

**46. 1. Erfordernisse der Nachfristsetzung nach § 326 BGB.**

**2. Kann beim gegenseitigen Vertrag und insbesondere beim Sulzeffillieferungsgeschäft der im Verzug befindliche Teil, wenn inzwischen eine Leistung des anderen Teils fällig geworden ist, daraufhin die eigene Leistung verweigern oder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen?**

BGB. §§ 326, 320, 273.

I. Zivilsenat. Ur. v. 22. Februar 1928 i. S. G. (R.) w. Sch. & Co.,  
Kommanditgesellschaft (Bekl.). I 219/27.

I. Landgericht Köln, Kammer für Handelsachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Januar 1924 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag ab, wonach die Klägerin der Beklagten in den Monaten März/April 1924 verschiedene Webwaren liefern sollte. Einen Teil davon hat die Klägerin geliefert und auch bezahlt erhalten. Wegen des Restes setzte die Beklagte mit Schreiben vom 1. Mai 1924 der Klägerin eine Nachfrist zur Lieferung und trat nach fruchtlosem Ablauf der Frist vom Vertrag zurück. Die Klägerin behauptet, daß die Beklagte zu Unrecht zurückgetreten sei. Sie hat die Ware, deren Annahme die Beklagte verweigert hatte, im Wege des Selbsthilfeverkaufs versteigern lassen und dabei einen in französische Währung umgerechneten Reinerlös von 35 955,27 Franken erzielt.

Die Klägerin erhob Klage auf Zahlung des Kaufpreises der gesamten Waren nebst Zinsen, abzüglich der aus dem Selbsthilfeverkauf erlösten 35 955,27 Franken und der erhaltenen Zahlung. Die Beklagte bestritt den Klageanspruch nach Grund und Betrag. Das Landgericht hat dem Klageantrag entsprochen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin auch wegen angeblichen Zahlungsverzugs der Beklagten Ersatz des Schadens verlangt, der ihr durch die inzwischen eingetretene Entwertung des französischen Frankens erwachsen sei. Das Berufungsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen, als die Klägerin zum Ausgleich ihrer Rechnungen vom 30. und 31. Mai 1924 Zahlung von 74 323 Franken abzüglich von 35 955,27 Franken und ferner Ersatz des ihr durch die Frankenentwertung entstandenen Verzugschadens forderte. Die Revision der Klägerin hatte teilweise Erfolg.

## Aus den Gründen:

... 1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte, nachdem die von ihr mit Schreiben vom 1. Mai 1924 gesetzte Nachfrist verstrichen war, wegen der noch rückständigen Lieferungen gemäß § 326 BGB. rechtswirksam vom Vertrag zurückgetreten sei. Dabei wird auf den in dem Schreiben enthaltenen Satz verwiesen: „... setzen wir Sie hiermit in Verzug und gewähren Ihnen zur Auslieferung obigen Abschlusses die gesetzliche Nachlieferungsfrist von 4 Wochen. Nach Ablauf dieser Frist werden wir alle Schadensansprüche, die unsere Kunden, denen wir die Ware fest verkauft haben, an uns stellen, an Sie weiterleiten.“ Das Berufungsgericht meint, hiermit habe die Beklagte genügend zum Ausdruck gebracht, daß sie im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. „die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne.“ Denn diese Erklärung sei als Rücktrittsandrohung gemeint und erkennbar, sie sei auch von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 13. Mai 1924 als solche aufgefaßt worden.

Mit Recht wendet sich hiergegen die Revision. Nach anerkannter Rechtsauffassung muß die Androhung nach § 326 BGB., die Annahme der Leistung abzulehnen, unter allen Umständen eindeutig erkennen lassen, daß der Erklärende nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist keine Erfüllung des Vertrags mehr will. Diesem Erfordernis genügt der Inhalt des Schreibens vom 1. Mai 1924 nicht. Denn es erhellt daraus nicht, welcher Art die angedrohten Schadensersatzansprüche sein sollten. Vielmehr blieb mangels Feststellung besonderer Umstände die Frage offen, wie die Schadensersatzansprüche der Kunden der Beklagten beschaffen waren, deren Abwälzung auf die Klägerin angedroht wurde, insbesondere ob die Beklagte ihre Kunden, denen sie nach jenem Schreiben die Ware fest verkauft hatte, anderweitig beliefern wollte und konnte, sodaß insoweit höchstens Verzugschaden in Frage kam, oder ob die Beklagte mittelbar und unmittelbar Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Auge hatte. Nur im letzteren Falle könnte aber die im Schreiben vom 1. Mai 1924 angedrohte Verantwortlichmachung der Klägerin für den entstehenden Schaden als eine dem § 326 BGB. genügende Androhung erachtet werden, die Annahme der Leistung abzulehnen. Hieran wird auch nichts geändert durch das vom Berufungsgericht angeführte Schreiben der Klägerin

vom 13. Mai 1924. Allerdings enthält dieses Schreiben die Bitte der Klägerin, den Vertrag nicht zu „annullieren“, und die Wendung: „eine eventuelle Annullierung Ihrerseits würde uns (d. h. die Klägerin) sehr, sehr hart treffen.“ Diesem Schreiben ist aber, wie sein Anfang zeigt, eine Unterredung vorhergegangen, die nach Eingang des Schreibens der Beklagten vom 1. Mai 1924 bei der Klägerin zwischen einem Vertreter der letzteren und der Beklagten stattgefunden hat. Die im Schreiben der Klägerin vom 13. Mai 1924 ausgedrückte Befürchtung, daß die Beklagte vom Vertrag zurücktreten werde, kann sehr wohl auf jene Unterredung zurückzuführen sein. Unter diesen Umständen ergeben die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts keine genügende Unterlage für seine Annahme, daß die Klägerin die Androhung der „Annullierung“ aus dem Schreiben der Beklagten vom 1. Mai 1924 selbst entnommen habe. Nach § 326 BGB. muß aber die Ablehnung der Leistungsannahme gleichzeitig mit der Nachfristsetzung angedroht werden. Sollte die Beklagte erst nach ihrer Nachfristsetzung vom 1. Mai 1924 der Klägerin die Ablehnung der Leistungsannahme angedroht haben, so könnte die Nachfristsetzung höchstens vom Zeitpunkt dieser Androhung an wirksam sein, und die Erwägungen des Berufungsgerichts über die Angemessenheit der gesetzten Frist wären nicht schlüssig. Insofern sind daher die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht geeignet, die angefochtene Entscheidung zu tragen.

2. Im übrigen ist folgendes zu bemerken: Der Vorderrichter nimmt an, die ursprünglich gemäß dem Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 22. Januar 1924 getroffene Vereinbarung über die Zahlung des Kaufpreises „bei Erhalt der Faktura vor Abgang der Ware“ sei nachträglich geändert worden. Danach habe die Klägerin die Ware schon bei Absendung der Rechnung auf den Weg bringen müssen, während die Beklagte den Kaufpreis nicht schon bei Empfang der Rechnung, sondern erst bei Eintreffen der Ware habe zu zahlen brauchen. Hiervon ausgehend stellt das Berufungsgericht fest, daß die Beklagte mit ihrem Schreiben vom 1. Mai 1924 die Klägerin wegen der rückständigen Waren rechtswirksam in Verzug gesetzt und daß die Klägerin erst nach Ablauf der darin bestimmten Nachfrist die in den Rechnungen vom 30. und 31. Mai 1924 aufgeführten Waren abgefand habe. Dem danach gemäß § 326 BGB. begründeten Rücktrittsrecht der Be-

Klagen siehe nicht entgegen, daß die Beklagte eine andere, am 7. Mai 1924 bei ihr eingegangene und vom 16. April 1924 fakturierte Lieferung der Klägerin bis zum Ablauf jener Nachlieferfrist nicht bezahlt habe. Denn der Kaufpreis für die Sendung vom 16. April 1924 sei zwar am 7. Mai 1924 fällig geworden, die Beklagte sei aber mit der Bezahlung dieses Kaufpreises mangels Mahnung innerhalb der Nachlieferfrist nicht in Verzug geraten.

Zutreffend macht zwar demgegenüber die Revision geltend, daß es auf eine solche Inverzugsetzung der Beklagten nicht ankomme. Dies ändert aber am Ergebnis nichts. Es handelt sich um einen Satzesslieferungsvertrag, bei dem grundsätzlich Leistung und Gegenleistung einander gegenüberstehen. Wendet man auf diesen gegenseitigen Vertrag die Grundsätze von § 320 BGB. an, so ergibt sich folgende Rechtslage. Als die Beklagte mit Schreiben vom 1. Mai 1924 die Klägerin wegen derjenigen Ware, die späterhin vom 30. und 31. Mai 1924 fakturiert worden ist, in Lieferungsverzug setzte, stand nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der rückständigen Leistung der Klägerin keinerlei fällige Vertragsleistung der Beklagten gegenüber. Der so eingetretene Leistungsverzug der Klägerin hat bis zum Ende der Nachfrist gedauert. Er wurde insbesondere nicht während dieser Frist dadurch beseitigt, daß innerhalb der Frist die Beklagte den am 7. Mai 1924 fälligen Kaufpreis für die vom 16. April 1924 fakturierte Ware der Klägerin nicht bezahlte. Denn die Fälligkeit dieses Kaufpreises gab der Klägerin kein Recht, ihrerseits mit der durch das Schreiben der Beklagten vom 1. Mai 1924 angemahnten Lieferung gemäß § 320 BGB. zurückzuhalten. Die Klägerin würde andernfalls aus ihrem eigenen Lieferungsverzug einen Vorteil ziehen. Sie kann aber ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB. nicht aus Tatsachen entnehmen, die eingetreten sind, nachdem sie selbst in Lieferungsverzug geraten ist. Das würde der allgemein gültigen Rechtsregel widersprechen, daß bei einem gegenseitigen Vertrag der vertragsuntreue Teil aus einer später eingetretenen Vertragsuntreue des andern Teils keine diesem ungünstigen Rechtsfolgen ableiten darf. Demgemäß kann der Käufer, wenn der Verkäufer mit einer Teillieferung im Verzug ist, die Bezahlung früherer Teillieferungen nach § 320 BGB. so lange zurückhalten, bis der Verkäufer seiner Lieferungsspflicht vollständig nachgekommen ist. Bis dahin kann der Käufer überhaupt

nicht mit der Bezahlung eines später fällig werdenden Kaufpreises in Verzug geraten (vgl. Staub-Könige 12. und 13. Aufl. Anhang zu § 374 BGB. Ann. 1b, 36, 136b, 142, 179; RGZ. Bd. 67 S. 319, Bd. 93 S. 301; RWrt. vom 8. Mai 1925 II 260/24). Die im Schreiben der Beklagten vom 1. Mai 1924 enthaltene Mahnung betraf eine Verpflichtung der Klägerin, die eine Vorleistung bedeutete gegenüber der Verpflichtung der Beklagten, für die vom 16. April 1924 fakturierte und bei der Beklagten am 7. Mai 1924 eingegangene Sendung der Klägerin den an diesem Tage fällig gewordenen Kaufpreis zu zahlen. Die Beklagte konnte mit dieser Zahlung wegen des Lieferungsverzugs der Klägerin zurückhalten. Nicht aber stand umgekehrt der bereits im Verzug befindlichen Klägerin an ihren vom 30. und 31. Mai 1924 fakturierten Lieferungen ein Zurückbehaltungsrecht wegen der während jenes Verzugs eingetretenen Fälligkeit des Kaufpreises für die Ware zur Seite.

Im übrigen war der in der Rechnung vom 16. April 1924 angeführte Kaufpreis eine unmittelbare Gegenleistung im engeren Sinne nur für diese Ware und nicht auch für die vom 30. und 31. Mai 1924 fakturierten Waren. Wollte man um deswillen annehmen, daß hier kein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB., sondern allenfalls ein solches nach § 273 das. in Frage komme, so wäre zu beachten, daß die Klägerin ihr angebliches Zurückbehaltungsrecht bis zum Ablauf der im Schreiben der Beklagten vom 1. Mai 1924 gesetzten Nachfrist nicht geltend gemacht hat. Dies wäre aber erforderlich gewesen, da der Beklagten die Möglichkeit offen bleiben mußte, gemäß § 273 Abs. 3 BGB. die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts der Klägerin durch Sicherheitsleistung abzuwenden (RGZ. Bd. 77 S. 438; JW. 1921 S. 523 Nr. 2). Aus § 273 BGB. kann der in Verzug geratene Schuldner wegen einer später fällig werdenden Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht nur geltend machen, wenn er Handlungen vornimmt, die zur Heilung des Verzugs geeignet sind, insbesondere die ihm obliegende Leistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung anbietet (RGZ. Bd. 92 S. 216, Bd. 93 S. 301; WarnRspr. 1919 Nr. 3, 1926 Nr. 95; Recht 1925 Nr. 1260).

Was den Anspruch der Klägerin auf Ersatz des ihr angeblich durch die Entwertung des französischen Frankens entstandenen Verzugs Schadens anlangt, so ist es richtig, daß diese Entwertung keinen Anspruch auf Aufwertung gemäß § 242 BGB. begründet. Die

Entwertung als solche reicht auch nicht aus, um den Anspruch auf Verzugschaden nach §§ 286, 288 Abs. 2, § 249 BGB. zu rechtfertigen (vgl. RGUrt. vom 6. April 1925 IV 643/24 in JW. 1925 S. 1986 Nr. 2, vom 24. Oktober 1925 IV 209/25 bei Zeiler Aufwertungsfälle Nr. 192, vom 11. Dezember 1925 II 120/25 in Jur. Rundschau 1926 Nr. 550, vom 25. Februar 1926 IV 505/25 bei Warnspr. 1926 Nr. 69, vom 21. Mai 1926 II 405/25 bei Zeiler a. a. O. Nr. 25, vom 22. Oktober 1926 II 599/25 in JW. 1927 S. 980 Nr. 13 und bei Zeiler a. a. O. Nr. 433, vom 3. November 1926 I 411/25 bei Zeiler a. a. O. Nr. 396 und andere). Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß ein Verzugschaden unter besonderen, von der Klägerin im einzelnen darzulegenden Umständen in Betracht kommen könnte. Die Klägerin hat hierzu aber nur Angaben gemacht, die zu allgemein gehalten sind, um einen Verzugschaden der hier nur in besonderen Einzelfällen gerechtfertigten Art als begründet erscheinen zu lassen. . . .