

16. 1. Wahlrecht des nicht säumigen Kontrahenten nach Artt. 355.  
356 S.G.B.
2. Entschädigungsanspruch des Käufers, der auf Erfüllung eines ratenweise Lieferung bedingenden Vertrages nach Verfall einer Lieferungsrate geklagt und die Verurteilung des säumigen Verkäufers erwirkt hat, aus der Vornahme eines nach der Klagerhebung vollzogenen eventuellen Deckungskaufes?

3. Natur und Ort der Vornahme des Deckungskaufes.

4. Konventionalstrafe. Abzug des aus Deckungskäufen hervorgehenden Gewinnes von dem durch deren Vollzug erwachsenen Schaden.

III. Civilsenat. Urth. v. 2. März 1886 i. G. S. R. (Bekl.) w.  
G. Br. (Rl.) Rep. III. 296/85.

I. Landgericht Gießen.

II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Inhaltlich eines mit der Direktion der belgischen Staatsbahn abgeschlossenen Vertrages vom 9. Juli 1881 hatte sich der Kläger verpflichtet, 200 Kubikmeter Eichenbohlen in acht Raten vom 23. Dezember 1881 an loco Antwerpen unter bestimmten Bedingungen, insbesondere unter Festsetzung einer Konventionalstrafe bis zur Höhe von 20 Prozent des Wertes der Ware im Falle des Verzuges, zu liefern. Er kaufte diese Eichenbohlen bei dem Beklagten für 125 Franken per cbm franko Waggon Gießen, lieferbar je zur Hälfte bis 15. Dezember 1881 und Ende Februar 1882. Mit beiden Lieferungen kam Beklagter in Verzug. Am 10. Januar 1882 erhob der Kläger Klage auf Anerkennung des Vertragsverhältnisses, sowie auf Lieferung der ersten 100 cbm Eichenbohlen und Ersatz des durch den Erfüllungsverzug entstandenen Schadens, und es wurde demnächst Beklagter durch Landgerichtsurteil vom 2. März 1882 nach dem Klageantrage verurteilt, dieses Erkenntnis auch in zweiter Instanz am 20. Mai 1882 bestätigt. Inzwischen, und zwar unterm 7. Mai 1882, hatte Kläger auch wegen der fällig gewordenen zweiten Lieferungsrate Klage auf Vertragserfüllung und Schadenersatz erhoben. Mittels eines dem Kläger am 17. Mai 1882 zugestellten Schriftsatzes erklärte darauf Beklagter:

„Er erkenne an, daß er sich im Lieferungsverzuge befinde und Schadenersatzpflichtig sei. Da Naturallieferung nicht möglich sei, so werde dem Kläger anheimgegeben, seinen Schaden zu liquidieren.“

Infolge hiervon änderte Kläger seine Klagebitte, und es erfolgte diesem Antrage gemäß am 8. Juni 1882 ein Urteil, welches den Beklagten schuldig erkannte, dem Kläger allen durch den Lieferungsverzug verursachten und noch verursacht werdenden Schaden zu ersetzen.

Um seiner der belgischen Staatsbahn gegenüber eingegangenen Verpflichtung nachzukommen, war Kläger während der Dauer jener Vorprozesse zu Deckungskäufen geschritten. Der erste Deckungskauf wurde am 21. Januar 1882 mit der Firma M. & Co. zu N. in Slavonien über 100 cbm Eichenbohlen zum Preise von 190 Franken per cbm abgeschlossen; von den Ende März 1882 lieferbaren, jedoch erst Ende Mai in Antwerpen angekommenen Hölzern sind von der belgischen Staatsbahn nur 81,026 cbm angenommen, der Rest ist am 19. Juni 1882 als unempfangbar zurückgewiesen worden. Der zweite Deckungskauf fand am 6. Mai 1882 bei der Firma S. & Co. zu Uj.-Sz. in Ungarn über weitere 100 cbm Eichenbohlen zu gleichem Preise, lieferbar Ende Mai 1882, statt; die Hölzer kamen in verschiedenen Sendungen im Juni und Juli 1882 zu Antwerpen an; es wurden davon nur 14,851 cbm angenommen, der Rest zurückgewiesen. Nun schloß, um den Ausfall der beiden vorerwähnten Käufe zu decken, Kläger mit der Firma A. & C. J. zu M. in Belgien im August 1882 einen Vertrag über successive Lieferung von 103,849 cbm Eichenbohlen zum Preise von 210 Franken per cbm ab, und es ist die genannte Firma in der Zeit vom 2. August 1882 bis Oktober 1883 ihren Verbindlichkeiten nachgekommen.

Im gegenwärtigen Prozesse liquidiert der Kläger den ihm aus dem Erfüllungsverzuge des Beklagten entstandenen Schaden. Er verlangt zunächst die Differenz zwischen demjenigen Betrage, den er an Kaufpreis, Transportkosten und Eingangszoll hätte bezahlen müssen, wenn der Beklagte die 200 cbm Eichenbohlen geliefert hätte, und demjenigen Betrage, den er an die drei anderen vorgenannten Verkäufer für die wirklich gelieferten Hölzer bezahlt hat, in Summa 11 258 Franken, ferner 1000 Franken als Kosten zweier Reisen nach Ungarn zum Zwecke der Abnahme der zur Deckung bestimmten Ware, endlich Ersatz der an die belgische Staatsbahn gezahlten Konventionalstrafe von 7978 Franken — abzüglich des ihm darauf gewährten Nachlasses von 4365 Franken — im ganzen also 15 871 Franken = 12 696,80 M.

Der Beklagte gab zu, daß Kläger den berechneten Schaden gehabt habe; er bestritt aber seine Ersatzpflicht, und zwar im wesentlichen deshalb, weil er selber dem Kläger rechtzeitig mindestens 80 cbm brauchbare Eichenbohlen zur Lieferung angeboten habe, Kläger sich auch schon vor Abschluß der fraglichen Deckungskäufe in Deutschland billiger habe

decken können, mithin nicht nur jene Käufe seinem, des Beklagten, berechtigten Interesse zuwider abgeschlossen, sondern auch die Reisekosten vergeblich aufgewendet worden seien, während der Verfall der Konventionalstrafe bei rechtzeitiger Vornahme andertweiter Deckung in Deutschland hätte verhindert werden können.

Die erste Instanz hat durch Urteil vom 29. Januar 1885 den Beklagten schuldig erkannt, 9089 *M* nebst Zinsen zu zahlen, die Mehrforderung des Klägers aber abgewiesen.

Auf Berufung des Beklagten und Anschlußberufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zu D. das Erkenntnis erster Instanz aufgehoben und den Beklagten

1. unbedingd zur Zahlung von 8996 *M* nebst Zinsen,
2. für den Fall, daß Kläger den ihm von dem Beklagten zugesprochenen Schiedsleid darüber, daß er, Kläger, wegen der Konventionalstrafe von 2889 *M* nicht bereits durch die ungarischen und slawonischen Holzhändler S. & Co. und M. & Co. befriedigt sei, ableiste, weiter zur Zahlung dieser Summe nebst Zinsen verurteilt, während es
3. bezüglich des Restes der Klagesforderung bei dem zurückweisenden Erkenntnisse des Landgerichtes sein Bewenden behielt.

Die von dem Beklagten gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

#### Gründen:

„1. Es erhebt sich zunächst die Frage, ob der Kläger, nachdem er den Beklagten auf Erfüllung des abgeschlossenen Lieferungskaufes und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung belangt hatte, überhaupt noch befugt war, von dieser Wahl abzugehen, auf Grund des Art. 355 H.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern und zugleich der Schadensberechnung die streitigen Deckungskäufe zu Grunde zu legen.

Das Recht des Käufers, von dem säumigen Verkäufer Real-erfüllung des Vertrages nebst Zögerungsinteresse zu verlangen, ist durch den Inhalt des Vertrages von selbst gegeben. Zur Ausübung desselben bedarf es keiner besonderen Erklärung des Käufers und sein Bestehen schließt die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder vom Vertrage zurückzutreten, nicht aus. Selbst durch die Er-

hebung der Klage auf Realerfüllung begiebt sich der Käufer noch nicht der Befugnis, von dem Wahlrechte des Art. 355 H.G.B. Gebrauch zu machen. Erst das auf eine solche Klage ergehende, rechtskräftige, kondemnatorische Urteil stellt das Rechtsverhältnis unter den Parteien unabänderlich fest und entzieht dem Kläger die Befugnis zur Wahl eines anderen Rechtes. Ein solches Urteil darf der obsiegende Kläger nicht ohne weiteres beiseite setzen; er kann nicht, auf das ursprüngliche Vertragsverhältnis und die Folgen des Verzuges des Beklagten zurückgreifend, Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nehmen, gleich als ob das Urteil nicht ergangen wäre, er muß vielmehr der Regel nach sein Interesse wegen Nichtbefolgung des rechtskräftigen Erkenntnisses liquidieren.<sup>1</sup>

Nach diesen Grundsätzen würde nun der erste Deckungskauf, dessen Preisdifferenz der Kläger dem Beklagten zur Last setzt, an sich nicht geltend gemacht werden können. Unbestritten ist derselbe am 22. Januar 1882, also nach Erhebung der Klage auf Realerfüllung der ersten Lieferungsrate und vor Erlass des den Beklagten nach der Klagebitte verurteilenden Erkenntnisses, abgeschlossen worden. Es liegen jedoch besondere Gründe vor, welche ein Zurückgehen auf diesen Deckungskauf gestatten.

Vor Allem hat sich nämlich der Kläger ohne Widerspruch des Beklagten darauf berufen, daß er, wie die Deckungskäufe überhaupt, so auch insbesondere den ersten in beiderseitigem Interesse vollzogen habe. Er hat demzufolge behauptet — und die Vorinstanzen stellen dies ausdrücklich fest — daß der von dem säumigen Beklagten zu ersetzende Schaden sich erhöht haben würde, wenn der Kläger die ihm der belgischen Staatsbahn gegenüber eingegangene Lieferungsverpflichtung nicht in Natur erfüllt hätte. Denn bei fortdauerndem Lieferungsverzuge würde die belgische Staatsbahn vertragsmäßig berechtigt gewesen sein, die 200 cbm Eichenbohlen anderweit zu jedem Preise zu Lasten des Klägers zu begeben, und es würde auch in diesem Falle ein teilweiser Erlass der verfallenen Konventionalstrafe nicht stattgefunden haben. Der Beklagte selbst hat sodann mittels Schreibens vom 27. Juni 1882 dem Kläger außergerichtlich mitgeteilt, daß er dem rechtskräftigen Urteile vom 2. März 1882 nicht nachkommen könne und werde, und zugleich den Kläger zur Liquidation seines Schadens aufgefordert. Und

<sup>1</sup> Vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 24 Nr. 86 S. 327 und die dort Angeführten. D. G.

im gegenwärtigen Prozesse hat Beklagter die streitigen Deckungskäufe unter dem hier fraglichen Gesichtspunkte als unzulässig nicht nur nicht angefochten, sondern umgekehrt dem Kläger den Vorwurf gemacht, daß er solche nicht rechtzeitig — alsbald nach Eintritt des Lieferungsverzuges — abgeschlossen und durch dieses Verhalten das Anschwellen der Konventionalstrafe verursacht habe. Endlich ist es unbestritten und thatsächlich festgestellt, daß ein nach der Rechtskraft des Urtheiles vom 2. März 1882 vollzogener Deckungskauf ein günstigeres Ergebnis für den Beklagten nicht herbeigeführt haben würde.

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, daß der Kläger den Deckungskauf für den Fall geschlossen hat, daß der säumige Beklagte demnächst seiner urteilsmäßigen Verbindlichkeit zur Lieferung der Ware nicht nachkommen werde. Würde diese Voraussetzung nicht eingetreten sein, der Beklagte also später in Natur erfüllt haben, so wäre allerdings der Deckungskauf zum Nachtheile des Klägers ausgefallen; da aber Beklagter nicht erfüllt, so steht nichts entgegen, den vollzogenen eventuellen Deckungskauf nach Analogie desjenigen gelten zu lassen, den der nichtsäumige Käufer vor Ablauf der dem säumigen Verkäufer nach Art. 356 H.G.B. bewilligten Nachfrist vollzogen hat. Jedenfalls trifft den Beklagten der Vorwurf des Dolus in der Prozeßführung, wenn er, nachdem er sich in den vorderen Instanzen mit der Vornahme des Deckungskaufes durch den Kläger an sich einverstanden erklärt hat, nunmehr in der dritten Instanz die Schadensliquidation des Klägers aus dem Grunde angreift, weil jener Deckungskauf überhaupt nicht oder doch nur nach dem Zeitpunkte der Rechtskraft des ergangenen Endurtheiles hätte vorgenommen werden dürfen.

Anlangend den zweiten Deckungskauf, so ist dieser einen Tag vor Erhebung der zweiten Klage auf Lieferung der Ende Januar 1882 fällig gewordenen 100 cbm Eichenbohlen geschlossen worden. Die Wahl des Rechtes auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, die in dem Abschlusse jenes Deckungskaufes zu befinden ist, schloß nun zwar die Befugnis des Klägers, auf Realerfüllung des Vertrages zu dringen, aus; diesen Einwand konnte aber der Beklagte nur im Vorprozeße erheben; im gegenwärtigen Liquidationsprozeße ist er damit um so gewisser nicht zu hören, als in Folge seiner eigenen, dem Kläger zugestellten Erklärung vom 17. Mai 1882 das Klagepetitum im Vorprozeße in prozeßualisch zulässiger Weise (§. 240 Riff 3 C.P.D.) geändert und

Beklagter rechtskräftig verurteilt worden ist, Schadenersatz zu leisten. Damit trat an die Stelle der ursprünglich geforderten Realerfüllung gerade dasjenige, was Kläger jetzt verlangt.

Der dritte Deckungskauf wurde im August 1882 vollzogen, nachdem die in den beiden Vorprozessen ergangenen Urteile die Rechtskraft beschritten hatten; Kläger hat damit diese Erkenntnisse selbst in Verbindung mit der außergerichtlichen Erklärung des Beklagten, daß er zur Realerfüllung außerstande sei, zur Grundlage seiner Schadeliquidation genommen. Es erhebt sich hierbei nur das Bedenken, ob der Beklagte für diesen — nach der eigenen Angabe des Klägers zur Deckung des Ausfalles der beiden ersten Deckungskäufe mit A. & C. J. zu M. geschlossenen — Kauf haftbar gemacht werden könne, insofern dieser nicht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Lieferungsverzuge des Beklagten steht, sondern zunächst durch die mangelhafte Vertragserfüllung der Firma M. & Co. zu N. und der Firma S. & Co. zu Sz. hervorgerufen worden ist. Abgesehen jedoch davon, daß die Vorinstanz den Kaufzusammenhang zwischen dem Lieferungsverzuge des Beklagten und jenem Deckungskaufe gemäß §. 260 C.P.D. angenommen hat, erledigt sich jenes Bedenken durch die Erwägung, daß es nicht darauf ankommt, welche Verträge der Kläger zu seiner Deckung einging, sondern nur darauf, was sich derselbe wirklich durch diese Verträge beschafft. Die Deckung selbst bestand erst in der Realisierung der Verträge, nicht schon in der bloßen Existenz der letzteren. Mit Recht hebt daher der Berufungsrichter hervor, daß der Deckungskauf bei A. & C. J. zu M. deshalb erfolgt sei, weil die beiden früheren keinen vollständigen Ersatz geboten hätten.

2. Was sodann den Ort der Vornahme der streitigen Selbsthilfekäufe und die bei letzteren angelegten Preise betrifft, so stellt der Berufungsrichter in ausführlicher Begründung thatsächlich fest, daß Kläger nach den Umständen des Falles und mit besonderer Rücksicht darauf, daß es sich hier nicht um eine Ware gehandelt habe, welche einem bestimmten Markt- oder Börsenpreise unterliege, berechtigt gewesen sei, von dem Bezuge der Eichenbohlen aus Deutschland abzusehen und sich durch Abschluß von Verträgen im Auslande zu den vereinbarten Preisen zu decken. Nur rücksichtlich der Preisansätze des mit der Firma J. zu M. eingegangenen dritten Deckungskaufes hält der Vorderrichter eine Ermäßigung um 810 M für geboten, da die dort

angelegten höheren Kaufpreise zum Teile durch die besonderen mit der gedachten Firma vereinbarten Bedingungen hervorgerufen worden seien.

Diese thatsächlichen Erwägungen können in der Revisionsinstanz mit Erfolg nicht angefochten werden. Ein Rechtsirrtum ist dabei überall nicht ersichtlich. Denn in der That vollzieht der nichtsäumige Käufer den Selbsthilfskauf zunächst in eigenem Interesse; er handelt dabei nicht als Geschäftsführer des säumigen Verkäufers; der redlicherweise bezahlte höhere Kaufpreis kommt in Ansatz, sobald die Umstände ergeben, daß der Deckungskauf gerade für den konkreten Ausfall zustande kam. Und von dem Abschlusse des Deckungskaufes am Erfüllungsort oder Ablieferungsorte darf der Käufer Umgang nehmen, wenn er zureichende Gründe für ein solches Verfahren anzuführen vermag.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 11 Nr. 40 S. 199.

Allerdings mußte — nach den Erörterungen zur vorigen Revisionsbeschwerde — der Kläger zum ersten Deckungskaufe nachweisen, daß er dabei zugleich das Interesse des Beklagten wahrgenommen habe. Allein auch dieser Beweis ist nach den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters für geführt zu erachten. Keineswegs ergibt der Sachverhalt, daß sich der Kläger zur fraglichen Zeit unter den von der belgischen Staatsbahn gestellten Bedingungen in Deutschland zu den nämlichen Preisen habe decken können, welche mit dem Beklagten verabredet worden waren. Nur die Möglichkeit, zugleich aber auch die Unwahrscheinlichkeit einer solchen Deckung in Deutschland nimmt das Berufungsgericht an und verweist dabei auf das eigene Verhalten des Beklagten, der, obwohl selbst Holzhändler und als solcher mit den Bezugsquellen geeigneter Hölzer bekannt, nicht einmal den Versuch gemacht habe, zur Abwendung seiner Schadenersatzpflicht dem Kläger Teillieferungen aus Deutschland zur Verfügung zu stellen. Diese Thatsache, führt der vorige Richter aus, lasse sich nur aus dem Bewußtsein des Beklagten erklären, daß er selber nicht imstande gewesen sei, sich die Ware anderweit in Deutschland zu billigeren Preisen, als der Kläger in Ungarn und Slavonien angelegt habe, zu beschaffen, während der Kläger als vorsichtiger Kaufmann gehandelt habe, wenn er sich unter den gegebenen Verhältnissen an ausländische Firmen gewendet habe. Zweifellos trifft bei solcher Sachlage die Erwägung des Vorderrichters zu, daß der Beklagte mit Grund den

Vorwurf nicht erheben könne, daß der Kläger gerade dasjenige unterlassen habe, was er, Beklagter, selber unterließ.

3. Der letzte Revisionsangriff richtet sich gegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der gegenüber der belgischen Staatsbahn verwirkten Konventionalstrafe. Daß der säumige Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer, welcher die Ware unter Verabredung einer Konventionalstrafe weiter verkauft hat, diese im Falle ihrer Verwirkung zu ersetzen, ergibt sich aus l. 2 §. 8 Dig. de eo quod certo loco 13, 4. Unter den Parteien bestritten ist auch nur die Frage, ob der Beklagte für den Lieferungsverzug derjenigen Firmen einzustehen habe, mit welchen der Kläger die Deckungskäufe vom 21. Januar und 6. Mai 1882 abschloß. Käme es auf die Rechtsfrage allein an, so würde die erhobene Beschwerde begründet sein. Der Kläger kann nur den wirklichen Schaden liquidieren, den er aus dem Abschlusse und dem Vollzuge jener Deckungskäufe erlitten hat. Verzögerten die Verkäufer die schuldigen Lieferungen und erlangte Kläger einen Anspruch gegen dieselben auf Ersatz der Konventionalstrafe, so verminderte sich nach der Höhe dieses Gegenanspruches seine Schadenersatzforderung aus den Deckungskäufen von selbst. Zwar brauchte Kläger, falls er Selbsthilfekäufe abschloß, die im Verhältnisse zu den bei dem Beklagten angelegten Preisen günstig für ihn waren, den gemachten Gewinn nicht herauszugeben, weil er zu einer Anschaffung für Rechnung des säumigen Kontrahenten nicht verpflichtet war. Da ihm jedoch unbestritten ein Schaden erwachsen ist, so kann er diesen nicht geltend machen und dabei den Gewinn aus den Deckungskäufen für sich behalten; der Schaden versteht sich vielmehr immer abzüglich des Gewinnes. Allein thatsächlich ist nicht festgestellt und es läßt sich auch aus dem Vorbringen beider Teile nicht entnehmen, von welchem Zeitpunkte ab die Firmen M. & Co. zu N. und S. & Co. zu Uj.-Sz. in Lieferungsverzug gekommen sind. Aus den von dem Kläger beigebrachten Urkunden ergibt sich bloß, daß diese Firmen sich verpflichtet hatten, Ende März und Ende Mai 1882 je 100 cbm Eichenbohlen zur Ablieferung an ihre Handelsniederlassung bereit zu halten, daß der Kläger ungefähr um diese Zeiten zur Abnahme der Ware dorthin gereist ist, und daß die Hölzer in verschiedenen Sendungen in den Monaten Mai, Juni und Juli 1882 in Antwerpen ankamen. Diese Thatfachen für sich allein reichen jedoch nicht aus, um die Annahme zu begründen, daß sich die

genannten Firmen, sei es bezüglich der von ihnen übernommenen Verpflichtungen überhaupt, sei es rücksichtlich der hier als Deckungskäufe geltend gemachten Teillieferungen im Verzuge befunden haben und aus diesem Grunde schuldig seien, dem Kläger die von Ende März und Mai ab laufende Konventionalstrafe für je 100 cbm Eichenbohlen zu vergüten. Es lag dem Beklagten ob, zur Begründung seiner Einrede der Kompensation den etwaigen Lieferungsverzug jener Verkäufer thatsächlich darzulegen, zumal sich aus einer Vergleichung der dem Kläger von der belgischen Staatsbahn angefahren mit der späterhin wirklich eingezogenen Konventionalstrafe von 3612 Franken ergibt, daß die letztere noch nicht einmal die gesamte bis zum 15. April 1882 zu Lasten des Klägers vertragsmäßig aufgelaufene Strafe, nach den Stichtagen der einzelnen Lieferungen berechnet, in sich begreift.“