

59. 1. Kennt das Bürgerliche Gesetzbuch ein Rücktrittsrecht des Käufers wegen Verschlechterung der Vermögenslage des Verkäufers nach Abschluß eines Zug um Zug zu erfüllenden, noch nicht fälligen Warenlieferungsgeschäftes?

2. Können die die Fälligkeit begründende Handlung, die Mahnung nach § 284 B.G.B. und die Aufforderung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. gleichzeitig miteinander erfolgen?

3. Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.?

B.G.B. §§ 321. 310. 284. 320. 295. 297. 326 Abs. 1.

II. Zivilsenat. Urk. v. 11. April 1902 i. S. G.'s Nachf. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. II. 407/01.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht baselst.

Die Beklagte hat laut Schlußnoten vom 16. Februar 1900 von dem Kläger 1200 Centner Petroleum pro August 1900 und 1200 Centner Petroleum pro September 1900 zum Preise von 6,50 M pro 50 Kilogramm gekauft. Die Lieferung hatte am Petroleumhafen zu Hamburg in die von der Käuferin zu stellenden Eisternen zu geschehen; Zahlung des Kaufpreises sollte bei Lieferung erfolgen. Im Juli 1900 erhielt Beklagte von dem Kläger ein vom 4. Juli 1900 datiertes Circular zugesandt, in welchem den Gläubigern des Klägers mitgeteilt wird, daß Kläger sich genötigt sehe, seine Zahlungen einzustellen, und

der Wunsch ausgesprochen wird, daß ein außergerichtliches Arrangement mit den Gläubigern stattfinde. Darauf hat Beklagte mit Schreiben vom 7. Juli 1900 erklärt, daß sie „bei dieser Sachlage“ von dem Abschluß vom 16. Februar zurücktrete. Kläger hat mit Schreiben vom 10. Juli 1900 die Berechtigung der Beklagten zum Rücktritt bestritten und sich erboten, das Petroleum von einer „anderen ersten Aufgabe“ liefern zu lassen. Mit Schreiben vom 21. September 1900 forderte Kläger die Beklagte auf, Cisternen für das pro August und das pro September zu empfangende Petroleum binnen drei Tagen zu stellen, widrigenfalls er die für die August-Lieferung zu stellenden Cisternen nicht mehr annehmen, sondern in Gemäßheit des § 326 B.G.B. seinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde. Mit Schreiben vom 25. September 1900 antwortete die Beklagte, daß der Vertrag als aufgelöst zu betrachten sei. Mit Schreiben vom 29. September 1900 hat Kläger eine gleiche Aufforderung bezüglich der September-Lieferung unter Setzung einer Frist bis 3. Oktober an die Beklagte gerichtet, ebenfalls unter der Androhung, falls Beklagte der Aufforderung nicht entspreche, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern zu wollen. Beklagte hat ihren Standpunkt, daß sie zur Erfüllung des Vertrages mit dem Kläger nicht mehr verpflichtet sei, aufrecht erhalten.

Unter Vorlage zweier Gutachten, in welchen der Preis, welcher bei einem Ankauf von Petroleum unter den in den Schlußnoten enthaltenen Bedingungen am 26. September und 4. Oktober in Hamburg zu zahlen gewesen wäre, festgestellt war, und eines Schreibens des Klägers vom 9. Oktober 1900, in welchem Beklagte zur Zahlung der Differenz auf die August-Lieferung mit 1491,10 *M* und auf die September-Lieferung mit 1729,05 *M* aufgefordert wurde, wurde mit der Klage Schadensersatz in Höhe von 3220,15 *M* begehrt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt, und das Oberlandesgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... 1. Die Annahme des Berufungsrichters, die der Beklagten in dem Circulare kundgegebene Thatsache, daß Kläger in schlechte Vermögensverhältnisse geraten sei und sich genötigt sehe, seine Zahlungen

einzustellen, habe die Beklagte nicht zum Rücktritte vom Vertrag ermächtigt, läßt weder einen Verstoß gegen das Gesetz noch einen Mangel in der Begründung erkennen. Der Berufungsrichter hat jene Einwendung nur dahin aufgefaßt und nach dem Vorbringen der Beklagten nur dahin auffassen können, daß die Änderung in den Vermögensverhältnissen des Klägers erst nach dem im Februar 1900 geschenehen Vertragsabschlusse eingetreten sei; er hatte daher nicht zu prüfen, ob ein Irrtum der Beklagten über die Vermögensverhältnisse des Klägers zur Zeit des Vertragschlusses als Irrtum nach § 119 Abff. 1 und 2 B.G.B. beurteilt werden könnte, und der erklärte Rücktritt als Erklärung der Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums nach § 119 a. a. O. aufzufassen sei.

Die weiteren Ausführungen des Berufungsrichters, daß nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches einer Veränderung in der Vermögenslage des einen Kontrahenten an sich kein Einfluß auf die Verpflichtung des anderen Kontrahenten eingeräumt sei, wenn nicht einer der Ausnahmefälle der §§ 321 und 610 B.G.B. vorliege, lassen gleichfalls eine Verletzung des Gesetzes nicht erkennen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat einen Satz des Inhaltes, daß jeder Vertrag oder doch das Termingeschäft als mit der *clausula rebus sic stantibus* abgeschlossen anzusehen sei, nicht aufgenommen. Mit Bezug auf § 458 des Entwurfes I, dem im wesentlichen der § 610 B.G.B. entspricht, haben die Motive zum Entwurf I an einer anderen Stelle — Bd. 2 S. 199 — ausdrücklich ausgeführt: . . . „den Rücktritt wegen veränderter Umstände — *clausula rebus sic stantibus* — läßt der Entwurf nur in einem Falle zu, nämlich bei dem Vertrage, durch welchen die Hingabe eines Darlehens versprochen wird.“ Von der II. Kommission — Protokolle Bd. 1 S. 631 — wurde die Klausellehre in dem durch § 321 B.G.B. bezeichneten Umfange und mit der dort bezeichneten Wirkung auch auf den Fall der Verpflichtung zur Vorleistung aus einem gegenseitigen Vertrage ausgedehnt. Die bezogenen Beratungen hierüber und die Beratungen der II. Kommission zu § 485 Entwurf I — Protokolle Bd. 2 S. 47 — lassen aber unzweideutig erkennen, daß es sich hier nicht um Anwendung eines allgemeinen Principes auf zwei konkrete Thatbestände handelte, sondern um die singuläre Normierung lediglich jener besonders gearteten Verhältnisse. Allerdings wird noch, wie bereits die Motive zu Entwurf I — Bd. 2 S. 199 — hervorgehoben

haben, in jedem Einzelfalle weiter zu prüfen sein, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll, und es wird bei dieser Prüfung nach § 346 H.G.B. auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, sowie nach § 157 B.G.B. auf das, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordert, Rücksicht zu nehmen sein. Der Berufungsrichter ist aber in eine Prüfung der Sachlage nach dieser Seite eingetreten, und wenn er dabei auch nicht ausdrücklich § 346 H.G.B. und § 157 B.G.B. bezogen hat, so ist doch nach dem Zusammenhange seiner Erwägungen die Annahme gerechtfertigt, daß er die Frage nach den durch jene Vorschriften gebotenen Gesichtspunkten geprüft habe, bei dieser Prüfung aber zu einem verneinenden Ergebnisse gelangt sei. Danach läßt derjenige Teil der angefochtenen Entscheidung, wodurch die Einwendung des Rücktrittes wegen veränderter Sachlage zurückgewiesen wurde, einen Verstoß gegen das Gesetz nicht erkennen.

Die Revision hat zwar gerügt, der Berufungsrichter habe außer Betracht gelassen, daß die Beklagte aus dem gegenseitigen Vertrage insoweit vorzuleisten verpflichtet war, als sie die Cisternen zur Abnahme des Petroleums zu stellen hatte, und damit den § 321 B.G.B. durch Nichtanwendung verletzt. Allein die Beklagte hatte aus der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Klägers lediglich die Berechtigung des Rücktrittes vom Vertrag, und nicht eine Einrede auf Grund des § 321 B.G.B. abgeleitet. War aber eine Einrede aus § 321 a. a. D. nie vorgeschützt, so hatte der Berufungsrichter auch keinen Anlaß, in die von der Revision vermischten Erörterungen einzutreten. Überdies hatte der Kläger in der auf das Schreiben der Beklagten vom 7. Juli 1900 folgenden Korrespondenz seine Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft in einer Weise hervorgehoben, aus der die Bereiterklärung zu der in § 321 a. a. D. vorgesehenen, hier geringfügigen Sicherheitsleistung zu entnehmen wäre, sodaß dieser Gesichtspunkt auch für die Frage, ob Beklagte in Zahlungsverzug gekommen sei, nicht weiter beachtlich ist. . . .

2. Da § 326 Abs. 1 B.G.B. Schuldnerverzug erfordert, und nach § 284 a. a. D. für den Schuldnerverzug Fälligkeit der Schuld Voraussetzung ist, die Entscheidung des Berufungsurtheiles aber darauf beruht, daß die Beklagte bezüglich der August- und der September-Lieferung

in Zahlungsverzug gewesen sei, so war in erster Reihe zu prüfen, was nach der gegebenen Sachlage zur Begründung der Fälligkeit des Kaufpreises erforderlich war. Dabei ist davon auszugehen, daß die Beklagte auf die Aufforderungen vom 21. und 29. September nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorgebracht hatte, und daß sie mit ihrem Vorbringen in der Berufungsinstanz, Kläger müsse nachweisen, daß er zur Zeit der Inverzugsetzung und Aufforderung nach § 326 Abs. 1 B.G.B. Erfüllungsbereit gewesen sei, in Wirklichkeit nur geltend gemacht hat, der Kaufpreis sei wegen mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Klägers nicht fällig gewesen, und es habe danach ein Zahlungsverzug der Beklagten nicht vorgelegen. Der Berufungsrichter ist, ohne jedoch die für ihn maßgebenden Erwägungen darzulegen, gleichfalls davon ausgegangen, daß der Kläger, wenn er den § 326 Abs. 1 a. a. D. für sich anrufe, Erfüllungsbereit gewesen sein müsse.

Über die Frage, ob die Fälligkeit einer Zug um Zug zu erfüllenden Verbindlichkeit trotz der noch ausstehenden Gegenverbindlichkeit schlechthin zu der Zeit eintrete, wo die Erfüllung des Vertrages vertraglich vorgesehen ist, oder ob schon die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, nicht bloß die erhobene Einrede dieses Inhaltes, die Fälligkeit der Leistung aus dem gegenseitigen Vertrag, oder doch — § 285 B.G.B. — die Möglichkeit des Verzuges ausschließe, besteht in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuche Meinungsverschiedenheit. Ein Teil der Schriftsteller entnimmt der Vorschrift des § 320 B.G.B., daß die Fälligkeit des Kaufpreises trotz der noch ausstehenden Gegenleistung schlechthin zu der Zeit eintrete, wo die Erfüllung des Vertrages vertraglich vorgesehen ist, und deshalb auch die Mahnung nicht auf Leistung Zug um Zug zu richten sei. Von anderer Seite wird dagegen ausgeführt, daß zur Fälligkeit des Kaufpreises erforderlich sei, aber auch genüge, daß der Käufer mit Annahme der Ware in Verzug sei; sie fordert aber, wenn die Fälligkeit durch Annahmeverzug eingetreten ist, nicht, daß der Verkäufer sich auch in der Mahnung zur Gegenleistung bereit erkläre. Nach der Sachlage bedarf es jedoch nicht der Stellungnahme zu dieser Streitfrage und zu der damit zusammenhängenden weiteren Frage, in welchem Maße jene Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers bis zum Ablauf der nach § 326 Abs. 1 a. a. D. gesetzten Frist fortbestehen muß. Auch wenn nämlich der zweiten, strengeren Ansicht beizutreten wäre, so wäre

in allen Fällen nicht mehr an Erfüllungsbereitschaft erfordert, als was zur Begründung eines Annahmeverzuges notwendig ist, und müßten, mit Ausnahme der Mahnung nach § 284 a. a. O., auch im übrigen nur die Voraussetzungen des Annahmeverzuges erfüllt sein. Die Beklagte hatte aber nach dem Kaufvertrage die Cisternen zum Einfüllen des Petroleums zu stellen; sie hatte ferner seit ihrem Schreiben vom 7. Juli 1900 beständig an dem Standpunkte festgehalten, daß sie den Vertrag als aufgelöst betrachte, und hatte deshalb wiederholt von vornherein die Annahme der Lieferung verweigert. Danach hatte — § 295 B.G.B. — ein wörtliches Angebot der Leistung genügt; dieses ist nach der mit der Revision nicht anfechtbaren Annahme des Berufungsrichters durch die Aufforderung der Gestellung der Cisternen zum Einfüllen des Petroleums erfolgt. Der Berufungsrichter hat im weiteren zwar die von dem Kläger dafür erbotenen Beweise, daß er die gedachte Quantität Petroleum an Händen hatte, nicht erhoben, und es muß deshalb in tatsächlicher Beziehung davon ausgegangen werden, daß er das verkaufte Petroleum zur Zeit jener Angebote weder besaß, noch einen vertraglichen Anspruch auf Bezug desselben gegenüber einem Dritten hatte. Dagegen nimmt der Berufungsrichter auf Grund tatsächlicher, hier gleichfalls nicht nachzuprüfender Würdigung der Sachlage an, daß die in Frage stehende Quantität Petroleum jederzeit auf dem Marke bereit stand, daß der Kläger auch zu deren jederzeitiger Entnahme aus dem Marke fähig war und deshalb, umsomehr als Beklagte die Cisternen zum Einfüllen des Petroleums zu stellen hatte, mit aller Sicherheit jederzeit imstande gewesen wäre, das Petroleum sofort anzuschaffen und rechtzeitig zu liefern, wenn etwa die Beklagte anderen Sinnes geworden wäre und unter Bereitstellung der Cisternen die Lieferung des Petroleums begehrt hätte. Auf Grund dieser Sachlage hat der Berufungsrichter ohne Verstoß gegen das Gesetz, insbesondere gegen § 297 B.G.B., annehmen können, es habe für den gegebenen Fall zur Erfüllungsbereitschaft im Sinne der bezogenen Gesetzesvorschrift genügt, daß Kläger in der dargelegten Art und Weise jederzeit zur Anschaffung der Ware in der Lage war, und es sei nicht erforderlich gewesen, daß er die Ware vorrätig oder sich durch einen Vertrag mit einem Dritten das Bezugsrecht auf die Ware gesichert hatte. Diese Erwägungen reichen zu, um den Einwand mangelnder Erfüllungsbereitschaft zu widerlegen.

bereitschaft auszuräumen; es war daher nicht erforderlich, darauf zurückzugreifen, daß nach § 297 a. a. O. die Beklagte die Beweislast dafür getroffen hätte, es sei der Kläger zur Zeit seiner Angebote im Sinne jener Gesetzesbestimmung außer stande gewesen, die Leistung zu bewirken, und daß die Beklagte einen Beweis hierfür nicht erboten hatte.

Nach dem Wortlaute des § 284 B.G.B. wird eine Mahnung verlangt, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt; es darf jedoch diese Vorschrift nicht dahin verstanden werden, daß der die Mahnung enthaltende Rechtsakt auch zeitlich von dem die Fälligkeit begründenden Rechtsakte zu unterscheiden sein müsse; es ist vielmehr durchaus zulässig, die Handlungen, welche die Fälligkeit begründen, und die Mahnung zu verbinden. Daher konnte es keinem Bedenken unterliegen, wenn etwa im Sinne der oben bezogenen Rechtsanschauung zur Fälligkeit des Kaufpreises erforderlich wäre, daß der Käufer mit Annahme der Ware im Verzug sei, zuzulassen, daß die Ware angeboten, und gleichzeitig der Käufer durch Mahnung auf Zahlung des Kaufpreises in Verzug gesetzt werde. Die Mahnung braucht ferner keine ausdrückliche zu sein; deshalb kann in den die Fälligkeit begründenden Handlungen eine Mahnung mit enthalten sein. Der Berufungsrichter hat nun die Aufforderungen zur Gestellung der Eiskisten in den Schreiben vom 21. und 29. September 1900 dahin aufgefaßt, daß nicht nur die Ware angeboten, sondern auch Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug mit der Lieferung der angebotenen Ware verlangt werde, und konnte daraus nach den gegebenen Ausführungen ohne weiteres für die August-Lieferung die rechtliche Folge ableiten, daß durch das Schreiben vom 21. September alle Voraussetzungen des Zahlungsverzuges der Beklagten erfüllt worden seien. Was sodann die September-Lieferung anlangt, auf welche sich das Schreiben vom 29. September bezogen hat, so kann dahingestellt bleiben, ob den Ausführungen des Berufungsrichters, mit denen er an der Hand jenes Schreibens einen Zahlungsverzug der Beklagten auch für die September-Lieferung abgeleitet hat, in allen Teilen beigetreten werden könnte, da ein anderer Erwägungsgrund zur Rechtfertigung eines Zahlungsverzuges durch jenes Schreiben führt. Der 29. September 1900, an dem jener Brief in Hamburg frühestens zur Post gegeben wurde, war ein Sonnabend. Im Hinblick auf die zur Beförderung eines Briefes von Hamburg nach Mannheim erforderliche Zeit und

auf die mit dem Sonntage zusammenhängenden Beschränkungen der Postbestellung und der Geschäftsbeforgung eines Großkaufmannes war der Kläger bei Absendung jenes Briefes von der, übrigens auch der Beklagten erkennbaren, Ansicht ausgegangen, daß jenes Schreiben der Beklagten am Montag den 1. Oktober mit erster Post zugehen werde. Hatte aber der Kläger am 1. Oktober mit erster Post der Beklagten, wie der Berufungsrichter jenes Schreiben auffaßt, nicht nur die Ware angeboten, sondern Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug mit Leistung der Ware verlangt, so war die darin liegende Mahnung bei der, Geschäften dieser Art gegebenen, die Anwendung des § 193 B.G.B. ausschließenden Auslegung nicht verfrüht, und sind danach auch für die September-Lieferung alle Voraussetzungen des Zahlungsverzuges erfüllt.

Es kann ferner, was die weiteren Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 a. a. D. anlangt, einem rechtlichen Bedenken nicht unterliegen, daß eine Verbindung der in jener Gesetzesvorschrift vorgesehenen Bestimmung einer Frist zur Bewirkung der Leistung und Erklärung, daß mit Ablauf der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde, mit der Mahnung zulässig war; der Berufungsrichter hat weiter ohne Verstoß gegen das Gesetz angenommen, daß die von dem Kläger bestimmte Frist eine angemessene war.

3. Der Kläger hat auf Grund jener Androhung nach fruchtlosem Ablauf der von ihm bestimmten Frist von dem ihm nach § 326 Abs. 1 Satz 2 zustehenden Wahlrecht dahin Gebrauch gemacht, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangte, und diesen mit der Klage begehrten Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus der Differenz des vereinbarten Kaufpreises und des Marktpreises bei Ablauf der Nachfristen berechnet. Der Berufungsrichter hat zutreffend ausgeführt, daß es von der Stellungnahme zu der in der Litteratur zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Handelsgesetzbuch vielfach erörterten Streitfrage über die rechtliche Tragweite der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 abhängt, ob die von dem Kläger gewählte Art der Schadensberechnung geeignet sei, den klagend erhobenen Anspruch zu rechtfertigen.

Die eine Meinung führt aus: komme bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Teil in Leistungsverzug, so erfasse die Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auf Grund dieses Schuldner-

verzuges nicht den ganzen gegenseitigen Vertrag, sondern nur die Verpflichtung, bei der jener Schuldnerverzug vorgelegen habe. An Stelle dieser Verpflichtung trete die Entschädigungspflicht des säumigen Teiles; dagegen dauere, unbeschadet der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Verpflichtung des nicht säumigen Vertragsteiles weiter und bleibe zu der an Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit des Gegners getretenen Entschädigungspflicht in demselben synallagmatischen Verhältnisse stehen wie zu der ursprünglichen Verbindlichkeit. Der Verkäufer begehre daher, wenn er den Schadenersatz wegen Nichterfüllung, der danach an Stelle der Verpflichtung des Käufers getreten sei, verlange, Erfüllung des gegenseitigen Vertrages und habe deshalb seinerseits gegen diesen Schadenersatz die Ware zu liefern. Übrigens werde sich der Käufer mit dem Zahlungsverzug in der Regel auch im Annahmeverzug befinden, sodaß dem Verkäufer in Bezug auf seine fortbestehende Leistungspflicht in der Regel beim Kauf unter Kaufleuten der Selbsthilfeverkauf aus § 373 Abs. 2 H.G.B., im übrigen aber das Verkaufsrecht nach §§ 383 fig. B.G.B. offen stehe.

Die zweite Ansicht vertritt dagegen den Standpunkt: der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung könne keinesfalls Anspruch auf Erfüllung sein; vielmehr sei, wenn der Verkäufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung gewählt habe, der Anspruch auf Erfüllung alsdann ausgeschlossen, wie das Gesetz ausdrücklich in § 326 Abs. 1 bestimme; damit sei kraft rechtlicher Notwendigkeit auch der Anspruch des Käufers auf Erfüllung ausgeschlossen, weil der Verkäufer nur zu erfüllen brauche, wenn der Käufer seinerseits erfülle. Erfülle der im Verzug befindliche Käufer trotz gestellter Frist nicht, und wähle der Verkäufer Schadenersatz wegen Nichterfüllung, so bleibe der Kaufvertrag durch Schuld des Käufers unerfüllt, und es könne daher der Verkäufer denjenigen Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch erwachsen ist, daß der Käufer den Vertrag nicht erfüllt. Schadenersatz wegen Nichterfüllung sei daher nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstatt der säumigen Verpflichtung, sondern Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstatt der durch Verzug des Käufers unmöglich gewordenen Erfüllung des Vertrages so wie vereinbart.¹

¹ Die erstere Meinung wird vertreten von: Adler, in Goldheim's Monatschrift für Handelsrecht Bd. 6 (1897) S. 110. 170 fig. und im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 17 S. 136/141; Kaufmann, Deutsche Juristenzeitung Bd. 4 (1899)

Der erkennende Senat tritt dieser zweiten Ansicht bei; er nimmt an, daß, wenn der in Zahlungsverzug befindliche Käufer innerhalb der nach § 326 Abs. 1 bestimmten Frist nicht erfüllt, und der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, kraft der Vorschrift des Gesetzes in § 326 Abs. 1 Satz 2 an Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Parteien ein Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz des Schadens dafür tritt, daß der Vertrag, so wie vereinbart, infolge des Verzuges des Käufers nicht zur Erfüllung gelangt.

Schon der Wortlaut des § 326 Abs. 1 a. a. O. spricht direkt gegen die Annahme, daß im Falle der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung seitens des Verkäufers dieser zur Erfüllung dem Käufer gegenüber, also zur Lieferung der Waare, verpflichtet bleibe. „Nichterfüllung“ und die an diese geknüpfte Folge „Schadens-

§. 152; Götte, ebenda S. 899; Planck, B.G.B. § 325 Bem. 3a; Schollmeyer, B.G.B. § 325 Nr. 2 und § 326 Nr. 3; Dertmann, B.G.B. § 325 Bem. 1a; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 § 98 V S. 215 und Bd. 2 § 177 Anm. 2 S. 94; Endemann, B.G.B. (8. Aufl.) § 125 Anm. 42 S. 708 und Anm. 27 S. 706/707; Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag S. 86; Kleinadam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach B.G.B. S. 144/145; Risch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach B.G.B. S. 132/134, insbes. Note 24; Tise, Unmöglichkeit der Leistung S. 183. 184; Dertmann, Die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzanspruch S. 52 ff.; Risch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen in den Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. 44 S. 68 ff.; vgl. auch Lehmann-Ring, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 zu § 376 Nr. 49 Anm. 1 S. 181. Der zweiten Ansicht sind: Schöller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, bei Gruchot, Beiträge Bd. 44 S. 608 ff., Bd. 45 S. 511 ff.; Staub, Kommentar zum B.G.B. Exkurs zu § 374 Anm. 21—25; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (8. Aufl.) § 130 I. 1 S. 451; Oswalt, Deutsche Juristenzeitung (1899) Bd. 4 S. 214; Leo, Hanseatische Gerichtszeitung 1899 Beilage 2 S. 24 ff.; Düringer-Pachenburg, Kommentar zum B.G.B. Bd. 2 S. 155; Binder in den Beiträgen zur Auslegung des B.G.B. Heft 1 S. 45/46; Förstch, Deutsche Juristenzeitung (1902) Bd. 7 S. 64 ff.; Goldmann u. Lienthal, B.G.B. (2. Aufl.) Bd. 1 S. 384 und S. 381; Staffel, Archiv für die civil. Praxis Bd. 92 S. 467 ff.; ferner aus der Rechtsprechung: Oberlandesgericht Posen vom 8. Dezember 1900, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Falkmann u. Mugdan, Bd. 2 S. 33, und vom 13. Juli 1901, Monatschrift für Posen x 1901 S. 165; Oberlandesgericht Hamburg vom 1. Februar 1901, Rechtsprechung Bd. 2 S. 217; Oberlandesgericht Darmstadt vom 18. Dezember 1901, Rechtsprechung Bd. 4 S. 224.

ersatzanspruch" weisen unzweideutig darauf hin, daß das Gesetz davon ausgeht, das zweiseitige Rechtsgeschäft komme nach keiner Richtung zum Austrag. Dem § 326 Abs. 1 hat zwar, wie die Protokolle der II. Kommission — Bd. 2 S. 644 — ergeben, der Art. 354 des alten Handelsgesetzbuches insofern zum Vorbilde gedient, als dem Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers ebenfalls ein dreifaches Wahlrecht gegeben ist, und darunter namentlich das Recht, nach Ablauf der gemäß des ersten Satzes jener Gesetzesvorschrift bestimmten Frist „Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen“. Es ist weiter richtig, daß der in Art. 354 a. a. D. als Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezeichnete Anspruch des Verkäufers als Erfüllungsanspruch aufgefaßt wurde. Das wurde aber lediglich darauf gegründet, daß der gleichzeitig vorgesehene notwendige Selbsthilfeverkauf für Rechnung des Käufers ging, und danach als dem Verkäufer aufgezwungene Erfüllung dem Käufer gegenüber fingiert wurde. Immerhin ist allseits anerkannt worden, daß der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ danach ein durchaus inkorrekter war. Das neue bürgerliche Recht hat die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht von der Vornahme eines Selbsthilfeverkaufes abhängig gemacht. Damit ist der dargelegten rechtlichen Konstruktion des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung als eines Anspruches auf Erfüllung, wie sie für das Recht des Art. 354 vertreten war, die Grundlage entzogen, und zugleich jeder Grund fortgefallen, den Schadensersatz wegen Nichterfüllung des § 326 nicht als das aufzufassen, als was er sich bezeichnet.

Im übrigen sprechen auch die Protokolle der II. Kommission — Bd. 1 S. 642 flg. — wenigstens indirekt für die hier vertretene Auffassung; auch kann weder aus dem Wortlaute des § 325 Abs. 1 Satz 1 B.G.B., noch aus den Materialien zu dieser Gesetzesvorschrift ein zwingender Grund gegen die hier vertretene Auffassung entnommen werden. Vor allem kommen aber für diese Auffassung nicht unwesentlich in Betracht die Ausführungen der Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, die — S. 219 — den hier vertretenen Standpunkt einnehmen. Zwar wollen jene Ausführungen lediglich eine Auffassung über die Bedeutung und Tragweite des § 326 Abs. 1 aussprechen; allein der Umstand, daß dieselben sich auf eine insbesondere für den Handelsverkehr wichtige Frage beziehen und

weder in der Kommission des Reichstages noch in diesem selbst von irgend einer Seite beanstandet worden sind, rechtfertigt die Annahme, daß die gesetzgebenden Faktoren bei Beratung des Handelsgesetzbuches, die zum Teil in gleicher Zusammensetzung kurze Zeit zuvor die entscheidende Fassung des § 326 B.G.B. beschlossen hatten, die in der Denkschrift vertretene Auffassung für richtig gehalten haben.

Aber auch innere Gründe sprechen entscheidend für die hier vertretene Auffassung. Denn es darf nicht außer Betracht bleiben, daß, wenn die gegenteilige Ansicht zuträfe, und danach die Rechtsstellung des Verkäufers und Käufers auch nach Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung — abgesehen von der Umwandlung der Kaufpreisforderung in eine Schadensersatzforderung — im übrigen unverändert bliebe, dadurch alles andere geschaffen wäre, nur keine klaren Verhältnisse. Es würde das Gegenteil dessen eintreten, was beabsichtigt war. Die einfache und klare Regulierung derartiger Streitigkeiten, wie sie bisher nach Art. 354 nur für das Gebiet des Handelsrechtes bestand, sollte ausgesprochenermaßen auf das Gebiet des Zivilrechtes übertragen werden; in Wirklichkeit wäre aber die bisherige Unsicherheit der Auseinandersetzung solcher Sachen im Gebiete des Zivilrechtes aufrecht erhalten und auch auf das Gebiet des Handelsrechtes übertragen.

Gegen die hier vertretene Ansicht wird zwar noch geltend gemacht, daß sie nur auf Grund der Annahme einer Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen haltbar wäre, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd sei. Diesem Einwande kann zugegeben werden, daß die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen nach Bürgerlichem Gesetzbuch weniger stark ist, wie in einigen bisherigen Rechten — z. B. in dem Rechte des Code civil nach Art. 1184. Allein die in dem Bürgerlichen Gesetzbuche zweifelsohne anerkannte, allerdings beschränkte Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung reicht in vollem Maße zu, um die hier vertretene Annahme des Gesetzgebers zu rechtfertigen.

Durchaus unrichtig und entschieden zurückzuweisen ist ferner der Einwand, daß danach in Wirklichkeit ein Rücktritt vom Vertrage mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugelassen wäre. Durch den Rücktritt vom Vertrage, wie er in § 326 Abs. 1 zugelassen und in den §§ 346—356 B.G.B. näher geregelt ist, erlischt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis auch für die Vergangenheit,

und es können nur noch konditionsähnliche Ansprüche auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Abschluß des Vertrages gewesen, in Frage kommen. Durchaus anders liegt die Sache bei dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1; wie einleitend ausgeführt ist, konzentriert sich durch die Wahl dieses Schadensersatzes das Vertragsverhältnis auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadensersatz; der Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird deshalb aus dem fortbestehenden Vertrage gefordert und geschuldet. Aus dieser Erwägung können auch die Motive zu dem § 369 des Entwurfs 1 — Bd. 2 S. 210 —, in denen gesagt ist, daß die Geltendmachung eines Schadensersatzes neben dem Rücktrittsrechte ausgeschlossen sei, mit Erfolg für die gegenteilige Auslegung nicht verwertet werden. Richtig ist allerdings, daß in allen denjenigen Fällen, in denen von keiner Seite eine Vorleistung gemacht ist, der wirtschaftliche Unterschied zwischen der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und derjenigen des Rücktrittes nur darin bestände, daß bei im übrigen allerdings nur tatsächlich gleicher Lage der Verkäufer in ersterem Falle noch einen Schadensersatz, in letzterem dagegen nichts hätte, und daß deshalb für alle diese Fälle die Gestattung eines Rücktrittsrechtes wirtschaftlich und rechtlich überflüssig gewesen wäre. Diese Erwägung trifft jedoch nicht zu für die Fälle, in denen der Verkäufer bereits einen Teil der Leistung gemacht hat und ein berechtigtes Interesse daran haben kann, auf dem einfachsten Wege durch Rücktritt vom Vertrage einen Anspruch auf Rückgabe der Teilleistung zu erhalten. Überdies darf hierbei nicht außer Betracht gelassen werden, daß, wenn der hier abgelehnten Meinung beizutreten wäre, Schadensersatz wegen Nichterfüllung gleichfalls wirtschaftlich zusammenfallen würde mit dem Recht des Verkäufers auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, also mit dem ersten der drei zur Wahl gestellten Rechte.

Es könnte weiter gegen die hier vertretene Auffassung noch der Einwand erhoben werden, daß — insbesondere soweit kaufmännische Lieferungsgeschäfte in Betracht kommen — die wirtschaftliche Bestimmung der Kaufgeschäfte, den effektiven Austausch der Güter zu vermitteln, ausgeschaltet, und deren Umwandlung in einen Differenzanspruch, ohne daß die Ware aus dem Marke entnommen und auf diesen zurückgebracht wäre, erleichtert würde. Für die Berechtigung dieses

Einwandes kann zunächst nicht der vorliegende Fall als typische Folgeerscheinung der hier vertretenen Auffassung angerufen werden. Denn wenn hier der Kläger, ohne die Ware jemals an Händen gehabt zu haben, die Differenz als Schadensersatz begehren kann, so beruht dies nach den obigen Darlegungen auf den besonderen Umständen des gegebenen Falles, insbesondere darauf, daß die Beklagte die Annahme der Leistung seit Monaten verweigert hatte. Im übrigen könnte jener Einwand überhaupt nur insoweit Beachtung verdienen, als danach das kaufmännische Lieferungs-geschäft in Wirklichkeit geeigneter geworden wäre, zu Geschäften benutzt zu werden, welche die Umgehung bestehender Verbots-gesetze bezwecken. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält aber eine Reihe von Bestimmungen, um derartige Versuche unschädlich zu machen; der Gesetzgeber hatte daher keinen Anlaß, aus diesem Grunde sich nicht für die hier gebilligte Auffassung zu entschließen.

Es kann in letzter Reihe auch dem Vorbringen keine Bedeutung zuerkannt werden, daß die hier unterstellte Regelung der debitorischen Verzugsfolgen gegen den Käufer zu unbilligen Härten führe und gegen den insbesondere von der II. Kommission vertretenen Standpunkt, den wirtschaftlich Schwachen thunlichst zu schützen, verstoße. Es ist richtig, daß die Vorschrift des notwendigen Selbsthilfeverkaufes in Art. 354 H.G.B. (alter Fassung) — vgl. Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen Handelsgesetzbuches S. 4598 — zum Teil auf Erwägungen dieser Art zurückzuführen ist. Allein mit dem Wegfall des notwendigen Selbsthilfeverkaufes, den auch die hier belämpfte Ansicht annimmt, wäre der säumige Käufer gerade dann der Gefahr der Ausbeutung der Preiskonjunktur durch den Verkäufer weit mehr ausgesetzt, wenn die hier belämpfte Ansicht richtig wäre; denn danach stände es in dem Belieben des Verkäufers, ob und wann er von den Befugnissen des § 373 Abs. 2 H.G.B. oder der §§ 383 flg. H.G.B. Gebrauch machen will. Dagegen bietet die hier vertretene Auffassung, wonach der Verkäufer nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren kann, eine weit zuverlässigere Schutzwehr des Schuldners dadurch, daß insbesondere ein Deckungsverkauf in dem Rahmen der Bestimmungen des § 254 Abs. 1 und Abs. 2 H.G.B. nicht nur auf Rechnung, sondern auch auf Gefahr des Verkäufers geht.

Ist aber die Auslegung des § 326 Abs. 1 gerechtfertigt, daß danach der Verkäufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages begehren kann, so unterliegt bei der hier gegebenen Sachlage, wonach der Verkäufer die Ware nicht an Händen haben mußte, die in der Klage erfolgte Liquidation des Schadens, deren einzelne Faktoren nicht bestritten sind, keinem rechtlichen Bedenken, und ist überhaupt nicht notwendig, auf die im Berufungsurteil hilfsweise gegebenen weiteren rechtlichen Erörterungen einzugehen.“ . . .