

83. Muß der Verkäufer dem im Verzug befindlichen Käufer sofort nach Eintritt des Verzugs die Nachfrist mit der Androhung setzen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne? § 326 Abs. 1 B.G.B. Zeitpunkt der Schadensberechnung beim Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

II. Zivilsenat. Ur. v. 4. April 1904 i. S. Th. B. (Bekl.) w. J. & G. (Kl.). Rep. II. 336/04.

- I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelsachen.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Klägerin hat der Beklagten 10500 Tonnen prima gewaschenen westfälischen Schmelzloks im Jahre 1900 verkauft. Der Schmelzloks war in der Schiffsfahrtsperiode 1901 abzunehmen. Die Beklagte nahm 5797 $\frac{1}{2}$  Tonnen Koks nicht ab. Mit Brief vom 17. Oktober 1901 drängte Klägerin letztmals auf Abruf und forderte mit Brief vom 25. Januar 1902 Zahlung des Preises unter Setzung einer Frist von 8 Tagen und mit der Androhung, daß sie nach Ablauf dieser Frist die Erfüllung ablehnen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend machen werde. Dieser Ankündigung entsprechend, erhob Klägerin Klage auf Zahlung von 51756,12  $\mathcal{M}$  nebst 5 Prozent Zinsen vom 22. Februar 1902. Diese Klagesumme sollte den Unterschied darstellen zwischen dem Vertragspreis und dem billigeren Ein-

Zwang ist, der sich hinterher als ungerechtfertigt erweist, und über die damit vom Gesetze gezogene Schranke würde man sich hinwegsetzen, wenn man es für den Schadensersatzanspruch eines Beklagten schon genügen lassen wollte, daß er sich einstweilen, ohne durch ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil dazu genötigt zu sein, dem Klagebegehren fügt. Das landgerichtliche Urteil, welches im Vorprozeß der Beklagte gegen die Klägerin erstritten hatte, war nicht vorläufig vollstreckbar, und demnach kann die Entscheidung des gegenwärtigen Prozesses nur dahin gehen, daß der erhobene Anspruch hinfällig ist.“

kaufspreis, um welchen Klägerin den Koks während der Nachfrist vom Koksyndikat an der Hand hatte.

Das Landgericht sprach der Klägerin, unter Abweisung der Mehrforderung, den Betrag von 45 957,62 *M* zu, als den Unterschied zwischen dem von der Klägerin bei dem Koksyndikat aufzuwendenden Einkaufspreis auf das Ende der Nachfrist und dem Vertragspreis. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück. Auch die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

„Die Beklagte ist, wie die Revision mit dem Berufungsgericht annimmt, im Oktober 1901 in Erfüllungsverzug mit dem Restquantum von 5797 $\frac{1}{2}$  Tonnen Schmelzkoks geraten, und es steht der Klägerin entsprechend ihrer getroffenen Wahl Schadenserfaz wegen Nichterfüllung auf Grund des § 326 Abs. 1 B.G.B. zu. Der Berufungsrichter bewilligt der Klägerin mit dem Landgericht als Schadenserfaz wegen Nichterfüllung den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem billigeren Einkaufspreis, um welchen sich die Klägerin die 5797 $\frac{1}{2}$  Tonnen auf das Ende der Nachfrist bei dem Syndikat gesichert hatte, weil die Klägerin diesen Unterschied verdient haben würde, wenn die Beklagte auf das Ende der Nachfrist den Koks abgenommen hätte.

Gegen diese Art der Schadensberechnung läßt sich nichts erinnern; sie ist dieselbe, wie sie die frühere Rechtsprechung,

Entsch. des R.D.S.G.'s Bb. 11 S. 181; Entsch. des R.O.'s in Zivilf. Bb. 6 S. 59,

für den Fall des Verzugs der Verkäufers in Anwendung gebracht hatte. Unter der Herrschaft des § 326 B.G.B. ist die Beschränkung der Art. 354. 343 A.D.S.G.B. weggefallen, wonach der Verkäufer gegenüber dem säumigen Käufer den Schadensanspruch nur in den Formen des Selbsthilfeverkaufs des Art. 343 geltend machen konnte. Abgesehen von dem hier nicht zutreffenden Falle des Fixgeschäfts (§ 376 B.G.B.), gestattet das neue Recht dem vertragstreuen Teil jede Art der Schadensberechnung. Insbesondere weist schon die Denkschrift S. 218/19 darauf hin, daß der Verkäufer als abstrakten Schaden den Unterschied zwischen dem Selbstkostenpreis und dem Vertragspreis von seinem säumigen Gegner als Schadenserfaz wegen Nichterfüllung beanspruchen könne. Als Zeitpunkt darf der Verkäufer

den Marktpreis zur Zeit des Ablaufs der Nachfrist des § 326 Abs. 1 B.G.B. zugrunde legen, weil er in dem hier zu entscheidenden Fall in der in § 326 Abs. 1 B.G.B. vorgeschriebenen Form die Fristbestimmung vorgenommen hat.

Die Revision erkennt diese Grundsätze auch als richtig an; sie wendet nur ein, der Berufungsrichter habe die Klage deshalb zurückweisen müssen, weil die Klägerin sofort nach Eintritt des Verzugs im Oktober 1901 den Schluß der Schifffahrtsperiode hätte setzen sollen. Dieser Angriff ist nicht gerechtfertigt; der Berufungsrichter geht bei seiner Beurteilung davon aus, daß der Verkäufer nach Eintritt des Verzugs des Käufers jederzeit zur Abgabe der in § 326 Abs. 1 B.G.B. vorgesehenen Erklärung berechtigt sei, und damit nur nicht so lange zuwarten dürfe, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben, also ein illoyales Verhalten, zu erblicken sei. Von diesem Gesichtspunkte aus prüft der Berufungsrichter auch die Sachlage und er gelangt zu dem Ergebnis, daß der Verkäuferin kein ungebührlich langes Warten vorgeworfen werden könne; die Abnahme des Koks sei im Einverständnis der Beklagten auf das Jahr 1901 verlegt worden; die Klägerin habe es nicht an Mahnungen fehlen lassen bis in den Oktober 1901 hinein, auf welche Zeit Beklagte den Schifffahrtsschluß gelegt wissen wolle. Den zwischen den Streitparteien getätigten Abschlüssen gibt der Berufungsrichter die Auslegung, daß die Beklagte nach Eintritt ihres Verzugs sich zur Abnahme habe bereit erklären können, und daß Klägerin sich alsdann habe entschließen müssen, ob sie nachträgliche Abnahme verlangen, oder darauf verzichten wolle. Hieraus entnimmt der Berufungsrichter, daß die Beklagte jederzeit in der Lage gewesen sei, ihren Vertragspflichten zu genügen.

In diesen Erwägungen des Berufungsrichters ist kein Rechtsirrtum enthalten; auch seine Folgerungen sind schlüssig.

Hieraus ergibt sich die Zurückweisung der Revision.“