

### 5. Umfang der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei teilweiser Nichterfüllung eines Sulzessivlieferungsvertrages.

II. Zivilsenat. Urt. v. 7. Februar 1908 i. S. N. (Bekl. u. Widerkl.)  
w. D. B. Bergwerks- und Hütten-Aktiengesellschaft (Kl. u. Widerbekl.).  
Rep. II. 450/07.

- I. Landgericht Hagen, Kammer für Handelsachen.  
II. Oberlandesgericht Hamm.

Nach einem im Jahre 1903 abgeschlossenen Lieferungsvertrage hatte die Klägerin im Jahre 1904 der Beklagten zu liefern und die Beklagte abzunehmen nach Wahl der Beklagten monatlich 200 bis 250 Tonnen Flußeisenwalzdraht zum Preise von 115  $\mathcal{M}$  für 1000 Kilogramm franko Waggon Mühlenrahmede, zahlbar am 20. des der Lieferung folgenden Monats in bar abzüglich 1½ Prozent Skonto. In dem Vertrage war ferner bestimmt: „Bei dem vorstehenden Preise ist angenommen, daß der Grundpreis des Walzdrahtverbandes netto 120  $\mathcal{M}$  franko Altona beträgt, und ist bei dem für die Beklagte ermäßigten Preise die Exportvergütung, wie sie der Verband gewährt, einbegriffen. Sollte sich während der Dauer dieses Abkommens der Verbandsgrundpreis erhöhen oder ermäßigen, so hat dementsprechend auch die gleiche Erhöhung oder Ermäßigung des der Klägerin von der Beklagten zuzahlen den Preisess stattzufinden, dergestalt daß immer zwischen dem Verbandsgrundpreise und dem Grundpreise der Klägerin der Unterschied von 5  $\mathcal{M}$  besteht.“ Der Vertrag wurde später auf die Jahre 1905 und 1906 verlängert.

Auf Grund dieses Vertrages hatte die Klägerin der Beklagten im Juli, im August und zu Anfang September 1905 Walzdraht geliefert. Durch die Klage war Zahlung der Beträge von 4170,12  $\mathcal{M}$  aus Juli, 23188,12  $\mathcal{M}$  aus August und 5399,78  $\mathcal{M}$  aus September verlangt. Die Beklagte machte eine Gegenforderung auf Schadensersatz aufrechnend und durch Widerklage geltend.

Im Laufe des Rechtsstreites verglichen sich die Parteien dahin, daß die Klägerin mit dem 2. Januar 1906 die vertraglichen Lieferungen wieder aufnahm, die Beklagte die eingeklagte Forderung unter Abzug von 7600  $\mathcal{M}$  bezahlte und die zurückbehaltenen 7600  $\mathcal{M}$  vom 20. Januar 1906 an mit 5 Prozent verzinst, und wegen des der Beklagten ent-

standenen Schadens der Rechtsstreit anhängig blieb. Darauf beantragte die Klägerin, die Beklagte zur Zahlung von 7600 *M* mit 5 Prozent Zinsen seit dem 20. Januar 1906 zu verurteilen und die Widerklage abzuweisen; die Beklagte stellte dagegen den Antrag, die Klage abzuweisen und die Klägerin zur Zahlung von 400 *M* mit 5 Prozent Zinsen seit dem 15. Februar 1906 zu verurteilen.

Das Landgericht verurteilte nach dem Antrage der Klage und wies die Widerklage ab. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

... „Den Anlaß des Meinungsstreites der Parteien gab ein Rundschreiben des Walzdrahtverbandes vom 8. August 1905. Nach der Auslegung, die von der Beklagten diesem Rundschreiben und seiner tatsächlichen Durchführung von Seiten des Walzdrahtverbandes gegeben wurde, hat dieser seinen Kunden, die dem Verbands deutscher Drahtstiftfabriken angehören, unter näher bestimmten Bedingungen, denen die Beklagte hätte genügen können, den Preis für Stiftdraht, dessen Verarbeitung zu Drahtstiften nachgewiesen werde, für das III. und IV. Quartal 1905 um 7,50 *M* um die Tonne ermäßigt. Daraus leitete die Beklagte ab, daß auch die Klägerin ihr gegenüber zu entsprechender Preisermäßigung verpflichtet sei; denn der Sinn des Vertrages der Parteien sei der, daß die Beklagte das Material unter allen Umständen um 5 *M* für die Tonne billiger beziehen solle, als es ihre Konkurrenz vom Walzdrahtverbande bekomme. Diese ihre Auffassung hatte die Beklagte der Klägerin durch Brief vom 12. August 1905 mitgeteilt und um Ermäßigung der Preise seit 1. Juli 1905 gebeten. Die Klägerin vertrat dagegen im Rechtsstreite folgende Auffassung jenes Rundschreibens: es sei darin die Preisvergünstigung lediglich den bis zum 22. August 1905 dem Verbands deutscher Drahtstiftfabriken neu beitretenden Mitgliedern zugesagt; selbst wenn übrigens der Drahtverband in dem von der Beklagten angegebenen Umfange, das ist für alle Kunden, die dem Verbands deutscher Drahtstiftfabriken angehören, jene Preisermäßigung habe eintreten lassen, so sei dies für den Vertrag der Parteien unerheblich, da der Grundpreis des Walzdrahtverbandes nicht herabgesetzt sei.

Die Beklagte hatte indes durch Schreiben vom 18. August den Preis der Zulieferung unverkürzt der Klägerin angewiesen und darin auf das die Preisermäßigung ablehnende Schreiben der Klägerin vom 16. August lediglich erwidert, sie werde wegen der (von ihr für die Zulieferung aufgestellten) Preisvergütung nähere Erkundigungen einziehen und behalte sich ihren Anspruch darauf vor. Auf ein Schreiben der Beklagten vom 30. August, in dem sie um unverzügliche Aufnahme der Lieferungen des für September bestellten Walzdrahtes bat, hatte die Klägerin mit Schreiben vom 1. September erwidert, sie habe am 31. August den Versand von ca. 20 Tonnen aufgenommen und weitere Sendungen werde sie prompt nachfolgen lassen. Die Klägerin lieferte indes nur zu Anfang September 50 Tonnen und ließ dann keine weiteren Sendungen nachfolgen; sie ließ die Beklagte auch ohne jede Nachricht. Erst als die Beklagte durch Briefe und Telegramme vom 14. und 15. September dringlich auf Lieferung mahnte, erwiderte die Klägerin der Beklagten durch Telegramm und Brief kategorisch, sie werde den Versand erst aufnehmen, nachdem die Beklagte ihr Einverständnis damit erklärt habe, daß für ihre Sendung der vertraglich festgesetzte Walzdrahtpreis ohne Preisvergütung in Anrechnung komme. Daran hielt die Klägerin auch in der Folge fest. Am Schlusse eines Schreibens vom 18. September fügte sie bei, es bleibe der Beklagten unbenommen, mit Vorbehalt zu zahlen. Durch Schreiben vom 18. September richtete die Beklagte, die inzwischen infolge der ausgebliebenen Lieferungen der Klägerin ihren Betrieb zum Teil hatte einstellen müssen, an die Klägerin eine Aufforderung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 B.G.B., in der die Frist bis zum 25. September bestimmt war; sie hielt ferner die am 20. September fälligen Zahlungen für die Juli- und Augustlieferungen mit 4170,12 *M* und 23188,12 *M* zurück. Nachdem auf Grund des Vergleiches im Prozesse der Vertrag für die Zeit vom 1. Januar 1906 wieder aufgenommen worden war, verlangte die Beklagte als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 für die Zwischenzeit 8000 *M*. In Höhe von 7600 *M* rechnete sie damit auf; die weiteren 400 *M* verlangte sie mit der Widerklage.

Das Berufungsgericht, das mit dem ersten Richter diese Forderung der Beklagten als nicht begründet erachtet, läßt die Frage, welche Partei in dem den Anlaß des ganzen Streites bildenden Punkte der

Preisermäßigung Recht gehabt habe, dahingestellt. Es führt aus: Voraussetzung der erwähnten Forderung der Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 sei Lieferungsverzug der Klägerin und zwar ein Lieferungsverzug, der noch am 25. September, als dem letzten Tage der bestimmten Frist, fortbauerte. Zugunsten der Beklagten sei anzunehmen, sie sei nicht am 20. August wegen des angeblichen Restbetrages aus der Zulieferung mit 4170,72 *M* in Zahlungsverzug gekommen. Selbst wenn die Beklagte ferner in der Frage der Preisermäßigung Unrecht gehabt hätte, so habe ihr Verhalten ihr nichts Schaden und insbesondere nicht die Nichtlieferung der Klägerin im September rechtfertigen können; denn sie habe die Zahlung vom 20. August ohne Preisabzug gemacht und sich in dem Briefe vom 18. August nur weitere Erkundigungen, sowie ihre etwaigen Rechte auf Rückvergütung vorbehalten. Weiter sei die Auffassung der Klägerin nicht gerechtfertigt, sie habe mit der Lieferung der rechtzeitig abgerufenen und spezifizierten Monatsmenge von 200 bis 250 Tonnen Walzdraht nach ihrem Belieben bis zu Ende des Monats warten können; vielmehr sei der Vertrag der Parteien dahin auszulegen, daß auch die Monatslieferungen sukzessive erfolgen sollten. Danach sei die Klägerin, die zu Anfang September nur 50 Tonnen geliefert hatte, auf Telegramm und Brief der Beklagten vom 14. September zur Weiterlieferung verpflichtet gewesen und dadurch nach § 284 Abs. 1 B.G.B. in Lieferungsverzug gekommen. Ihr Schuldnerverzug habe damals etwa 100 Tonnen umfaßt. Die Aufforderung und Fristsetzung zur Lieferung unter Androhung der Folgen des § 326 Abs. 1 Satz 2 durch das Schreiben der Beklagten vom 18. September seien zur Zeit ihres Zuganges bei der Klägerin jedenfalls gerechtfertigt gewesen. Innerhalb der von der Beklagten bis zum 25. September gesetzten Frist seien indes am 20. September die Beträge von 4170,12 und 23188,12 *M* von der Beklagten zu zahlen gewesen. Mit diesen Zahlungen sei die Beklagte ohne Mahnung, da sie an einem bestimmten Kalendertage zu zahlen waren, nach § 284 Abs. 2 Satz 1 B.G.B. in Schuldnerverzug gekommen. Einen fälligen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 habe die Beklagte am 20. September noch nicht gehabt, da die zur Erfüllung gestellte Nachfrist noch lief. Wegen dieses zukünftigen Schadensersatzanspruches habe ihr daher ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 B.G.B., das

eine bereits fällige Forderung verlange, nicht zugestanden. Nur wegen des Högerungsschadens habe die Beklagte einen fälligen Anspruch gehabt. Dieser Schade könne bis zum 20. September infolge der teilweisen Einstellung des Fabrikbetriebes an Verlust für Arbeitslöhne an die feiernden Arbeiter etwa 2000 *M.*, an entgangenem Geschäftsgewinn einige tausend Mark betragen haben. Mit rund 20 000 *M.* wäre sonach die Beklagte am 20. September im Verzuge gewesen, und dieser Schuldnerverzug habe die Klägerin, die durch Schreiben vom 25. September diesen Grund der Beklagten überdies mitteilte, aus § 273 B.G.B. berechtigt, ihre Lieferungen zurückzuhalten.

Eine ernstliche Weigerung der Erfüllung des Vertrages, welche die Beklagte berechtigt hätte, ohne Aufforderung und Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen, sei in dem Verhalten der Klägerin nicht zu finden, selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstelle, daß die Klägerin zu der Preisermäßigung von 7,50 *M.* für die Tonne im III. und IV. Quartale verpflichtet gewesen wäre. Die Klägerin habe der Beklagten in dem Briefe vom 18. September anheimgestellt, die Zahlungen unter Vorbehalt zu machen, wozu die Beklagte nach dem Schreiben vom 18. August ja auch anscheinend bereit gewesen sei. Die Beklagte habe überdies selbst in dem Schreiben der Klägerin keine endgültige Vertragsweigerung erblickt; denn sie habe nach § 326 Abs. 1 Satz 1 unter Fristbestimmung zur Lieferung aufgefordert, was bei einer endgültigen Weigerung der Erfüllung überflüssig gewesen wäre. Sei aber der Lieferungsverzug der Klägerin vor Ablauf der bis zum 25. September bestimmten Frist weggefallen, so sei auch der allein aus § 326 Abs. 1 Satz 2 abgeleitete Schadensersatz wegen Nichterfüllung ungerechtfertigt.

Der Revision konnte der Erfolg nicht versagt werden. Das Berufungsgericht hat rechtlich einwandfrei angenommen, daß die Klägerin seit dem 14. September im Lieferungsverzuge war, und auch seinen weiteren Ausführungen ist beizutreten, daß, soweit es zur Begründung des Anspruches auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 Abs. 1 Satz 2 der Aufforderung und Fristbestimmung nach Satz 1 bedurfte, dieser Lieferungsverzug bis zum Ende der auf den 25. September bestimmten Frist fort dauern mußte. Wäre daher in diesem Falle der zur Zeit der Aufforderung und Fristbestimmung vorhandene Lieferungsverzug der Klägerin während

des Laufes der bestimmten Frist dadurch weggefallen, daß die Klägerin seit dem 20. September das Verlangen der Beklagten auf Lieferung mit einer Einrede aus der Nichtzahlung der auf jenen Tag fällig gewordenen Beträge zurückweisen konnte, so würde damit der Anspruch der Beklagten aus § 326 Abs. 1 Satz 2 der nötigen Grundlage entbehren. Das Berufungsgericht meint sogar, die Beklagte wäre an sich mit der auf Grund des Vertragsgebüdes, daß die Lieferungen am 20. des der Lieferung folgenden Monats zu bezahlen seien, am 20. September fälligen Zahlungen ohne Mahnung nach § 284 Abs. 2 Satz 1 in Schuldnerverzug gekommen. Das letztere ist nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senates (vgl. Entsch. Bb. 60 S. 84 und Urteil vom 5. April 1907, Rep. II. 392/06) nicht richtig, im gegebenen Falle indes ohne Bedeutung; denn nicht darauf kommt es an, ob die Beklagte in Schuldnerverzug gekommen war, sondern ob die Klägerin seit dem 20. September das Lieferungsverlangen der Beklagten mit einer Einrede zurückweisen konnte.

Im weiteren war der Abschluß der Parteien für 1905 und 1906 ein einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag. Die Nichterfüllung oder die auf andere Weise geschehene Vertragsverletzung des einen Teiles bezüglich der noch ausstehenden Raten gab daher dem anderen Vertragsteile auch gegenüber seinen Verpflichtungen aus den von dem ersteren bereits geleisteten Raten die Einrede des § 320 B.G.B., nicht etwa bloß eine Einrede aus § 273 B.G.B. Der erkennende Senat hat zwar in seinem Urteile vom 20. Juni 1905 (Entsch. Bb. 61 S. 128) nur § 273 B.G.B. angezogen. In einem späteren Urteile vom 9. Juli 1907, Rep. II. 102/07, hat er die rechtliche Auffassung vertreten, daß in solchen Fällen § 320 B.G.B. anzuwenden sei; an dieser Ansicht hält er fest. Indes auch für § 320 gilt der allgemeine Grundsatz, daß nicht die Vertragsverletzung des einen Vertragsteiles — sie möge noch so unbedeutend sein — den anderen Vertragsteil schlechthin berechtigt, seine weit größeren fälligen Leistungen auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages zurückzuhalten, daß vielmehr nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf Grund der Umstände des einzelnen Falles beurteilt werden muß, in welchem Umfange aus einer Vertragsverletzung jene Einrede aus § 320 gegeben ist. Danach ist für die Frage, ob die Beklagte in bezug auf die fälligen Kaufpreise vom 20. September eine begründete Einrede

aus § 320 hatte und folgeweise der Klägerin aus deren Nichtzahlung keine Einrede gegen das Lieferungsverlangen der Beklagten zustand, entscheidend die Schwere und Tragweite der am 20. September der Klägerin zur Last fallenden Vertragsverletzung.

Am 20. September war die Klägerin nicht bloß im Schuldnerverzuge mit einem Teile ihrer Septembervlieferung, sie hatte auch der Beklagten mehrmals ernstlich und unzweideutig erklärt, sie werde der Beklagten überhaupt nicht weiter liefern, wenn sich die Beklagte nicht mit ihrem Preise einverstanden erkläre, wonach der Beklagten eine Preisrückvergütung nicht zustehe, und am Schlusse des Schreibens vom 18. September der Beklagten nur offen gelassen, die von der Klägerin gesetzten Preise mit Vorbehalt zu zahlen. Ist aber der Vertrag der Parteien, was das Berufungsgericht dahingestellt läßt, und was darum für die Revisionsinstanz zugunsten der Beklagten unterstellt werden muß, dahin auszulegen, daß die Klägerin die Preisermäßigung zu gewähren hatte, so hatte die Klägerin dadurch ihre künftige Erfüllung des Vertrages in unberechtigter, von der Beklagten nicht mit Unrecht als ungerechtfertigter Zwang bezeichneten Weise von dem Verlangen abhängig gemacht, daß die Beklagte mit dem unverkürzten Preise einverstanden sei oder sich doch verpflichte, jenen unverkürzten Preis, wenn auch mit Vorbehalt, zu zahlen. Das erwähnte Verhalten der Klägerin enthielt auch bei dieser Sachlage, sofern die Klägerin vertragsgemäß die Preisermäßigung zu gewähren hatte, eine so schwere, den ganzen Geschäftsbetrieb der Beklagten gefährdende Vertragswidrigkeit, daß sie nach § 320 die Beklagte zum Zurückhalten der ganzen am 20. September fälligen Kaufpreisschuld berechtigte. Denn die Beklagte hatte nicht nötig, sich die Zahlung des unverkürzten Preises mit Vorbehalt aufzwingen zu lassen. Wenn sie einmal den unverkürzten Preis mit Vorbehalt laut ihres Schreibens vom 18. August gezahlt hat, kann daraus gegen sie nicht abgeleitet werden, daß sie ungeachtet des fortgesetzten schroffen Verhaltens der Klägerin nach Treu und Glauben es wieder tun sollte oder sogar tun mußte.

Nach dem Gesagten hätte der Lieferungsverzug der Klägerin auch nach dem 20. September fortgedauert, und es wäre der von der Beklagten beanspruchte Schadensersatz wegen Nichterfüllung dem Grunde nach gerechtfertigt, wenn die von der Beklagten vertretene

Auslegung des Vertrages richtig ist. Darüber hat das Berufungsgericht nicht entschieden; die Entscheidung über diesen Meinungsstreit sowie über die Höhe des Schadensanspruches fällt überwiegend in das Gebiet der Tatsachenwürdigung; sie ist dem Revisionsgerichte zunächst entzogen. Darum war das Berufungsurteil aufzuheben, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuberweisen.“ . . .