

29. 1. Rechtliche Konstruktion der Verabredung, eine Quantität Blech in Dimensionen, welche vom Besteller nach einer Preisskala zu spezifizieren sind, zu liefern, wenn dem Besteller außerdem noch eine Wahl gelassen ist hinsichtlich der Qualität des zu liefernden Bleches und für jede Qualität ein verschiedener Grundpreis festgesetzt ist.

2. Folgen der Nichtausübung des dem Besteller zustehenden Wahlrechtes. Anspruch des Verkäufers auf den Preis der geringsten Qualität. Nichtübergang des Wahlrechtes.

III. Civilsenat. Urtheil v. 27. Mai 1892 i. S. R. (Bekl.) w. St. G. J. G. (Kl.) Rep. III. 7/92.

I. Landgericht Braunschweig.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Aus der Korrespondenz der Parteien ergibt sich nach der Feststellung der Vorinstanzen folgender Lieferungsvertrag:

Klägerin verkauft an Beklagte:

1. 80 000 Kilogramm Bleche zum Grundpreise von
240 M für 1000 Kilogramm Schweißseifenkesselblech,
225 " " " " Schweißseifenbehälterblech,
225 " " " " Siemens Martin-Flußseifenblech
- zur Abnahme bis Ende Juni 1890,
2. 50 000 Kilogramm Bleche zum Grundpreise von
260 M für 1000 Kilogramm Schweißseifenkesselblech,
235 " " " " Schweißseifenbehälterblech,
225 " " " " Siemens Martin-Flußseifenblech

zur Abnahme bis Ende 1890 nach Wahl und vorhergehender Spezifikation der Käuferin und mit Überpreisen nach Konventionsstala vom 11. November bezw. 23. Dezember 1889.

Die Beklagte ist nach den bezeichneten Terminen mehrfach vergeblich zur Spezifikation aufgefordert worden. . . . Bei dieser Sachlage hat die Klägerin sich für berechtigt erachtet, das Lieferungsobjekt selbst zu bestimmen, um zu der Forderung einer bestimmten Kaufsumme zu gelangen. Sie hat dasselbe auf 80 Tonnen Schweiß-eisentesselbleche zu 240 *M* für die Tonne und auf 50 Tonnen Schweiß-eisentesselbleche zu 260 *M* für die Tonne, also unter Auswahl der teuersten Sorte, bestimmt und fordert 32200 *M* nebst Prozeßzinsen. . . . Die erste Instanz hat den Übergang des Wahlrechtes von dem säumigen Käufer auf den Verkäufer anerkannt und klagegemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Die Beklagte und Revisionsklägerin greift das Berufungsurteil in mehreren Punkten an.

1. Sie rügt, daß die Vorinstanzen rechtsirrtümlicherweise an den Verzug des Käufers in Ausübung der Wahl die Rechtsfolge der Übertragung des Wahlrechtes auf den Verkäufer geknüpft haben. Diese Rüge ist begründet.

Durch den Kauf auf vorgängige Spezifikation hat die Beklagte sich des Bezuges solcher Waren versichert, welche ihrem noch nicht zu übersehenden Bedürfnisse entsprechen. Wird das Wahlrecht genommen, so wird der Vertrag in einem wesentlichen Teile geändert; das Interesse des Käufers an dem Vertrage wird aufgehoben, da dem Käufer für ihn unbrauchbare Waren aufgedrängt werden könnten. Zu einem solchen Eingriffe in die Vertragsrechte könnte man nur auf Grund einer Rechtsnorm kommen, welche für den Fall des Wahlverzuges einen solchen Rechtsnachteil eintreten läßt. Den Quellen ist eine solche Rechtsnorm nicht zu entnehmen. Wollte man die Vorschriften über *optio legata* (l. 7. 8. 13 Dig. de opt. leg. 33, 5) auch auf alternative Obligationen, welche aus einem gegenseitigen Vertrage entsprungen sind, und dann weiter auf Spezifikationsfälle der vorliegenden Art anwenden, so würde man mit Römer, *Abhandlungen* S. 140, nicht zu einer Wahlübertragung, sondern bei unterstelltem

Bedingungsaußfalle zu einem Zusammenfallen des ganzen Vertrages gelangen. Das Urteil dieses Senates vom 21. Oktober 1884,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 184,

kann nicht, auch nicht analog, von der Klägerin zu ihren Gunsten herangezogen werden, weil dasselbe eine Übertragung des Wahlrechtes nur unter einer hier nicht zutreffenden Voraussetzung annimmt, im übrigen aber ausdrücklich verneint. Auch die Analogie der von dem ersten Richter herangezogenen Vorschriften über die Folgen einer vertragswidrigen Vereitelung des Eintrittes einer Bedingung könnte nicht zu einer Übertragung des Wahlrechtes, welche den Vertragsinhalt wesentlich verändert, sondern könnte höchstens, wie die analoge Anwendung der Vorschriften über *optio legata*, zu der Annahme eines Fallens des Vertrages führen. Die in der Doktrin sich findende Verteidigung der Übertragung des Wahlrechtes,

vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 §. 27 a. E.; Derselbe, Preussisches Privatrecht Bd. 2 §. 29 Anm. 18; Bernstein, Der alternative Wille S. 73,

deren Gründe die früheren Richter benutzen, erscheint hiernach als des nötigen Anhaltes im positiven Rechte entbehrend. Der Hinweis auf die Billigkeit und die Schwierigkeiten, welchen die Verwirklichung des Rechtes des Verkäufers begegnet, ist nicht geeignet, die früheren Entscheidungen zu rechtfertigen. Zunächst bleibt immer noch die Frage, ob die obwaltenden Schwierigkeiten richtig beurteilt sind. Im vorliegenden Falle kann der Verkäufer nach den weiteren Ausführungen unter 2 dahin gelangen, daß ihm der Mindestpreis mit Vorbehalt des vollen Spezifikationsrechtes des Käufers, nicht etwa, wie der Vorderrichter als notwendig unterstellt, mit Konzentration auf die geringste Sorte, zu zahlen ist. Es erübrigt also nur die Auffindung eines Weges, wie sich der Verkäufer von seiner fortbestehenden Pflicht zur Lieferung auf vorgängige Spezifikation befreien könne. Das Reichsoberhandelsgericht,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 18 S. 51,

schließt in einem Falle der vorliegenden Art den Selbsthilfeverkauf als Befreiungsmittel aus. Der I. Civilsenat des Reichsgerichtes läßt in dem Urteile vom 28. November 1883,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 100,

die Richtigkeit dieser Ansicht dahingestellt. Hier eine Entscheidung zu

geben, ist praktisch nicht geboten. . . . Jedenfalls steht die Unzulässigkeit des Selbsthilfeverkaufes, bei welchem nicht effektive Ware, sondern das Bezugsrecht des Käufers, wie es ist, verkauft wird, nicht fest. Aber wenn auch Zweifel beständen, wie ein anerkanntes Recht zur Verwirklichung gelangen könne, so berechtigen solche Zweifel den Richter nicht zu einer rechtsergänzenden Substitutur.

2. Die Revisionsklägerin will auf den vorliegenden Fall eines Verkaufes mit Spezifikationsrecht des Käufers diejenige Beurteilung angewendet wissen, welche ein übereinstimmender Fall in dem Urteile des Reichsoberhandelsgerichtes vom 17. Juni 1875,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 18 S. 48, gefunden hat. Muß man, wie vorstehend ausgeführt, den Übergang des Wahlrechtes von dem säumigen Käufer auf den Verkäufer verneinen, so befindet sich der Vertrag zur Zeit noch in dem bis zur Wahl stattfindenden Schwebezustande. Die Beurteilung des Reichsoberhandelsgerichtes würde allerdings dahin führen, daß während dieses Zustandes ein Anspruch auf Erfüllung überall vom Verkäufer nicht erhoben, sondern nur auf Vornahme der Spezifikation geklagt werden kann. Die Klage würde also auch, soweit sie auf Zahlung des geringsten Preises geht, hinfällig sein. Der Unterschied des vorliegenden komplizierten Spezifikationsfalles von den gewöhnlichen Fällen, in welchen die Bestimmung der zu liefernden Ware nach Formgebung oder auch wohl nach sonstiger Herstellungsart (Warennummer) dem Käufer frei gelassen ist,

vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 15 S. 146, Bd. 16 S. 204, Bd. 22 S. 5; Entsch. des R.O.'s in Civilt. Bd. 10 S. 97, Bd. 14 S. 243,

besteht darin, daß das abzunehmende bestimmte Quantum unter Verschiedenheit der Grundpreise nicht aus einer Warensorte zu leisten ist, sondern unter beliebiger Teilung aus mehreren Sorten gewählt werden darf. Die juristische Schwierigkeit besteht für die Beurteilung der Spezifikationsfälle in einer gewissen Unbestimmtheit der Ware und des Preises. Für diejenigen Fälle, in welchen eine Eisensorte nach zu bestimmenden Dimensionen oder Formen zu liefern ist, hat das Reichsoberhandelsgericht die obwaltende Schwierigkeit durch eine Auslegung dahin beseitigt, daß die bestimmte Eisensorte, z. B. französisches Handelsseisen, zu dem festen Grundpreise verkauft sei, eine Unbe-

stimmtheit bezüglich der Ware und des Preises also nicht bestehe. Von dem eigentlichen Vertrage wird sodann eine Nebenbedingung unterschieden, durch welche der Käufer zu einer gewissen in das Belieben des Käufers gestellten Formgebung gegen Ersatz der hierfür aufzuwendenden Kosten sich verpflichtet.

Vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 16 S. 205.

Auch in dem Urteile des I. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 12. Dezember 1883,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 10 S. 97,

ist die obwaltende Schwierigkeit durch eine ähnliche Auslegung beseitigt. Dieser Weg wird unmöglich, wenn aus verschiedenen Sorten mit verschiedenen Grundpreisen von dem Käufer zu wählen ist, und daneben die Dimensionen zu bestimmen sind. Demungeachtet gelangt das Reichsoberhandelsgericht im Urteile vom 17. Juni 1875 nicht etwa dahin, den Vertrag wegen Unbestimmtheit von Ware und Preis fallen zu lassen. Es soll vielmehr in dem verbindlichen und klagbaren Geschäfte eine Mehrheit von Kaufverträgen stecken und durch die Erklärung des Käufers sich entscheiden, welcher Kaufvertrag mit bestimmter Ware und bestimmtem Preise zur Geltung gelange. Vorher, während des Schwebezustandes, soll ein Verzug des Käufers hinsichtlich der Annahme des Kaufgegenstandes absolut undenkbar sein. Diese Undenkbarkeit müßte zur Folge haben, daß niemals aus dem Lieferungsvertrage auf Erfüllung, auch nicht unter Forderung des geringsten Preises, welcher, wie auch spezifiziert werden möge, übrig bleibt, geklagt werden kann; denn ohne Annahmeverzug kann es nicht zu einem Zahlungsverzuge des Käufers in Ansehung des Preises unter Wegfall der Einrede des nicht erfüllten Vertrages kommen. Nimmt man hinzu, daß nach dem Urteile dieses Senates vom 24. November 1885,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 243,

an welchem festzuhalten ist, die dem Gläubiger als solchem zugestandene Wahlbefugnis nur ein Recht des Gläubigers, nicht eine Pflicht desselben, mithin nicht durch Klage erzwingbar ist, so würde sich ergeben, daß einem nach den Anschauungen des Handelsverkehrs zweifellos gültigen und bindenden Vertrage wegen juristischer Bedenken die praktische Wirksamkeit versagt bliebe. Dieses Ergebnis muß zu einer erneuten Prüfung veranlassen, ob die Bedenken, welche

der Annahme eines Empfangsverzuges und der Zulässigkeit einer Erfüllungsklage entgegenstehen, wirklich durchschlagend sind.

Es steht bei den Kontrahenten, die Bestandteile des einzugehenden gegenseitigen Vertrages nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zu bestimmen. Die vorläufig gelassene Ungewißheit kann der Hebung durch ein künftiges aufklärendes Ereignis einstweilen überlassen bleiben, und dieses Ereignis kann in der Willensentscheidung des einen Teiles bestehen. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn der Verkäufer sich zu der Lieferung dieses oder jenes Gegenstandes nach Wahl des Käufers verpflichtet, also wenn die Obligation des Verkäufers eine alternative ist. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem Falle der Übernahme einer alternativen Obligation seitens des Verkäufers dadurch, daß die Spezifikation in einem viel weiteren Umfange den Vertragsinhalt feststellt, indem der Käufer aus drei Sorten zu wählen und für das Gewählte eine gewisse Herstellungsart, über welche aus den Verhandlungen nichts Näheres erhellt, zu bestimmen hat. Die Entscheidung des Käufers über die Ware ergibt an der Hand der über die Warenpreise getroffenen Vereinbarungen den Betrag des Kaufgelbes. In Ansehung des Inhaltes des Vertrages bleibt zunächst innerhalb gewisser Grenzen eine Ungewißheit bestehen, und es schaltet sich ein Schwebezustand ein; aber trotz der möglichen verschiedenen Gestaltung des Vertragsinhaltes besteht nur ein Vertrag, und es sind weder ein Vertrag und ein Nebenvertrag über die Formgebung, wie von dem Reichsoberhandelsgerichte für die gewöhnlichen Spezifikationsfälle angenommen wird, noch ist eine Mehrheit von Kaufverträgen zu unterscheiden, wie das Reichsoberhandelsgericht für den Fall annimmt, wenn der Käufer aus mehreren Qualitäten mit verschiedenem Grundpreise auszuwählen hat. Bei einem Kaufvertrage mit alternativer Leistungspflicht des Verkäufers hat man an der Einheitlichkeit des Vertrages nie gezweifelt. Die umfänglichere Wirkung der Wahlentscheidung des Käufers im vorliegenden Falle bedingt nicht ein abweichendes Ergebnis. Ferner scheint es nicht geboten, zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft. Beide Arten von Bestimmung stellen Merkmale fest, welche die lieferbare Ware haben soll, entscheiden also über das Genus der Ware, über Gattung, Art, Unterart.

Der Käufer wird in der Ausübung seiner Rechte durch die obwaltende Ungewißheit, welche durch seine Willensentscheidung in Gewißheit sich verwandelt, überall nicht beeinträchtigt. Ungünstiger ist die Lage des Verkäufers. Einen Anspruch gegen den Käufer auf Vornahme der Spezifikation und eventuell auf das Interesse kann man demselben zwar, ohne von dem früher angeführten Urteile dieses Senates,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 243, abzuweichen, in dem Falle zuschreiben, wenn dem Vertrage die Übernahme einer Verpflichtung zur Spezifikation zu entnehmen ist, mithin der Käufer als Schuldner einer solchen Dienstleistung dem Verkäufer gegenüber erscheint. Wie nahe eine solche Auslegung mit Rücksicht auf Treue und Glauben auch liegt, so kommt doch im vorliegenden Falle ein solcher Anspruch nicht in Betracht, weil derselbe nicht erhoben ist. Nur die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises ist geltend gemacht. Nimmt man an, daß nur ein Lieferungsvertrag vorliegt, so besteht die Kaufpreisforderung von Anfang an, und nur das Hinausgehen derselben über den Mindestpreis ist noch in der Schwebe, während, wenn man mit dem Reichsoberhandelsgerichte eine Mehrheit von Kaufverträgen unterscheiden würde, unter welchen der Käufer auswählt, vor der Wahl von einem bereits bestehenden Ansprüche nicht die Rede sein könnte.

Mit der Annahme einer festen Forderung auf den Mindestpreis ist dem Verkäufer ein Weg zum Angriffe eröffnet, wenn man gegen die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichtes dahin gelangen kann, auf Seiten des mit der Spezifikation zögernden Käufers das Vorhandensein des Annahmeverzuges anzunehmen. Für die gewöhnlichen Spezifikationsfälle hat die bisherige Rechtsprechung angenommen, daß, falls die Säumnis des zur Spezifikation aufgeforderten Käufers für den Verkäufer die Möglichkeit einer Realoblation ausschließt und nur die Möglichkeit einer wörtlichen Vereiterklärung zur Lieferung nach Spezifikation bestehen läßt, eine solche Verbaloblation in Verbindung mit dem im vorliegenden Falle nicht zweifelhaften Leistungsvermögen genügt, um den Käufer in Empfangsverzug zu versetzen.

Vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 15 S. 146; Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 246.

In den Fällen, in welchen der Käufer unter verschiedenen Quali-

täten oder Sorten zu wählen hat, ist die Wahlentscheidung eine umfanglichere. Dieser Umstand kann jedoch einen Unterschied nicht machen. Mit dem Empfangsverzuge wird, wie in dem eben angeführten reichsgerichtlichen Urteile ausgeführt ist, die Art von Bedingtheit des Kaufgeldanspruches, welche aus der Einrede des nicht erfüllten Vertrages sich ergibt, gehoben, und es kann einfache Verurteilung, nicht bloß Verurteilung zur Leistung Zug um Zug verlangt werden.“ . . .