

29. Kann bei gegenseitigen Verträgen auch wegen positiver Vertragsverletzungen des einen Teils, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, der andere Teil unter entsprechender Anwendung des § 326 B.G.B. vom Vertrage zurücktreten?

II. Zivilsenat. Ur. v. 6. März 1903 i. S. S. & Co. (Kl.) w. Aktiengesellschaft für Bahnen und Tiefbau (Bekl.). Rep. II. 388/02.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin hatte nach einem Vertrage vom ^{27. August}~~11. September~~ 1900 der Beklagten den Kies zu dem Tunnelbau einer Untergrundbahn zu liefern. Sie war mit Brief vom 3. Oktober 1901 wegen angeblichen Zahlungsverzugs der Beklagten und mit Erklärung vom 14. November 1901 wegen angeblicher positiver Vertragsverletzungen derselben vom Vertrage zurückgetreten und hatte mit der Klage begehrt, nach § 256 C.B.D. richterlich festzustellen, daß der Rücktritt vom 3. Oktober oder derjenige vom 14. November 1901 berechtigt sei. Der erste Richter erkannte nach dem Klagantrage; er erachtete den Rücktritt vom 3. Oktober 1901 als gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hob auf und wies die Klage ab; es nahm an, daß weder der Rücktritt vom 3. Oktober noch derjenige vom 14. November gerechtfertigt war. Auf die Revision der Klägerin wurde das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

... „Nach dem Vortrag der Klägerin erhält sie nur dasjenige Quantum Kies als geliefert bezahlt, das nach dem in § 4 des Vertrages bestimmten Verhältnisse durch Ausmessung des fertiggestellten Betonmauerwerkes nachgewiesen wird. Dieses Vorbringen, das bezüglich des auf die Baustelle gelieferten Kieselübrigens durch die §§ 4 bis 6 bestätigt ist und nach den Schlußbestimmungen der §§ 5 und 6 auch für den auf die Stapelplätze gelieferten Kies nicht als

schlechthin unrichtig bezeichnet werden könnte, wurde nach dem Tatbestande der Instanzurteile von der Beklagten an sich nicht bestritten. Die Klägerin hat in den Instanzen weiter geltend gemacht, eine Abrechnung auf Grund obiger Berechnungsart habe zur selbstverständlichen und notwendigen Voraussetzung, daß der von der Klägerin gelieferte Kies ausschließlich zu dem Betonmauerwerke des Tunnelbaus verwendet werde, es sei aber von ihr gelieferter Kies ungeachtet der wiederholten Verwahrungen des Bevollmächtigten der Klägerin, K., zu den verschiedenartigsten Arbeiten anderer Art verwendet worden, der Klägerin könne nicht zugemutet werden, der Beklagten weiter Ware zu liefern, nachdem die Beklagte durch schuldhaft positive Rechtsverletzungen die vertragsmäßig vorgesehene Festsetzung des Preises andauernd unmöglich gemacht habe, aus diesem Grunde sei der durch Schriftsatz vom 14. November 1901 ausgesprochene Rücktritt vom Vertrage gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht beschränkt sich bei Zurückweisung dieser Rechtfertigung des Rücktritts auf die Ausführungen, Klägerin könne aus dem gerügten Verhalten der Beklagten nur einen Anspruch auf Ersatz des ihr dadurch entstandenen Schadens, aber kein Recht zum Rücktritt vom Vertrage ableiten. Diese Urteilsgründe, die sich jedes weiteren Eingehens auf Einzelheiten nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite enthalten, lassen vermuten, daß nach Annahme des Berufungsgerichts zwar in jenem gerügten Verhalten der Beklagten positive, zur Begründung eines Anspruchs auf Schadensersatz geeignete Vertragsverletzungen zu finden seien, daß jedoch, da dadurch der Beklagten die ihr obliegende Leistung nicht unmöglich wurde, und die Beklagte dadurch auch nicht mit der ihr obliegenden Leistung in Verzug kam, die Voraussetzungen der §§ 325 und 326 B.G.B. nicht vorliegen, und daß es im übrigen an einer Bestimmung im Bürgerlichen Gesetzbuch fehle, welche der Klägerin wegen solcher positiver Vertragsverletzungen die Befugnis gebe, vom Vertrage zurückzutreten. Diese letztere Annahme des Berufungsgerichts ist jedenfalls dann nicht frei von Rechtsirrtum, wenn in Anwendung der Grundsätze über Gesetzesanalogie bei gegenseitigen Verträgen aus solchen positiven Vertragsverletzungen des einen Teiles dem anderen Teile überhaupt nach Analogie des § 326 B.G.B. ein Recht auf Rücktritt vom Vertrage gewährt werden kann. Der erkennende Senat bejaht diese Rechts-

frage, allerdings mit der aus der Vorschrift des § 326 sich unmittelbar ergebenden Einschränkung, daß diese rechtliche Folge nur an solche positive Vertragsverletzungen geknüpft werden kann, durch welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt in den §§ 325 und 326 positive Vorschriften für die Fälle, wenn bei gegenseitigen Verträgen der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist oder die ihm obliegende Leistung schuldhaft unmöglich macht, und gewährt in diesen Fällen dem anderen Teile nicht bloß ein Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder verzögerter Erfüllung der geschuldeten Leistung, sondern nach seiner Wahl auch ein Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags oder auf Rücktritt vom Vertrage. Danach knüpft es an das dort vorausgesetzte schuldhafteste Verhalten rechtliche Folgen, welche über die durch das Verschulden begründete Schadenersatzpflicht hinausgehen, indem dem anderen Teile nach seiner Wahl das Recht eingeräumt wird, unter Ablehnung der Annahme künftiger Leistung vom Vertrage zurückzutreten und dadurch dem Erfolge nach den Vertrag *ex tunc* aufzulösen, oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags zu fordern, dadurch also dem Erfolge nach den Vertrag *ex nunc* aufzulösen und einen Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens zu begründen (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 50 S. 262 flg.).

Eine dritte Art schuldhaften Verhaltens eines Vertragsteiles kann in positiven Vertragsverletzungen desselben liegen, die nicht zugleich die dem Verletzenden obliegende Leistung unmöglich machen. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält für diese dritte Art eines in dem Rahmen des gegenseitigen Vertrags vorgenommenen schuldhaften Verhaltens keine den §§ 325 und 326 entsprechende positive Bestimmung. Das Empfinden, daß auch in diesen Fällen dem anderen Teile die in den §§ 325 und 326 gewährten Rechte zustehen sollten, hatte schon vor der Abhandlung von Staub, „Über die positiven Vertragsverletzungen und deren Rechtsfolgen“, durch welche diese Frage noch mehr in den Vordergrund der literarischen Erörterungen getreten ist, zu dem Versuche geführt, jede rechtlich besondere Bedeutung dieser Art schuldhaften Verhaltens zu verneinen, und mit der rechtlichen Ausführung, daß jede positive Vertragsverletzung die dem Verletzenden obliegende Leistung unmöglich mache, die unmittelbare Anwendung des § 325

auf alle Fälle solcher positiven Rechtsverletzungsakte eines Vertragsteiles zu rechtfertigen. Es mag zugegeben werden, daß eine positive Vertragsverletzung in dem einzelnen Falle die dem Verletzenden obliegende Leistung unmöglich machen kann; indessen besteht in den meisten Fällen eine solche positive Verletzung in der Verletzung einer Unterlassungspflicht. Der erkennende Senat vermag aber für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs der übrigens auch für die Beweislast (§ 282 B.G.B.) bedeutungsvollen Auffassung nicht beizutreten, daß die Erfüllung solcher aus dem Wesen der obligatorischen Verbindlichkeit folgenden Unterlassungspflichten stets ein Teil der dem Verletzenden obliegenden Leistung im Sinne des § 325 sei. Von anderer Seite,

vgl. Dernburg, Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, Deutsche Juristenztg. 1903 S. 1 flg. — hier S. 4/5, wurde darauf hingewiesen, das Bürgerliche Gesetzbuch gewähre, wenn auch in beschränkterem Umfange, dadurch Abhilfe, daß unter Umständen die Beseitigung des durch die positive Vertragsverletzung verursachten Schadens in dem Rücktritt vom Vertrage bestehen könne. Allerdings müßte man sich mit diesem Aus Hilfsmittel begnügen, und könnte von einer analogen Anwendung des § 326 auf die hier unterstellten Fälle dann keine Rede sein, wenn die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergäben, daß dasselbe aus positiven Rechtsverletzungsakten eines Vertragsteiles, soweit dieselben nicht die ihm obliegende Leistung im Sinne des § 325 unmöglich machen, nur einen Anspruch auf Schadensersatz zu gewähren beabsichtigte, oder, was zu dem gleichen Ergebnisse führen würde, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch nur in den Fällen der §§ 325 und 326 die dort dem anderen Teile gewährten Befugnisse als singuläre Rechtsbehelfe einzuräumen beabsichtigte. Allein nach beiden Beziehungen zwingt weder der Wortlaut des Gesetzes, noch dessen Entstehungsgeschichte zu einer einschränkenden Auffassung. Die Bestimmungen des § 326 können zunächst nicht damit allein gerechtfertigt werden, daß jeder Schuldnerverzug eine von dem säumigen Teile zu vertretende zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung begründe, wenn sich auch in den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch unter dem Einflusse der von Mommsen vertretenen Ansichten Anklänge an diese Auffassung finden. Der § 326 beruht vielmehr auf der gesetzgeberischen Erwägung, daß das schuld-

hafte Unterlassen der Vertragserfüllung bei gegenseitigen Verträgen dem anderen Teile die dort ausgesprochenen, über den bloßen Schadensersatz wegen der Verzögerung hinausgehenden Rechte gewähre. Es liegt sonach dieser Vorschrift in Anlehnung an die funktionelle Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen der gesetzgeberische Gedanke zu grunde, daß dieses schuldhafte Unterlassen des einen Teiles wegen der darin liegenden Gefährdung des Vertragszweckes den anderen Teil berechtige, im Interesse der Verkehrssicherheit eine alsbald klare Rechtslage dadurch zu schaffen, daß er unter Ablehnung der Annahme künftiger Leistung vom Vertrage zurücktrete oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlange. Die gleichen Gesichtspunkte treffen aber auch zu, wenn durch schuldhafte positive Rechtsverletzungsakte des einen Teiles die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird. Das Gesetz zwingt jedoch nicht zu der Annahme, daß jene Rechtsfolgen nur an das schuldhafte Unterlassen der Vertragserfüllung geknüpft sein sollten, und danach § 326 nur eine singuläre Bestimmung für den Fall des Verzuges gäbe; im Gegenteil liegt die Auffassung weit näher, in § 326 den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für schuldhafte Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in der besonderen Anwendung auf den Verzug zu finden und das Unterlassen einer allgemeineren Fassung jenes Rechtsgrundsatzes damit zu erklären, es sei eine solche allgemeinere Fassung lediglich um deswillen nicht als notwendig erachtet worden, weil den Vorarbeiten bei Regelung dieser Materie, wiederum unter dem Einflusse der Abhandlungen von Mommsen in dessen Beiträgen zum Obligationenrecht, die Ansicht zu grunde lag, der, wie oben dargelegt ist, in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden kann, daß alle positiven Rechtsverletzungsakte eines Vertrags-teiles in den Rahmen der Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung gebracht werden können. Hiernach ist es zuzulassen, auf dem Wege der Analogie bei gegenseitigen Verträgen auch aus positiven Vertragsverletzungen des einen Teiles dem anderen Teile die in § 326 ausgesprochenen Rechte dann zu gewähren, wenn durch jene Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird. Wie sich im Einzelfalle diese analoge Anwendung des § 326 gestaltet, die hauptsächlich bei auf längere Dauer berechneten Verträgen, bei Lieferungsgeeschäften und Verträgen ähnlicher Art in Betracht kommen

wird, insbesondere ob eine dem ersten Satze des § 326 Abs. 1 entsprechende Fristbestimmung und Androhung erforderlich ist oder unterbleiben kann, was von den vorliegend durch den Richter der Tatfrage überhaupt noch nicht geprüften Umständen des Einzelfalles abhängt, bedarf hier noch nicht der Entscheidung, sowenig wie die von Dernburg in der erwähnten Abhandlung erörterte Frage, ob beim Gattungslauf wegen Fehlerhaftigkeit einer oder mehrerer Lieferungen jene analoge Anwendung überhaupt zugelassen werden könnte. Denn in dem vorliegenden Falle, der wohl nicht die Annahme gestattet, daß nach dem Vertrage die Verwendung des Kieses zu dem Betonmauerwerke des Tunnels ein Teil der positiven Vertragsleistung der Beklagten war, und danach dessen Verwendung zu anderen Arbeiten eine Unmöglichkeit der Erfüllung dieser positiven Vertragsleistung nach § 325 B.G.B. zu begründen geeignet wäre, würden die der Beklagten zur Last gelegten positiven Vertragsverletzungen in der Verwendung des Kieses zu anderen Arbeiten wohl um deswillen gefunden werden können, weil dadurch der Klägerin das im Vertrag vorgesehene Mittel zur Feststellung ihres Preisanspruchs entzogen wurde, und in diesem Umfange eine Unterlassungspflicht der Beklagten bestand, sofern sie nicht dem Bevollmächtigten der Klägerin von jener beabsichtigten anderen Verwendung rechtzeitige Mitteilung machte. Wenn aber einmal eine analoge Anwendung des § 326 in dem oben bezeichneten Umfange zugelassen wird, so ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine Sachlage, wie die von der Klägerin behauptete, dazu ausreichen und danach ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage gewähren kann. Diese in den Instanzen überhaupt nicht geprüfte Möglichkeit reicht zur Rechtfertigung einer Aufhebung des Urteils zu.“ . . .