

52. Kann der nichtsäumige Teil auch dann gemäß § 326 BGB. vom Vertrage zurücktreten, wenn er zunächst auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt hat?

§§ 326, 283, 242 BGB.

III. Zivilsenat. Ur. v. 14. November 1924 i. S. B. (Bekl.) w. D. (Kl.). III 725/23.

I. Landgericht Zweibrücken.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf Grund eines Abchlusses von Ende Mai 1922 lieferte die Klägerin Anfang Juni 1922 der Beklagten 333 Adlerbachhälfen (gegerbte Kuhhäute) zum Preise von 361550 M. Die Beklagte stellte die Ware der Klägerin wegen angeblicher Mangelhaftigkeit zur Verfügung. Die Klägerin bestritt Rechtzeitigkeit und Begründetheit der Mängelrüge und setzte durch Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 18. Juli 1922 der Beklagten eine Frist zur Bezahlung des Kaufpreises bis zum Ablauf des 22. Juli mit der Androhung, daß sie spätere Erfüllung des Vertrags ablehne und daß sie dann von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Weise verlangen werde, daß sie Herausgabe der der Beklagten gelieferten Ware, Schadensersatz für die Nichtherausgabe der verarbeiteten Ware und Ersatz des entgangenen Gewinnes fordern werde. Die Beklagte zahlte innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht.

Die Klägerin erhob nunmehr Klage auf Schadensersatz, in erster Instanz mit dem Antrage, die Beklagte zur Herausgabe der gelieferten Ablervachehälften nebst Verpackung (17 Leinenhüllen) sowie zur Zahlung von 30990 *M* als entgangenem Gewinn zu verurteilen. Für den Fall, daß die Beklagte die Häute zum Teil schon verarbeitet haben sollte, begehrte sie hilfsweise Vorlegung eines Verzeichnisses der noch im Besitze der Beklagten befindlichen Ablervachehälften, sowie Herausgabe der noch nicht verarbeiteten und Schadensersatz für die bereits veräußerten oder verarbeiteten Hälften.

Die Beklagte beantragte Klageabweisung. Sie bestritt, daß die Klägerin für die gelieferte vertragswidrige Ware den vereinbarten Kaufpreis habe fordern dürfen; sie, Beklagte, habe sich daher niemals in Verzug befunden. Sodann machte sie geltend, daß die Klägerin Schadensersatz höchstens in Geld, niemals aber in der Form der Rückgabe der gelieferten Ware beanspruchen könne.

Auf Grund dieses letzteren Einwandes wies das Landgericht durch Teilurteil die Klage insoweit ab, als Herausgabe der gelieferten Leder und Austunftserteilung verlangt war. Die Klägerin legte Berufung ein. In der Berufungsinstanz erklärte sie ihren Rücktritt von dem Lieferungsvertrag und beantragte, die Beklagte zu verurteilen, die von der Lieferung im Juni 1922 noch vorhandenen Ablervachehälften und 11 Leinenhüllen herauszugeben und für die verarbeiteten Hälften sowie für die fehlenden Leinenhüllen Schadensersatz in Geld zu leisten. Sie berief sich jetzt in erster Reihe auf ihren Rücktritt vom Vertrag und rechtfertigte ihren Antrag nur hilfsweise mit einem Anspruch auf Schadensersatz. Die Beklagte bestritt, daß die Klägerin zum Rücktritt berechtigt sei, nachdem sie einmal Klage auf Schadensersatz erhoben habe.

Das Oberlandesgericht verurteilte durch Teilurteil die Beklagte zur Herausgabe der noch vorhandenen Ablervachehälften und Leinenhüllen. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.

#### Gründe:

Der Hauptangriff der Revision richtet sich gegen die Annahme des Berufungsrichters, daß die Klägerin zum Rücktritt von dem Lieferungsvertrag berechtigt geblieben sei, trotzdem sie zunächst Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hatte. Die Revision meint, daß die Klägerin durch dieses Verlangen ihre Befugnis zum Rücktritt

verloren habe. Dem kann nicht beigespflichtet werden. Vielmehr ist der Standpunkt des Oberlandesgerichts als gerechtfertigt anzuerkennen.

Der Senat hat allerdings in der Entscheidung RGZ. Bd. 102 S. 265 dahingestellt gelassen, ob der nichtsäumige Teil, der nach Fristablauf gemäß § 326 BGB. zunächst Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert habe, später vom Vertrage noch unter Abstinenznahme von dem Schadensersatzbegehren zurücktreten dürfe. Indessen trägt er nach nochmaliger Prüfung der Rechtslage keine Bedenken mehr, sich der Rechtsprechung des V. Zivilsenats anzuschließen, wie sie — unter Aufgabe der vom II. Zivilsenat in dem Urteile RGZ. Bd. 53 S. 167 vertretenen Meinung — in dem Urteile RGZ. Bd. 85 S. 282 begründet und in den Urteilen Warn. 1917 S. 20 und 1919 S. 148, RGZ. Bd. 107 S. 348 sowie LZ. 1924 S. 232 festgehalten worden ist. Es muß zugegeben werden, daß der Gläubiger sein Recht zum Rücktritt behält, auch wenn er anfänglich Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 326 BGB., der zwar bestimmt, daß nach Ablauf der Nachfrist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen sei, aber nichts darüber besagt, daß der Gläubiger durch die Wahl des einen der beiden ihm an Stelle des Erfüllungsanspruchs zustehenden Rechte auf das gewählte beschränkt werde. Der Rücktritt vom Vertrage, der diesen zum Erlöschen bringt, entzieht damit freilich dem Anspruch auf Schadensersatz die Grundlage. Die Erklärung, Schadensersatz zu verlangen, läßt dagegen die Rechtslage unberührt und beeinträchtigt deshalb das Recht zum Rücktritt nicht. Eine Wahlschuld im Sinne des § 262 BGB. liegt nicht vor. Von einem Verzicht des Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangenden Gläubigers auf sein Rücktrittsrecht kann, wenigstens in der Regel, nicht gesprochen werden. Diesen aus dem geltenden Recht geschöpften Erwägungen gegenüber fällt der frühere, in den Art. 354—356 des alten Handelsgesetzbuchs geregelte Rechtszustand, auf den sich Staub-Könige HGB. Anh. zu § 374 Anm. 110 zur Begründung ihrer gegenteiligen Meinung stützen, nicht entscheidend ins Gewicht. Fehl geht auch die Berufung der Revision auf die Ausführungen der Motive zum BGB. Bd. 2 S. 54. Sie betreffen überhaupt nicht den § 326, sondern den § 283 BGB. und besagen nur, was auch für § 326 nicht bestritten ist, daß der Gläubiger mit Fristablauf den Erfüllungsanspruch verliere. Für das gegenwärtig

zur Erörterung stehende Verhältnis des Schadenersatzanspruchs zum Rücktrittsrecht im Falle des § 326 sind sie schon deshalb nicht verwertbar, weil § 288 BGB. nach Fristablauf dem Gläubiger überhaupt kein Rücktrittsrecht, sondern nur einen Anspruch auf Schadenersatz gewährt.

Die Befugnis der Klägerin, von dem mit der Beklagten geschlossenen Vertrage zurückzutreten, ist also dadurch nicht beeinträchtigt worden, daß sie anfänglich Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert hat. Nur dann könnte man zu einem anderen Ergebnis kommen, wenn das Verhalten der Klägerin einen Verstoß gegen die dem Gegner geschuldete Vertragstreue enthielte. Denn das Rücktrittsrecht des Gläubigers unterliegt der allgemeinen Beschränkung, die sich aus § 242 BGB. ergibt. Er darf die ihm gewährten Rechtsbehelfe nicht in einer Weise ausnutzen, die mit Treu und Glauben unverträglich ist. In dieser Hinsicht ist jedoch der Klägerin kein Vorwurf zu machen.

Die Klägerin hat stets — schon in dem die Fristsetzung enthaltenden Briefe vom 18. Juli 1922 — von der Beklagten die Rücklieferung der ihr übersandten Häute verlangt. Geändert hat sie nur die rechtliche Begründung für dieses Begehren, das sie zunächst auf ihr Recht zum Schadenersatz, dann auf den Rücktritt vom Vertrage gestützt hat. Die Klägerin hat die Beklagte niemals über das im Unklaren gelassen, was sie von ihr wollte. Von vornherein mußte die Beklagte mit der Möglichkeit rechnen, daß sie die gelieferte Ware werde zurückzugeben haben. Die Änderung des Rechtsstandpunktes der Klägerin war also für die Beklagte im Ergebnis, im Hinblick auf die von ihr etwa zu treffenden Maßnahmen ohne Belang.

Freilich hat sich die Klägerin noch nach Erklärung des Rücktritts zur Begründung ihrer Klage hilfsweise auf den Gesichtspunkt des Schadenersatzes bezogen. Das hatte sachlich Bedeutung nur, sofern ihr das Gericht — den Ausführungen der Beklagten folgend — das Recht zum Rücktritt absprechen würde. Daß sie für diesen Fall das Recht auf Schadenersatz nicht aufgeben wollte, ist durchaus verständlich. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dies Vorgehen der Klägerin den Vorwurf verdienen sollte, es enthalte ein Spekulieren auf Kosten der Beklagten, eine Verletzung von berechtigten Interessen dieser.

Auch sonst läßt das angefochtene Urteil keinen Rechtsirrtum erkennen [wird näher ausgeführt].