

84. Ist § 326 BGB. anwendbar, wenn der Verkäufer auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung klagt und dem Käufer, der einwendet, daß die Ware zu früh angeboten worden sei, nun die Ware während des Schwehens des Rechtsstreits rechtzeitig anbietet und von ihm Erfüllung verlangt?

II. Zivilsenat. Ur. v. 28. Februar 1911 i. S. A. A. (Kl.) w. v. D. S. (Bekl.). Rep. II 195/10.

- I. Landgericht Krefeld, Kammer für Handelsachen.
- II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Laut Schlussscheines vom 5. August 1907 verkaufte die Klägerin an die Beklagte ca. 300 Tonnen neue unverrostete Weißblechabfälle handelsüblicher Qualität zu 93 *M* für 1000 kg, sukzessive im Laufe des Jahres 1908 nach Verkäufers Wahl sofort bei Eintreffen in Antwerpen abzunehmen. Am 28. April 1908 forderte die Klägerin die Beklagte zur Erklärung auf, ob sie weitere 41430 kg abzunehmen

bereit sei. Die Beklagte äußerte sich nicht. Die Klägerin, die davon ausging, die Beklagte verweigere überhaupt die fernere Erfüllung, erhob gegen die Beklagte Klage auf Zahlung von 985,78 *M* nebst Zinsen als Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Klagesumme wurde, als die Beklagte nachträglich 24573 kg abnahm, auf 199,40 *M* ermäßigt.

Mit einer zweiten Klage beantragte die Klägerin Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 9689,35 *M* nebst Zinsen. Dieser Anspruch wurde als Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung damit begründet, daß die Beklagte den Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem Erlöse weiterer 186529 kg zahlen müsse, die die Klägerin in der Zeit vom 3. August bis zum 9. November 1908 in Hamburg hatte öffentlich versteigern lassen, nachdem sie der Beklagten im Juli und August 1908 weitere Lieferungen vergeblich angeboten hatte. Die Klägerin ging auch bei dieser Klage davon aus, daß die Beklagte die Erfüllung überhaupt ernstlich und bestimmt verweigert habe. Beide Klagen wurden vom Landgerichte zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Die Beklagte bestritt die Ansprüche nach Grund und Betrag. Sie behauptete zunächst, daß sie 304507 kg als abgenommen ansehen dürfe, und stützte dies darauf, daß unstreitig als auf den Vertrag geliefert anzusehen waren 115800 kg, daß die Klägerin aber im Februar und März 1908 188437 kg angeboten habe. Diese 188437 kg hatte die Beklagte nicht abgenommen; sie wollte dieses Gewicht aber doch so angesehen wissen, wie wenn sie abgenommen hätte. Die Klägerin hatte nämlich wegen der Weigerung der Beklagten in einem Vorprozesse auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 8135 *M* nebst Zinsen geklagt; diese Klage wurde durch Urteil des Landgerichts vom 30. April 1908 abgewiesen. Das Landgericht trat der Ansicht der Beklagten bei, daß die Lieferungen in annähernd gleichmäßigen Raten und Zeiten auf das ganze Jahr 1908 verteilt werden mußten und daß danach die Beklagte für das erste Vierteljahr bereits genug abgenommen habe, daher durch Ablehnung der verfrüht angebotenen 188437 kg nicht in Verzug geraten sei. Die Klägerin wurde der Berufung gegen dieses Urteil vom 10. Dezember 1908 für verlustig erklärt. Die Beklagte meinte nun, infolge dieser rechtskräftig

gewordenen Abweisung der Klägerin seien die 188437 kg so zu behandeln, wie wenn dieser Teil aus der Gesamtmenge ausscheide. Falls dieser Auffassung nicht beizutreten sei, so seien die 188437 kg doch von der Gesamtmenge von ca. 300 Tons abzuziehen, weil sie durch den Vorprozeß von der Klägerin in den Glauben versetzt worden sei, diese werde Erfüllung nicht mehr verlangen; in diesem Glauben habe sie sich eingedeckt.

Das Landgericht wies die verbundenen Klagen und die Widerklage ab, und das Oberlandesgericht wies die Berufung der Klägerin zurück. Auf deren Revision wurde dieses Urteil aufgehoben, aus folgenden

#### Gründen:

„Der Berufungsrichter läßt dahingestellt, wie der Streit der Parteien über die Zirkalkausel zu entscheiden sein möchte, weil der Anspruch der Klägerin selbst dann unbegründet sei, wenn die Beklagte 315 Tonnen abnehmen mußte. Er führt aus, die Klägerin habe an sich das Recht, Erfüllung des Vertrages vom 5. August 1907 zu verlangen, nicht dadurch verloren, daß sie in dem Vorprozesse Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt hatte; denn das durch Zurücknahme der Berufung rechtskräftig gewordene Urteil des Landgerichts vom 30. April 1908 habe den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung abgewiesen, weil die Beklagte bis zum 1. April 1908 bereits eine genügende Menge abgenommen und daher durch das Abnahmeverlangen weiterer Mengen nicht in Verzug geraten sei. Die Klägerin sei also an sich befugt gewesen, der Beklagten nach dem 1. April 1908 die alsdann fälligen Mengen anzubieten und deren Annahme und Zahlung zu verlangen. Gegen diese Ausführung ist nichts zu erinnern.

Die jetzt erhobene Klage verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil die Beklagte die ihr angeblich am 28. April, 21. und 29. Juli, 12. und 20. August 1908 gehörig angebotenen und fälligen Mengen nicht angenommen und nicht bezahlt habe. . . .

Der Berufungsrichter läßt den Streit darüber, ob die Klägerin gehörig angeboten hat, dahingestellt, weil der Klagenanspruch selbst dann unbegründet sei, wenn das Angebot gehörig erfolgt sein sollte. Er findet nämlich ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten der Klägerin darin, daß sie einerseits im Vorprozesse bis

zum 10. Dezember 1908 Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrte, anderseits aber zugleich von der Beklagten Annahme und Zahlung derselben Ware verlangt habe, deren Nichtabnahme den Gegenstand jenes Prozesses bildete. Bei diesem widerspruchsvollen Verhalten der Klägerin habe die Beklagte mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß sie in jenem Prozesse nach Antrag verurteilt werde. Insolange habe die Beklagte Annahme und Zahlung weigern dürfen. Dies und nicht mehr habe die Beklagte auch in ihren Briefen erklärt; sie habe sich nicht endgültig geweigert, sondern der Klägerin nur das Recht bestritten, ihr vor Erledigung des schwebenden Prozesses irgend etwas anzubieten. Wenn die Klägerin bei dieser Lage vor Zurücknahme ihrer Berufung doch noch Erfüllung verlangte, so habe sie dies getan, um diese Rechtslage zum Nachteil der Beklagten auszunützen und sich selbst einen Vorteil zu sichern.

Diesen Erwägungen, aus denen der Berufungsrichter die Klage abweist, kann nicht beigetreten werden. Den mehrerwähnten Vorprozeß, mit dem sie Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrte, betrieb die Klägerin, weil sie die Meinung vertrat, nach dem Wortlaute des Schlussscheins, nach den seitherigen Gepflogenheiten der Parteien und nach den weiteren Umständen stehe es in ihrer Wahl, den Bezug der ganzen Menge zu verlangen, wann es ihr genehm sei. Als die Beklagte einwendete, daß die Menge auf das Jahr gleichmäßig zu verteilen und danach neue Ware erst wieder nach dem 1. April 1908 von ihr zu beziehen sei, hat sich die Klägerin auf diesen Standpunkt der Beklagten gestellt und ihr nach dem 1. April 1908, also nach dem eigenen Vortrage der Beklagten rechtzeitig, angeboten. Somit ist der Ausgangspunkt der Erwägung des Berufungsrichters nicht zutreffend, daß die Klägerin Annahme und Zahlung derselben Ware verlangt habe, deren Nichtabnahme den Gegenstand des Vorprozesses bildete. Gegenstand jenes Vorprozesses war das vor dem 1. April 1908 stattgehabte und daher als verfrüht zu bezeichnende Angebot. Das Urteil, das diesen Prozeß zu Ungunsten der Klägerin entschieden hat, befaßte sich nur mit diesem Angebote und wies die Schadenersatzklage ab, weil das Angebot verfrüht war, also ein Verzug nicht eintreten konnte. Mit den nach dem 1. April 1908 erfolgten Angeboten befaßt sich jenes Urteil überhaupt nicht; sie waren auch nicht Gegenstand des Streites.

Die Klägerin hat ferner nicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung und zugleich Erfüllung verlangt, sondern sie hat nur verlangt, daß sich die Beklagte, nachdem sie von ihr auf die Erfüllung verwiesen worden war, nun auch dementsprechend verhalte, und wenn sie den Schadenersatz mit der Begründung weigere, daß ihr rechtzeitig angeboten werden müsse, das rechtzeitig Angebotene auch annehme und zahle. Die Klägerin hat der Beklagten somit zur Wahl gestellt, ob sie Schadenersatz leisten, oder erfüllen wolle. Den Schadenersatz hat die Beklagte verweigert; also mußte sie erfüllen. Die rechtzeitige Erfüllung konnte von der Beklagten nicht mit der Begründung verweigert werden, daß die Klägerin zu unrichtiger Zeit Erfüllung und auf Grund dieser unrichtigen Unterlage zu Unrecht Schadenersatz begehrt habe. Aus dem Gesagten erhellt, daß das Begehren der Klägerin nicht als widerspruchsvoll und auch nicht als gegen Treu und Glauben verstößend bezeichnet werden kann. Eine gewisse Ungeßchicklichkeit lag allerdings in dem Verhalten der Klägerin, indem sie nicht gleichzeitig mit den Angeboten, die zum Gegenstande dieses Prozesses gemacht worden sind, die Erklärung abgegeben hat, daß sie auf Schadenersatz nicht mehr beharre. Allein eine solche Ungeßchicklichkeit vermag den Vorwurf eines Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht zu rechtfertigen.

Lassen sich aber die Gründe, aus denen der Berufungsrichter der Beklagten ein Recht, die Erfüllung zu verweigern, zuspricht, nicht aufrecht erhalten, so muß das Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden, damit die übrigen Streitfragen einer Erörterung unterzogen werden.“