

25. 1. Steht dem Verkäufer noch der Anspruch auf Erfüllung zu, wenn er dem Käufer wegen angeblichen Verzugs unter Setzung einer demnächst fruchtlos verstrichenen Nachfrist erklärt hat, er werde nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, sondern Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern?

B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 2.

2. Ist der Käufer, wenn der Verkäufer sich in Erfüllungsunmöglichkeit gesetzt oder die Annahme der dem Käufer obliegenden Erfüllung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. abgelehnt hat, befugt, das angezahlte Kaufgeld nebst Zinsen seit der Zahlung zurückzufordern?

B.G.B. §§ 325, 326, 327, 280 Abs. 2, 346 u. 347.

V. Zivilsenat. Urt. v. 28. Juni 1902 i. S. W. (Kl. u. Widerbekl.)
w. W. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. V. 85/02.

I. Landgericht Breslau.

II. Oberlandesgericht baselstf.

Der Kläger verkaufte durch notariell beurkundeten Vertrag vom 5. März 1900 an den Beklagten vier Baustellen für den Gesamtpreis von 50000 M. 5000 M wurden angezahlt, der Rest von 45000 M wurde kreditiert und sollte vom 1. April 1900 ab mit 4 Prozent verzinst werden. Die Auflassung sollte bis zum 1. Mai 1900 erfolgen. Sie erfolgte aber nicht. Der Kläger verlangte im vorliegenden Rechtsstreite die Zinsen von den 45000 M für die Zeit vom 1. April 1900 bis dahin 1901 mit 1800 M, indem er behauptete, den Beklagten wiederholt, jedoch vergeblich zur Entgegennahme der Auflassungserklärung aufgefordert zu haben.

Der Beklagte bestritt in erster Instanz, zur Auflassung aufgefordert worden zu sein, behauptete vielmehr, daß er den Kläger am 28. April 1900 an Auflassung gemahnt, aber die Antwort erhalten habe, Kläger könne zur Zeit nicht auflassen, da er die Parzellen noch anderweit verpfändet habe. Mit Widerklage verlangte der Beklagte die Zinsen von den angezahlten 5000 *M* für ein Jahr zum Zinssatz von 5 Prozent.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage und wies die Widerklage ab. Der Berufungsrichter wies dagegen die Klage ab und gab der Widerklage statt.

In zweiter Instanz behauptete der Beklagte, daß der Kläger zwei der an ihn verkauften Parzellen anderweit verkauft und aufgelassen habe, daß diese beiden Parzellen inzwischen auch bebaut worden seien und daher als Bauland nicht mehr übergeben werden könnten. Der Kläger habe also die ihm obliegende Erfüllung teilweise unmöglich gemacht. Die Annahme der noch möglichen Teilerfüllung lehnte der Beklagte ab. Der Kläger gab zu, daß er zwei Parzellen anderweit verkauft und aufgelassen habe, und erklärte nunmehr, daß er die eingeklagte Summe nicht mehr als Vertragserfüllung, sondern als Schadensersatz statt der Erfüllung fordere. Er behauptete nämlich, daß er nach Zustellung der Klage dem Beklagten durch Schreiben vom 9. Mai 1901 eine Nachfrist zur Entgegennahme der Auflassung mit der Erklärung bestimmt habe, daß er nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, sondern statt der Erfüllung Schadensersatz verlangen werde. Er habe freilich zwei der Parzellen schon vor Absendung jenes Schreibens anderweit verkauft, die Auflassung jedoch erst nach Ablauf der dem Beklagten gestellten Frist erklärt. Der Beklagte bestritt die letzteren Behauptungen und widersprach der Klagänderung.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

„Die Ausführungen, mit denen der Berufungsrichter die Abweisung der Klage begründet, daß nämlich der Kläger sich durch den Verkauf und die Auflassung zweier der an den Beklagten verkauften Parzellen in die Unmöglichkeit versetzt habe, den mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, und aus diesem Grunde Erfüllung vom Beklagten nicht fordern könne, sind abwegig und die dagegen gerichteten Angriffe unerheblich. Die Abweisung der Klage

ergiebt sich jedoch aus anderen Erwägungen. Ursprünglich war die Klage freilich auf Vertragserfüllung gerichtet, nämlich auf Zahlung der im Vertrage bedungenen Zinsen von dem gestundeten Kaufpreis-
 teil. Diese Klagebegründung ist aber in zweiter Instanz fallen gelassen und sie mußte auch fallen gelassen werden, nachdem der Kläger mit der Tatsache herausgerückt war, daß er wegen (angeblichen) Verzuges des Beklagten mit der Entgegennahme der Auflassung gemäß § 326 B.G.B. dem Beklagten unter Setzung einer Nachfrist erklärt hat, er werde nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, vielmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Die Frist ist nach den eignen Angaben des Klägers fruchtlos verstrichen, damit aber der Anspruch des Klägers auf Vertragserfüllung endgültig verloren gegangen (§ 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Auf den neuen, erst in der Berufungsinstanz vorgebrachten Klagegrund hin konnte aber eine Verurteilung des Beklagten nicht erfolgen, weil dieser der unbedenklich vorliegenden Klageänderung (vgl. J. W. Schr. 1899 S. 224 Nr. 8) widersprochen hat (§ 527 C.P.D.). Demgemäß ist die vom Berufungsrichter ausgesprochene Abweisung der Klage, wenn auch aus andern Gründen, gerechtfertigt.

Auch die vom Berufungsrichter auf die Widerklage getroffene Entscheidung erweist sich, freilich wiederum aus andern Gründen, als richtig. Auch die Widerklage ist geändert. Sie war zunächst darauf gegründet, daß der Kläger sich mit der Übergabe und Auflassung im Verzuge befinde und daher die Zinsen von den angezahlten 5000 *M* ohne Grund genossen habe. Als demnächst der Kläger zwei der Parzellen anderweit verkauft und aufgelassen hatte, gründete der Beklagte (in zweiter Instanz) den Widerklageanspruch auf die durch diese anderweite Veräußerung seitens des Klägers herbeigeführte teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, erklärte, daß die noch mögliche Teilerfüllung für ihn kein Interesse habe, und führte aus, daß der Kläger in Höhe jener Zinsen ungerechtfertigt bereichert sei. Der Berufungsrichter hat die Widerklage vom Standpunkte der neuen Begründung geprüft, und er war hierzu auch befugt, weil der Kläger, ohne der Änderung zu widersprechen, sich auf die abgeänderte Widerklage eingelassen hat, seine Einwilligung in die Änderung also anzunehmen ist (§§ 527. 269 C.P.D.). Die geänderte Widerklage ist aber begründet. Der Kläger hat durch die anderweite Veräußerung der beiden Parzellen

die ihm obliegende Leistung (die Auflassung an den Beklagten) teilweise unmöglich gemacht. Er leugnet das zwar, weil er die Parzellen ja zurückerwerben könne, aber dieser Hinweis reicht zu dem Nachweise, daß die zur Zeit vorliegende subjektive Unmöglichkeit beseitigt werden könne, nicht aus, vielmehr hätte es dazu der Behauptung bedurft, daß der jetzige Eigentümer zur Rückauflassung bereit sei; vor allem aber hätte der Kläger sich zur Auflassung an den Beklagten bereit erklären müssen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 31 S. 184, Bd. 32 S. 131; Gruchot, Beitr. Bd. 39 S. 450 fg.,

Besteres hat der Kläger nicht getan, vielmehr weigert er die Auflassung, will den Vertrag nicht mehr erfüllen. Nach der wohl begründeten Annahme des Berufungsrichters hat der Beklagte an der (noch möglichen) teilweisen Erfüllung des einheitlichen Vertrages kein Interesse. Nach § 325 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. hat der Beklagte unter diesen Umständen das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Klägers nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 B.G.B. zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Der Beklagte will nicht mehr erfüllen; er hat aber nicht zu erkennen gegeben, von welchem der beiden ihm nach § 325 Abs. 1 Satz 2 zustehenden Rechten er Gebrauch machen will. Allein es kommt auf diesen Mangel der Erklärung nicht an, weil der Widerklagananspruch in beiden Fällen begründet ist. Im Falle der Wahl des Schadensersatzes steht ihm der Anspruch auf Rückzahlung der angezahlten 5000 M nebst Zinsen seit der Zahlung nach den §§ 325 Abs. 1 S. 2, 280 Abs. 2, 346, 347 letzter Satz, im Falle des Rücktrittes nach den §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 327 Satz 1, 346, 347 letzter Satz zu. Selbstverständlich hat der Beklagte das Recht, statt seines ganzen Anspruches zunächst einen Teil, nämlich die Zinsen, geltend zu machen. Voraussetzung des Anspruches ist jedoch, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung auf einem Umstande beruht, den der Kläger zu vertreten hat. Im allgemeinen ist die willkürliche Veräußerung ein von dem Veräußerer zu vertretender Umstand. Nun hat freilich der Kläger behauptet, daß er zu der Veräußerung befugt gewesen, da der Beklagte mit seiner Leistung im Verzuge gewesen sei, auch eine ihm gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. gestellte Frist fruchtlos habe verstreichen lassen und Kläger nunmehr gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 u. 3 Schadensersatz wegen

Nichterfüllung verlangt habe. Allein es kann ununtersucht bleiben, ob dadurch die Vertretbarkeit berührt werden würde, denn auch im Falle des § 326 Abs. 1 Satz 3 (teilweise Nichterfüllung seitens des andern Teiles) würde der Anspruch auf die mit der Widerklage geforderten Zinsen gemäß dieser Vorschrift in Verbindung mit den §§ 325 Abs. 1 Satz 2. 280 Abs. 2. 346. 347 letzter Satz begründet sein. Gegen diesen Anspruch würde der Kläger, falls die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 vorliegen sollten, seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Aufrechnung stellen können, aber er hat in keiner Weise dargetan, daß ihm irgend ein Schaden entstanden sei, und nicht zu erkennen gegeben, daß er aufrechnen möchte.“