

94. 1. Findet das Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 770. 769 Abs. 1 oder nach § 773 Absf. 1. 2 C.P.D. statt, wenn der Schuldner eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen nicht an seinem Wohnorte zu leisten, sondern zunächst an einen anderen Ort zu versenden, dort auch nach Untersuchung der Sachen Zahlung des Kaufpreises zu beanspruchen hat?

2. Kann der zur Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen Verurteilte den Gläubiger zur Annahme der Naturalerfüllung nötigen, nachdem er es vorher zur Zwangsvollstreckung hat kommen lassen, die Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben und die Interesselage vom Gläubiger bereits erhoben ist?

3. Welcher Zeitpunkt ist in solchem Falle für die Berechnung des Interesses wegen Nichtbefolgung des Urtheiles maßgebend?

VI. Civilsenat. Urth. v. 18. November 1895 i. S. L. (Bekl.) w. v. d. S. (Kl.) Rep. VI. 214/95.

I. Landgericht Lyß.

II. Oberlandesgericht Königsberg i. Pr.

In einem Vorprozesse der Parteien wurde der Beklagte durch das gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 16500 *M* für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil des Landgerichtes zu L. vom 23. Februar 1892 verurtheilt,

750 Sack Prima-Kartoffelmehl nach Maßgabe der unter dem 28. Januar 1891 übersandten Probe franco Waggon Marggrabowa gegen Zahlung von 16500 *M* nach Ankunft und Untersuchung der Ware in Königsberg sogleich an Kläger zu liefern.

Aus diesem Urtheile ließ der Kläger, nachdem die Berufung des Beklagten zurückgewiesen worden war, am 30. Juli 1892 die Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten ausführen; die Zwangsvollstreckung fiel jedoch fruchtlos aus. Durch Urtheil vom 30. November 1892 wurde sodann auch die Revision des Beklagten zurückgewiesen. Schon vorher — im Oktober 1892 — hatte der Kläger die gegenwärtige Klage auf Ersatz des Interesses erhoben. Er beanspruchte als solches die Differenz zwischen dem kontraktlichen Kaufpreise von 22 *M* und dem am 30. Juli 1892 in Berlin notierten Marktpreise von 34 *M* pro Sack Prima-Kartoffelmehl und beantragte danach, den Beklagten zur Zahlung von 9000 *M* nebst Zinsen zu verurtheilen. Das Landgericht gab diesem Antrage statt. Auf die Berufung des Beklagten änderte das Oberlandesgericht die erstrichterliche Entscheidung nur insoweit ab, daß der Beklagte zur Zahlung von 5707,50 *M* nebst Zinsen verurtheilt und der Kläger mit der Mehrforderung abgewiesen ist. Diese Abweisung wurde, bei Anerkennung des erhobenen Anspruchs dem Grunde nach, auf die Annahme gestützt, daß der Kläger das ihm verkaufte Mehl am 30. Juli 1892 in Berlin nur für 33 *M* pro Sack hätte verkaufen können, und daß von diesen 33 *M* noch die Transportkosten von Marggrabowa nach Berlin mit 3,39 *M* pro Sack in Abzug zu bringen seien. Das Reichsgericht hat die Revision des Beklagten und die Anschließung des Klägers zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Was zunächst die Revision des Beklagten anlangt, so beruht die Entscheidung des Berufungsgerichtes auf der Annahme, daß der

Kläger als Schadensersatz wegen Nichtbefolgung des im Vorprozesse vom Landgerichte mit vorläufiger Vollstreckbarkeit erlassenen Urtheiles seitens des Beklagten die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem höheren Marktpreise zur Zeit der am 30. Juli 1892 fruchtlos erfolgten Zwangsvollstreckung beanspruchen dürfe. Hiergegen wird von der Revision

1. in erster Reihe geltend gemacht, daß sich aus den Feststellungen des angefochtenen Urtheiles nicht bestimmt ersehen lasse, von welcher Art die gegen den Beklagten ausgebrachte Zwangsvollstreckung gewesen ist; anzunehmen sei, daß ein vom Kläger beauftragter Gerichtsvollzieher bei dem Beklagten die Zwangsvollstreckung ausgeführt und hierbei Kartoffelmehl in der dem Urtheile entsprechenden Beschaffenheit nicht vorgefunden hat; eine derartige Zwangsvollstreckung sei aber nicht zulässig gewesen, da das Urtheil vom 23. Februar 1892 den Beklagten nicht zu einer Herausgabe oder bedingungslosen Lieferung des Mehles an seinem Wohnorte P., sondern zu einer aus Herausgabe und aus sonstigen Leistungen zusammengesetzten Handlung verpflichtet habe, nämlich zur Versendung des Mehles von Marggrabowa nach Königsberg auf Kosten des Klägers, zur Zulassung einer Untersuchung durch den Kläger in Königsberg und dann erst zur Übergabe des Mehles an den Kläger in Königsberg, falls dieser die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware anerkennen und gleichzeitig (Zug um Zug) dem Beklagten 18500 *M* zahlen würde; bei der Untheilbarkeit dieser Judikatpflichten hätte für die Zwangsvollstreckung nicht das Verfahren der §§ 769 Abs. 1. 770 C.P.D., sondern nur das Verfahren der §§ 773. 776 unter Einhaltung der Bestimmungen der §§ 664 flg. C.P.D. gewählt werden dürfen; bei dem letzteren Verfahren wäre die Stellung des Beklagten eine wesentlich günstigere gewesen, sodaß es der Schadensberechnung des Berufungsgerichtes an jeder Grundlage fehle, und die Auslassung des Beklagten an Bedeutung gewinne, wonach Kläger die Zwangsvollstreckung nur zur Schikane herbeigeführt haben soll. Der auf diese Ausführung gestützte Angriff kann indessen für begründet nicht erachtet werden.

Während im Thatbestande des ersten Urtheiles bemerkt war, daß am 30. Juli 1892 vom Gerichtsvollzieher B. aus L. bei dem Beklagten auf Grund des vollstreckbaren Urtheiles vom 23. Februar 1892 die Zwangsvollstreckung ausgeführt worden, daß jedoch Prima-

Kartoffelmehl nicht zu erlangen gewesen sei, begnügt sich der selbständige Thatbestand des Berufungsurtheiles mit der Konstatierung, daß die vom Kläger am 30. Juli 1892 betriebene Zwangsvollstreckung fruchtlos ausgefallen ist. Ein Mangel des angefochtenen Urtheiles läßt sich hierin nicht erblicken. Das Berufungsgericht hatte keinen Anlaß, speziellere Feststellungen über die Art der Zwangsvollstreckung zu treffen, und ebensowenig Anlaß, sich über deren Zulässigkeit besonders auszusprechen, da vom Beklagten nach dieser Richtung weder in erster noch in zweiter Instanz irgend welche Einwendungen erhoben worden sind. Faßt man den Thatbestand beider Vorentscheidungen ins Auge, so erscheint allerdings die Annahme geboten, daß der Gerichtsvollzieher sich am 30. Juli 1892 im Auftrage des Klägers nach B. zu dem Beklagten begeben hat, um die nach dem Urtheile vom 23. Februar 1892 an den Kläger zu liefernde Ware dem Beklagten wegzunehmen und dem Kläger zu übergeben. Gegen die Zulässigkeit dieser Art der Zwangsvollstreckung walten aber auch begründete Bedenken nicht ob. Der wesentliche Inhalt des Urtheiles vom 23. Februar 1892 bestand darin, daß dem Beklagten die Verpflichtung auferlegt wurde, dem Kläger 750 Sack Prima-Kartoffelmehl unter den näher bezeichneten Maßgaben zu liefern. Nach den früheren Prozeßgesetzen konnte es zweifelhaft erscheinen, in welcher Weise zur Erfüllung einer derartigen Verpflichtung die Exekution zu vollstrecken sein möchte. Die Civilprozeßordnung enthält indessen hierüber auf Grund der von der Reichsjustizkommission nach eingehenden Erörterungen gefaßten Beschlüsse in dem Abs. 3 des § 773 sowie in dem § 770 besondere Vorschriften.

Vgl. Protokolle der Reichs-Justizkommission S. 561. 562. 572—581. 604.

Da es sich im vorliegenden Falle um die Erwirkung der Herausgabe oder Leistung von Sachen handelte, war nach Abs. 3 des § 773 die Anwendung der von der Revision für maßgebend erachteten Absf. 1. 2 daselbst ausgeschlossen, und da der Beklagte eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen zu leisten hatte, mußte das in den §§ 770. 769 Abs. 1 bezeichnete Verfahren eingeschlagen werden, welches keineswegs nur dann eintritt, wenn der Schuldner vertretbare Sachen an seinem Wohnorte zu leisten hat. Die judikatmäßige Verpflichtung des Beklagten konnte nicht dadurch die Eigenschaft der

Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, im Sinne des § 773 Abs. 1 erlangen, daß der Beklagte das verkaufte Mehl bis Marggrabowa auf seine Kosten zu transportieren und alsdann für den Weitertransport bis Königsberg auf Kosten des Klägers Sorge zu tragen hatte. Von diesen Transportpflichten wurde der Beklagte im Falle der Wegnahme des Mehles durch den Gerichtsvollzieher befreit, was ihm in keiner Weise zur Beschwerde gereichen konnte.

Vgl. auch die preussische Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher § 94.

Freilich meint die Revision, durch das eingeschlagene Verfahren wäre, falls es Erfolg gehabt hätte, dem Beklagten die Möglichkeit entzogen worden, die Ware, die nur Zug um Zug zu liefern gewesen, bis zur Untersuchung in Königsberg in seinem Gewahrsam zu behalten. Allein die Voraussetzung, daß hier ein Zug um Zug zu erfüllendes Kaufgeschäft vorgelegen habe, findet in der Formel des Urtheiles vom 23. Februar 1892 keine Stütze. Es handelt sich vielmehr, wie schon das im Vorprozesse ergangene Revisionsurteil dargelegt hat, um ein gewöhnliches Distanzgeschäft, bei welchem der Beklagte die Ware, ohne sofortige Zahlung fordern zu dürfen, an den Kläger nach Königsberg abzuschicken und letzterer den Kaufpreis erst nach dem Eintreffen der Ware und nach der Untersuchung ihrer Beschaffenheit zu zahlen hatte. Selbst wenn aber die Zahlung Zug um Zug hätte erfolgen sollen, würde daraus zu Gunsten des Beklagten nicht mehr zu folgern sein, als daß er berechtigt gewesen wäre, die Wegnahme des Roggens von der vorherigen Zahlung des Kaufpreises abhängig zu machen. Der Beklagte hat jedoch gar nicht behauptet, daß er solche Zahlung bei der Zwangsvollstreckung beansprucht habe, oder daß der Kläger nicht in der Lage gewesen sein würde, die sofortige Zahlung des Kaufpreises zu bewirken, falls es zur Wegnahme des Mehles gekommen wäre. Für die Annahme, daß der Kläger die Zwangsvollstreckung arglistig oder nur zur Schilane betrieben habe, konnte hiernach der Berufungsrichter aus dem eingeschlagenen Vollstreckungsverfahren einen Anhalt nicht entnehmen.

2. Der Beklagte hatte der Klage unter anderem die Behauptung entgegengesetzt, daß er am 1. Dezember 1892, also am ersten Tage nach Verkündung des Revisionsurtheiles im Vorprozesse, dem Kläger die Lieferung in Gemäßheit des Urtheiles angeboten, der Kläger aber

die Lieferung nicht angenommen habe und sich demzufolge im Annahmeverzuge befinde. Das Berufungsgericht erachtet jedoch die Nichtannahme der Naturalerfüllung für gerechtfertigt, indem es ausführt, daß der Kläger durch das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil vom 23. Februar 1892 ein Recht auf die Zwangsvollstreckung erworben und für die Ausübung dieses Rechtes bei Fortdauer der Säumnis des Beklagten ohne Arglist und ohne Verletzung von Treue und Glauben den ihm günstig scheinenden Zeitpunkt der Preissteigerung behufs Erzielung eines erlaubten Gewinnes habe wählen dürfen, selbst wenn er voraussehen konnte, daß der Beklagte zu der gewählten Zeit bereite Mittel, um dem Urteile zu genügen, nicht mehr haben würde; sei somit der Kläger am 30. Juli 1892 zum Betreiben der Zwangsvollstreckung befugt gewesen, so habe er auch nach deren Erfolglosigkeit mit Recht bereits im Oktober 1892 den gegenwärtigen Interessensanspruch erhoben und die ihm Anfang Dezember 1892 angeblich angebotene Naturalerfüllung abgelehnt. Dieser Ausführung muß trotz der dagegen erhobenen Revisionsangriffe beigeplichtet werden. Zunächst ist darauf kein Gewicht zu legen, daß die Zwangsvollstreckung am 30. Juli 1892 nicht auf Grund eines rechtskräftigen, sondern nur auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheiles erfolgt ist. Denn die Civilprozeßordnung stellt in den §§ 644 flg. die für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurtheile, so lange die vorläufige Vollstreckbarkeit besteht, den rechtskräftigen Endurtheilen bezüglich der rechtlichen Wirkungen der Zwangsvollstreckung durchaus gleich. Erst mit der Verkündung eines aufhebenden oder abändernden Urtheiles tritt gemäß § 655 a. a. D. die vorläufige Vollstreckbarkeit außer Kraft, und demzufolge die Verpflichtung des Klägers ein, dem Beklagten das auf Grund des Urtheiles Gezahlte oder Geleistete zu erstatten. Lediglich als eine Maßregel zur Vollstreckung des Urtheiles vom 23. Februar 1892 ist aber auch die vorliegende Klage anzusehen, da mit ihr das Interesse geltend gemacht wird, welches der Kläger an der Erfüllung der judikatmäßigen Verbindlichkeit zu der von ihm gewählten Zeit gehabt hat (vgl. auch § 778 C.P.D. und preuß. A.G.D. I. 24 §§ 55—57). Freilich mußte der Kläger zur Zeit der Anstellung der Interessensklage noch mit der Möglichkeit rechnen, daß dieser Klage durch eine ihm ungünstige Entscheidung des Revisionsgerichtes im Hauptprozeße der Boden entzogen

werden könnte. Zufolge der Zurückweisung der Revision in jenem Prozesse ist aber die gedachte Möglichkeit beseitigt, und die Sache jetzt ebenso zu beurteilen, wie wenn das Urteil vom 23. Februar 1892 bereits am 30. Juli 1892 rechtskräftig gewesen wäre. Auch nach der Rechtskraft des Urtheiles konnte die jetzt zu entscheidende Frage zwischen den Parteien streitig werden, die Frage nämlich, ob der Schuldner, der zur Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen verurtheilt ist, den Gläubiger noch dann zur Annahme der Naturalerfüllung nötigen kann, wenn er es vorher zur Zwangsvollstreckung hat kommen lassen, die Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben und die Interesselage vom Gläubiger bereits erhoben ist. Mit Recht hat der Berufungsrichter diese Frage verneint. Bleibt der Versuch des Gläubigers, die direkte Erfüllung des Urtheiles auf dem durch die §§ 770. 769 Abs. 1 C.P.D. vorgezeichneten Wege zu erzwingen, erfolglos, so erwächst damit für den Gläubiger sogleich und unbedingt das Recht, die Leistung des Interesses zu verlangen, wie dies aus dem § 778 C.P.D. in Verbindung mit dem seinem materiellen Inhalte nach noch jetzt gültigen § 56 preuß. A.G.D. I. 24 folgt. Die einmal entstandene und bereits durch Erhebung der Klage geltend gemachte Interessförderung kann aber der Schuldner nicht dadurch wieder beseitigen, daß er dem Gläubiger nachträglich die Naturalerfüllung anbietet, nachdem die Unmöglichkeit ihrer Erzwingung in dem gesetzlich bestimmten Verfahren festgestellt worden ist. Ob der Kläger nach solcher Feststellung noch befugt gewesen wäre, den Gerichtsvollzieher von neuem mit der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 770. 769 Abs. 1 a. a. D. zu beauftragen, bedarf keiner weiteren Prüfung. Denn selbst wenn dieses angenommen werden könnte, ließe sich daraus nicht der Schluß ziehen, daß auch dem Beklagten das Recht auf Naturalerfüllung trotz Widerspruches des Klägers verblieben wäre. Die gegenteilige Ansicht der Revision würde zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des säumigen Schuldners führen, sofern dieser den Zeitpunkt eines niedrigen Preisstandes benutzen könnte, um dem Gläubiger die bei höherer Preislage rechtswidrig unterlassene Naturalerfüllung nachträglich aufzubringen. Wenn die Revision meint, in solchem Falle verbliebe dem Gläubiger zur Ausgleichung der Anspruch auf Vergütung für den Erfüllungsverzug, so würde damit der Gläubiger zur Anstellung eines neuen Prozesses genötigt und dem ergangenen

Urteile die Wirkung entzogen werden, die ihm für den Fall der Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung nach den oben angezogenen Vorschriften ohne weiteres beivohnt.

3. Während das Berufungsgericht als maßgebend für die Differenzberechnung nicht die ursprüngliche vertragsmäßige Erfüllungszeit, aber auch nicht den Zeitpunkt des verurteilenden Judikates oder seiner Rechtskraft, sondern allein den Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung ansieht, sucht die Revision auszuführen, daß nur der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteiles den Ausgangspunkt für die Berechnung des Erfüllungserfolges bilden könne. An speziellen Vorschriften des preussischen Rechtes fehlt es nach dieser Richtung (vgl. § 56 A.G.D. I. 24 und A.L.R. I. 5 §§ 285—287, 360. 369 flg., I. 6 §§ 5. 6. 83 flg., I. 11 §§ 97. 859), und auch das Handelsgesetzbuch enthält keine hier ausschlaggebenden Bestimmungen, da der Abs. 3 des Art. 357 Fz-geschäfte im Auge hat und auch dabei ohne nähere Begrenzung nur von der Zeit „der geschuldeten Lieferung“ spricht (vgl. auch Art. 283). Die Praxis des vormaligen preussischen Obertribunales hat denn auch geschwankt, wie die Nachweise in Rehbein's Entsch. Bd. 1 S. 451 flg. erkennen lassen. Daß sich aber die Interessieforderung bei der Verfolgung des Judikatananspruches nicht von dem Standpunkte der ursprünglichen Obligation beurteilen läßt, hat das Reichsgericht schon wiederholt ausgesprochen,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 4 S. 1 flg. 6, Bd. 15 S. 65 flg. 69, Bd. 22 S. 255 flg. 258; vgl. auch Entsch. des R.D.F.G.'s Bd. 24 S. 327 flg. und die dortigen Anführungen, und auch die Revision anerkannt. Zu vergüten ist vielmehr dem Kläger sein Interesse wegen Nichtbefolgung des Judikates, also, da es sich hier um eine marktgängige Ware handelt, und nach feststehender Praxis der Art. 357 Abs. 3 H.G.B. entsprechende Anwendung finden muß, die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise, den die Ware in dem Zeitpunkte hatte, in welchem sie auf Grund des Judikates geliefert werden mußte. Wird hiervon ausgegangen, so kann es im vorliegenden Falle nach dem oben zu 2 Gesagten auf den Zeitpunkt der Rechtskraft, also auf den Tag der Verkündung des Revisionsurteiles im Vorprozesse (an welchem Tage der Marktpreis des Kartoffelmehles unter den Vertragspreis heruntergegangen war), nicht ankommen. Sobald der Kläger von der ihm



durch das landgerichtliche Urteil beigelegten Vollstreckungsbefugnis nach Leistung der vorgeschriebenen Sicherheit Gebrauch machte, war der Beklagte zur sofortigen Befolgung des Urtheiles durch Lieferung des dem Kläger zukommenden Kartoffelmehles verpflichtet. Hätte der Beklagte diese Verpflichtung dem Urtheile entsprechend, nachdem der Kläger von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hatte, am 30. Juli 1892 erfüllt, so wäre der Kläger, wie das Berufungsgericht ohne prozessualen Verstoß annimmt, in der Lage gewesen, das gelieferte Kartoffelmehl zu dem damaligen Marktpreise zu verwerten. Die später erfolgte Zurückweisung der Revision des Beklagten hat lediglich bestätigt, daß das Betreiben der Zwangsvollstreckung am 30. Juli 1892 nicht bloß formell, sondern auch materiell gerechtfertigt war. Durch die Einlegung unbegründeter Rechtsmittel konnte der Beklagte den Eintritt der Rechtskraft seiner Verurteilung hinausschieben, aber nicht die dem Kläger durch das landgerichtliche Urteil gewährten Rechte irgendwie schmälern.

In Frage könnte nur noch kommen, ob der Kläger seiner Interesseberechnung anstatt des Tages, an welchem er die Befolgung des landgerichtlichen Urtheiles gefordert hat, den Zeitpunkt hätte zu Grunde legen müssen, in welchem er die Befolgung des Urtheiles fordern konnte (also die Monate Februar und März 1892, in welchen nach Angabe des Beklagten die Marktpreise des Kartoffelmehles um 2,88  $\mathcal{M}$  geringer waren als im Juli 1892). Allein auch in dieser Beziehung läßt sich die Auffassung der Vorinstanz nicht beanstanden. Das landgerichtliche Urteil berechnete, aber verpflichtete nicht den Kläger zum sofortigen Betreiben der Zwangsvollstreckung. Vielmehr stand dem Kläger die Wahl des geeigneten Zeitpunktes für die Sicherheitsleistung und Zwangsvollstreckung frei, sofern er dabei ohne Arglist und ohne Verletzung von Treue und Glauben handelte. Wenn im vorliegenden Falle der Kläger die Zwangsvollstreckung nicht sofort nach der Zustellung des landgerichtlichen Urtheiles, sondern erst nach der Zurückweisung der Berufung des Beklagten zu einer Zeit betrieben hat, wo der Marktpreis des Kartoffelmehles erheblich gestiegen war, und die Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung vorauszu sehen sein mochte, so läßt sich darin nach der zutreffenden Ausführung des Berufungsgerichtes ohne weiteres weder eine Schikane noch eine Arglist oder Verletzung von Treue und Glauben erblicken.

Den ihm aus der Verzögerung der Zwangsvollstreckung erwachsenen Nachteil hat der Beklagte sich selbst zuzuschreiben. Denn er war nicht behindert, den zu liefernden Roggen sogleich nach der Zustellung des landgerichtlichen Urtheiles dem Kläger anzubieten und schlimmstenfalls zu hinterlegen.“ (Die weiteren Gründe interessieren hier nicht.)