

4. 1. Zum gegenseitigen Verhältnis der Schadensersatzansprüche aus § 325 und § 326 BGB.
2. Zur Frage, wann der Eintritt des Verzugs gemäß § 285 BGB. ausgeschlossen ist.
3. Zum Begriffe der Mahnung.

II. Zivilsenat. Ur. v. 17. Oktober 1919 i. S. L. & Co. (Bekl.) w. H. (Kl.). II 107/19.

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

Im November 1916 verkaufte die Beklagte dem Kläger ca. 400 Faß marinierte holländische Vollheringe, franko Emmerich, prompte Abladung. Der Kaufpreis war zahlbar „gegen ordnungsmäßige Verladungsdokumente gegen sofortiges unwiderrussliches Akkreditiv bei der Emmericher Kreditbank in Emmerich zugunsten des Verkäufers.“ Nachträglich, am 13. November 1916, vereinbarten die Parteien, daß die Akkreditierung bei der Commerz- und Diskontobank in Hamburg erfolgen solle. Der Kläger beauftragte am selben Tage die Deutsche Nationalbank in Dortmund, das Akkreditiv in Höhe von 148500 M für seine Rechnung unwiderrusslich bei der genannten Hamburger Bank zu stellen. Als die Beklagte von der Bank in Dortmund Nachricht über den Vollzug des

Auftrags erhielt, beanstandete sie in einem an den Kläger gerichteten Briefe vom 15. November, daß dem Erfordernis der Unwiderruflichkeit des Akkreditivs nicht genügt sei; zugleich forderte sie den Kläger auf, zu veranlassen, daß es auf etwa 14 Tage, also bis zum 1. Dezember 1916, unwiderruflich gestellt werde. Seitens des Klägers erhielt sie durch Brief vom 16. November zunächst die Nachricht, daß noch keine Antwort erteilt werden könne, weil ein in dem Briefe genannter Herr verreist sei. Dann teilte ihr der Kläger durch Schreiben vom 20. November mit, daß er die Deutsche Nationalbank entsprechend angewiesen habe. Weiter verlangte er unterm 21. November Andienung der Ware bis spätestens am 25. des. Mts. Ebenfalls am 21. November erhielt er einen Brief der Beklagten vom 20. des. Mts., in dem er für alle Folgen seiner Säumnis verantwortlich gemacht wurde, worauf er in einem zweiten Briefe vom 21. November erklärte, daß ein Irrtum der Nationalbank vorliege. Die Commerz- und Diskontobank schrieb der Beklagten am 24. November, daß sie gemäß einem ihr an demselben Tage zugegangenen Auftrage der Deutschen Nationalbank das Akkreditiv unwiderruflich bis zum 1. Dezember eröffnet habe, daß der Betrag zahlbar sei gegen Auslieferung des Duplikatfrachtbriefs über die in Holland verladene Ware und daß sie, die Bank, die Aushändigung des Dokuments bis zu dem angegebenen Zeitpunkt erwartend bleibe.

Die Beklagte hat die Ware nicht geliefert. Nach dem 30. November 1916 war die Lieferung wegen des Eingreifens der Zentraleinkaufsgesellschaft nicht mehr möglich.

Mit der Klage beanspruchte der Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Landgericht wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht sprach zunächst durch Zwischenurteil aus, es werde festgestellt, daß die Beklagte durch Empfang des Briefes der Commerz- und Diskontobank in Hamburg vom 24. November 1916 in Verbindung damit, daß der Kläger vorher die Lieferungsmahnung vom 21. November 1916 an sie gerichtet habe, mit ihrer Verpflichtung zur Lieferung der streitigen Ware in Verzug gekommen sei. Das Endurteil erklärte sodann den Klagenanspruch für dem Grunde nach gerechtfertigt. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Vorinstanz zurückverwiesen.

Gründe:

„Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Lieferungsanspruch des Klägers erst mit der Stellung des unwiderruflichen Akkreditivs (24. November 1916) fällig geworden sei, weil erst von da an eine Mahnung des Klägers die Beklagte hätte in Verzug setzen können, weil aber eine solche Mahnung in der Zeit, zu der die Leistung noch möglich gewesen wäre (bis zum 30. November 1916), nicht stattgefunden habe.

Das Berufungsgericht führt in dem Zwischenurteile zunächst aus, daß der Kläger seiner Vertragspflicht, ein unwiderrufliches Akkreditiv zu stellen, erst am 24. November 1916 genügt habe. Im Gegenseite zum Landgericht ist es dann der Meinung, daß nach diesem Zeitpunkte zur Herbeiführung des Verzugs der Beklagten nicht noch eine Mahnung erforderlich gewesen sei. Das Endurteil behandelt die — in dem Zwischenurteile der späteren Entscheidung vorbehaltenen — Frage, ob die Verzögerung in der Zeit vom 24. November bis zum 30. dess. Mts. (dem Eintritte der endgültigen Unmöglichkeit) noch hätte bewirkt werden können und sollen. Diese Frage beantwortet es zugunsten des Klägers.

Der Revision ist einzuräumen, daß das Zwischenurteil so, wie es lautet, nicht hätte erlassen werden dürfen. Erst wenn feststand, daß die Beklagte in der Zeit vom 24. bis zum 30. November zu leisten hatte, konnte ausgesprochen werden, daß sie durch das Unterlassen der Leistung in Verzug kam. Indessen ist dieser Mangel, wie auch die Revision nicht verkennt, für die schließliche Entscheidung belanglos, weil die notwendige weitere Feststellung in dem Endurteile nachgeholt ist. Zu beanstanden ist aber die ganze rechtliche Unterlage der beiden Urteile.

Nach einer von dem Berufungsgericht erhobenen Auskunft der Zentraleinkaufsgesellschaft ist am 22. November 1916 für marinierte Seringe ein holländisches Ausfuhrverbot in dem Sinne ergangen, daß zur Ausfuhr eine Genehmigung der Regierung (sog. Consent), die von Fall zu Fall erteilt wurde, erforderlich war. Die Einfuhr nach Deutschland unterlag bis zum 7. November 1916 keiner Beschränkung. Von da an war sie noch bis zum 30. November 1916 freier, wenn die Ware vor dem 8. Oktober 1916 (also vor dem Abschlusse der Parteien) in Holland gekauft und der Vertrag spätestens am 11. dess. Mts. bei der Zentraleinkaufsgesellschaft angemeldet war. Fehlte diese Voraussetzung, so wurde die Ware bei der Einfuhr für die Zentraleinkaufsgesellschaft beschlagnahmt. Nach dem 30. November 1916 eingeführte Ware verfiel in allen Fällen dieser Beschlagnahme. Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe sich bei G. Sch. in Emmerich rechtzeitig einer vor dem 8. Oktober 1916 in Holland gekauften und vor dem 12. dess. Mts. angemeldeten Ware versichert gehabt, der erteilte Consent sei aber wieder eingezogen worden, auch habe die holländische Regierung wegen Kohlenmangels die zur Beförderung notwendigen Eisenbahnwagen nicht freigegeben, der eigentliche Grund des Unterbleibens der Verzögerung liege darin, daß der Kläger die Stellung des unwiderruflichen Akkreditivs bis zum 24. November verzögert habe.

Das Berufungsgericht geht nun bei der Beurteilung der Sache in dem Endurteile von der Vorschrift des § 326 BGB. aus. Es

knüpft an das Zwischenurteil an, wonach die Beklagte sich seit dem 24. November 1916 in Verzug befunden habe, und bemerkt weiter, zur Begründung des klägerischen Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei die Bestimmung einer Nachfrist nicht erforderlich gewesen, weil die Beklagte die Lieferung endgültig verweigert habe und weil die Ausführung des Vertrags nach dem 30. November nicht mehr möglich gewesen sei, so daß die Fristbestimmung jetzt eine leere Form gewesen wäre. Die Erfüllungsverweigerung findet das Berufungsgericht darin, daß die Beklagte sich nach dem 30. November auf die von da an bestehende Unmöglichkeit der Lieferung bezogen habe. Sodann ist ausgeführt, daß der Schadensersatzanspruch des Klägers hiernach gerechtfertigt sei, wenn die Beklagte nicht dartun könne, daß die Lieferung in der Zeit vom 24. bis zum 30. November unmöglich gewesen sei. Letzteres ist verneint und dabei u. a. erwogen, der Nachweis, daß die Beklagte sich rechtzeitig einer vor dem 7. Oktober 1916 in Holland eingetauften und bis zum 11. dess. Mts. bei der Zentraleinkaufsgesellschaft angemeldeten Ware versichert habe und daß dann der ihrem Spintermann erteilte Consent wieder eingezogen worden sei, befreie sie nicht von der Lieferungspflicht, denn es handle sich um einen Kauf von „der Zahl nach bestimmten Gegenständen“, ein solcher Abschluß sei vom persönlichen Unvermögen des Verkäufers oder seines Lieferanten unabhängig und es frage sich nur, ob seine Erfüllung in der maßgebenden Zeit überhaupt möglich gewesen sei; daß alle Lieferungen von Seringen aus Holland um die fragliche Zeit, sei es durch Verweigerung und Einziehung der Consente, sei es durch Vorenthaltung von Eisenbahnwagen, unmöglich geworden seien, sei widerlegt.

Diese Beurteilung beruht auf unrichtiger Anwendung von § 326 BGB. Zur Bewirkung einer unmöglich gewordenen Leistung ist der Schuldner nicht mehr verpflichtet, daher kann er eine solche Leistung auch nicht mehr rechtswidrig verweigern. Die in einem derartigen Falle etwa begründete Schadensersatzpflicht kann deshalb nicht aus § 326 abgeleitet werden. Vielmehr ist sie zu fügen auf die die Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit regelnden Vorschriften des Gesetzes. Bei Anwendung des hiernach maßgebenden § 325 hätte sich nun zunächst ergeben, daß der Umstand, insolge dessen nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Parteien die Leistung unmöglich wurde, von der Beklagten nicht zu vertreten ist. Denn die Maßnahmen der Zentraleinkaufsgesellschaft, die nach dem 30. November 1916 der Lieferung entgegenstanden, waren der Einwirkung der Beklagten entzogen. Weiter wäre aber die Beklagte nach § 287 Satz 2 BGB für das als Zufall im Sinne des Gesetzes sich darstellende Eingreifen der genannten Gesellschaft dann verantwortlich, wenn sie

sich damals in Verzug befunden hat. Das Berufungsgericht bejaht den Verzug, begehrt aber dabei den Fehler, daß es die Vorschrift des § 285 nicht beachtet, wonach der Schuldner nicht in Verzug kommt, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Statt diese Vorschrift anzuwenden, bejaht es sich, losgelöst vom Verzuge, mit der Frage der Unmöglichkeit der Leistung, die an dieser Stelle, eben wegen des hier maßgebenden § 285, nicht ausschlaggebend ist.

Die Sache liegt auch im gegebenen Falle nicht etwa so, daß in dem, was das Berufungsgericht über die Möglichkeit, die Leistung in der Zeit vom 24. bis zum 30. November zu bewirken, ausführt, eine einwandfreie Beurteilung nach § 285 gefunden werden könnte. Das Berufungsgericht stellt weiter nichts fest, als daß die Möglichkeit, in Holland Heringe abzuladen, über die Grenze zu bringen und dem inländischen Käufer zuzuführen, in jenen Tagen nicht völlig abgeschlossen war. Hier kommt es aber darauf an, ob nicht die durch die mancherlei Maßnahmen der Zentraleinkaufsgesellschaft und der holländischen Regierung geschaffenen Verhältnisse die Beklagte in die Lage versetzt haben, die der Lieferung entgegenstehenden Hindernisse nicht mehr oder doch nur unter Schwierigkeiten überwinden zu können, denen sie sich bei Berücksichtigung des Grundsatzes des § 242 BGB. nicht zu unterziehen brauchte. Dabei kann, soweit die Vorschrift des § 279 BGB. eingreift, die Frage der Verantwortlichkeit der Beklagten für ihr Unvermögen nicht schlechthin mit der Erwägung erledigt werden, daß die Beklagte der Gattung nach bestimmte Sachen zu liefern gehabt habe. Das ist dadurch ausgeschlossen, daß, wie das Berufungsgericht augenscheinlich selbst annimmt, nicht eine reine Gattungsware, sondern aus Holland einzuführende Ware verkauft war, daß solche Ware zu der in Betracht kommenden Zeit nur unter ganz besonderen Voraussetzungen geliefert werden konnte, daß in dem Vertrage die sofortige Stellung des unwiderruflichen Akkreditivs vorgesehen war und daß nicht die Beklagte die schwierige Lage geschaffen hat, sondern daß der trotz des Drängens der Beklagten säumige Kläger es war, durch den die Ausführung des Geschäfts verzögert worden ist. Außerdem weist die Revision mit Recht auch auf § 254 BGB. hin. Nachdem die Beklagte behauptet hatte, daß die Säumigkeit des Klägers in der Akkreditivstellung die nur noch bis Ende November ausführbare Lieferung verhindert habe, wäre — die Verantwortlichkeit der Beklagten vorausgesetzt — zu prüfen gewesen, ob nicht eigenes Verschulden des Klägers vorliegt, das bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat und darum die Ersatzpflicht der Beklagten aufhebt oder doch mindert.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Verzug der Beklagten

nicht deshalb zu verneinen sei, weil die nach § 284 Abs. 1 BGB. erforderliche Mahnung fehle, ist, entgegen der Meinung der Revision, nicht zu beanstanden. Es genügt, daß der Beklagten die ordnungsmäßige Akkreditierung als erfolgt angezeigt wurde, wie dies durch den Brief der Commerz- und Diskontobank vom 24. November 1916 geschehen ist. Denn da die Beklagte nach dem Vertrag auf die Akkreditierung hin liefern sollte, lag in der Anzeige die Aufforderung, die nunmehr fällige Leistung zu bewirken. Zudem ist aber in jenem Briefe der — von dem Kläger zur weiteren Besorgung der Angelegenheit ermächtigten — Bank die Aufforderung zur Leistung noch besonders zum Ausdruck gebracht durch die Schlußbemerkung, daß die Bank die Aushändigung des Duplikatfrachtbriefs erwartend bleibe.

Die Entscheidung des Zwischenurteils ist danach in dem Sinne als richtig anzuerkennen, daß der Klagenanspruch nicht schon, wie das Landgericht angenommen hat, wegen Fehlens der zur Herbeiführung des Verzugs erforderlichen Mahnung hinfällig ist. Im übrigen konnte der Auffassung des Berufungsgerichts, daß der festgestellte Sachverhalt die Schadenersatzpflicht der Beklagten rechtfertige, nicht beigetreten werden.“ . . .