

75. 1. Kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung von dem nicht säumigen Teile auch dann noch gewählt werden, wenn er trotz endgültiger Erfüllungsweigerung des Gegners zunächst auf Erfüllung geklagt hat?

2. Wann ist das Gericht zur Wiedereröffnung der Verhandlung verpflichtet?
3. Erfordernisse der von der Nachfristbestimmung entbindenden Erfüllungszweigerung.

III. Zivilsenat. Ur. v. 10. Juni 1921 i. S. D. (Rl.). w. S. (Bekl.).
III 514/20.

I. Landgericht Gera. — II. Oberlandesgericht Jena.

Die Beklagte bestellte am 12. Februar 1918 bei der Klägerin 200 000 Granatfeuerzeuge. Letztere behauptet, es sei ein bindender Abschluß über diese Menge zustande gekommen, und hat, nachdem zunächst bis zum 27. April 1918 nur 19 250 Stück geliefert waren und die Beklagte sich im November und Dezember 1918 mit der von der Klägerin angebotenen weiteren Lieferung nicht einverstanden erklärt hatte, im Februar 1919 Klage auf Zahlung des Preises für die von ihr am 23. Dezember 1918 der Beklagten angebotenen 30 000 Stück erhoben. Nachdem sie gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt hatte, erklärten in Schriftsätzen vom 23. März 1920, die sich nach der Behauptung der Klägerin gekreuzt haben, einerseits die Beklagte, sie werde den Anspruch anerkennen, andererseits die Klägerin, sie fordere jetzt Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil die Beklagte die Vertragserfüllung andauernd ernstlich verweigert habe. Die Klägerin begehrt jetzt die Verurteilung der Beklagten zu 5000 *M* als einem Teil des ihr durch die Nichtabnahme des ganzen Restes der Ware entstandenen Schadens. Die Beklagte hat die Abweisung dieses Schadensersatzanspruchs beantragt und ihre im ersten Rechtszuge vorgebrachten Einwendungen wiederholt, daß ein Vertrag über 200 000 Stück Granatfeuerzeuge nicht zustande gekommen sei, daß beide Teile durch mehr als halbjährige Unterbrechung der Lieferung auf die Erfüllung des Vertrags verzichtet hätten, und daß sie, die Beklagte, wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten und der im Dezember 1918 angebotenen Ware zu dem in der Klageantwortung „vorsorglich“ erklärten Rücktritte von dem Vertrage berechtigt sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Ihre Revision hatte keinen Erfolg.

Gründe:

Der Berufungsrichter führt aus, dadurch, daß die Klägerin zunächst auf Erfüllung geklagt habe, obwohl die Beklagte sich schon vor der Klagerhebung geweigert habe, den Kaufvertrag durch Abnahme und Bezahlung neuer Lieferungen zu erfüllen, habe sie mit verbindlicher Kraft unter den Rechten gewählt, die ihr der Verzug des Geg-

ners an die Hand gegeben habe, nämlich zwischen dem Anspruch auf Erfüllung aus § 433 Abs. 2 BGB. und den Rechten auf Rücktritt oder Schadenserzatz wegen Nichterfüllung aus § 326 BGB. Diese Wahl sei als empfangsbedürftige Willenserklärung unwiderruflich, wie nach § 326 Abs. 1 Satz 2 die Wahl der Rücktritts oder des Schadenserzatzes. Wer trotz Erfüllungsweigerung des anderen Teils weitere Vertragserfüllung fordere, verzichte damit auf seine Rechte aus § 326, verzeihe dem Gegner sein vertragsuntreues Verhalten und könne später nicht ohne weiteres den Entschluß nach seiner eigenen Interessenlage ändern und den Gegner, der wissen müsse, wie er sich einzurichten habe, unvorbereitet vor ein völlig neues Verlangen stellen. Mit dem Erfüllungsverlangen verzichte er zwar nicht für alle Zukunft auf die Rechte aus § 326, er könne diese aber nur streng in den Schranken des § 326 ausüben.

Diese Ausführungen sind nicht zu billigen. Der II. Zivilsenat hat bereits in dem Urteile RGZ. Bd. 88 S. 406 ausgesprochen, daß im Falle eines Verzugs des einen Vertragsteils der andere sich auf die Geltendmachung des einfachen Erfüllungsanspruchs beschränken könne und es ihm grundsätzlich freigestellt sei, wann er dazu übergehen wolle, im Wege der Nachfristbestimmung seinen Anspruch zu verfolgen, und das Oberlandesgericht Hamburg hat in dem Urteile O. 1916 Sp. 1389 erkannt, daß selbst nach Rechtskraft des zur Erfüllung verurteilenden Erkenntnisses noch der Weg des § 326 BGB. beschritten werden kann. Dem kann nur beigespflichtet werden, und zwar auch für den Fall, daß der säumige Vertragsteil sich bereits vor Erhebung der Erfüllungsklage ernstlich und endgültig geweigert hat, den Vertrag zu erfüllen, und deshalb sein Vertragsgegner berechtigt war, ohne Nachfristsetzung Schadenserzatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Der § 326 Abs. 1 Satz 2 erklärt nur den Anspruch auf Erfüllung für ausgeschlossen, wenn der nichtsäumige Teil dem Gegner eine Nachfrist mit der im § 326 Abs. 1 Satz 1 vorgeschriebenen Androhung bestimmt hat und die Leistung nicht rechtzeitig erfolgt ist. Dafür, daß auch die Wahl des Anspruchs auf Erfüllung statt des bereits ohne Nachfristbestimmung zulässigen Anspruchs auf Schadenserzatz wegen Nichterfüllung eine unwiderrufliche sei und die Verwirkung des letzteren zur Folge habe, gibt das Gesetz keinen Anhalt. Der V. Zivilsenat hat schon wiederholt (RGZ. Bd. 85 S. 282, Warneyer Bd. 12 S. 148) entschieden, daß die Wahl zwischen den beiden in § 326 Abs. 1 Satz 2 gewährten Rechten auf Schadenserzatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt nicht nach § 326 unwiderruflich sei; der § 263 BGB. finde hierauf keine Anwendung, weil das Recht, Schadenserzatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, nicht ein unmittelbar aus dem Schuldverhältnisse sich

ergebendes Recht auf eine von mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen sei. Die Rücktrittserklärung sei zwar gemäß §§ 327, 346, 349 BGB. eine den Vertrag endgültig aufhebende, empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die nach § 130 BGB. nicht einseitig widerrufen werden könne und den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des dadurch aufgehobenen Vertrags ausschließe. Die Erklärung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sei aber keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die eine Änderung der Rechtslage zur Folge habe, und könne für sich allein nicht die Wirkung haben, das Rücktrittsrecht zum Erlöschen zu bringen; in dieser Erklärung und in der Erhebung der Schadenersatzklage sei auch ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht nicht zu finden. Ob diesen Ausführungen für den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Verhältnis zu dem Rücktrittsrecht beizupflichten ist — worüber in der Rechtslehre Streit besteht — bedarf hier keiner Entscheidung. Hinsichtlich des Anspruchs auf Erfüllung im Verhältnis zu dem auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung sind sie jedenfalls zutreffend. Die Erhebung jenes Anspruchs ist weder eine unabänderliche, rechtsgestaltende Willenserklärung, noch auch nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte für sich allein als ein Verzicht auf das Recht aufzufassen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung wegen der bereits vorher erklärten ernstlichen Erfüllungsweigerung zu fordern. Das Gegenteil ist auch in den von dem Berufungsgericht angeführten Reichsgerichtsurteilen II 119/11 vom 10. Oktober 1911 (RG. 1911 Sp. 927), II 174/12 vom 2. Juli 1912 (RG. 1912 Sp. 927) und I 55/17 vom 2. Juni 1917 (Warneper Wd. 10 S. 257 Nr. 167) nicht ausgesprochen worden. Bei ihnen handelte es sich um Verzicht auf ein Rücktrittsrecht wegen Vertragsverletzung durch Handlungen, die den Willen ergaben, bei dem Vertrage stehen bleiben zu wollen. Aus ihnen ist demnach für die hier zu entscheidende Frage nichts zu entnehmen.

Der Berufsrichter zieht übrigens aus seiner Ansicht von der Unabänderlichkeit der Wahl des Erfüllungsanspruchs keine entscheidende Folge, indem er zugibt, daß der Verkäufer trotzdem noch zum Schadenersatzanspruch übergehen könne, sich dann aber streng an die Schranken des § 326 halten müsse. Das letztere gilt aber stets für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, auch wenn ihr eine, nach dem angefochtenen Urteil unwiderrufliche, Wahl des Erfüllungsanspruchs nicht vorausgegangen ist.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt demnach davon ab, ob die Klägerin Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern kann, obwohl sie nicht gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 der Beklagten eine Nachfrist zur Bewirkung der Leistung gesetzt hat. Diese Frage ist von dem Be-

rufungsgericht in seinen weiteren Ausführungen ohne Rechtsverstoß verneint worden.

Daß die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs der Beklagten für die Klägerin kein Interesse mehr habe und diese deshalb nach § 326 Abs. 2 von der Nachfristbestimmung entbunden sei, ist von ihr in dem Vorrechtszuge nicht geltend gemacht worden; sie hat nur behauptet, die Beklagte habe die Vertragserfüllung andauernd ernstlich verweigert. Durch Fragen auf eine Geltendmachung dieser neuen Begründung des Schadenersatzanspruchs hinzuwirken, war das Gericht auch nicht verpflichtet; soweit geht die Fragepflicht des § 139 ZPO. nicht. Deshalb brauchte es auch nicht dem Antrage der Klägerin auf Wiedereröffnung der Verhandlung zu entsprechen, um ihr zum Vortrage des Schriftsatzes vom 29. Oktober 1920 Gelegenheit zu geben, in dem behauptet war, eine weitere Anfertigung von Feuerzeugen sei nicht möglich gewesen, weil die Preise für die Materialien und Arbeitslöhne außerordentlich gestiegen seien. Denn nach feststehender Rechtsprechung (vgl. z. B. RG. VI 337/17 vom 22. November 1917, Warneyer Bd. 11 S. 69) kann neues Vorbringen nur dann Anlaß zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung geben, wenn sich aus ihm ergibt, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft und eine angemessene Ausübung des Fragerechts unterblieben war, während sonst die Wiedereröffnung durch § 156 ZPO. völlig in das Ermessen des Gerichts gestellt und die Ausübung dieses Ermessens von dem Revisionsgerichte nicht nachzuprüfen ist.

Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob die Nachfristsetzung deshalb nicht erforderlich war, weil die Beklagte die Erfüllung ernstlich und endgültig verweigert hatte. Bei dieser Prüfung ist davon auszugehen, daß an die von der Regel des § 326 Abs. 1, der Nachfristbestimmung, entbindende Erfüllungsverweigerung mit Rücksicht auf die schwerwiegenden Folgen, die sich an sie knüpfen, ein strenger Maßstab anzulegen ist (vgl. z. B. RGZ. Bd. 66 S. 421, Bd. 90, S. 317; JW. 1912 S. 140, 1918 S. 131; Warneyer Bd. 11 S. 11, 244, Bd. 13 S. 242; Seuff. Arch. Bd. 74 S. 359). Nicht darauf kommt es an, wie die Revision anzunehmen scheint, ob der nichtsäumige Teil annehmen konnte, eine Nachfristsetzung führe zum Ziele, sondern ob gewichtige tatsächliche Umstände vorliegen, die es als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der säumige Schuldner bei Nachfristsetzung erfüllen werde, so daß diese nur als leere Form zu betrachten wäre (vgl. z. B. RG. Bd. 66 S. 421; JW. 1910 S. 146, 1911 S. 711, 1919 S. 375; Warneyer Bd. 10 S. 373, Bd. 11 S. 11, 244; RG. I 90/20 vom 6. November 1920). Der Wille, nicht zu liefern, muß als unumstößlich und unabänderlich erkennbar hervortreten; solange die Möglichkeit einer Umstimmung gerade durch die Erklärungen

nach § 326 Abs. 1 besteht, muß der Versuch einer solchen Beeinflussung des Willens auch unternommen werden (so RG. II 350/20, vom 18. Januar 1921). Von diesem Standpunkt aus ist die Verneinung einer ausreichenden Erfüllungsverweigerung durch den Vorderrichter im vorliegenden Falle nicht für rechtsirrig zu erachten. Allerdings ist die Berücksichtigung des Anerkenntnisses der Beklagten vom 23. März 1920 nicht zu billigen, da das Verhalten der Beklagten vor dem Übergange der Klägerin zum Schadensersatzanspruch entscheidet (vgl. ZB. 1918 S. 551 Nr. 4) und der Berufungsrichter unterstellt, daß die beiden Schriftsätze vom 23. März 1920 sich gekreuzt haben. Er legt aber auch nicht auf dieses Anerkenntnis, sondern auf den Brief der Beklagten vom 19. Dezember 1918 entscheidendes Gewicht, in dem sie ihrer Erfüllungsverweigerung hinzufügt, sobald sie wieder Bedarf habe, werde sie sich an die Klägerin wenden und neue Offerte einholen. Wenn das Berufungsgericht hieraus folgert, daß die Beklagte noch eine Aussicht auf Abnahme eröffnet habe, und eine endgültige und ernstliche Erfüllungsverweigerung verneint, obwohl die Beklagte in diesem Rechtsstreite das Zustandekommen eines Vertrags über 200 000 Granatenfeuerzeuge bestritten, einen gegenseitigen Verzicht auf Vertragserfüllung behauptet und wegen positiver Vertragsverletzung „vorsorglich“ den Rücktritt erklärt hatte, so liegt dies auf dem der Revision unzugänglichen tatsächlichen Gebiete.“