

25. 1. Kann eine Klage gleichzeitig darauf gegründet werden, daß der geforderte Betrag als Kaufpreis und als Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 B.G.B. geschuldet sei?

2. Der § 326 B.G.B. und seine Anwendung in folgenden Fällen:
 a) Verzug des Käufers mit der Abnahme (§ 433 Abs. 2 B.G.B.),
 b) Lossagen des Käufers vom Vertrage (Annullierung), c) mangelhafte Lieferung beim Satzesslieferungsgeschäft.

II. Zivilsenat. Ur. v. 23. Februar 1904 i. S. J. (Wett.) w. F. (Kl.).
 Rep. II. 298/03.

I. Landgericht Guben.

II. Kammergericht Berlin.

Aus den Gründen:

... „1. Der Berufungsrichter führt aus, die Klägerin stütze ihren Anspruch auf zwei Gründe, in erster Linie auf Annahmeverzug, Gläubigerverzug des Beklagten und ihren Selbsthilfeverkauf nach § 373 H.G.B., und dann auf Spezifikations- (Bestimmungs-) verzug oder Leistungsverzug des Beklagten, auf Grund dessen sie gemäß § 326 B.G.B. Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei freier Schadensermittlung begehre. Er erachtet in beiden Richtungen den Anspruch dem Grunde nach als gerechtfertigt, und ferner als festgestellt, daß in beiden Richtungen irgendein Schaden entstanden sei. Auf diesem Wege gelangt er zu seiner Urteilsformel: „der Klagenanspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt; die Sache wird zur Verhandlung und Entscheidung [über den Betrag] an den ersten Richter zurückverwiesen“. Danach wird die Klage einmal als Erfüllungsklage auf Zahlung des Kaufpreises und Ersatz des durch Schuldnerverzug des Beklagten verursachten Zögerungsschadens mit Aufrechnung des Erlöses aus dem Selbsthilfeverkauf nach § 373 H.G.B. beurteilt, sodann als Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 B.G.B. Diese beiden Entstehungsgründe des Klagebegehrens sind indessen weder kumulativ noch alternativ vereinbar. Denn wenn der Verkäufer ordnungsgemäß nach § 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. Schadenersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat, so ist sein Recht, vom Käufer Erfüllung durch Leistung gegen Gegenleistung zu verlangen, weggefallen, und der Käufer nicht mehr zur Erfüllung durch Zahlung des Kaufpreises gegen die Ware verpflichtet; für beide Vertragsteile — den Verkäufer und den Käufer — hat sich das Vertragsverhältnis auf Leistung gegen Gegenleistung aufgelöst in das

Recht des Verkäufers und die Verpflichtung des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Bgl. Urteil des erkennenden Senates vom 11. April 1902, Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 50 S. 262 flg.

Folgende Weise kann in diesem Falle bezüglich der Kaufsache nicht mehr von Annahmeverzug des Käufers als Gläubigerverzug die Rede sein; und ist die Grundlage für einen Selbsthilfeverkauf aus § 373 H.G.B. weggefallen. Nur zur Feststellung des Schadens wegen Nichterfüllung kann der Verkäufer einen Deckungsverkauf vornehmen, der an sich den Vorschriften des § 373 H.G.B. nicht unterliegt, auf den aber § 254 B.G.B. anzuwenden ist. Daraus ergeben sich die weiteren Folgerungen: weil der in Annahme-(Gläubiger-)verzug befindliche Käufer die Kaufsache jederzeit noch anzunehmen berechtigt ist, kann für den Selbsthilfeverkauf auf der Grundlage des Annahmeverzuges — was insbesondere die Zeit seiner Vornahme anlangt — der rechtliche Grundsatz aufgestellt werden, daß der Verkäufer nur für wissentliche Schädigung oder grobe Fahrlässigkeit hafte. Für den Deckungsverkauf kommt dagegen die Vorschrift des § 254 Abs. 2 B.G.B. zur Anwendung, und danach kann der Verkäufer von der Zeit an, nachdem die erklärte Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung rechtswirksam geworden, in dem Rahmen jener Vorschrift für ein Unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, verantwortlich werden. Für die Begründetheit der Klage als Erfüllungsklage ist ferner die Vornahme des Selbsthilfeverkaufs ohne Gefährde und grobe Fahrlässigkeit eine wesentliche Voraussetzung; für die Begründung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist dagegen ein Deckungsverkauf in den Formen des Selbsthilfeverkaufs nur ein Glied in der Feststellung der Schadenshöhe.

Danach hätte der Klagantrag auf die beiden dargelegten, nur eventuell miteinander vereinbaren Entstehungsgründe nur in der Weise gestützt werden können, daß zunächst geltend gemacht wurde, der Beklagte schulde nach § 326 Abs. 1 B.G.B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, für die Höhe des Schadens sei maßgebend der in den Formen des Selbsthilfeverkaufs vorgenommene Deckungsverkauf, und daß nur für den Fall, daß diese Begründung nicht haltbar sei, weil es an den Voraussetzungen des § 326 fehle, Erfüllung mit Zögerungsschaden verlangt, und der Selbsthilfeverkauf auf den Annahme-

(Gläubiger-)verzug des Beklagten begründet wurde. Mit dem Ausspruch, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dem Grunde nach gerechtfertigt sei, war einem Antrage auf Zahlung des Kaufpreises mit Höherungsschaden die Grundlage entzogen, und kam der Selbsthilfeverkauf vom Dezember 1901 nur noch als Deckungsverkauf in Betracht.

Der Berufungsrichter hat das dargelegte, lediglich eventuelle Verhältnis der zweifachen Rechtfertigung des Klagantrages übersehen und dessen rechtliche Tragweite nicht in Betracht gezogen. Nach der dargelegten Sachlage konnte dieser Mangel nicht durch andere Fassung der Urteilsformel allein geheilt werden, und wäre schon aus diesem Grunde die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache geboten gewesen. Indessen leidet das angefochtene Urteil noch an weiteren Mängeln, die gleichfalls zu dessen Aufhebung und Zurückverweisung führen.

2. Nachdem der Berufungsrichter das Vorliegen eines Spezifikations-(Bestimmungs-)kaufes und damit die Anwendung des § 375 B.G.B. verneint hatte, führte er weiter aus, der Beklagte sei durch seine endgültige und ernstliche Weigerung, „abzunehmen“, mit seiner Verpflichtung zur Abnahme aus § 433 Abs. 2 B.G.B. in Schuldnerverzug gekommen; aus diesem Schuldnerverzuge stehe dem Kläger der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. zu. Der Senat hat in einem Urteil vom 9. Dezember 1902 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 53 S. 161 fig.) ausgesprochen, daß der Schuldnerverzug des Käufers mit der Abnahme allein in der Regel — und zwar auch bei Handelskäufen — nicht die Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 a. a. O. rechtfertige. Der Berufungsrichter zieht diese Entscheidung in Betracht; er führt aber aus, daß im gegebenen Falle die Abnahme Hauptleistung des Käufers gewesen sei, weil es für Kaufleute, denen es an großem Umfaze, schneller Räumung ihres Lagers und steter Gelegenheit, der neuesten Richtung des Handels zu folgen, liegen müsse, sehr auf alsbaldige Abnahme ihrer Lieferungen ankommen werde.

Die in dem Urteil vom 9. Dezember 1902 vertretene rechtliche Auffassung haben in neuerer Zeit Düringer und Hachenburg bei Behandlung der Lehre vom Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch — Handelsgesetzbuch Bd. 3 S. 108/110 — bekämpft. Die unverkennbare

Bedeutung jener wissenschaftlichen Behandlung der Lehre vom Kauf gab dem erkennenden Senat Anlaß zur wiederholten Prüfung der streitigen Frage, er gelangte dabei zu keinem anderen Ergebnisse.

Im kaufmännischen Sprachgebrauche ist vielfach der Ausdruck „Abnahme“, „abnehmen“ Sammelname für die Tätigkeit des Käufers bis zur Zahlung des Kaufpreises. Nach den Darlegungen in dem Urteil vom 9. Dezember 1902 und in einem demnächst in den Entscheidungen des Reichsgerichts zur Veröffentlichung kommenden Urteil des Senats vom 22. Dezember 1903, Rep. II. 200/03¹, ist dagegen Abnahme im technischen Sinne des § 433 Abs. 2 die körperliche Hinwegnahme der zu diesem Zwecke bereitgestellten Ware. Durch die Unterlassung der Abnahme entsteht notwendig nach §§ 293, 294 B.G.B. Gläubigerverzug, entsteht aber auch, wenn Mahnung und die anderen Erfordernisse des § 284 B.G.B. vorliegen, Schuldnerverzug; denn die Abnahme ist eine Verpflichtung des Käufers; der Verkäufer hat auf die Abnahme ein Recht und kann auf Erfüllung dieser Verpflichtung klagen, sofern die Ware zur körperlichen Hinwegnahme bereit ist. Wie bereits hervorgehoben, hat in dem Sprachgebrauche der Geschäftswelt der Ausdruck „Abnahme“ vielfach eine weitere Bedeutung; er umfaßt insbesondere auch die rechtsgeschäftlichen Handlungen des Käufers, durch die eine Unbestimmtheit in bezug auf die Lieferung der Ware nach Zeit, Ort, Art und Gegenstand beseitigt, und dem Verkäufer erst eine körperliche Ablieferung der Ware ermöglicht wird, also insbesondere den Abruf und die Spezifikation. In der Literatur wird die rechtliche Auffassung vertreten, die Vornahme jener rechtsgeschäftlichen Handlungen sei ein Bestandteil der Abnahmeverpflichtung aus § 433 Abs. 2. Bei Prüfung dieser Frage in dem Urteil vom 22. Dezember 1902 ist indessen der Senat zu dem Ergebnisse gelangt, daß damit der Vorschrift des § 433 Abs. 2 eine zu große Tragweite beigemessen werde; er hat dort ausgeführt, aus der Vorschrift des § 433 Abs. 2 über die Verpflichtung des Käufers zur körperlichen Hinwegnahme der gekauften Sache könne allerdings für das Recht des Kaufes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch abgeleitet werden, daß eine nach der Natur des einzelnen Geschäfts gebotene oder verkehrsübliche oder besonders vereinbarte Mitwirkung des Käufers

¹ Jetzt gedruckt in Bd. 56 dieser Sammlung Nr. 42 S. 173. D. R.

zur Ermöglichung einer Ablieferung der Ware neben der Verpflichtung zur Abnahme, aber nicht als Teil derselben, eine klagbare Verpflichtung des Käufers zur Vornahme auch jener Mitwirkung begründen könne, und daß der Verzug mit dieser Verpflichtung, soweit nicht § 264 B.G.B. Platz greife, wie jeder andere Schuldnerverzug zu beurteilen sei. Daburch findet die Vorschrift in § 375 H.G.B. über den Spezifikationskauf in dem Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre volle Rechtfertigung; dort ist die Spezifikation durch den Käufer als Schuldnerverpflichtung desselben anerkannt, und sind die Folgen des Schuldnerverzugs mit dieser Verpflichtung ausdrücklich im Gesetze selbst festgesetzt.

Ferner ist an der in dem Urteil vom 9. Dezember 1902 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Abt. 53 S. 163/164) näher begründeten Auslegung des § 326 Abs. 1 festzuhalten, daß dort unter Verzug des einen Teils mit der ihm obliegenden Leistung Verzug mit der Hauptleistung zu verstehen ist. Die Ausführungen bei Düringer und Hachenburg a. a. O. bieten aber auch keinen Anlaß, die in jenem Urteil — a. a. O. S. 164/165 — weiter ausgesprochene, für die hier streitige Frage entscheidende Auffassung, daß die Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Sache in der Regel, und zwar auch bei Handelskäufen, nicht die Hauptleistung oder ein Teil der Hauptleistung sei, aufzugeben. Sie nehmen zunächst an, daß die Abnahmeverpflichtung ein wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrags sei, und daß, wenn der Käufer zur Abnahme überhaupt nicht verpflichtet sei, ein Kaufvertrag nicht vorliege. Diesen Ausführungen liegt augenscheinlich eine Verwechslung des rechtlichen Begriffs der essentialia negotii mit dem der sogenannten naturalia negotii zugrunde. Denn auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind nur die Verpflichtungen zur Verschaffung der Kaufsache auf Seiten des Verkäufers, zur Zahlung des Kaufpreises auf Seiten des Käufers wesentliche Bestandteile des Kaufes, die ihm seinen Charakter geben. Die Verpflichtung des Käufers, die zu verschaffende Sache abzunehmen, ist durch die positive Gesetzesvorschrift in § 433 Abs. 2 lediglich als eine Wirkung des Kaufvertrags bestimmt, die ihm in der Regel zukommt, die ihm aber nicht wesentlich ist, so daß sie von den Parteien ausgeschlossen werden kann. Für eine entgegengesetzte Auffassung findet sich weder im Gesetze noch in dessen Materialien zureichender Anhalt. Die bei

Düringer und Hachenburg a. a. O. S. 109 bezogenen Motive (Bd. 2 S. 318) besagen ausdrücklich: „Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als *naturale negotii* verneint erscheinen“, und von den genannten Schriftstellern selbst wird die Verpflichtung zur Abnahme an einer anderen Stelle — Bd. 1 S. 50 II. 1 — gelegentlich als *naturale negotii* bezeichnet; es ist auch schlechthin unerfindlich, aus welchem Grunde der Gesetzgeber zu einer derartigen Überspannung des Erfordernisses der Abnahmeverpflichtung gelangt sein sollte, daß einem Vertrage die Eigenschaft als Kaufvertrag entzogen sei, wenn er z. B. das Gebot enthält, dem Verkäufer stehe bei Verweigerung der Abnahme — unbeschadet seines Rechtes auf Zahlung des Kaufpreises mit den damit verknüpften weiteren Rechten — nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus §§ 383 ff. B.G.B., § 373 H.G.B. zu. Damit ist zugleich das dem Wortlaute des § 433 Abs. 2 — „der Käufer ist verpflichtet, . . . den Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen“ — entnommene Argument entkräftet, die erwähnten Schuldnerleistungen des Käufers seien dort koordiniert nebeneinander aufgezählt und ständen sich deshalb auch qualitativ gleich. Weiterhin kann darüber wohl kein Zweifel bestehen, daß die Anerkennung der Verpflichtung zur Abnahme als einer in der Regel dem Kaufe zukommenden Wirkung an sich noch nicht den Schluß rechtfertigt, die damit aufgestellte Leistung des Käufers sei die Hauptleistung oder ein Teil der Hauptleistung. Die weiteren Ausführungen der genannten Schriftsteller, daß Billigkeit und das Verkehrsbedürfnis bei dem Abnahmeverzug des Käufers die Anwendung des § 326 Abs. 1 schlechthin verlangen, sind gleichfalls nicht überzeugend. Betrifft z. B. ein Meinungsstreit der Vertragsschließenden lediglich die Zeit, wann abzunehmen sei — am 1. September, oder am 1. November —, so würde, wenn festgestellt wird, es sei am 1. September abzunehmen gewesen, die mechanische Anwendung des § 326 Abs. 1 lediglich wegen eines Abnahmeverzuges am 1. September in den weitaus meisten Fällen zu Härten und Unbilligkeiten führen, die weder berechtigten Verkehrsanschauungen noch berechtigten Verkehrsbedürfnissen entsprechen. In der Literatur werden als Vorzüge einer solchen mechanischen Anwendung des § 326 Abs. 1 auf alle Fälle eines Abnahmeverzuges hervorgehoben, es werde dadurch eine klare Rechtslage geschaffen, der Verkäufer könne ohne weiteres bei steigender

Konjunktur vom Vertrag zurücktreten, bei sinkender Konjunktur die Differenz als Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen und sei von den als lästig empfundenen Formalitäten des Selbsthilfeverkaufs befreit. Diese Vorzüge werden durch die Bedenken aufgewogen, die unverkennbar darin liegen, daß an den Verzug mit einer in Wirklichkeit vielfach nebensächlichen und als solcher auch aufgefaßten Leistung, wie das in der Regel die Abnahme der gekauften Sache ist, ohne innere Berechtigung die weittragenden Wirkungen des § 326 Abs. 1 schlechthin geknüpft sein sollen.

Allerdings wird sich in manchen Fällen unmittelbar aus der Natur und dem Gegenstande des Geschäfts, so im Großhandel bei Lieferung von Massenprodukten und Massenartikeln, oder aus besonderen Bestimmungen des Vertrages, so bei Verkäufen ab Schiff u. dgl., ergeben, daß die Abnahmeverpflichtung des Käufers ein Teil der ihm obliegenden Hauptleistung sei; in Fällen dieser Art steht der Anwendung des § 326 Abs. 1 bei Verzug des Käufers in Erfüllung der Abnahmeverpflichtung kein Bedenken entgegen. Indessen reichen die Erwägungen, aus denen der Berufungsrichter für den gegebenen Fall abgeleitet hat, daß auch hier die Abnahmeverpflichtung ein Teil der Hauptleistung sei, für eine solche Annahme nicht zu, da sie weder durch die Natur und den Gegenstand des Geschäfts, noch durch eine besondere Bestimmung desselben gerechtfertigt sind.

Danach wäre an sich die Begründung des Berufungsurteils nicht geeignet, die Anwendung des § 326 Abs. 1 B.G.B. zu rechtfertigen. Indessen reicht das festgestellte Sachverhältnis zu, um auf anderem Wege zur Anwendung dieser Gesetzesbestimmung zu gelangen. Der Beklagte hatte in dem gegebenen Falle nicht bloß die Abnahme unterlassen und sich ernstlich geweigert abzunehmen, was die Folge gehabt hätte, daß dem Verkäufer Mahnung und Fristsetzung erspart blieben, wie solche zur Herbeiführung des Gläubiger- und Schuldnerverzuges erforderlich sind; er hatte sich vielmehr in der ernstlich festgehaltenen und auch im Rechtsstreite verwerteten Erklärung vom 15. Februar 1901, „er annulliere den Vertrag“, von dem ganzen Geschäfte losgesagt. Schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs neigte sich die Praxis dahin, Erklärungen, in denen sich der Käufer von dem Vertrage los sagte, wie z. B. „der Vertrag sei nicht zustande gekommen“, „man trete vom Vertrag zurück“, „man

annulliere den Vertrag“, dem in Art. 354 H.G.B. a. F. geforderten Zahlungsverzuge gleichzustellen, und die Geschäftswelt scheint daran festzuhalten. In der Tat läßt eine derartige Erklärung jedem vernünftigen Menschen es als zwecklos erscheinen, daß der Verkäufer, um Schuldnerverzug herbeizuführen, die Ware erst noch liefern müsse; mit solchen Erklärungen verzichtet der Käufer auf die Rechte aus § 320 Abs. 1 B.G.B., auf Mahnung und Fristsetzung.

Vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 27. Mai 1902, Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 51 S. 347.

Der Verkäufer darf also als sicher annehmen, daß der Käufer nicht zahlen werde, selbst wenn ihm geliefert würde. Schwierigkeiten macht nur der Fall, daß der Verkäufer vorzuleisten hat. Es entsteht die Frage, ob in solchen Fällen, wenn der Käufer vor jeder Lieferung oder doch vor Lieferung der ausstehenden Leistungen die Annullierungserklärung abgibt, der Verkäufer ihn sofort so behandeln kann, wie es § 326 Abs. 1 B.G.B. nach erfolgter Mahnung, Fristsetzung und Androhung gestattet. Die gleiche Frage ergibt sich übrigens auch bei Zug-um-Zug-Geschäften, wenn der Käufer schon vor dem Lieferungstermine die Annullierungserklärung abgibt. Der Senat hat sich in einem Urteil vom 6. März 1903 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 54 S. 98) bereits dahin ausgesprochen, daß bei gegenseitigen Verträgen auch wegen positiver Vertragsverletzungen des einen Teils, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, der andere Teil unter entsprechender Anwendung des § 326 B.G.B. vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Daß gegebene Gesetz steht der Annahme nicht entgegen, daß in einem unberechtigten und vertragswidrigen Sichloslagen vom Vertrage der oben bezeichneten Art eine solche positive Vertragsverletzung liege, und daß eine folgerichtige Anwendung des in dem Urteil vom 6. März 1903 gefundenen rechtlichen Grundsatzes zu dem Ergebnisse führt, der Verkäufer sei in Fällen dieser Art schon auf Grundlage der unberechtigten und vertragswidrigen Annullierungserklärung berechtigt, in entsprechender Anwendung des § 326 vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, und es stehe dem Käufer, nachdem der Verkäufer davon Gebrauch gemacht hatte, nicht mehr frei, seine Annullierungserklärung zurückzunehmen und sich zur Vertragserfüllung bereit zu erklären. Insoweit treffen für Fälle

dieser Art die Ausführungen in dem Urteil des Senats vom 11. Juli 1902 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 52 S. 150 flg., hier S. 152) nicht zu, wonach dem Käufer offen bliebe, durch Erfüllung während der noch laufenden Lieferzeit den Schadensersatz wegen Nichterfüllung abzuwenden. Im übrigen hat allerdings auch für Fälle dieser Art die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auf der Grundlage der Lieferungsbestimmungen des Kaufvertrages zu erfolgen. Auf dieser rechtlichen Grundlage wäre der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 dem Grunde nach gerechtfertigt, wenn die Annullierungserklärung des Beklagten vom 15. Februar 1901 unberechtigt und vertragswidrig war. Das würde allerdings nicht zutreffen, wenn der Beklagte, wie er geltend macht, mit jener Erklärung berechtigterweise auf Grund des § 326 B.G.B. vom Vertrage zurückgetreten ist.

3. Der Beklagte hatte schon vor dem 15. Februar 1901 wiederholt die seit dem Spätsommer 1900 gelieferten Garne als mangelhaft bezeichnet und mehrfach angedroht, daß er wegen andauernder vertragswidriger Lieferungen den Rest des Vertrages annulliere. Mit dieser Androhung hatte er in den Briefen vom 18. und 22. Dezember 1900 die Lieferung eines „Probeküllens“ verlangt, und als dieser sogenannte Probeküllens wiederum angeblich wegen Mängel vertragswidrig war, hat er sodann in dem Briefe vom 15. Februar 1901 die „Annullierung“ erklärt. Der Berufungsrichter führt unter Bezugnahme auf die Abhandlung von Dernburg — Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 1 bis 5 — aus, ein solcher Rücktritt von jeder ferneren Lieferung habe dem Beklagten nicht zugestanden, er wäre lediglich in der Lage gewesen, wegen der einzelnen gemachten Lieferungen Minderung oder Wandelung zu verlangen und nur im Falle eines Lieferungsverzuges nach § 326 B.G.B. vom Vertrag zurückzutreten. So habe er jede einzelne Lieferung „genommen“ und bezahlt, dann aber „plötzlich“ die fernere Abnahme überhaupt verweigert.

Diese von der Revisionsbegründung angefochtenen Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Der Senat ist bereits bei Begründung des oben bezogenen Urteils vom 6. März 1903 den vom Berufungsrichter angerufenen Ausführungen von Dernburg, soweit sie die hier streitige Frage betreffen, entgegengetreten. Damals wurde

dargelegt, in § 326 sei der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für schuldhafte oder aus anderem Grunde zu vertretende Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in der besonderen Anwendung auf den Verzug zu finden (gleiches gilt entsprechend auch von § 325), und daraus abgeleitet, es seien im 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. Alle Voraussetzungen für Anwendung des auf diesem Wege gefundenen rechtlichen Grundsatzes sind gegeben, wenn bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte in einer Weise andauernd mangelhaft geliefert wurde, welche die Annahme rechtfertigt, es sei nicht zu erwarten, daß künftig anders geliefert werde, und danach durch einen vom Verkäufer zu vertretenden Umstand die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Der Senat trägt daher kein Bedenken, für Fälle dieser Art unter entsprechender Anwendung des § 326 zuzulassen, daß der Käufer vom Vertrage für die noch ausstehenden Lieferungen zurücktrete. In den Fällen andauernd fehlerhafter Leistungen beim Sukzessivlieferungsgeschäfte wird gerade das Hauptanwendungsgebiet des in dem Urteil vom 6. März 1903 gefundenen rechtlichen Grundsatzes liegen. Übrigens hat der Senat die gleichen rechtlichen Grundsätze bereits in einem Urteil vom 14. Mai 1901, Rep. II. 67/01, ausgesprochen; dort ist ferner ausgeführt, eine solche Auflösung des Vertragsverhältnisses sei dadurch nicht ausgeschlossen, daß die einzelne Lieferung „genommen und bezahlt sei“, sofern nur der Mangel rechtzeitig gerügt wurde, und in dem Nehmen und Bezahlen nach Lage des Einzelfalles keine Genehmigung der Lieferung als fehlerlos zu finden sei; es stehe auch einer solchen Annahme nicht das Urteil des Senats vom 16. März 1880 (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 1 S. 82) entgegen. Das Urteil vom 14. Mai 1901 betraf allerdings den Fall der Auflösung eines Bierabnahmevertrages wegen andauernder Lieferung schlechten Bieres auf Grund des Satzes 1184 des Badischen Landrechtes, der gleich dem Art. 1184 Code civil bei Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages dem anderen Teil die dem richterlichen Ermessen unterstellte Auflösung durch Urteil einräumt. Die rechtlichen Grundgedanken sind indessen die gleichen; die von dem Verkäufer zu vertretende Nicht-

erfüllung wegen andauernder Lieferung mangelhafter Ware rechtfertigte dort die Anwendung des Landrechtsfußes 1184 — Art. 1184 Code civil —, hier die entsprechende Anwendung des im Grundgedanken dem Art. 1184 Code civil ähnlichen § 326. Danach verlegt der Berufungsrichter das Gesetz mit seiner Annahme, daß dem Beklagten nach Sachlage nur die Rechtsbehelfe der Minderung und Wandelung bezüglich der gemachten Lieferungen zugestanden hätten.“ . . .