

42. Kann die Leistungsfrage auf Abnahme der gekauften Sache nach § 433 Abs. 2 B.G.B. beim Gattungskauf mit successiven Lieferungen lediglich damit begründet werden, daß der auf Abnahme klagende Verkäufer in der Lage sei, die Ware zu beschaffen und abzuliefern?

II. Zivilsenat. Urf. v. 22. Dezember 1903 i. S. R. (Vell.) w. G. (KL).
Rep. II. 200/03.

- I. Landgericht Nordhausen.
- II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Die Beklagte kaufte im Oktober 1900 vom Kläger 20 Wagen Spalierlatten in näher bezeichneter Stärke und Länge zur successiven Lieferung von November 1900 bis Mai 1901. Das Gewicht eines

Wagens wurde durch nachfolgende Vereinbarung auf 10 000 kg festgestellt. Nach wiederholten Aufforderungen und Mahnungen des Klägers nahm die Beklagte die Lieferungen vom 3. und 15. Mai, 19. und 20. Juni 1901 ab, weigerte aber die restlichen 145 300 kg „abzunehmen“, weil sie mit Recht vom Vertrage zurückgetreten sei. Mit der auf § 433 Abs. 2 B.G.B. gestützten Klage wurde beantragt, die Beklagte zu verurteilen, von dem Kläger 145 300 kg Spalierlatten in der vereinbarten Stärke und Länge abzunehmen und das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage; sie machte unter anderm geltend, der Kläger habe überhaupt die 145 300 kg Spalierlatten, deren Abnahme er verlange, nicht bereit. Der Kläger wendete dagegen ein: darauf komme es nicht an; denn er sei berechtigt, den Vertragsbestimmungen gemäß in angemessenen Fristen successiv und nach seinem Belieben entweder von seinen eigenen Sägewerken, oder von dritter Hand bezogene Ware der Beklagten zu liefern, und sei auch jederzeit in der Lage, in dieser Weise seiner Vertragspflicht zu genügen.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte nach dem Klagantrag, und das Berufungsgericht wies ihre Berufung als unbegründet zurück. Auf ihre Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht geht mit rechtlich einwandsfreier Begründung davon aus, daß der unter den Parteien abgeschlossene successive Lieferungskauf ein reiner Gattungskauf war, und verneint das Vorbringen der Beklagten, daß nach dem Vertrage nur Spalierlatten aus den Sägewerken des Klägers zu liefern seien. Weiterhin erachtet es nicht als bewiesen, daß stets die ganze noch zu liefernde Menge auf den Sägewerken des Klägers vorrätig war; dagegen betrachtet es als feststehend, daß der Kläger einen erheblichen Teil, und zwar in vertragsmäßiger Beschaffenheit, auf Lager hatte, und nimmt als bewiesen an, daß er im August 1901 in angemessenen Fristen nach Maßgabe des Vertrages die successive Restlieferungen selbst herstellen oder anderswoher beziehen konnte und das auch jetzt noch kann. Durch diese Tatsachen erachtet es die für vorläufig voll-

streckbar erklärte Beurteilung der Beklagten zur Abnahme von 145 300 kg Spalierlatten in der vereinbarten Stärke und Länge aus § 433 Abs. 2 B.G.B. als begründet.

Die Revisionsklägerin erhebt die Rüge, Voraussetzung der Leistungsklage auf Abnahme der verkauften Ware sei, daß tatsächlich und vertragsgemäß angeboten sei; denn nur was tatsächlich angeboten, könne auch tatsächlich abgenommen werden; ein wörtliches Angebot — § 295 B.G.B. — ersetze für diesen Fall das tatsächliche Angebot nicht. Ein tatsächliches Angebot dieser Art sei nicht festgestellt. Bei dieser Sachlage hätte vielleicht eine Klage auf Feststellung der vertragsmäßigen Verpflichtung der Beklagten, aber nicht auf Abnahme erhoben werden können; das könne in der Revisionsinstanz nicht mehr nachgeholt werden.

Diesen Ausführungen kann zum Teil die Berechtigung nicht versagt werden.

Der erkennende Senat hat in dem Urteile vom 9. Dezember 1902 (Rep. II. 265/02, Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 53 S. 161 flg., hier S. 162) ausgesprochen, daß unter „Abnahme“ in § 433 Abs. 2 B.G.B. die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache — deren „aufzerte“ — zu verstehen sei, um den Verkäufer von der Kaufsache zu entlasten. An dieser Auffassung wird festgehalten. In den Gründen jenes Urteils — S. 163 oben a. a. D. — wurde bei Erörterung der Frage, wann bei einem Gattungskaufe ein Verzug mit der Abnehmerverpflichtung angenommen werden könne, der an sich Verzug mit der körperlichen Wegnahme sein müsse, der Gesichtspunkt angeregt, ob dazu ein Bereitstehen der Ware zur körperlichen Wegnahme zureiche, oder noch ein vorheriges Ausscheiden erforderlich sei. Eine ausdrückliche Stellungnahme zur letzteren Frage war damals nicht nötig; denn der Beklagte hatte sich endgültig geweigert, die Ware überhaupt abzunehmen; das reichte aber, da sein Vertragsgegner tatsächlich erfüllungsbereit war, zur Annahme eines Schuldnerverzuges mit der Abnahmeverpflichtung zu. Da sonach der Ausgangspunkt jener Erörterungen die tatsächliche Erfüllungsbereitschaft des Gegners war, kann aus der dort erfolgten Annahme eines Schuldnerverzuges mit der Abnahmeverpflichtung weder für, noch gegen die hier zu entscheidende Frage etwas abgeleitet werden.

In dem gegebenen Fall nämlich handelt es sich um die Frage,

ob beim Gattungskaufe die Leistungsklage auf Abnahme, d. i. auf körperliche Wegnahme, notwendig zur Voraussetzung hat, daß die Ware vom Verkäufer bereits hergestellt oder angeschafft, in diesem Sinne bereits vorhanden und zur Ablieferung bereit sei, oder ob eine solche Leistungsklage auf Abnahme auch zulässig ist, wenn die abzunehmende Ware in dem oben dargelegten Sinne noch nicht vorhanden und zur Ablieferung bereit ist. Der Zulässigkeit einer Leistungsklage des letzteren Inhaltes steht entscheidend die Erwägung entgegen, daß eine gegenwärtige körperliche Hinwegnahme in bezug auf eine erst zu beschaffende Ware nicht möglich ist, und daß die Abnahmeverpflichtung des Käufers aus § 433 Abs. 2 B.G.B. eine in dem dargelegten Sinne vorhandene, zur Ablieferung bereite Ware voraussetzt, weil nur diese körperlich weggenommen werden kann. Allerdings ist die Abnahmeverpflichtung des Käufers aus § 433 Abs. 2 a. a. O. eine ihm aus seinem Kaufvertrage obliegende Leistung, und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen bei gegenseitigen Verträgen an sich Leistung und Gegenleistung nicht in einer solchen funktionellen Abhängigkeit, daß nur gegen die bereitgehaltene und in der Klage angebotene Gegenleistung auf Erfüllung der Leistung geklagt werden könnte. Deshalb bedarf es in der Klage auf den Kaufpreis nicht einer Erwähnung der dem Verkäufer obliegenden Gegenleistung. Die Anwendung dieser Grundsätze kann jedoch nicht zur Rechtfertigung einer Leistungsklage auf Abnahme einer noch nicht vorhandenen und zur Ablieferung bereiten Ware dienen, etwa mit der Ausführung, sowenig die Klage auf Zahlung des Kaufpreises verlange, daß die Gegenleistung wirklich gemacht sei, ebensowenig erfordere daß die Klage auf die andere Leistung des Käufers — auf die Abnahme —; auch in diesem Falle stehe dem verklagten Käufer nur die Möglichkeit offen, mit der Einrede der nicht erfolgten Ablieferung auf Grund des § 322 B.G.B. die Verurteilung auf Abnahme gegen Ablieferung zu verlangen. Denn die Ablieferungsbereitschaft des Verkäufers und die Abnahmeverpflichtung des Käufers stehen nicht etwa lediglich in der durch die §§ 320—322 B.G.B. geregelten funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung aus einem gegenseitigen Vertrage, sondern die Erfüllung der Verpflichtung auf Abnahme, d. i. auf körperliche Hinwegnahme, setzt begrifflich voraus, daß die Ware zur körperlichen Wegnahme bereit sei. Deshalb ist die Leistungs-

Klage auf Erfüllung dieser Abnahmeverpflichtung auch beim Gattungskauf so lange überhaupt nicht begründet, als sie nicht auf Abnahme bereits vorhandener, zur Ablieferung bereiter Ware gerichtet ist; bei der hier unterstellten Sachlage wäre übrigens dieser Mangel auch in dem Falle nicht geheilt, wenn der Verkäufer auf Abnahme gegen Ablieferung klagte; denn in Wirklichkeit wäre hier eine Leistungsklage auf künftige Abnahme einer noch nicht zur Ablieferung bereiten Ware gegen deren künftige Ablieferung erhoben.

Zwar wird in der Literatur,

vgl. z. B. Düringer u. Sachenburg, J.C.B. Bd. 3 S. 50/51, die Ansicht vertreten, daß die Abnahmeverpflichtung des Käufers im Einzelfalle einen größeren, oder kleineren Umfang haben könnte, daß insbesondere auch mangels besonderer Abrede der Käufer auf Grund der Abnahmeverpflichtung bei der Ablieferung mitzuwirken habe und die Abnahmeverpflichtung nur dann erfülle, wenn er seinerseits die Erfüllung dieser Ablieferungspflicht des Verkäufers ermögliche. Daraus wird die rechtliche Folge abgeleitet, daß der Käufer überall da, wo er mit dieser Mitwirkung im Verzuge ist, in Verzug der Abnahme als Schuldnerverzug gerät, und z. B. schon aus einem Verzuge mit dem Abrufe ein Abnahmeverzug entnommen. Der erkennende Senat vermag dieser Auffassung über Umfang und Inhalt der in § 433 Abs. 2 a. a. O. geregelten Abnahmeverpflichtung nicht in allen Teilen beizutreten. Das mag richtig sein, daß im kaufmännischen Verkehr die Ausdrücke „Abnahme“ und „Abnehmen“ Sammelnamen sind für alle Handlungen des Käufers, die er vom Kaufabschlusse an bis zur Entgegennahme der Ware vorzunehmen hat. Daraus erklärt sich auch wohl die Erhebung der vorliegenden Klage und die Tatsache, daß diese Klage in den Instanzen weder bei den Prozeßvertretern, noch bei den Gerichten besonderen Bedenken begegnet ist. Diese allgemeine Bedeutung hat indessen der rechtliche Begriff der Abnahme im § 433 Abs. 2 nicht. Ferner gibt der rechtliche Ausgangspunkt der oben erörterten Rechtsansicht, daß nämlich in gleichem Umfange, wie nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 293 ff.) der Gläubiger bei Erfüllung der ihm geschuldeten Leistung mitzuwirken hat, und das Unterlassen dieser Mitwirkung Gläubigerverzug begründet, beim Kauf eine Verpflichtung des Käufers zur Mitwirkung als Schuldnerverpflichtung be-

gründet werde, und danach die in § 433 Abs. 2 für den Kauf geregelte Abnahmepflicht ihr Korrelat in dem Annahmeverzug des Gläubigers bei den anderen Schuldverhältnissen habe, der in § 433 Abs. 2 geregelten Abnahmeverpflichtung, die auf die rein körperliche Hinwegnahme der Kaufsache zu beschränkt ist, eine zu große Tragweite. Das kann allerdings aus jener Vorschrift für das Recht des Kaufs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch abgeleitet werden, daß eine nach der Natur des einzelnen Geschäfts gebotene oder verkehrszübliche oder besonders vereinbarte Mitwirkung des Käufers zur Ablieferung der Kaufsache neben der Verpflichtung zur Abnahme, aber nicht als Teil derselben, eine klagbare Verpflichtung des Käufers zur Vornahme auch jener Mitwirkung begründen kann, und daß der Verzug mit Erfüllung dieser weiteren Verpflichtung, soweit nicht § 264 B.G.B. Platz greift, wie jeder andere Schuldnerverzug zu beurteilen ist. Deshalb kann im gegebenen Falle eine Leistungsfrage auf Abnahme nicht etwa mit der Erwägung gerechtfertigt werden, daß der Abruf ein Teil der Abnahmeverpflichtung der Beklagten war, und daß infolge des Verzuges der Beklagten mit dem Abrufe die Leistungsfrage auf Abnahme begründet sei.

In letzter Reihe könnte noch in Frage kommen, ob nicht unter Zuhilfenahme von § 259 C.P.O. das angefochtene Urteil aufrecht erhalten werden kann. Indessen stände einem solchen Versuche einmal das Bedenken entgegen, daß der Kläger und Revisionsbeklagte in den Instanzen diesen prozeßrechtlichen Gesichtspunkt nicht geltend gemacht hatte, dann aber die Erwägung, daß Voraussetzung der künftigen Leistung — hier der künftigen Abnahme — die künftige Ablieferung vertragsgemäßer Ware ist, durch eine Verurteilung nach § 259 C.P.O. aber der Käufer mit seinen Einwendungen wegen Nichtvertragsmäßigkeit der Ware auf eine Klage aus § 767 C.P.O. verwiesen wäre.

Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben; es konnte jedoch nicht, dem weiteren Antrage der Revisionsklägerin entsprechend, die Klageabweisung ausgesprochen werden. Abgesehen davon, daß das Berufungsgericht als feststehend erachtet, der Kläger habe einen erheblichen Teil der Ware, deren Abnahme verlangt war, und zwar in vertragsgemäßer Beschaffenheit, auf Lager gehabt, und daß es ferner mit einwandfreier Begründung angenommen hat, der Kläger sei nach wie vor zur successiven Lieferung berechtigt gewesen, wäre noch weiter

zu erörtern, ob die erhobene Klage nicht — namentlich sofern der Kläger seinen Antrag in diesem Sinne berichtigt — als Feststellungsklage dahin zu beurteilen sei, daß der Vertrag noch bestehe, und die Beklagte in bezug auf die Restlieferungen den Vertrag noch zu erfüllen habe. Die Prüfung nach diesen Gesichtspunkten erfordert weitere Erörterungen in tatsächlicher Beziehung. Deshalb war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.“ . . .