

5

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 326 A

Droht der Gläubiger zugleich mit der Erklärung,
nach dem Ablauf der zur Bewirkung der Leistung
gesetzten Frist die Annahme der Leistung abzu-
lehnen, den Rücktritt an, so ist er nach frucht-
losem Verstreichen der Frist nicht gehindert,
Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

BGH, Urt. v. 17. Januar 1979 - VIII ZR 304/77 - OLG Frankfurt
am Main
LG Frankfurt
am Main

5

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 304/77

URTEIL

Verkündet am
17. Januar 1979
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Herrn Herbert W. [REDACTED], H. [REDACTED]weg [REDACTED] in F. [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Jürg W. L. [REDACTED], M. [REDACTED]straße [REDACTED]
in F. [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1979 durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Claßen,
Dr. Hiddemann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das
Teilurteil des 19. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Frankfurt am Main
vom 12. Oktober 1977 wird zurückge-
wiesen.

Auf die Anschlußrevision wird unter Zu-
rückweisung des Rechtsmittels im übrige-
gen das angefochtene Urteil dahin geän-
dert, daß der Beklagte 8 1/2 % Zinsen
seit 1. April 1976 zu zahlen hat.

2. Von den Kosten des Revisionsverfahrens
haben der Kläger 1/20 und der Beklagte
19/20 zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Kläger betrieb zusammen mit dem inzwischen verstorbenen Walter G. einen Reitstall. Das hierfür benötigte Grundstück hatte Geide von der Eigentümerin, seiner Ehefrau, gepachtet. Aufgrund Vertrages vom 20. September 1975 trat der Beklagte an die Stelle des Klägers. Er verpflichtete sich in der Vereinbarung, an den Kläger 80 000 DM zu zahlen.

Der Beklagte zahlte dem Kläger nur 46 000 DM. Deshalb teilte ihm der Kläger mit Schreiben vom 16. März 1976 u.a. mit:

"Ich muß Sie heute leider nun noch einmal auf diesem Wege auffordern, mir die vereinbarten und zustehenden Gelder bis spätestens 31.3.1976 zu bezahlen. Sollte dies bis zu diesem Zeitpunkt nicht der Fall sein, dann betrachte ich den Verkauf des Stalles an Sie als nicht getätigt."

Der Beklagte antwortete mit Schreiben seines anwaltschaftlichen Vertreters vom 25. März 1976:

"Ich teile Ihnen namens meines Mandanten mit, daß er mit dem von Ihnen vorgeschlagenen Wandlungsangebot im letzten Absatz Ihres Schreibens, letzter Satz, einverstanden ist. Aufgrund dieser Einverständniserklärung ist damit ein wirksamer Wandlungsvertrag zustande gekommen entsprechend § 465 BGB. Da mir mein Mandant mitteilte, daß Sie über einen neuen Käufer verfügen, dürfte der Rückabwicklung nichts mehr im Wege stehen. Ich darf Sie daher bitten, mir innerhalb von 14 Tagen mitzuteilen, bis zu welchem Zeitpunkt Sie in der Lage sind, die bereits an Sie gezahlten 46 000 DM Zug um Zug gegen Herausgabe der verkauften Gegenstände zurückzuzahlen."

Mit der Klage macht der Kläger den Anspruch auf Zahlung der vom Beklagten nicht entrichteten 34 000 DM geltend. Der Beklagte wendet ein, der Vertrag sei aufgelöst worden, weil in dem Schreiben des Klägers vom 16. März 1976 eine Rücktrittserklärung zu sehen sei. Zumindest habe der Kläger mit diesem Schreiben die Aufhebung des Vertrages vom 20. September 1975 angeboten und er habe mit seinem Antwortschreiben dieses Angebot angenommen. Vorsorglich hat er die Wandlung des Vertrages erklärt und mit Gegenforderungen in Höhe von 3 152,52 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, der Kläger verlange die Erfüllung des Vertrages vom 20. September 1975, ein Erfüllungsanspruch stehe ihm aber nicht mehr zu, weil sein Schreiben vom 16. März 1976 die ihn bindende Erklärung enthalte, nach Ablauf der Zahlungsfrist die Entgegennahme einer Zahlung als Erfüllung abzulehnen. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil dem Hauptanspruch in Höhe von 30 847,48 DM stattgegeben und dem Kläger hieraus 4 % Zinsen ab 1. April 1976 zugesprochen. In Höhe des Restbetrages der Klageforderung (3 152,52 DM) hat es eine Entscheidung nicht getroffen mit der Begründung, insoweit bedürfe der Rechtsstreit wegen der hilfsweise erklärten Aufrechnung noch der Aufklärung.

Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Der Kläger erstrebt mit der Anschlußrevision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, seinem Zinsanspruch in Höhe von 10 % ab 31. März 1976 zu entsprechen.

Entscheidungsgründe

I. Die Revision ist nicht begründet.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Kläger in der Berufungsinstanz vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung übergegangen. An die Festlegung der Partei auf einen bestimmten Anspruch ist das Gericht gebunden (vgl. BGH Urteil vom 11./12. Mai 1971 - V ZR 185/67 = NJW 1971, 1560 = WM 1971, 892, 894). Dem Senat ist deshalb die Prüfung verwehrt, ob die Klageforderung als Erfüllungsanspruch gerechtfertigt sein könnte.

2. Das Berufungsgericht nimmt an, in der Erklärung des Klägers, er werde "den Verkauf des Stalles" als nicht getätigt betrachten, sei die Ankündigung zu sehen, bei Unterlassung einer rechtzeitigen Zahlung vom Vertrag zurückzutreten. An eine Rücktrittsankündigung sei der Kläger nicht in dem Sinne gebunden, daß er nicht mehr zum Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung übergehen könne.

a) Die Revision greift die Auslegung der Erklärung vom 16. März 1976 an. Sie meint, eine dem Erklärungsinhalt gerecht werdende Auslegung ergebe, daß der Kläger den Rücktritt nicht nur angekündigt, sondern erklärt habe unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Beklagte innerhalb der gesetzten Frist die geforderte Zahlung nicht leiste.

Hiermit hat die Revision keinen Erfolg. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist nämlich möglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend. Der Senat

brauchte daher nicht darüber zu entscheiden, ob ein Rücktritt unter einer aufschiebenden Bedingung rechtswirksam erklärt werden kann (vgl. BGB-RGRK, 12. Aufl., § 325 Rdn. 28 und zur bedingten Anfechtungserklärung RGZ 66, 153).

b) Das Berufungsgericht hat auch darin recht, daß der Kläger durch die Ankündigung des Rücktritts nicht die Möglichkeit verloren hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

aa) Hat der Gläubiger allerdings den Rücktritt bereits wirksam erklärt, so kann er Schadensersatz nicht mehr fordern; denn durch den Rücktritt ist das Schuldverhältnis aufgelöst worden (RGZ 66, 430, 432; 85, 280, 282; 102, 262, 264, 265).

bb) Die Ankündigung (Androhung) des Rücktritts, die nicht bereits als Rücktrittserklärung anzusehen ist, läßt dem Gläubiger dagegen die Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB zu verlangen.

Im Schrifttum wird allerdings die Auffassung vertreten, der Gläubiger sei, wenn er bei der Fristsetzung den Rücktritt androhe, an diese Erklärung gebunden und könne nicht nachträglich zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergehen (Staudinger/Kaduk, BGB, 11. Aufl. § 326 Rdn. 109, 117; Erman/Battes, BGB, 6. Aufl. § 326 Rdn. 51; HGB-RGRK, 2. Aufl., Anhang zu § 374 Anm. 116; Palandt/Heinrichs, BGB, 37. Aufl., § 326 Anm. 5 b; offenbar auch BGB-RGRK, 12. Aufl., § 326 Rdn. 35, 62). Zur Begründung wird auf das Urteil des VII. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 20. September 1904 (JW 1904, 536) und das Urteil des OLG Hamburg vom 22. März 1926 (HansGZ 1926, 135)

verwiesen. Das Oberlandesgericht Hamburg hat in dieser Entscheidung die Auffassung vertreten, der Gläubiger mache durch die Erklärung, er werde nach Ablauf der von ihm gesetzten Nachfrist vom Vertrag zurücktreten, von dem ihm nach § 326 BGB zustehenden Wahlrecht Gebrauch. Es hat - ohne eigene Begründung - angenommen, die Ausübung der Wahl sei nach feststehender Rechtsprechung unwiderruflich. Aus dem aaO abgedruckten Teil des Urteils des Reichsgerichts vom 20. September 1904 ist der genaue Wortlaut des Schreibens des Gläubigers, aus dem das Reichsgericht eine gleichzeitig mit der Fristsetzung abgegebene Rücktrittserklärung entnahm, nicht ersichtlich. Die Möglichkeit, daß sich aus dem Inhalt der Erklärung oder aus anderen Umständen ergab, daß nicht wie im vorliegenden Fall eine Rücktrittsankündigung, sondern bereits der Rücktritt erklärt worden ist, ist nicht auszuschließen. Dann wäre gegen die Annahme, der Gläubiger sei an die Rücktrittserklärung gebunden gewesen, aus den oben zu aa) dargelegten Gründen aber nichts einzuwenden. Die bloße Ankündigung des Rücktritts ist dagegen noch nicht als Ausübung des durch § 326 BGB gewährten Wahlrechts anzusehen. Das hat auch das Reichsgericht in einem Fall angenommen, in dem ein Kaufmann den Rücktritt angekündigt hatte (Recht 1923 Nr. 731). Die im Urteil vom 20. September 1904 (aaO) vertretene Auffassung, die Gründe, die für den Gesetzgeber maßgebend dafür gewesen seien, beim echten Wahlschuldverhältnis (§ 262 BGB) der Erklärung der Wahl bindende Wirkung beizumessen, träfen auf das Wahlrecht aus § 326 BGB ebenfalls zu, hat das Reichsgericht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt und worauf bereits das Oberlandesgericht Düsseldorf (NJW 1972, 1051, 1052) hingewiesen hat, später aufgegeben. In RGZ 85, 280, 282 hat es, ohne allerdings in diesem Zusammenhang auf das von ihm selbst

zitierte Urteil vom 20. September 1904 einzugehen, die Auffassung vertreten, die Vorschriften über die Wahlschuld, nach denen die Erklärung der Wahl bindend ist (§ 263 Abs. 2 BGB), seien auf das Wahlrecht nach § 326 BGB weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten, sei nämlich nicht ein unmittelbar aus dem Schuldverhältnis sich ergebendes Recht auf eine von mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen. Wer von mehreren ihm wahlweise geschuldeten Leistungen die eine wähle, erkläre damit, daß er diese Leistung wolle und nicht die andere. Wenn dagegen der nicht säumige Vertragsteil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, bringe er damit nicht zum Ausdruck, daß er sich des Rechts auf Rücktritt vom Vertrag begeben wolle (ebenso RGZ 109, 184, 186). Der erkennende Senat teilt diese Auffassung. Aus ihr folgt aber zwingend, daß im umgekehrten Fall, solange der Rücktritt nur angekündigt, nicht aber erklärt ist, der Gläubiger an seine Erklärung nicht gebunden sein kann und daß einer solchen Erklärung, wenn sonst nichts vorliegt, auch kein Verzicht auf die spätere Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs entnommen werden kann. Er kann vielmehr noch so lange zum Schadensersatzanspruch übergehen, als er noch nicht den Rücktritt erklärt hat (ebenso jetzt Palandt/Heinrichs, BGB, 38. Aufl. § 326 Anm. 5 b).

c) Die Auffassung der Revision, in dem Schreiben des Klägers vom 16. März 1976 sei das Angebot zur Aufhebung des Vertrages vom 20. September 1975 zu sehen, das der Beklagte dadurch angenommen habe, daß er sich in seinem Antwortschreiben mit der Rückabwicklung des Kaufvertrages

einverstanden erklärt habe, steht in unlösbarem Widerspruch zur den Senat bindenden Auslegung dieses Schreibens durch das Berufungsgericht.

3. Auf sein früheres Vorbringen, die Kaufsache sei mangelhaft gewesen, ist der Beklagte im Revisionsverfahren nicht mehr zurückgekommen.

II. Die Anschlußrevision ist zum Teil begründet.

1. Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung über die Zinsforderung aus: Der Zinsanspruch sei gemäß §§ 284, 288 BGB in Höhe von 4 % begründet, allerdings erst ab 1. April 1976, weil die vom Kläger gesetzte Zahlungsfrist erst am 31. März 1976 abgelaufen sei. Ein höherer Zinsfuß als 4 % sei nicht gerechtfertigt, weil der Kläger "einen weiteren Zinsschaden durch die Inanspruchnahme eines Kredites nicht bewiesen habe".

2. Die Anschlußrevision wendet sich hiergegen mit der Begründung, der Zinsanspruch sei im zweiten Rechtszug unbestritten geblieben. Mit dieser Rüge hat sie zum Teil Erfolg.

a) Der Kläger hat im ersten Rechtszug die Zinsforderung mit der Behauptung begründet, er werde mit einem Zinssatz von 10 % von seiner Bank belastet. Nachdem der Beklagte erwidert hatte, der geltend gemachte Zinssatz werde der Höhe nach bestritten, hat der Kläger die Zinsforderung auf 8,5 % ermäßigt mit der Begründung, dies sei der derzeit übliche Bankzins, was als gerichtsbekannt unterstellt werden dürfe. Hierzu hat der Beklagte eine Erklärung nicht abgegeben.

Im zweiten Rechtszug hat der Kläger erneut 10 % Zinsen verlangt. Ausführungen zur Begründung dieses Anspruchs hat er in der Berufungsinstanz nicht gemacht.

b) In dem Vorbringen des Klägers, er werde von seiner Bank mit einem Zinssatz von 10 % belastet, lag die Behauptung, er nehme Bankkredit in Anspruch, für den er 10 % Zinsen zahlen müsse (vgl. Senatsurteil vom 28. Mai 1975 - VIII ZR 6/74 = WM 1975, 863, 865 und BGH Urteil vom 24. November 1976 - IV ZR 232/74 = WM 1977, 172). Die Ermäßigung des Zinsfußes auf 8 1/2 % mit dem Vorbringen, dieser Zinssatz sei der übliche, war dahin zu verstehen, daß der Kläger nunmehr behauptete, er zahle bei seiner Bank für die Inanspruchnahme von Bankkredit den üblichen Zinsfuß von 8 1/2 %. Da der Beklagte dieser Behauptung nicht ausdrücklich entgegengetreten ist und die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus seinen übrigen Erklärungen nicht hervorging, war sie als zugestanden zu behandeln (§ 138 Abs. 3 ZPO). Dem Zinsanspruch mußte daher in Höhe von 8 1/2 % entsprochen werden. Ein höherer Zinssatz konnte nicht zuerkannt werden. Der Kläger hätte nämlich darlegen müssen, weshalb er in der Berufungsinstanz nach der im ersten Rechtszug vorgenommenen Ermäßigung des Zinsanspruchs erneut 10 % Zinsen forderte. Solange er das nicht tat, hatte der Beklagte keinen Anlaß, eine Erklärung zu der Erhöhung des Zinssatzes abzugeben. Aus seinem Schweigen kann deshalb entgegen der Meinung der Anschlußrevision nicht entnommen werden, er habe nicht bestreiten wollen, daß der Kläger 10 % Zinsen verlangen könne.

Da die vom Kläger mit dem Schreiben vom 16. März 1976 gesetzte Zahlungsfrist erst am 31. März 1976 ablief, ist die Annahme des Berufungsgerichts, dem Kläger ständen Zinsen erst ab 1. April 1976 zu, nicht zu beanstanden.

III. Demnach war die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Auf die Anschlußrevision war das angefochtene Urteil dahin zu ändern, daß der Beklagte 8 1/2 % Zinsen ab 1. April 1976 zu zahlen hat. Im übrigen war die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Anschlußrevision ist zwar im Hinblick darauf, daß sie nur die Zinsforderung erfaßt, die Nebenforderung blieb, weil der Hauptanspruch des Klägers durch die Revision Gegenstand des Revisionsverfahrens wurde, gemäß § 4 ZPO bei der Streitwertberechnung außer Betracht zu lassen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 35. Aufl. § 4 Anm. 3 A), das steht aber einer Anwendung des § 92 Abs. 1 ZPO nicht entgegen (vgl. Senatsurteil vom

9. November 1960 - VIII ZR 22/59 = LM ZPO § 92 Nr. 7
= MDR 1961, 141). Da die Zinsforderung, mit welcher
der Kläger im Revisionsrechtszug unterlegen ist,
rund 1/20 des Streitwerts der Revisionsinstanz aus-
macht, ist es gerechtfertigt, daß er 1/20 der Kosten
des Revisionsverfahrens trägt, der Beklagte dagegen
19/20.

Braxmaier

Claßen

Dr. Hiddemann

Merz

Treier