

42. Kann der Verkäufer von der Lieferpflicht dadurch frei werden, daß der Marktpreis der gehandelten Ware infolge unvorhersehbarer Ereignisse wie eines Krieges in außerordentlichem Maße gestiegen ist?  
BGB. §§ 275, 279, 242.

II. Zivilsenat. Ur. v. 21. März 1916 i. S. C. & M. (Bekl.) w.  
H. S. (Rl.). Rep. II. 473/15.

I. Landgericht Mainz, Kammer für Handelsfachen.

II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Der Kläger hat am 17. Juli 1914 von der Beklagten 5000 kg  
Lammzinn von zwei bestimmten englischen Marken, zu liefern in fünf  
Raten von je 1000 kg in den Monaten August bis Dezember, zu

---

<sup>1</sup> S. RRG. Bd. 87 S. 419.

Preisen von 301 *M* bis 309 *M* für 100 kg gekauft. Am 8. August fragte er an, ob die ersten 1000 kg greifbar seien, und wie die Beklagte sich wegen des Krieges zur Lieferung der übrigen Mengen stelle. Die Beklagte antwortete, daß sie zur Lieferung der 1000 kg bereit sei, bezüglich der weiteren Mengen aber noch nichts Bestimmtes sagen könne. Sie hat im August und September je 1000 kg geliefert, später aber die drei weiteren Monatsraten verweigert, weil die Preise um die Mitte Oktober wegen Aufhörens der Zufuhr über Holland bis gegen 650 *M* gestiegen seien, und die Leistung hiernach unerföwinglich gewesen sei.

Die Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 9244,95 *M* wurde vom ersten Richter dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beklagten zurück. Auch die Revision blieb ohne Erfolg.

#### Gründe:

„Das Berufungsgericht läßt unentschieden, ob das seit Oktober 1914 eingetretene Steigen der Preise für englisches Zinn die Beschaffung der Ware in dem Maße erschwert hat, daß im Rechtsinne eine Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen ist. Das Berufungsgericht unterstellt dies, verurteilt aber trotzdem die Beklagte, weil sie die Erschwerung durch Verschümnis rechtzeitiger Eindeckung verschuldet und folgeweise zu vertreten habe. Gegen diesen Entscheidungsgrund richtet sich die Revision. Ihre Angriffe können auf sich beruhen bleiben. Auch wenn sie gerechtfertigt sind, kann dies an der Entscheidung nichts ändern; denn die Unterstellung, von der das Berufungsgericht ausgeht, trifft nicht zu. Zur Zeit der Fälligkeit der streitigen Lieferungen war der festgestellte Sachverhalt ein solcher, daß die Beklagte keinesfalls auf Grund der §§ 275, 279, 242 BGB. von der Pflicht zur Leistung frei geworden war.

Nach den von der Beklagten selbst in der Berufungsbegründung gemachten Angaben ist der Preis seit Mitte Oktober von etwa 300 *M* bis auf 645 *M* für 100 kg gestiegen, was auch durch die vom Kläger im November und Dezember mit verschiedenen Verkäufern geschlossenen Deckungskäufe und durch die Angebote, welche die Beklagte selbst ihr gemacht hat, bestätigt wird. Vertragsmäßiges Zinn war also zu solchen Preisen am Markte käuflich; das hat auch die Beklagte nicht bestritten. Bei solcher Sachlage tritt eine Befreiung

des Verkäufers gemäß §§ 275, 279 nicht ein; denn es besteht keine Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung und außerdem auch kein Unvermögen des Schuldners. Diese Entscheidung stimmt mit der ständigen Judikatur des Reichsgerichts und insbesondere mit den Grundsätzen, auf denen das Urteil RGZ. Bd. 57 S. 119 beruht, völlig überein.

Subjektives Unvermögen befreit den Schuldner nicht von der Gattungsschuld, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist. Allerdings ist die Möglichkeit der Leistung aus der Gattung mit Rücksicht auf § 242 nur dann anzunehmen, wenn die Leistung durch Mittel ermöglicht werden kann, mit deren Anwendung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gerechnet werden darf. Dazu stimmt das Schulbeispiel, daß dem Verkäufer von Kupfer in Barren, wenn solche nicht vorhanden sind, nicht entgegengehalten werden darf, er könne kupferne Geräte aufkaufen und einschmelzen. Darauf beruht auch das Urteil im 57. Bande. Damals war eine Ware verkauft, die nur in einer bestimmten Fabrik hergestellt wurde; diese Fabrik war abgebrannt, und es war festgestellt, daß auf dem Markte die Ware mit allen Anstrengungen und Opfern nicht zu haben war. Das Gericht erachtete den Verkäufer gemäß § 279 für frei, weil eine Nachfrage auf allen Märkten des In- und Auslandes nicht von ihm zu verlangen sei. Die Zumutung, daß der Verkäufer bei den Kunden der abgebrannten Fabrik nach Vorräten hätte forschen und solche hätte aufkaufen sollen, hatte schon die Vorinstanz zurückgewiesen. Mit solchen ganz ungewöhnlichen Mitteln zur Anschaffung der Ware rechnet eben der Verkehr nicht.

Für die Frage, ob im Sinne des § 279 die Leistung aus der Gattung möglich ist, kommt es also darauf an, ob die Ware durch Mittel, mit deren Anwendung nach Treu und Glauben zu rechnen ist, beschafft werden kann. Beim Großhandel in Waren ist es aber das Gegebene, daß der Verkäufer die verkaufte Ware, wenn er sie bei Vertragsschluß nicht schon besitzt, am Markte ankauft. Es wird allgemein damit gerechnet, daß der Verkäufer diesen gewöhnlichsten Weg, um sich die Ware zu verschaffen, beschreitet, solange er gangbar ist. Dabei macht eine außerordentliche Höhe des Marktpreises keinen Unterschied, solange ein solcher überhaupt besteht. Das Bestehen eines Marktpreises ergibt, daß eine Mehrheit von Kaufleuten die

Ware zu diesem Preise kauft. Solange dies geschieht, kann nicht die Rede davon sein, daß der Ankauf zu solchem Preise niemand zuzumuten wäre. Ebenfalls ist also auch die Leistung aus der Gattung nicht unmöglich.

Ist die Leistung aus der Gattung noch möglich, so kommt es auf Unvermögen des Verkäufers gemäß § 279 nicht an. Übrigens kann solches Unvermögen durch die Höhe des Marktpreises allein nicht begründet werden, weil der Verkäufer ebensowohl wie andere Kaufleute am Markte kaufen kann.

Allerdings wird mehrfach in der Literatur und auch von den Gerichten ausgeführt, daß, wenn der Marktpreis gewisse Grenzen übersteigt, der Deckungskauf dem Verkäufer billigerweise nicht mehr zugemutet werden könne, daß dann die Lieferung „unerlöschlich“ werde und, ohne Rücksicht auf die Lehre von Unmöglichkeit und Unvermögen, kraft § 242 BGB. nach Treu und Glauben nicht mehr von ihm zu fordern sei. Diese Ansicht ist aber — jedenfalls in der Anwendung auf den Großhandel — zu verwerfen. Die Befreiung des Verkäufers aus solchem Grunde wird durch die Regel von Treu und Glauben nicht gerechtfertigt; sie würde auch in aufgeregten Zeiten die Erhaltung eines geordneten Wirtschaftslebens unmöglich machen.

Im Großhandel, in dem die Ware von Hand zu Hand geht, sind das Interesse des Verkäufers und das des Käufers der Regel nach von gleicher Art und auch von gleichem Betrage. Sie bestehen für jeden von ihnen meistens in dem Unterschiede zwischen Markt- und Vertragspreis. Wenn die Beschaffung der Ware zum Marktpreise dem Verkäufer ein besonders großes Opfer auferlegt, so fällt, wenn nicht geliefert wird, der gleiche Schaden auf den Käufer. Ob er sich bei diesem als entgehender Gewinn darstellt, oder aber, wie sehr häufig der Fall sein wird, mit Rücksicht auf geschene Wiederverkäufe oder auf den Bedarf des eigenen Gewerbebetriebes als positive Einbuße, das hängt von der jedesmaligen Geschäftslage des Käufers ab, die für seine vertraglichen Ansprüche gegen den Verkäufer keinen Unterschied machen kann. Würde durch nicht vorhersehbares, außerordentliches Steigen des Marktpreises der Verkäufer frei, so würde also der durch die Konjunktur verursachte Schaden nur von einer Schulter auf die andere geschoben. Noch dazu würde er dem Käufer, der sich durch Vertrag gesichert hatte, aufgebürdet,

zum Vorteile des Verkäufers, der ihm gegenüber die Gefahr der Konjunktur übernommen, und zwar, soweit sie als möglich vorauszusehen war, wissentlich übernommen hatte. Das kann unmöglich durch die Berufung auf Treu und Glauben gerechtfertigt werden, wie zwei Beispiele darstellen mögen.

Wenn ein Fabrikant einen Rohstoff zur Verwendung in seinem Gewerbe gekauft hatte, so kann sehr leicht der Fall eintreten, daß er, um einen Stillstand seines Betriebes und damit größeren Schaden zu vermeiden, ohne Zögern den Marktpreis bezahlen muß, von dessen Aufwendung der Verkäufer wegen Unerschwinglichkeit befreit ist. Ferner soll nach Bericht juristischer Zeitschriften ein Landgericht einmal erkannt haben, daß das Steigen des Preises einer bestimmten Ware um 100%, die Leistung unerschwinglich mache und den Verkäufer befreie. Gesezt nun, A. hat an B. auf Lieferung nach mehreren Monaten zum Preise von 100 verkauft; B. verkauft inmitten dieser Frist für 150 weiter an C.; bei Fälligkeit ist der Marktpreis 210. Dann wäre nach dem Grundsatz jenes Urteils dem A. die Leistung nicht mehr zuzumuten; er wäre frei. B. aber, der vorsichtig zu 150 weiter verkauft hat, wäre nicht frei; denn das Steigen des Preises von 150 auf 210, also um nur 40%, würde nicht unerschwinglich scheinen. Mag man die Grenze höher als 100% setzen, so bleibt, sobald sie überschritten wird, die Sache die gleiche.

Ebenso willkürlich wie solche Schädigungen des Käufers ist die Bevorzugung des Verkäufers. Allerdings ist der Gedanke, daß die Haftung eines Schuldners ihre Grenze haben muß, sehr wohl zu vertreten. Das gemeine Recht hatte ihn verwirklicht durch die Regel, daß die Interessensforderung wegen Nichterfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten das duplum des Preises nicht überschreiten darf. Aber hiernach hatte der Schuldner in allen Fällen Schadensersatz bis zu der gesetzlichen Grenze zu leisten. Diese Schranke der Haftung ist für Handelsgeschäfte schon im alten Handelsgesetzbuche durch Art. 283 aufgehoben. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie auch für das Zivilrecht überlegterweise nicht aufrechterhalten. Die jetzt vertretene Lehre von der Befreiung des Schuldners wegen Unerschwinglichkeit der Leistung würde für den Handelsverkehr dahinführen, daß, wenn das Interesse an der Leistung besonders groß wird, der Schuldner nicht mehr den geringsten Schadensersatz zu leisten hat.

Das ist ganz besonders im Großhandel mit marktgängigen Waren unannehmbar, weil es bei dem Verkäufer steht, sich zeitig einzudecken, und die Befreiung nur dem waghenden, nicht dem vorsichtigen Verkäufer zugute kommt. Hat der Verkäufer Vorräte eingelagert und kann er ohne besondere Opfer liefern, so befreit das ungeheuerste Steigen der Preise ihn nicht. Ebenso wenig wird er frei, wenn er alsbald nach Ausbruch eines Krieges besonnener und gewissenhafterweise sich mit erheblichem, aber nicht unerfchwinglichem Verlust eingedeckt hat. Wenn er stattdessen die Gefahr des Marktes gelaufen ist, darf er nicht anders behandelt werden. Zwar ist es das Recht des Kaufmanns, Ware zu verkaufen, die er nicht besitzt, und auf das Fallen des Preises zu spekulieren. Er darf diese Spekulation bei ungünstiger Konjunktur fortsetzen, ohne daß darin allein eine Fahrlässigkeit zu finden wäre. Aber er muß auch die Gefahr tragen. Wenn er den Gang der Ereignisse abwartet und die Preise in unvorhersehbarer Weise steigen, so kann nicht er befreit und der Schaden dem Käufer aufgebürdet werden. Das wird nicht durch die Grundsätze von Treu und Glauben gefordert, sondern es wäre ihnen durchaus zuwider.

Nach allem diesem wird der Verkäufer weder kraft der Regeln der §§ 275, 279 noch kraft des § 242 BGB. von der Lieferung frei, wenn im Großhandel marktgängige Ware verkauft und der Marktpreis in einem außerordentlichen, bis dahin nicht für denkbar erachteten Maße gestiegen ist. Im Gegenteil gilt für solche Geschäfte der Grundsatz, daß der Verkäufer niemals von der Leistung frei wird, solange die Ware am Markte gehandelt wird und zu haben ist. Kein noch so außerordentliches Steigen des Preises befreit den Verkäufer, solange ein wirklicher Marktpreis besteht, zu dem die Ware zwischen verschiedenen Verkäufern und Käufern gehandelt wird und in einer für die Vertragsleistung genügenden Menge käuflich ist. Wie die Sache läge, wenn nur einzelne Posten Ware durch ein phantastisches Angebot hervorgehoben oder von einem einzelnen Besitzer zu wucherischem Preise abgelassen werden, ist nicht zu entscheiden. Denn im Streitfall ist die Ware zur Zeit der Fälligkeit der Lieferungen, wie feststeht, zu Marktpreisen gehandelt worden.

Die Leistung aus der Gattung war daher nicht unmöglich. Die Beklagte war imstande und auch nach Treu und Glauben verpflichtet,

---

die Ware zu beschaffen; deshalb ist sie mit Recht zum Schadens-  
ersatz wegen Nichterfüllung verurteilt worden.“