Infolgedessen sandte die [REDACTED] GmbH das ihr am 25. April 1967 erteilte Konnossement am 26. April 1967 an die Commerzbank in [REDACTED] mit der Weisung, es nur gegen Erteilung der bankavaliierten Akzepte auszuhändigen. Die spanische Korrespondenzbank der Commerzbank gab das Konnossement mit den von der [REDACTED] GmbH ausgestellten Wechseln wieder zurück, weil die Käuferin die Akzeptierung und die Beschaffung des Bankavals mit der Begründung abgelehnt hatte, die Ware sei statt wie vereinbart in zwei Partien von je 500 t in einer Sendung von ca. 1.000 t verschifft worden. Sie verlangte ein längeres Zahlungsziel mit zwei verschiedenen Fälligkeiten für die beiden Partien. Die [REDACTED] GmbH übersandte am 30. Juni und sodann am 8. August 1967 die Wechsel für

den Kaufpreis mit den von der Käuferin gewünschten Fälligkeiten. Zu einem Akzept kam es nicht, weil die Käuferin in Konkurs geriet. Auch die als Wechselbürgin vorgesehene [REDACTED] de [REDACTED] fiel in Konkurs. Im Konkursverfahren der Käuferin wurde im September 1969 ein Vergleich geschlossen, nach dem die Forderungen der Gläubigerin in vier Jahresraten bis zum 31. Dezember 1973 getilgt werden sollen.

Mit Schreiben vom 1. September 1967 erbat die Klägerin von der Beklagten Aufklärung, wieso die Ladung von MS "[REDACTED]" der Firma [REDACTED] für die Firma [REDACTED] de [REDACTED] S. A. ausgeliefert worden sei, obwohl das Konnossement nicht vorgelegt worden war. Die Klägerin verlangte sodann aus eigenem Recht und aufgrund einer Abtretung der [REDACTED] GmbH aus dem Frachtvertrag Ersatz wegen Verlustes der Ladung in Höhe von 274.332,32 DM Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche gegen die Käuferin aufgrund des Vergleichs. Ferner machte sie einen Anspruch auf Zahlung von 10.300 DM Aufwendungen für die Verfolgung des Kaufpreisanspruchs im Konkurs der Käuferin geltend.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat behauptet, die Firma [REDACTED] habe dem Kapitän versichert, das Konnossement läge vor. Auf diese Erklärung habe der Kapitän vertraut und vertrauen dürfen. Die [REDACTED] GmbH sei auch mit der Auslieferung der Ware ohne Konnossement einverstanden gewesen, weil es bei Ankunft des Schiffes noch nicht habe vorliegen können und auch bei einer früheren Lieferung der [REDACTED] GmbH an eine andere Empfängerin auf der Vorlage des Konnossements an den Kapitän der Beklagten nicht beanstandet worden sei. Die Klägerin und die [REDACTED] GmbH hätten monatelang nichts wegen der

Auslieferung der Ladung ohne Konnossement unternommen. Die Fracht sei vorbehaltlos bezahlt worden. Die [REDACTED] GmbH habe den Schaden überwiegend selbst verschuldet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten durch Teilurteil in Höhe von 265.132,32 DM zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage in Höhe dieses Betrages weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält den ausschließlich auf den Frachtvertrag gestützten Klaganspruch bis auf einen Teilbetrag von 19.500 DM, über den es durch Schlußurteil entscheiden will, nach §§ 606 ff HGB für begründet, weil die Aushändigung der Güter an einen nicht durch das Konnossement Legitimierten einen Verlust der Güter darstelle (sog. Falsch-auslieferung; BGHZ 36, 329).

Der Anspruch aus §§ 606 ff HGB ist an die Ausschußfrist des § 612 HGB gebunden. Nach dem unstreitigen Sachverhalt haben die Parteien die Frist wegen schwebender Vergleichsverhandlungen bis zu deren Abschluß verlängert (Anl. 1, 2, 3; Bl. 194, 196, 197 GA). Das ist zulässig. Die Frist ist daher durch die erst im Juni 1970 erhobene Klage gewahrt.

II. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts hat sich die Beklagte von der Haftung für den Verlust der Güter durch Verschulden des Kapitäns nicht wirksam freigezeichnet (vgl. Zeile 29 ff Charterparty). Dem ist zuzustimmen, freilich

mit anderer Begründung. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine "Raumverfrachtung" vorliegt. MS "██████" mit 1.000 t Tragfähigkeit beförderte 973,5 t Stahlerzeugnisse aufgrund einer Ganzcharter vom 19. April 1967, wobei im Konnossement die Güter näher bezeichnet wurden, ohne daß damit ein "Stückgütervertrag" vorlag. Die Schadensersatzpflicht des Verfrachters aus §§ 606 ff HGB konnte daher durch Rechtsgeschäft im voraus ausgeschlossen werden (§§ 662, 663 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Das Konnossement ist nicht an einen Dritten begeben worden (§ 663 a HGB). Es befindet sich in den Händen des Charterers, der Ansprüche aus dem Frachtvertrag erhebt.

Gleichwohl ist die Freizeichnung des Verfrachters nicht wirksam. Seine Verpflichtung, die Güter im Bestimmungshafen gegen Rückgabe mindestens einer Ausfertigung des Konnossements (§§ 648 Abs. 2, 653 HGB) an dessen Inhaber abzuliefern, ist eine Hauptpflicht. Die Freizeichnung würde, wenn sie auf diese Pflicht erstreckt wurde, mit dem Hauptzweck des Vertrages, die Güter an den legitimierten Konnossementsinhaber gelangen zu lassen (§ 648 HGB), in unlösbaren Widerspruch treten. Die Freizeichnung findet ihre selbstverständliche Grenze bei den grundlegenden Verpflichtungen des Verfrachters. Eine Berufung auf sie ist dann im Hinblick auf § 242 BGB unzulässig. Ein solcher Fall liegt bei der Freizeichnung von den Folgen der schuldhaften Verletzung der Pflicht zur Auslieferung der Güter an den legitimierten Konnossementsinhaber vor (vgl. Schaps/Abraham, Das deutsche Seerecht 3. Aufl. § 653 Anm. 3 S. 607; Schlegelberger/Liesecke, Seehandelsrecht 2. Aufl. § 653 Anm. 3; Hansa 1964, 1988; für englisches Recht: Privy Council, Hansa 1959, 2273).

III. Das Berufungsgericht hält die Auslieferung der Güter durch den Kapitän ██████ auch dann für fehlerhaft, wenn die

"Löschagentin", die Firma [REDACTED], ihm erklärt habe, "die Originalkonnossemente seien vorhanden". Sie sei nicht Vertreterin der Befrachterin, der Firma [REDACTED], sondern der Beklagten gewesen. Die Revision meint, die Firma [REDACTED] sei mindestens auch Vertreterin der [REDACTED] GmbH gewesen, so daß diese sich die Erklärung zurechnen lassen müsse. Dem ist nicht zu folgen.

Die Firma [REDACTED] war nach dem Sachverhalt Agentin des Verfrachters. Sie besorgte, wie das Berufungsgericht aufgrund der Aussage des Prokuristen der Beklagten feststellt, in deren Auftrag für MS "[REDACTED]" die sogenannten Schiffsmaklergeschäfte, d. h. insbesondere die Einklarierung. Dementsprechend war sie als Meldeadresse im Konnossement benannt. Diese Angabe hat nur den Zweck, den Konnossementsinhaber zu unterrichten, wo er sich über das Eintreffen des Schiffs erkundigen und an wen er sich wegen der Vorlegung des Konnossements und der Übernahme der Ladung wenden kann. An der Rechtstellung der Firma [REDACTED] als "Agentin des Schiffs" hat sich auch nichts dadurch geändert, daß der Charterer in der Charterparty (Nr. 20) den Verfrachter angewiesen hat, wer dessen Agent im Bestimmungshafen sein solle. Wegen des Interesses des Charterers an der Beschäftigung eines zuverlässigen Agenten wird oft in der [REDACTED] vereinbart, wer vom Verfrachter als Agent zu bestellen sei (sog. Adressklausel; Capelle, Die Frachtcharter in rechtsvergleichender Darstellung 1940 S. 28 f; "charterers' agent"; vgl. auch BGHZ 25, 300, 308). Wird er demgemäß vom Verfrachter beauftragt, so wird er dadurch nicht zum Vertreter des Befrachters. Er kann gleichzeitig vom Empfänger beauftragt sein, für diesen die Güter zu übernehmen (Empfangsspeditour; als solche ist die Firma [REDACTED] in Pasajes tätig; span. consignatario de buques, Bl. 227 GA). Als Vertreter des Befrachters kann er ohne besonderen Auftrag

nicht tätig werden. Für die hier zu entscheidende Frage, ob ein Verlust der Güter vorliegt, ist es unerheblich, ob der Kapitän den Worten des Agenten trauen durfte, das Konnossement liege ihm vor. Es mag sein, daß der Kapitän im Verhältnis zu seinem Dienstherrn befugt war, die Güter löschen zu lassen, wenn der von diesem bestellte Agent (Schiffsmakler) ihm erklärte, er besitze eine Ausfertigung des Konnossements und übernehme die Güter für den Inhaber. Das änderte nichts daran, daß die Güter beim Fehlen des Konnossements mangels Einwilligung des Inhabers an einen Nichtberechtigten ausgeliefert wurden und somit verloren gingen (§ 606 HGB). Die Prüfung der Berechtigung zum Empfang der Güter aufgrund des Konnossements ist, worauf die Revision mit Recht hinweist, zwar weitgehend auf den Schiffsmakler verlagert worden, aber sie ist stets eine solche "für das Schiff" geblieben, so daß der Verfrachter die Verantwortung trägt, wenn der Schiffsmakler hierbei Fehler macht und den Kapitän zu Unrecht veranlaßt, die Güter auszuliefern. Einen Handelsbrauch, der Kapitän oder der Schiffsmakler, wenn ihm die Prüfung überlassen worden ist, seien befugt, mit Wirkung gegen den Konnossementsinhaber die Güter an einen Dritten aushändigen zu lassen, der keine Ausfertigung des Konnossements vorlegen kann, ist vom Berufungsgericht mit Recht verneint worden. Auch die Revision vermag keine Belege für einen solchen Brauch anzuführen. Der Zweck des Gesetzes (§ 648 HGB) würde zudem einen abweichenden Handelsbrauch ausschließen. Das Konnossement, das als Wertpapier den Anspruch des Inhabers auf Auslieferung der Güter verbrieft, wäre für den Inhaber für seine Zwecke (z. B. zur Sicherung der Kaufpreiszahlung beim Dokumentenakkreditivgeschäft) unbrauchbar, wenn die Rechte des Inhabers in dieser Weise beeinträchtigt werden könnten.

IV. Dem hiernach genügend dargelegten Ersatzanspruch der Klägerin wegen Verlustes der Güter steht, wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, nicht entgegen, daß nach der Behauptung der Beklagten der Schaden in Höhe des Kaufpreises auch dann entstanden wäre, wenn das Konnossement vorgelegt worden wäre. Die bankavalierten Akzepte der Käuferin würden, so behauptet die Beklagte, wegen der bald darauf eröffneten Konkurse über deren Vermögen und das der vorgesehenen Bank wertlos gewesen sein, so daß die [REDACTED] GmbH keine Befriedigung daraus hätte erlangen können. Der Umstand, daß die Käuferin das Konnossement gegen Akzepte hätte erlangen können und diese Wechsel wertlos gewesen wären, ändert nichts daran, daß die Ware pflichtwidrig an einen Nichtberechtigten ausgehändigt worden ist, aber bei richtigem Verhalten, weil mangels Meldung eines Empfangsberechtigten im Bestimmungshafen zu hinterlegen (§ 601 HGB), noch für die Klägerin verfügbar geblieben wäre. Der Ersatz ist für den Besitzverlust an der Ladung zu gewähren, für den allein das Verhalten des Kapitäns oder des für die Beklagte tätigen Schiffsmaklers ursächlich war. Ob der Wert der Ladung später auch verloren gegangen wäre, wenn wie geplant Akzepte gegeben worden wären, die nicht hätten eingezogen werden können, ist für den durch den Besitzverlust bereits eingetretenen Schaden belanglos. Es liegt nicht der Fall vor, daß der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten des Schädigers entstanden wäre. Als solches kam für ihn nur die Hinterlegung der Güter in Betracht. Der Kaufvertrag ist nicht unter nachträglicher Begebung der Akzepte abgewickelt worden. Die Käuferin hat sich stets geweigert, Akzepte zu begeben. Sie hätte niemals das Konnossement erhalten, wenn der Kaufvertrag so wie beabsichtigt mit der Klausel "Konnossement gegen Akzepte" durchgeführt worden wäre. Es trifft also nicht zu, daß der Schaden durch Verlust der Güter nach dem

Verlauf, wie er nach der Lage zur Zeit der Auslieferung zu erwarten war, ohnehin eingetreten wäre. Einer Beweis-erhebung darüber, ob die [REDACTED] GmbH, wenn sie bank-avaliierte Akzepte erhalten hätte, keine Befriedigung wegen des Kaufpreises erhalten hätte, bedurfte es daher entgegen der Ansicht der Revision nicht.

V. Das Berufungsgericht verwirft den Einwand der Beklagten, die [REDACTED] GmbH habe als Befrachterin und Konnossements-inhaberin stillschweigend in eine Auslieferung der Ladung ohne Rückgabe einer Ausfertigung des Konnossements einge-willigt. Zwar sei bei der Löschung einer anderen Partie am 10. April 1967 an eine andere Empfängerin das Konnossement ebenfalls nicht vorgelegt worden, doch habe es sich um einen einmaligen Vorgang gehandelt. Da das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht hat, daß die [REDACTED] GmbH beim Eintreffen des MS "[REDACTED]" am 29. April 1967 gewußt hat, eine Partie von 500 t sei am 10. April 1967 in Pasajes ohne Rückgabe des Konnossements ausgeliefert worden, kann die Auffassung des Berufungsgerichts keinesfalls beanstandet werden. Auch ergab sich eine Einwilligung der Befrachterin nicht daraus, daß das Konnossement beim Eintreffen des Schiffs überhaupt nicht vorliegen konnte, weil die Dokumente erst am 27. April 1967 abgesandt waren. Der Fall, daß die Konnossemente bei der Ankunft des Schiffes noch unterwegs sind, kommt häufig vor und verpflichtet den Kapitän, Wei-sungen für sein Verhalten, etwa zur Entgegennahme einer Bankgarantie, einzuholen oder die Güter zu hinterlegen. Der Befrachter braucht nicht damit zu rechnen, daß die Ladung in einem solchen Fall ohne weiteres trotz Fehlens des Konnossements ausgeliefert wird, wenn er nicht eine gegen-teilige Weisung gibt.

VI. Das Berufungsgericht hält auch den Einwand der Beklagten für unbegründet, daß durch das Verhalten der Klägerin oder der [REDACTED] GmbH die Auslieferung ohne Konnossement genehmigt worden sei. Es könne nicht als Zustimmung zum Verhalten des Kapitäns gewertet werden, wenn die Klägerin und die [REDACTED] GmbH mehrere Monate gegenüber der Beklagten geschwiegen und die Auslieferung ohne Konnossement nicht beanstandet hätten. Diese Beurteilung ist entgegen der Auffassung der Revision zutreffend, freilich nicht erschöpfend.

Der Totalverlust der Güter war vom Ladungsbeteiligten, hier der Befrachterin, die über das Konnossement verfügte, nicht gemäß § 611 HGB dem Verfrachter anzuzeigen (Schaps/Abraham aaO § 611 Anm. 4). Schwieg die Befrachterin gegenüber dem Verfrachter, als sie durch die Auslieferung vor vollendete Tatsachen gestellt wurde, so billigte sie damit noch nicht den Hergang. Ihre Ansprüche wurden auch nicht, wie die Revision meint, verwirkt, wenn sie dem Verfrachter gegenüber monatelang keine Beanstandung erhob. Sie könnte gegebenenfalls eine Minderung nach § 254 BGB erfahren, weil sie gehalten war, sich um den Verbleib der Güter zu kümmern (unten VIII). Auch die vorbehaltlose Frachtzahlung führte nicht dazu, daß ihre Ansprüche wegen der Falschlieferung erloschen. Die Bestimmungen des Landfrachtrechts (§ 438 HGB) und des Binnenschiffrechts (§ 62 Abs. 2 und 3 BinnSchG), die das Erlöschen aller Ansprüche gegen den Beförderer aus dem Frachtvertrag vorsehen, wenn die Fracht bezahlt und das Gut angenommen worden ist, können schon deshalb nicht herangezogen werden, weil sie voraussetzen, daß das Gut aufgrund des Frachtvertrages ordnungsgemäß abgeliefert worden ist, d. h. im Einverständnis der Beteiligten aus der Verfügungsgewalt des

Frachtführers in die des Empfängers oder sonst zur Annahme Berechtigten übergegangen ist. Daran fehlt es bei einer Auslieferung an einen Nichtberechtigten, bei der gerade keine Erfüllung des Frachtvertrages auf seiten des Frachtführers vorliegt und damit die Zahlung der Fracht keine Billigung seiner Leistung darstellen kann. Zudem enthalten die Bestimmungen keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie die Revision meint, sondern Sondervorschriften, die nicht in das Seerecht übernommen worden sind.

VII. Eine Genehmigung der Falschauslieferung kann sich aber unter einem anderen Gesichtspunkt ergeben. Die Empfängerin zog den Auslieferungsanspruch aus dem Konnossement als Nichtberechtigte ein, wenn sie sich die Ladung ohne Rückgabe des Konnossements aushändigen ließ (BGHZ 36, 329, 334; BGH WM 1957, 1092). Der Anspruch stand der Nordstahl GmbH zu, die über das Konnossement verfügungsberechtigt war. Diese konnte die vom Nichtberechtigten vorgenommene Einziehung durch Erklärung gegenüber diesem nach § 185 Abs. 2 BGB genehmigen. Dann erlosch ihr Auslieferungsanspruch und der an seine Stelle getretene Ersatzanspruch wegen Verlustes der Güter. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten nicht geprüft. Es kommt darauf an, ob das Verhalten der [REDACTED] GmbH von der Empfängerin, der gegenüber die Genehmigung erklärt werden konnte (§ 182 BGB), nach Treu und Glauben als solche aufgefaßt werden mußte. Dazu bedarf es einer Würdigung des gesamten Hergangs nach der Auslieferung der Güter an die Empfängerin, die die Revision mit Grund vermißt.

Nach den Behauptungen der Beklagten hat die [REDACTED] GmbH bereits im Mai 1967 erfahren, daß die Ladung ohne

Konnossement an die Empfängerin ausgehändigt worden war. Die Revision verweist auf das Schreiben des Kaufmanns [REDACTED] vom 13. Mai 1967 (Bl. 220 GA), in dem auf die Schwierigkeiten der Empfängerin wegen der vertragswidrigen Verschiffung der gesamten Warenmenge statt in zwei Partien bei der Verzollung und Lagerung, also nach dem Empfang der Güter, hingewiesen und die Ausstellung neuer Wechsel mit anderen Fälligkeiten vorgeschlagen wird. Ferner ist, wie die Revision rügt, die Aussage des Geschäftsführers [REDACTED] der [REDACTED] GmbH (Bl. 88 GA) nicht als Beweis für die Kenntnis der Auslieferung der Güter ohne Konnossement gewürdigt worden. Aus ihr soll folgen, daß die [REDACTED] GmbH davon ausgegangen ist, die Ware sei inzwischen gelöscht und ausgeliefert, weil üblicherweise kein Schiff die Ladung ungelöscht wieder mitnimmt und von keiner Seite eine gegen-
teilige Nachricht eingegangen war. Die Hinterlegung der Ladung von 1.000 t, von der die [REDACTED] GmbH ausgegangen sein will, hätte auch wegen der entstehenden Kosten zu Forderungen des Verfrachters Anlaß geben müssen. Die Beklagte stellte aber am 9. Mai 1967 nur die Fracht in Rechnung (Bl. 173 GA). Hat die [REDACTED] GmbH erkannt, daß die Ware nicht hinterlegt (§ 601 HGB), sondern ohne Konnossement ausgeliefert war, und nunmehr mit der Empfängerin Bezahlung mit anderen Fälligkeiten vereinbart, so kann in ihrem Verhalten eine Genehmigung der unberechtigten Auslieferung zu erblicken sein. Sie hätte die Möglichkeit gehabt, von der Empfängerin, notfalls mit Hilfe der Gerichte, zu verlangen, ihr die Ware wieder zur Verfügung zu stellen oder sich jedenfalls zu verpflichten, nicht über sie zu verfügen, insbesondere sie nicht zu verarbeiten und zu veräußern. Beanstandete sie hingegen den ihr bekannten Empfang nicht und suchte sie eine Befriedigung ihrer Kaufpreisansprüche unter neuer Kreditgewährung zu erreichen,

indem sie noch im Juli und August 1967 erneut Wechsel zum Akzept und Aval übersandte, so kann daraus folgen, daß sie mit einer Weiterverarbeitung der Ware (Halbzeug) und Veräußerung einverstanden war. Nach den unter Kaufleuten maßgeblichen Anschauungen (§ 346 HGB) kann sich ergeben, daß Schweigen zu einer unberechtigten Einziehung des Auslieferungsanspruchs gegen den Verfrachter unter den behaupteten Umständen als Genehmigung zu gelten hat, weil nach Treu und Glauben eine Pflicht zur Äußerung und Wahrung der eigenen Rechte bestand. Es bedarf daher einer Prüfung, ob für die Empfängerin aus dem Verhalten der [REDACTED] GmbH zu schließen war, aus dem unberechtigten vorzeitigen Empfang der Ware sollten von der Verkäuferin keine Folgerungen mehr gezogen und die entgegen der ursprünglichen Absicht ausgelieferte, aber nun zur unbehinderten Weiterverarbeitung überlassene Ware unter Gewährung weiteren Kredits bezahlt werden. Eine solche Folgerung könnte für die Empfängerin um so näher gelegen haben, als auch der Verfrachter an sie nicht herantrat und keine Rückgabe der zu Unrecht ausgelieferten Güter verlangte. Auch ihm gegenüber war die entgegen §§ 648, 653 HGB vorgenommene Auslieferung von der [REDACTED] GmbH als Konnossementsinhaberin nicht gerügt worden. Erst mit Schreiben vom 1. September 1967 verlangte sie von der Beklagten wegen der Auslieferung ohne Konnossement Aufklärung und erhob sodann Ersatzansprüche (Bl. 174, 175 GA).

VIII. Sollte das Berufungsgericht nach dem Ergebnis der weiteren Erörterungen eine Genehmigung der Falschauslieferung gegenüber der Empfängerin nicht feststellen können, so ist die Prüfung des Sachverhalts im Hinblick auf ein Mitverschulden der [REDACTED] GmbH oder der Klägerin bei der Entstehung des Schadens erforderlich. Das Berufungsgericht hat

diesen Einwand bisher nicht zur Genüge behandelt. Ein Mangel des Urteils gemäß § 551 Nr. 7 ZPO, den die Revision rügt, liegt allerdings nicht vor, da die gesamte Würdigung ergibt, daß der Einwand für unbegründet gehalten worden ist.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß gemäß § 254 BGB ein mitwirkendes Verschulden des Konnossementsinhabers an der Entstehung des Schadens durch falsche Auslieferung der Güter zu berücksichtigen ist (BGHZ 36, 329, 339). Das Berufungsgericht erörtert nicht, ob die Klägerin oder ihre Rechtsvorgängerin gehalten waren, der Beklagten alsbald Mitteilung zu machen, als sie von der Falschauslieferung erfuhren und beabsichtigten, gegebenenfalls hieraus Ersatzansprüche herzuleiten. Der Beklagten wäre hierdurch Gelegenheit gegeben worden, die zu Unrecht ausgelieferten Güter sicherzustellen. Die Beklagte konnte zwar kein Pfandrecht an den Gütern noch nach der Auslieferung geltend machen, was die Revision für möglich hält. Das Konnossement lautete auf "freight prepaid", so daß von der Empfängerin keine Fracht zu zahlen war. Diese war aber zur Rückgabe der zu Unrecht empfangenen Güter verpflichtet, solange sie nicht das Konnossement übergab. Somit bestand für die Beklagte die Möglichkeit, nach Maßgabe des deutschen (Nr. 11 Allg. Verkaufsbedingungen; Bl. 109 GA) oder des spanischen Rechts den Anspruch auf Rückgabe der Ladung oder Sicherstellung durch Verfügungsverbote geltend zu machen. In der Praxis pflegt der Verfrachter, wenn er keine Bankgarantie für den Empfänger, der das Konnossement nicht vorlegt, erlangen kann, wenigstens einen Revers des Empfängers oder seines Spediteurs zu fordern, in dem dieser sich einem Verfügungsverbot über die Güter unterwirft, solange er das Konnossement nicht nachreicht (Wüstendörfer, Neuzeitliches Seehandelsrecht 2. Aufl. S. 307; Antoine/Feill, Die

Auslieferung der Schiffsladung ohne Konnossement S. 14). Das konnte auch noch nach der Auslieferung durchgesetzt werden.

Hiernach bedarf es gegebenenfalls einer Erörterung, ob und inwieweit der Schaden von der [REDACTED] GmbH oder der Klägerin schuldhaft nicht abgewandt oder gemindert worden ist, weil sie eigene Maßnahmen zur Sicherstellung der Ladung unterließen und auch der Beklagten keine Gelegenheit hierzu gaben. Es genügt grundsätzlich nicht, wie das Berufungsgericht meint (S. 17 BU), daß sie sich bemühten, von der Empfängerin den Kaufpreis zu erhalten. Der Fehler der Beklagten durfte nicht dazu führen, ihr das Risiko der Kaufpreiszahlung aufzubürden, vielmehr war der Versuch nötig, durch ein gebotenes Zusammenwirken von Verfrachter und Befrachter einen etwaigen Schaden aus der in der Praxis des Seeverkehrs nicht immer zu vermeidenden konnossementslosen Auslieferung der Güter abzuwenden oder zu mindern.

IX. Der Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Rechtsverfolgung der [REDACTED] GmbH, der allein unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt sein kann (vgl. § 658 HGB), ist im Hinblick auf §§ 677, 683 BGB in seinem Bestande von der Beurteilung des Anspruchs aus § 606 HGB abhängig.

Da diese eine weitere tatsächliche Erörterung erfordert, war das angefochtene Urteil im vollen Umfang aufzuheben.

Stimpel	Liesecke	Dr. Bauer
Dr. Tidow	Bundschuh	