

Gregor Scholze
4. Fachsemester

Bürgerliches Recht
Übung für Fortgeschrittene (L – Z)
1. Hausarbeit

Freie Universität Berlin
Prof. Dr. Sedatis

Sommersemester 1999

Sachverhalt

Bauherr B bestellt bei der Baustoffhandlung S 20.000 Sack Zement zum Preis von 40,- DM pro 10 Sack. S verpflichtet sich, 10 Monate lang jeweils am 1. Werktag 2.000 Sack an der Baustelle des B abzuliefern, worauf B jeweils 8.000,- DM auf das Konto des S überweisen will. Nachdem insgesamt 10.000 Sack Zement in 5 Monaten geliefert und bezahlt worden sind, bleibt die 6. Lieferung 5 Tage lang aus. Als B bei S anruft, teilt dieser ihm mit, er könne zur Zeit nicht liefern, da seine sämtlichen Transportfahrzeuge entweder ausgefallen oder anderweitig völlig ausgelastet seien. Außerdem seien 4 Lastwagen, die er angeschafft habe, nicht eingetroffen, obwohl sie ihm vom Verkäufer zum Ersten des laufenden Monats fest zugesagt worden seien. Darauf erwidert B, daß er sich bei weiterem Ausbleiben den Zement von einer anderen Firma besorgen werde, um den Fortgang der Arbeiten sicherzustellen. Außerdem werde er nach Ablauf von 4 Tagen von dem Vertrag mit S zurücktreten und Schadensersatz verlangen. Noch am Tage dieses Gesprächs gibt B bei dem Lieferanten L eine Bestellung über 10.000 Sack Zement zu 43,- DM pro 10 Sack auf. Als nach 4 Tagen S nicht geliefert hat, teilt im B mit, daß er vom Vertrag zurücktrete und 8.000,- Schadensersatz verlange. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus 5.000,- DM Miete für nicht genutzte Betonmischer und 3.000,- DM als Mehrpreis für den anderweitig gekauften Zement.

I. Wie ist die Rechtslage?

II. Ändert sich etwas, wenn S einen Tag vor Fristablauf 1.000 Sack Zement liefert und B den Zement abnimmt (da L noch nicht geliefert hat), ansonsten aber auf seinen geltend gemachten Rechten beharrt?

Gliederung

Erste Fallfrage

- A. Anspruch B gegen S auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 376 I 1 HGB
- B. Anspruch des B gegen S aus §§ 440 I, 326 I 2 bezüglich des Gesamtvertrages
 - I. Voraussetzungen
 - 1. Gegenseitiger wirksamer Vertrag
 - 2. Verzug mit einer Hauptleistungspflicht
 - II. Ergebnis
- C. Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440, 326 I 3, 325 I 2, 280 II bezüglich des Gesamtvertrages
 - I. Bestimmung der Leistungspflicht
 - 1. Rechtlich unselbständige Einzellieferungen
 - 2. Rechtlich selbständige Einzellieferungen
 - 3. Andere Ansichten und Stellungnahme
 - 4. Stellungnahme bezüglich der jeweiligen Teillieferungen und Vertragstyp im einzelnen
 - II. Ergebnis
- D. Anspruch gemäß §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II analog bezüglich des Gesamtvertrages
 - I. Analogievoraussetzungen
 - 1. Planwidrige Regelungslücke
 - a) Verzug des Schuldners
 - aa) Voraussetzungen
 - (1) Fälliger Anspruch
 - (2) Mahnung
 - (3) Nichtleistung
 - ab) Hindernisse
 - (1) Einreden
 - (2) Vertretenmüssen, § 285
 - (aa) Unvermögen bei Gattungsschulden, § 279
 - (ab) Ausgefallene oder anderweitig ausgelastete Transportfahrzeuge
 - b) Ergebnis – Verzug
 - 2. Vergleichbare Interessenlage
 - II. Ergebnis
- E. Anspruch gemäß §§ 440 I, 326 I 2 analog hinsichtlich des Gesamtvertrages
 - I. Analogievoraussetzungen
 - II. Ergebnis
- F. Anspruch des B gegen S aus pVV i.V.m. § 326 I 2 analog
 - I. Rechtsgrundlage der pVV
 - II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Schuldverhältnis
2. Gesetzlich nicht geregelte Pflichtverletzung
3. Verschulden, § 276

III. Rechtsfolge

1. Möglichkeit der Kündigung aus „wichtigem Grund“
2. Die Meinung des BGH
3. Stellungnahme
4. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung
5. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung
6. Eigene Vertragstreue
7. Schadensersatzanspruch
 - a) Wahlrecht des Gläubigers
 - b) „Einordnung“ der Erklärung
8. Inhalt und Umfang Ersatzanspruchs
 - a) Methode der Schadensermittlung
 - b) Berechnung des Schadens, §§ 251, 252

IV. Ergebnis

- G. Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens i.H.v. 5000,- DM gemäß § 286 I
- H. Anspruch gemäß §§ 440 I, 326 I 2 (analog) bezüglich der 6. Teillieferung
- I. Anspruch auf Ersatz der Kosten für die ungenutzten Betonmischer gemäß § 326 I 2

Zweite Fallfrage

- A. Anspruch des B gegen S aus pVV i.V.m. § 326 I 2 analog bezüglich des Gesamtvertrages
- B. Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2 analog bezüglich der 6. Teillieferung
- C. Weitere Ansprüche

Literaturverzeichnis

Brox, Hans

Allgemeines Schuldrecht

25. Auflage, München 1998

(zitiert als: Brox, Schuldrecht AT)

Handelsrecht und Wertpapierrecht

13. Auflage, München 1998

(zitiert als: Brox, Handelsrecht und Wertpapierrecht)

Benicke, Christoph

Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Schuldnerverzug – OLG München, NJW 1995, 2263
in: JuS 1996, S. 196 ff.

(zitiert als: Benicke, JuS 1996)

Erman, Walter

Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band 1: §§ 1 – 853, 9. Auflage, Aschendorff, Münster 1993

Emmerich, Volker

Das Recht der Leistungsstörungen

4. Auflage, München 1997

(zitiert als: Emmerich, Das Recht der Leistungsstörungen)

Evangelou, Georg; Muscheler, Karlheinz

Urteilsanmerkung zu OLG Hamm, BB 1989, S. 1438

in: BB 1989, S. 1439 ff.

(zitiert als: Evangelou/Muscheler, BB 1989)

Fikentscher, Wolfgang

Schuldrecht

9. Auflage, Berlin, New York 1997

(zitiert als: Fikentscher, Schuldrecht)

Fuchs, Wissemann

Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag
Inaugural-Dissertation, Marburg 1980
(zitiert als: Fuchs-Wissemann, Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom
Sukzessivlieferungsvertrag)

Gehrlein, Markus

Der listige Abnehmer
in: Jura 1998, S. 42 ff.
(zitiert als: Gehrlein, Jura 1998)

Gollub, Frank

Verzug und Zurückbehaltungsrecht beim Sukzessivlieferungsvertrag
Inaugural-Dissertation, Hamm 1989
(zitiert als: Gollub, Sukzessivlieferungsvertrag)

Gruppen, Martin

Der Schuldnerverzug des Lieferanten bei den Sukzessivlieferungsgeschäften
Inaugural-Dissertation, Greifswald 1912
(zitiert als: Gruppen, Der Schuldnerverzug des Lieferanten bei den Sukzessivlieferungsgeschäften)

Jauernig, Othmar

Bürgerliches Gesetzbuch,
mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
8. Auflage, München 1997
(zitiert als: Jauernig/Bearbeiter)

Krause, Rüdiger

Gewährleistung bei Ratenlieferungsverträgen
in: Jura 1996 S. 510 ff.
(zitiert als: Krause, Jura 1996)

Larenz, Karl; Wolf, Manfred

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
8. Auflage, München 1997
(zitiert als: Larenz, BGB AT)

Larenz, Karl

Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil

14. Auflage, München 1987

(zitiert als: Larenz, Schuldrecht I)

Methodenlehre der Rechtswissenschaft

5. Auflage, Berlin, New York, Tokyo 1983

(zitiert als: Larenz, Methodenlehre)

Lindacher, Walter F.

Definität und Revisibilität der Gläubigerentscheidungen nach § 326

in: JZ 1980, S. 48 ff.

(zitiert als: Lindacher, JZ 1980)

Medicus, Dieter

Schuldrecht I, Allgemeiner Teil

10. Auflage, München 1998

(zitiert als: Medicus, Schuldrecht I)

Münchener Kommentar

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Band 2: §§ 241 – 432, 3. Auflage, München 1994

(zitiert als: MüKo/Bearbeiter)

Musielak, Hans – Joachim

Leistungsstörungen beim Sukzessivlieferungsvertrag – BGH, WM 1977, 220

in: JuS 1979, S. 96 ff.

(zitiert als: Musielak, JuS 1979)

Oetker, Hartmut

Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung

1. Auflage, Tübingen 1994

(zitiert als: Oetker, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung)

Palandt, Otto

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

58. Auflage, München 1998

(zitiert als: Palandt/Bearbeiter)

Schlegelberger, Walter

Kommentar zum Handelsgesetzbuch

Band V, §§ 373 – 382

5. Auflage, München 1982

(zitiert als: Schlegelberger, Handelsgesetzbuch)

Schild, Bernd

Urteilsanmerkung zu BGHZ 126, 131

in: JR 1995, S. 328 ff.

(zitiert als: Schild, JR 1995)

Soergel, Hans Theodor

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen

Band 2: §§ 241 – 432, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1990

(zitiert als: Soergel/Bearbeiter)

Staudinger, Julius v.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen

§§ 293 – 327, 13. Auflage, Berlin 1995

§§ 433 – 534, 13. Auflage, Berlin 1995

(zitiert als: Staudinger/Bearbeiter)

v. Scheven, Michael

Der Sukzessivlieferungsvertrag; Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen Recht,
zum Hager Einheitlichen Kaufrecht und zum UN – Kaufrecht

1. Auflage, Frankfurt am Main 1984.

Gutachten

Erste Fallfrage

A. Anspruch B gegen S auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 376 I 1 HGB

B könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 376 I 1 HGB haben. Dann müßte S mit der zu einer festbestimmten Zeit zu bewirkenden Leistung in Verzug geraten sein. Fraglich ist jedoch, ob zwischen B und S überhaupt ein Fixhandelsgeschäft nach § 376 HGB vorliegt und damit der Anwendungsbereich des § 376 I 1 HGB eröffnet ist. Unproblematisch ist zunächst, daß B nicht als Kaufmann i.S.d. § 1 HGB anzusehen ist, da § 376 HGB auf ein- und zweiseitige Handelsgeschäfte anwendbar ist, d.h. es genügt wenn das Rechtsgeschäft zumindest für S ein Handelsgeschäft (Vermutung gemäß § 344 I HGB) i.S.d. § 343 i.V.m. 345 HGB ist. Zweifelhaft erscheint jedoch, ob das einseitige Handelsgeschäft (§ 345 HGB) auch ein sogenanntes relatives Fixhandelsgeschäft darstellt. § 376 HGB regelt für das Handelsrecht wie § 361 BGB für das bürgerliche Recht das sog. relative Fixgeschäft. § 376 HGB tritt beim Fixhandelskauf hierbei an die Stelle von § 361 als speziellere Norm. Ein relatives Fixgeschäft liegt vor, wenn nach der Einigung der Vertragsparteien die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist erbracht werden soll. Diese Anforderung ist strenger als eine bloß kalendermäßig bestimmte Fälligkeit der geschuldeten Leistung, wie sie § 284 II verlangt, vielmehr müssen sich die Vertragsparteien darüber einig sein, daß die Leistungszeit oder Leistungsfrist ein so wesentlicher Bestandteil des Geschäfts ist, daß der ganze Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung steht oder fällt. Ein lediglich starkes Interesse einer Partei an der rechtzeitigen Erfüllung genügt nicht, vielmehr muß sich aus der Vereinbarung klar ergeben, daß der Gläubiger an einer späteren Leistung kein Interesse mehr hat. Im Vertrag zwischen den Parteien können sog. Fixklauseln wie „fix“, „präzis“, „genau“, „spätestens“ etc. den Fixcharakter begründen. Im Zweifel liegt indes kein Fixgeschäft vor.

Vorliegend einigten sich B und S zwar über eine festbestimmte Zeit (am 1. Werktag des Monats) für die zu erbringende Leistung. Zu dieser Zeitbestimmung fehlt jedoch eine zusätzliche Vereinbarung die den Fixcharakter des Geschäfts – insbesondere durch eine Fixklausel – hervorhebt. Infolgedessen liegt im Zweifel

kein Fixhandelsgeschäft gemäß § 376 HGB vor. Demnach hat B gegenüber S keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 376 I 1 HGB.

B. Anspruch des B gegen S aus §§ 440 I, 326 I 2 bezüglich des Gesamtvertrages

B könnte jedoch gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus §§ 440 I, 326 I 2 bezüglich des Gesamtvertrages haben.

I. Voraussetzungen

§ 440 I verweist (Rechtsgrundverweisung) für den Fall, daß der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt, auf die allgemeine Vorschriften der §§ 320 bis 327. Demnach sind nunmehr die Voraussetzungen des § 326 I zu prüfen.

1. Gegenseitiger wirksamer Vertrag

B und S haben sich über die Lieferung von 20.000 Sack Zement zum Preis von 40,- DM pro 10 Sack innerhalb von 10 Monaten - hierbei jeweils am 1. Werktag des Monats 2000 Sack Zement gegen Bezahlung von 8.000,- DM - geeinigt. Damit ist ein Kaufvertrag gemäß § 433 durch die Einigung der Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte, d.h. die Einigung über die essentialia negotii - der Kaufpreis, die Kaufsache und der Kaufpartner - zustande gekommen.

2. Verzug mit einer Hauptleistungspflicht

S müßte mit einer Hauptleistungspflicht in Verzug gekommen sein. Nach allgemeiner Meinung ist § 326 nur anwendbar, wenn sich der Schuldner gerade mit einer im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden sog. Hauptleistungspflicht (synallagmatische Pflicht) in Verzug befindet. Dies wird überwiegend damit begründet, daß § 326 dem Gläubiger gegenüber dem säumigen Schuldner überaus einschneidende Befugnisse verleiht, so daß seine Anwendung allein in Fällen schwerwiegender Vertragsverletzungen gerechtfertigt sei. Das Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) erstreckt sich auf die den Vertragstyp bestimmenden Pflichten, erfaßt aber auch alle sonstigen Pflichten, die nach den Willen der Vertragsparteien für die Durchführung des Vertrages von wesentlicher Bedeutung sind. Beim Kaufvertrag ergeben sich die Hauptleistungspflichten des Verkäufers im einzelnen aus § 433 I und § 440 I. Dazu gehört insbesondere die Pflicht, dem Käufer die Möglichkeit am Gebrauch der Sache zu verschaffen. S konnte mit den Teillieferungen (bis zum Erreichen der vereinbarten Gesamtmenge von 20.000 Sack Zement) jedoch nur dann in den Schuldnerverzug

(§§ 284 ff.) geraten, wenn der entsprechende Anspruch des B aus § 433 I 1 fällig und durchsetzbar war. In Betracht kommt lediglich ein Verzug mit der 6. Teillieferung gegenüber B. Die übrigen noch ausstehenden Lieferungen sind

dagegen noch nicht fällig geworden, so daß S mit ihnen auch nicht in Verzug kommen konnte.

II. Ergebnis

Ein Schadensersatzanspruch des B bezüglich des Gesamtvertrages ist folglich nicht aus §§ 440 I, 326 I 2 herzuleiten.

C. Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II bezüglich des Gesamtvertrages

Fraglich ist, ob dem B gegen S ein Schadensersatzanspruch bezüglich des Gesamtvertrages aus §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II zusteht. Dafür spräche zunächst, daß § 326 I 3 von der teilweisen Bewirkung einer Leistung spricht und S vorliegend fünf Teilleistungen erbracht hat. Indessen ist § 326 I 3 grundsätzlich nur anwendbar, wenn eine fällige (Gesamt-) Leistung, mit der sich der Schuldner im Verzug befindet, vor Ablauf der Frist lediglich teilweise erbracht wird. Im Fall des § 326 I 3 bewirkt der Schuldner die zu einem bestimmten Zeitpunkt auf einmal zu erbringende Leistung bis zum Ablauf der Frist lediglich teilweise, teilweise bleibt sie aus.

Fraglich ist also, ob nach dem Inhalt der von B und S erzielten Einigung, die jeweiligen Zementlieferungen am 1. Werktag des Monats lediglich als Teile einer einheitlichen Leistung vom Gesamtvertrag i.S.d. § 326 I 3 anzusehen sind, oder ob sie als rechtlich selbständige Einzelleistungen zu betrachten sind.

I. Bestimmung der Leistungspflicht

1. Rechtlich unselbständige Einzelleistungen

Eine rechtliche Selbständigkeit der Einzelleistung liegt nicht vor, wenn der Schuldner aufgrund eines Vertrages zu einer einheitlichen Leistung verpflichtet ist und lediglich § 266 abbedungen wurde, d.h. der Schuldner entgegen § 266 zu Teilleistungen berechtigt sein sollte. Hätten sich B und S vorliegend über rechtlich gesehen unselbständige Einzelleistungen geeinigt, so würde die S eine einheitliche Leistungspflicht über die Lieferung von 20.000 Sack Zement treffen, die sie lediglich nach und nach erfüllen dürfte. Aufgrund dessen hätte B ein Anspruch gegen S auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich aller noch ausstehender Lieferungen nach der Maßgabe der §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II.

2. Rechtlich selbständige Einzelleistungen

Eine rechtliche Selbständigkeit der Einzelleistung liegt vor, wenn der Schuldner aufgrund eines Vertrages über einen längeren Zeitraum hin mehrere für den

Gläubiger selbständig verwertbare Einzelleistungen erbringen soll und damit die erbrachten Leistungen als „verselbständigt“ anzusehen sind und dementsprechend nicht die Qualität von Teilleistungen eines einheitlichen Leistungserfolgs aufweisen. Wäre dies vorliegend der Fall, dann würde die festgelegte Zahl von 20.000 Sack Zement lediglich die obere Grenze darstellen, bis zu deren Erreichen jeweils einzelne, rechtlich selbständig zu beurteilende Lieferungen erfolgen sollten. Damit läge auch keine einheitliche Leistung i.S.d. § 326 I 3, sondern mehrere rechtlich selbständig zu beurteilende Einzelleistungen vor. Ein Anspruch des B gegen S auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich aller noch ausstehender Lieferungen aus §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II wäre danach nicht gegeben.

3. Andere Ansichten und Stellungnahme

Gleichwohl plädieren einige Vertreter in der Literatur für die unmittelbare Anwendung der §§ 326 I 3 und 325 I 2 bezüglich des Gesamtvertrages, obwohl sie als Ausgangspunkt von einer rechtlich selbständigen Einzelleistung ausgehen. So wird argumentiert, daß vom ganzen Vertrag her gesehen der Verzug mit einzelnen Raten eben nichts anderes als ein Fall des Teilverzugs sei, so daß unmittelbar die §§ 326 I 3, 325 I 2 anzuwenden seien. Der Gläubiger könne daher, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, auch hinsichtlich des ganzen Vertrages zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen. Zweifelhaft erscheint jedoch schon, ob bei einem Vertrag, bei dem die wirtschaftliche Verwertbarkeit der einzelnen Leistungen im Vordergrund steht, jemals für den Gläubiger die teilweise Erfüllung (einzelnen Raten) des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Zum anderen spricht § 326 -wie bereits ausgeführt- nur von dem Verzug mit einer einmaligen Leistung und regelt im Satz 3 Abs. I den Fall, daß der mit der ganzen Leistung im Verzuge befindliche Schuldner, dem vom Gläubiger die in Satz 1 genannte Frist gesetzt ist, bis zum Ablauf der Frist noch nicht die ganze Leistung, sondern nur ein Teil derselben bewirkt hat. Die Prämisse, der Verzug mit einer Rate sei eine teilweise Bewirkung bzw. Nichtbewirkung der Leistung im Sinne des § 326 I 3 trifft daher nicht zu. Denn die gegenwärtig fällige Leistung ist keine Teilleistung i.S.v. § 266, sondern es geht um die Erfüllung dessen, was der Schuldner zur Zeit schuldet; dies ist eine in sich vollständige, nicht teilweise zu erbringende Leistung. Diese Meinung wäre demnach abzulehnen.

4. Stellungnahme bezüglich der jeweiligen Teillieferungen und Vertragstyp im einzelnen

Maßgeblich ist die Auslegung der von den Parteien getroffenen Vereinbarung. Für eine rechtliche Selbständigkeit der Einzelleistungen spricht vor allem deren

selbständige wirtschaftliche Verwertbarkeit. Vorliegend enthält der Kaufvertrag zwischen B und S zwar die Angabe einer Gesamtmenge, dennoch kann jede Einzellieferung von B wirtschaftlich selbständig verwertet werden. Überdies verpflichtete sich B, erst nach Übergabe der jeweiligen 2.000 Sack Zement zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises von 8.000,- DM pro Einzellieferung. Folglich ist nicht zu verkennen, daß jede einzelne Teillieferung für sich gesehen eine eigene, selbständige Funktion und Stellung im Rahmen des zu erfüllenden Vertrages hatte.

B und S haben demzufolge einen Vertragstyp der letzteren Art (rechtlich selbständige Einzellieferungen) geschlossen.

Fraglich ist insoweit nur noch, wie der Vertrag im einzelnen zu beurteilen ist. Die Terminologie bezüglich der Lieferungsverträge, bei denen über einen längeren Zeitraum hin mehrere für den Gläubiger selbständig verwertbare Einzelleistungen zu erbringen sind, ist in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur bezeichnen Verträge über eine im voraus bestimmte Gesamtmenge, die nicht auf einmal, sondern in Raten zu erfüllen ist als sog. Sukzessivlieferungs- bzw. Ratenlieferungsverträge. Voraussetzung ist jedoch, daß die Parteien den Vertrag auch tatsächlich als Einheit gewollt haben und nicht die Gesamtmenge, sondern die Bedarfsdeckung im Vordergrund steht. Von den Sukzessivlieferungsverträgen werden vor allem die Dauerlieferungsverträge separiert, bei denen die zu liefernde Gesamtmenge nicht von vornherein bestimmt ist, der Verkäufer vielmehr ständig leistungsbereit sein und die einzelnen Lieferungen nach Bedarf, regelmäßig auf Abruf des Käufers erbringen muß. Andere Autoren bezeichnen gerade umgekehrt den Dauerlieferungsvertrag als Sukzessivlieferungsvertrag, während bei feststehender Gesamtmenge der Begriff Raten bzw. Teillieferungsvertrag verwendet wird. Wiederum andere Autoren gebrauchen die Bezeichnung „Sukzessivlieferungsvertrag“ als Oberbegriff, in dem die zwei Unterarten Ratenlieferungsvertrag und Dauerlieferungsvertrag zu untergliedern sind. Da dem Begriff „Sukzessivlieferungsvertrag“ eine erhebliche Unschärfe anhaftet, wird in den weiteren Ausführungen der Begriff „Ratenlieferungsvertrag“ verwandt, weil bei einer im Voraus feststehenden Gesamtmenge wohl alle genannten Autoren in Literatur und Rechtsprechung mit dieser Terminologie den gleichen Sachverhalt assoziieren.

Da hier die Gesamtlieferungsmenge mit 20.000 Sack Zement vertraglich festgelegt war, liegt ein Ratenlieferungsvertrag vor.

II. Ergebnis

Ein Anspruch des B gegen S auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich aller noch ausstehender Lieferungen aus §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II scheidet auf Grund dessen aus.

D. Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II analog bezüglich des Gesamtvertrages

B könnte indes gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Gesamtvertrages aus §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II analog haben.

I. Analogievoraussetzungen

Eine (Gesetzes-) Analogie ist grundsätzlich nur bei Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sowie Vergleichbarkeit der Interessenlage zulässig.

1. Planwidrige Regelungslücke

Wie bereits dargestellt, regeln die gesetzlichen Vorschriften nicht die sich stellende Frage, welche Auswirkung eine (Verzugs-) Leistungsstörung hinsichtlich einer rechtlich selbständigen Teillieferung auf den wegen fehlender Fälligkeit noch nicht abgewickelten Gesamtvertrag hat. Es ist hierbei davon auszugehen, daß der Gesetzgeber diese Frage geregelt hätte, hätte er die Regelungslücke erkannt. Diese Frage stellt sich insoweit jedoch nur, wenn bezüglich der 6. Teillieferung überhaupt ein Schuldnerverzug seitens der S vorliegt.

Problematisch ist, daß Verzug mit der „Leistung“ i.S.d. §§ 284, 285, ein Verzug mit der Gesamtleistung bedeutet. Die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung wendet dennoch die allgemeinen Regeln der §§ 284 ff. direkt auf die einzelnen Teillieferungen an. Im Ergebnis führt dies zu sachgerechten Lösungen, da aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Teillieferungen, diese in sich abgeschlossene, im Erfüllungszeitpunkt fällige Leistungen darstellen, so daß sie aufgrund dieser Eigenständigkeit wie selbständige Leistungen behandelt werden können. Strenggenommen handelt es sich jedoch um eine analoge Anwendung. Wertungsmäßig macht es aber keinen Unterschied, ob der Schuldner mit einer rechtlich selbständig zu beurteilenden Rate oder mit der Gesamtleistung i.S.d. § 284 ff. in Verzug gerät.

a) Verzug des Schuldners

S gerät sonach bezüglich der 6. Teillieferung gegenüber B in Verzug, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges vorliegen und der Anspruch des B nicht mit einem „Hindernis“ behaftet ist.

aa) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des Verzuges erschließen sich aus dem Zusammenhang der Vorschriften der §§ 284, 285.

(1) Fälliger Anspruch

Der Anspruch des B muß fällig gewesen sein. Eine Forderung ist fällig, wenn der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Nach der Vereinbarung zwischen B und S sollten die jeweiligen Raten jeweils am ersten Werktag des Monats geliefert werden. Demzufolge bestand ein fälliger Anspruch bezüglich der 6. Lieferung, nachdem der vereinbarte Liefertermin verstrichen war.

(2) Mahnung

Voraussetzung ist des weiteren eine Mahnung nach § 284 I 1, d.h. eine eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung. Eine Mahnung ist jedoch gemäß § 284 II 1 entbehrlich, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist („dies interpellat pro homine“, der -festgesetzte- Termin ersetzt die menschliche Mahnung). Eine bestimmte Zeit im Sinne dieser Vorschrift liegt nur dann vor, wenn ein Kalendertag unmittelbar oder mittelbar bezeichnet ist. Eine unmittelbare Bestimmung liegt bei der ausdrücklichen Bezeichnung des Kalendertages vor, aber auch bei einer dem Vertragspartner verständlichen Umschreibung. Vorliegend einigten sich B und S zur Anlieferung des Zements auf den 1. Werktag des jeweiligen Monats. Damit war der Lieferungstermin gegenüber S zumindest verständlich umschrieben. Eine Mahnung an S bezüglich der Anlieferung des fälligen Zements war demnach gemäß § 284 II 1 entbehrlich.

(3) Nichtleistung

Leistet der Schuldner auf die Mahnung des Gläubiger nicht, gerät er in Verzug. Der Verzug beginnt mit dem Zugang der Mahnung, bei kalendermäßig festgelegter Leistungszeit mit dem Ablauf des Tages, an dem die Leistung zu erbringen war. S geriet folglich nach Ablauf des ersten Werktages (23:59:59s Uhr) in Verzug.

ab) Hindernisse

Der Anspruch des B muß jedoch einrederfrei und S muß den Verzug zu vertreten haben.

(1) Einreden

Der Schuldner kommt nicht in Verzug, wenn er sich auf eine dauernde oder aufschiebende Einrede stützen kann, die ihm ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt. Fraglich ist, ob sich S auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags des § 320 stützen kann. Der Vorleistungspflichtige Schuldner kann sich nach § 320 I 1,

2. Alt. allerdings nicht auf die Einrede des § 320 berufen. Er muß zuerst seine Leistung erbringen, damit die Gegenleistung fällig wird. Damit stand die Einrede des § 320 der S nicht zu, da sie vorleistungspflichtig war. Die Zahlung der jeweiligen Teillieferung durch B, sollte erst nach der jeweiligen Zementanlieferung erfolgen. Der Anspruch des B ist demnach mangels entgegenstehender Anhaltspunkte einredefrei.

(2) Vertretenmüssen, § 285

S muß den Verzug gemäß § 285 auch zu vertreten haben. Das BGB sieht das „Vertretenmüssen“ des Schuldners nicht als Voraussetzung des Verzuges, sondern das „Nichtvertretenmüssen“ als „Hindernis“ (möglichen Befreiungsgrund) an. Was der Schuldner zu vertreten hat, ergibt sich aus den §§ 276 - 279.

(aa) Unvermögen bei Gattungsschulden, § 279

Bei einer Gattungsschuld wird eine oder mehrere Sachen aus einer Sachgruppe mit bestimmten Gattungsmerkmalen geschuldet. Bei Gattungssachen tritt objektive Unmöglichkeit nur dann ein, wenn die Leistung für jedermann unmöglich wird. Ist dagegen die Leistung aus der Gattung noch möglich, tritt grundsätzlich keine Unmöglichkeit ein, da auch der Schuldner noch in der Lage ist die Leistung zu erbringen. Infolgedessen hat der Schuldner gemäß § 279 daß Unvermögen zur vertragsmäßigen und rechtzeitigen Leistung regelmäßig zu vertreten. (Vorliegend liegt zweifelsohne keine Unmöglichkeit vor, da S noch in der Lage war die Leistung zu bewirken. Unmöglichkeit kann aber auch infolge Zeitablaufs gegeben sein, wenn die Leistung nicht mehr nachholbar ist, da das Interesse des Gläubigers mit dem Ablauf der Frist schlechthin wegfällt und damit die verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt – „absolutes Fixgeschäft“. Da aber wie unter A. bereits dargestellt nicht einmal ein relatives Fixgeschäft vorlag, scheidet denklogisch auch ein absolutes Fixgeschäft aus.) Fraglich ist, ob die 6. Teillieferung Zement ihren bisherigen Charakter als Gattungsschuld bereits durch „Konkretisierung“ nach § 242 II verloren hat und damit zur einfachen Stückschuld wurde unter der Voraussetzung, daß S das zur Leistung ihrerseits erforderliche getan hat, und damit § 279 nicht mehr anwendbar wäre. Das Ausmaß des seitens des Schuldners „Erforderlichen“ richtet sich danach ob eine Hol-, Schick,- oder Bringschuld vorliegt. Grundlage der Differenzierung ist die Frage, wo der Schuldner die abschließenden Leistungshandlungen vorzunehmen hat. Vorliegend einigten sich B und S darauf, daß S die jeweiligen Raten an der Baustelle des B anliefert. Folglich liegt eine Bringschuld vor, da S die 2000,- Sack Zement von der Gesamtmenge aussondern und die Erfüllung am Wohnsitz bzw. in diesem Falle den Geschäftssitz nach § 269 II vornehmen mußte. Da die

Konkretisierung daher immer erst mit dem tatsächlichen Angebot beim Gläubiger eintrat, war die Leistungsgefahr noch nicht auf B übergegangen. Die Lieferschwierigkeiten der LKW Firma könnten die S daher nicht exkulpieren. Gleichwohl meint § 279 nur die Gattungsschuld, als sie zugleich Beschaffungsschuld ist. Hat der Grund der Verzögerung mit der Natur des Schuldverhältnisses als Gattungsschuld (Beschaffungsschuld) nicht zu tun, gilt § 279 nicht. Auch bei der Vorratsschuld gilt § 279 nicht, da bei dieser, dem Schuldner keine Beschaffungsschuld obliegt, so daß der Grund der gesteigerten Einstandspflicht nicht zutrifft. Zwar schuldet S dem B den Zement nicht aus einem „bestimmten“ Vorrat, jedoch fällt bei einer Baustoffhandlung auch das dem § 279 eigene, typische Beschaffungsrisiko bezüglich des Zements, weg; § 279 wäre folglich nach der Natur des Schuldverhältnisses als Gattungsschuld, nicht anwendbar.

(ab) Ausgefallene oder anderweitig ausgelastete Transportfahrzeuge

Der Schuldner muß den Umstand, der zum Unterbleiben der Leistung führt, nach § 276 I durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursacht haben. Fraglich ist, ob S die Verzögerung der 6. Lieferung fahrlässig verursacht hat. Nach § 276 I 2 handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Vorliegend hätte S um nicht in Schuldnerverzug zu geraten, problemlos andere Fahrzeuge anmieten können, nachdem sie erfuhr, daß einzelne Fahrzeuge ausgefallen waren. Selbst wenn hypothetisch betrachtet, sämtliche Fahrzeuge erst am 1. Werktag des sechsten Monats ausfielen, wäre es nach allgemeiner Verkehrsanschauung in der heutigen Dienstleistungsgesellschaft unproblematisch gewesen, sich einen Transportersatz zu beschaffen. S handelte damit zumindest fahrlässig.

b) *Ergebnis – Verzug*

Nach allem ist S bezüglich der 6. Teillieferung in Verzug geraten.

2. Vergleichbare Interessenlage

Weiterhin müßte die Interessenlage in dem hierbei zu entscheidenden, nicht gesetzlich geregelten Fall mit der Interessenlage in den durch § 326 I 3, 325 I 2 geregelten Fällen vergleichbar sein. Einige Vertreter in der Literatur plädieren für eine entsprechende Anwendung der §§ 326 I 3, 325 I 2 bezüglich des Gesamtvertrages und fordern daher konsequent, daß der Gläubiger dartun muß, an der weiteren Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr zu haben. Eine vergleichbare Interessenlage wird wohl damit begründet, daß wenn der Käufer bei einem Ratenlieferungsvertrag einerseits die Befugnis zum isolierten

Geltendmachen von Rechten hinsichtlich der einzelnen Raten habe, er sich andererseits auch gefallen lassen müsse, daß Gesamtrechte an das Kriterium des Interessenfortfalls gebunden werden.

Andere Autoren in der Literatur meinen hingegen, daß die hier fragliche Problematik des Ratenverzuges und der im Gesetz vorgesehenen teilweisen Bewirkung der Leistung innerhalb der Nachfrist wertungsmäßig fundamental voneinander abweichen. Der Gesetzgeber bedachte bei § 326 I 3 in Verbindung mit § 325 I 2 die Situation, daß der Schuldner bis zum Ablauf der Frist nicht mit der gesamten Leistung, sondern lediglich mit einem Teil derselben ausbleibt. Hat der Schuldner bereits einen Teil geleistet und der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung Interesse, so hat der Gläubiger die Rechte aus § 326 I 2 nur hinsichtlich der Restleistung. Für den anderen Teil muß er die entsprechende Gegenleistung erbringen. Nur wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, kann er die Rechte aus § 326 I 3, 325 I 2 geltend machen. Die Regelung, daß der Gläubiger nur bei Interessenmangel vom gesamten Vertrag -also auch hinsichtlich des schon erhaltenen Teils der Leistung- zurücktreten bzw. Schadensersatz verlangen kann, ist daher gerechtfertigt, weil die Unsicherheit, ob der Schuldner die verzögerte Lieferung doch noch erbringt, dahingehend beseitigt wurde, daß dieser bereits einen Teil der Leistung erbracht hat. Betrachtet man die Situation beim Ratenlieferungsvertrag in Hinblick auf diese Wertungen, so ist die Situation bei diesem Vertragstyp eine gänzlich andere. Hierbei besitzt nämlich der Gläubiger keine Klarheit darüber, ob der Schuldner die zukünftigen Raten noch erfüllt oder ob er auch bezüglich dieser wiederum in Verzug gerät bzw. die Leistung gänzlich ausbleibt. Daher besteht auch keine Notwendigkeit, den Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte hinsichtlich des noch nicht erfüllten Vertragsteils nur unter der Einschränkung zuzubilligen, daß er an einer weiteren Erfüllung kein Interesse hat. Der zweiten Meinung wäre sich folglich anzuschließen. Die Interessenlage bezüglich der Ratenlieferungsverträge ist demnach nicht mit der Interessenlage in den durch § 326 I 3, 325 I 2 geregelten Fällen vergleichbar.

II. Ergebnis

Ein Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2, 280 II analog bezüglich des Gesamtvertrages scheidet demzufolge aus.

E. Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440 I, 326 I 2 analog hinsichtlich des Gesamtvertrages

B könnte jedoch gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Gesamtvertrages aus §§ 440 I, 326 I 2 analog haben.

I. Analogievoraussetzungen

Zu den Analogievoraussetzungen gilt das bereits dargestellte (D. I.). Fraglich ist jedoch wiederum, ob die Interessenlage in den durch § 326 I geregelten Fällen mit der Interessenlage in dem hier zu entscheidenden Fall vergleichbar ist.

Das Reichsgericht und ein Teil der Literatur fordern im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Geschäfts beim Ratenlieferungsvertrag, daß der Gläubiger wegen der gesamten ausstehenden Raten sofort nach § 326 I 1, 2 (analog) vorgehen kann, ohne das er nachweisen muß, daß die Erfüllung später fälliger Raten für ihn ohne Interesse ist. Aufgrund der längeren geschäftlichen Bindung zwischen den Vertragsparteien und den daraus resultierenden Auswirkungen auf den gesamten Geschäftsbetrieb, sei ein höheres Maß an Vertrauen hinsichtlich der korrekten Erfüllung der Verbindlichkeiten zu fordern, als dies bei einfachen Verträgen der Fall sei. Daher könne schon der Verzug mit einer einzelnen Rate hinreichen, daß Vertrauen des Gläubigers auf die pünktliche Leistung der weiteren Raten und damit die Grundlage des ganzen Vertrages zu erschüttern. Begründet wird diese Ansicht vor allem mit der historischen Entstehungsgeschichte des BGB und der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts zu den Artt. 354, 355, 359 ADHGB. Danach war es in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts ein feststehender Grundsatz, daß bei Zahlungs- oder Lieferungsverzug hinsichtlich einer Rate der Gläubiger stets das Recht habe, den Verzug als gänzliche Nichterfüllung des Vertrages zu behandeln. Dieser Grundsatz (nach den Artt. 354, 355, 359 ADHGB) solle nach dem Willen des historischen Gesetzgebers durch § 326 I ersetzt worden sein. Dabei entspreche Satz 3 dem Art. 359 HGB, § 326 I Satz 1 und 2 ersetze im BGB die Art. 354, 355 ADHGB. Daher zwingt die allg. Regelung in § 326 nicht dazu, „von der bisherigen, praktisch bewährten Rechtsprechung abzugehen“. Folglich wäre die Interessenlage in den durch § 326 I geregelten Fällen mit der Interessenlage bei Ratenlieferungsverträgen vergleichbar.

Zu dieser Ansicht ist jedoch anzumerken, daß auch nach den Regelungsvorstellungen des historischen Gesetzgebers, bei der Erörterung ein auf einmal zu erfüllender Vertrag zugrunde gelegt wurde. Der entscheidende Punkt der voran dargestellten Ansicht, daß die Verzugsfolgen, betrachtet man die einzelnen Raten unabhängig voneinander, Teile des Vertrages berühren, bezüglich derer der Schuldner nicht in Verzug ist, kann daher der Entstehungsgeschichte des § 326 nicht entnommen werden, da der Ratenlieferungsvertrag und die dabei auftretenden Probleme insofern nicht von Bedeutung waren. Auch die Argumentationsführung des Reichsgerichts bezüglich der Einheitlichkeit des Vertrages und des Vertrauensverlustes des Gläubigers bezüglich weiterer Raten erregt schon deshalb Bedenken, weil in ihr ohne Begründung der Verzug mit einer Rate, die Verzugsfolgen auch auf die restlichen noch nicht fälligen Raten übergreifen lassen. Zwar kann es durch den

Schuldnerverzug mit einer Rate durch die Einheitlichkeit und Dauer des Vertrages zu dem vom Reichsgericht angeführten Vertrauensverlust des Gläubigers kommen, doch kann auch dieser nicht die Problematik des Verzugs mit noch nicht fälligen Raten begründen. Es erscheint zweifellos aus wirtschaftlichen und vor allem vertraglichen Interessen der Vertragspartner erforderlich zu sein, dem Verzug mit einer Rate auch Bedeutung für die ausstehenden Raten beizumessen. Der Heranziehung allein des § 326 I analog und ein „Zurückgreifen“ auf die Artt. 354, 355, 359 ADHGB ist aus den dargestellten Gründen jedoch nicht beizupflichten.

II. Ergebnis

Ein Anspruch des B auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Gesamtvertrages kann daher nicht aus den §§ 440 I, 326 I 2 hergeleitet werden.

F. Anspruch des B gegen S aus pVV i.V.m. § 326 I 2 analog

Schließlich könne B gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Gesamtvertrages nach den Grundsätzen der positiver Vertragsverletzung (pVV) i.V.m. § 326 I 2 analog haben. Dies setzt voraus, daß die pVV anwendbar und begründbar ist. Eine solche Lösung hätte den Vorteil, daß sie trotz Anwendung des § 326 I analog keinen Verzug über die jeweils fällige Rate hinaus erfordern würde.

I. Rechtsgrundlage der pVV

Entwickelt wurde die pVV von Hermann Staub aus einer Analogie zu den §§ 280, 286, 325, 326. Als Anspruchsgrundlage ist die pVV seit langem auch gewohnheitsrechtlich anerkannt. Aus § 11 Nr. 7 AGBG, der eine Haftung für eine Pflichtverletzung voraussetzt, ergibt sich, daß mittlerweile auch der Gesetzgeber diesem Rechtsinstitut gefolgt ist.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Es müssen die Voraussetzungen für eine positive Vertragsverletzung der S vorgelegen haben.

1. Schuldverhältnis

Ein Anspruch aus pVV kann nur entstehen, wenn im Zeitpunkt der Verletzungshandlung zwischen dem Anspruchsteller und dem Anspruchsgegner ein wirksamer Schuldverhältnis bestand. Wie bereits dargelegt (B.,I.,1.), ist zwischen B und S ein Schuldverhältnis in Form eines Kaufvertrages mit der Besonderheit rechtlich eigenständiger Einzellieferungen zustande gekommen.

2. Gesetzlich nicht geregelte Pflichtverletzung

Darüber hinaus setzt die Anwendbarkeit des Rechtsinstituts der positiven Vertragsverletzung voraus, daß eine gesetzliche Regelungslücke besteht – sog. „Subsidiarität“ der pVV. Positive Vertragsverletzungen des Schuldners sind damit alle Verletzungen von Vertragspflichten, soweit sie nicht Unmöglichkeit oder Verzug zur Folge haben oder im Gewährleistungsrecht geregelt sind. Die Bezeichnung positive Vertragsverletzung ist jedoch nicht ganz zutreffend. Die Verletzung braucht nämlich nicht in einem positiven Handeln, sondern kann auch in einem Unterlassen bestehen. Weiterhin geht es nicht nur um die Verletzung von Vertragspflichten, sondern auch um Störungen nichtvertraglicher Schuldgeschäfte (z.B. GoA). Zwar ist der Begriff aus heutiger Sicht sicherlich zu eng, er trifft aber noch immer die praktisch ganz im Vordergrund stehenden Fälle und hat sich so sehr eingebürgert, daß man an ihm festhalten sollte, zumal die vorgeschlagenen anderen Bezeichnungen („positive Forderungsverletzung, „Schlechterfüllung“ etc.) entweder gleichsam zu eng oder zu farblos sind.

Fraglich ist insoweit, ob eine Pflichtverletzung der S gegenüber dem B vorliegt, für die eine gesetzliche Regelungslücke besteht. Die positive Vertragsverletzung umfaßt vor allem zwei große Fallgruppen: die Schlechterfüllung sowie die Verletzung von Schutzpflichten und unselbständigen Nebenpflichten. Als Schlechterfüllung im eigentlichen Sinn ist sowohl die Erbringung einer qualitativ minderwertigen Leistung –sofern nicht durch die spezielleren Gewährleistungsvorschriften geregelt– als auch die nicht rechtzeitige („zeitlich schlechte“) Erfüllung –sofern nicht durch Verzugsvorschriften geregelt– anzusehen. In dem Verzug mit einer Einzellieferung, der keinen Verzug mit allen aus dem Ratenlieferungsvertrag erwachsenden Leistungen bedeutet und die Rechte aus den §§ 284 ff., 320 ff. daher auf die Teilleistung beschränkt, kann daher zugleich eine Pflichtverletzung bezüglich des Ratenlieferungsvertrages liegen, die seiner weiteren Durchführung entgegensteht. Bezüglich der noch nicht fälligen Raten liegt dabei weder Verzug noch Unmöglichkeit vor, so daß eine gesetzliche Regelungslücke zu bejahen wäre. Da sich die Leistungsstörung hinsichtlich der 6. Teillieferung zugleich als Verletzung der sich aus dem Ratenlieferungsvertrag ergebenden Verpflichtungen darstellt, ist eine primäre schuldrechtliche Leistungspflichtverletzung bezüglich des Gesamtvertrages und damit eine „Schlechterfüllung“ der S in jedem Falle zu bejahen. Bezüglich der noch ausstehenden Raten liegt auch mangels Fälligkeit kein Verzug und damit eine gesetzliche Regelungslücke vor .

Weiterhin kommt eine Nebenpflichtverletzung der S gegenüber dem B dadurch in Betracht, daß S es unterließ, dem B von der nicht fristgemäßen Lieferung sofort zu unterrichten. Eine Auskunftspflichtverletzung ist dann anzunehmen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich

bringen, daß der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete zur Beseitigung der Ungewißheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann. Grundlage hierfür ist § 242, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Jedoch ist dem „Treu und Glauben“ Grundsatz keine allgemeine Auskunftspflicht „jedermanns“ gegenüber „jedermann“ zu entnehmen. Der Anspruch ist folglich ausgeschlossen, wenn der Berechtigte sich aus ihm zugänglichen Informationsquellen informieren kann. Dahinter steht der Gedanke, daß sich grundsätzlich jeder in derselben Weise über den Umfang oder das Bestehen seines Rechts informieren kann, so daß er es sich letztlich selbst zuzuschreiben hat, wenn er eine solche Informationsbeschaffung unterläßt. Im vorliegenden Fall hätte B sich gleichsam sofort in zumutbarer Weise bei S darüber informieren können, warum die 6. Lieferung nicht fristgemäß erfolgte. S hat folglich keine Auskunftspflicht gegenüber B dadurch verletzt, daß sie es unterließ, B sofort über die Gründe der nicht fristgemäßen Lieferung der 6. Rate zu unterrichten. In Betracht kommt weiterhin, daß S eine kaufvertragliche Nebenpflicht gegenüber B, in der Ausprägung der sog. Leistungstreupflicht verletzt hat. Treu und Glauben gebieten hierbei insbesondere, daß der Schuldner alles zu tun hat, um den Leistungserfolg vorzubereiten, herbeizuführen und zu sichern. Die Leistungstreupflicht gebietet damit, daß die Vertragsparteien alles zu unterlassen haben, was den Vertragszweck und den Leistungserfolg beeinträchtigen oder gefährden könnte. Wann eine solche Pflichtverletzung vorliegt, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Bei Verträgen, die ein langfristiges Zusammenwirken der Parteien erfordern, sind an die Leistungstreue höhere Anforderungen zu stellen als bei einfachen Umsatzgeschäften. Vorliegend wäre S, vor allem im Hinblick auf die langfristige vertragliche Bindung mit B, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sich um einen Transportersatz zu bemühen oder die anderweitig ausgelasteten Lastwagen zugunsten des B anders zu disponieren, um damit den weit im voraus benannten Liefertermin der 6. Rate nicht zu versäumen und damit den gesamten Vertrag auch bezüglich der noch nicht fälligen Raten zu gefährden. Folglich stellt das Verhalten der S auch eine sich aus § 242 ergebende Verletzung der Leistungstreupflicht gegenüber dem B dar.

3. Verschulden, § 276

Durch das pflichtwidrige Verhalten der S bezüglich des Gesamtvertrages und der daraus resultierenden Gefährdung der Vertrauensbasis des gesamten Vertrages, hat S zumindest den Vertragszweck fahrlässig gemäß § 276 I gefährdet und damit

schuldhaft gehandelt. Danach sind die Voraussetzungen für eine positive Vertragsverletzung des Ratenlieferungsvertrages durch S gegeben.

III. Rechtsfolge

Grundsätzlich wird bei der pVV der Schaden ersetzt, der aus der Pflichtverletzung entstanden ist. Der Schadensersatzanspruch tritt -ähnlich wie der Anspruch aus § 286 I- regelmäßig neben den Anspruch auf Erfüllung der Hauptleistung. Bei gegenseitigen Verträgen ist der geschädigte Vertragsteil jedoch nicht auf die Geltendmachung eines solchen Schadens beschränkt; der von der positiven Vertragsverletzung betroffene Vertragsteil kann vielmehr unter gewissen Voraussetzungen weitere Rechte geltend machen, die ihrem Inhalt nach den sich aus § 326 ergebenden Rechte -Rücktritt oder Schadensersatz- entsprechen. Der Anspruch aus pVV tritt dann -wie der Anspruch aus § 326 I- an die Stelle des Erfüllungsanspruchs.

1. Möglichkeit der Kündigung aus „wichtigem Grund“

Einige Vertreter in der Literatur lehnen diesen Lösungsansatz jedoch ab, da im Falle der Bejahung eines Rücktrittsrecht vom Ratenlieferungsvertrag in entsprechender Anwendung des § 326 I 2, die in den §§ 327 Satz 1, 346 aufgezeigten Rücktrittsfolgen -nämlich die Zurückgewährung der bereits empfangenen Leistungen- konsequenter Weise Anwendung finden müßten, was zu nicht sachgemäßen Ergebnissen führen würde. Hierzu wird angeführt, daß ein Ratenvertrag seinem Wesen nach, gleichsam ein Dauerschuldverhältnis sei. Dauerschuldverhältnisse würden nach der ganz überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, falls keine Befristung vorliegt, mittels einer „ordentlichen“ Kündigung beendet. Bei der vorzeitigen Vertragsbeendigung eines nicht gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnisses komme hingegen nach allgemeiner Ansicht nur ein Kündigungsrecht aus „wichtigem Grund“ („außerordentliche“ Kündigung) in Betracht, die die Rechtsprechung aus den §§ 554a, 626 I, 723 I, HGB 89b bzw. auch aus § 242 als nunmehr allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt hat. Ein „wichtiger Grund“ wäre gegeben, wenn Tatsachen vorlägen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages für den Kündigenden unzumutbar machen würden. Durch die Betrachtung des Ratenlieferungsvertrages als Dauerschuldverhältnis läge daher die Feststellung nahe, daß das Rücktrittsrecht für den noch nicht erfüllten Teil des Ratenvertrages in Wirklichkeit eine Kündigung aus „wichtigem Grund“ sei, da wegen des Ratenverzugs der Gesamtvertrag auch „unplanmäßig“ beendet werden solle. Daraus folge, daß man durch eine Analogie zu den §§ 626 I, 723 I 2 auf die Anwendung der Grundsätze der pVV und den damit verbundenen Rechtsfolgen

des § 326 verzichten könne, da für jene Dauerschuldverhältnisse, die eine persönliche Zusammenarbeit und ein gutes, vertrauensvolles Einvernehmen erfordern, eben der Ratenverzug als Kündigung aus „wichtigem Grund“ angesehen werden könne. Ein wichtiger Grund, der zur Kündigung berechtige, wäre in Anlehnung an die Formulierung des § 626 I dann gegeben, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses dem Kündigenden nicht mehr zuzumuten wäre. Die „Zumutbarkeit“ bestimme sich dabei nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Vertragszweck. Der Vorteil dieser Lösung gegenüber einem Rücktrittsrecht läge darin, daß die außerordentliche Kündigung nur die noch nicht fälligen Raten erfasse und damit die bereits erbrachten, ihrer Bestimmung schon zugeführten Leistungen, unangetastet blieben.

2. Die Meinung des BGH

Nach Auffassung des BGH kann bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen und von einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis abhängigen Ratenlieferungsvertrag, sofern der Verkäufer durch schuldhaftes Verhalten den Zweck des Vertrages und seine reibungslose Durchführung ernsthaft gefährde, der Käufer unter dem Gesichtspunkt der pVV von der weiteren Vertragserfüllung Abstand nehmen und nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung -also das „positive“ Erfüllungsinteresse- hinsichtlich der noch ausstehenden Raten verlangen oder auch vom Verträge hinsichtlich der noch ausstehenden Raten (grundsätzlich mit Wirkung ex nunc) zurücktreten. (Hierbei ist jedoch zu beachten das der BGH seit dem Urteil v. 5. 11. 1980 – VIII ZR 232/79, NJW 1981, S. 679 bei Ratenlieferungsverträgen nicht mehr ausdrücklich die Grundsätze der pVV anwendet. Der BGH führt allerdings nach wie vor bei der entsprechenden Anwendung des § 326 deren Voraussetzungen an.) Der Ratenlieferungsvertrag sei gerade nicht als Dauerschuldverhältnis zu spezifizieren und infolgedessen nicht die Kündigung aus „wichtigem Grund“, sondern der Rücktritt als einschlägige Rechtsfolge anzuwenden.

3. Stellungnahme

Ob eine Kündigung des Gläubigers aus wichtigem Grund zuzulassen ist, ist nach den Vertretern der zuerst genannten Ansicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, unter Beachtung des Vertragszwecks und damit, je nachdem, ob dem Gläubiger ein weiteres Festhalten am Vertrag zumutbar ist oder nicht, zu würdigen. Um bei einer außerordentlichen Kündigung den „wichtigen Grund“ zu rechtfertigen, ist folglich ein Rückgriff auf ein potentielles Fehlverhalten des Schuldners unumgänglich. Dieses eventuelle Fehlverhalten des Schuldners ist bei einem Ratenlieferungsvertrag jedoch regelmäßig der Verzug mit einer Einzellieferung, der in analoger Anwendung der §§ 284, 326 gewürdigt wird. Die

Vertreter dieser Ansicht müßten deshalb ohnehin im Hinblick auf die Einzellieferung das „Fehlverhalten“ des Schuldners unter den Tatbestand der §§ 284, 326 (analog) subsumieren, um danach fragen zu können, ob bezüglich des Gesamtvertrages im Rahmen der außerordentlichen Kündigung ein Festhalten am Vertrag für die Zukunft, unter Berücksichtigung des im Rahmen der Leistungsstörungsvorschriften gezeigten Fehlverhaltens des Schuldners, noch zumutbar ist. Eine klarere und weniger umständliche Beurteilung des jeweiligen Sachverhalts ist demzufolge damit zu erreichen, die ohnehin als Voraussetzung der pVV zu fordernde Pflichtverletzung des Schuldners -in dem Falle eine Leistungsstörung hinsichtlich der jeweiligen Einzellieferung- aufzuzeigen, um dann im Wege der analogen Anwendung des § 326 I als Rechtsfolge einer positiven Vertragsverletzung in bezug auf den Ratenlieferungsvertrag ein Rücktrittsrecht des Gläubigers zu würdigen, je nachdem ob ein weiteres Festhalten am Vertrag noch zumutbar erscheint oder nicht.

Ein Ratenlieferungsvertrag, bei dem die Leistungsmenge von vornherein bestimmt ist und der sich vom normalen Kaufvertrag nur durch Aufspaltung des Leistungsaustausches in mehrere rechtlich selbständige Teilakte unterscheidet, ist entgegen der erstgenannten Auffassung auch nicht als Dauerverpflichtung i.S. eines gesetzlich nicht geregelten Dauerschuldverhältnisses auszulegen. Eine „Anlehnung“ an die Kündigung aus „wichtigen Grund“ ist nur bei jenen gesetzlich nicht geregelten Dauerverpflichtungen sachgerecht, die mangels festbestimmter Liefermengen oder Höchstmengen den Dauerschuldverhältnissen so nahe stehen, daß hierfür die „außerordentliche“ Kündigung als das sachgerechteste Mittel der Vertragsbeendigung erscheint.

Zwar ist mit den Vertretern der erstgenannten Ansicht übereinzustimmen, daß der Rücktritt nur mit Wirkung für die Zukunft den Gläubiger zugesprochen werden sollte, da dieser regelmäßig an den bisher erhaltenen Teillieferungen ein weiterbestehendes Interesse besitzt, was vor allem für solche Lieferverträge gilt, die auf den Verbrauch bestimmter Güter gerichtet sind, dennoch gilt diese Regelung nur grundsätzlich. Der Rücktritt bezieht sich nämlich nach allgemeiner Ansicht ausnahmsweise auch auf die bereits erbrachten Teillieferungen, wenn der Gläubiger nachweisen kann, daß er an diesen Lieferungen kein Interesse mehr hat. Der Vorwurf der Inkonsequenz dieses Lösungsweges, da ein Rücktritt und damit eine Rückabwicklung lediglich für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit wirke, ist demzufolge nicht berechtigt, da es sich um einen tatsächlichen Rücktritt vom Ratenlieferungsvertrag für die Zukunft und die Vergangenheit handelt, wobei letzteres jedoch vom Gläubiger infolge gegenteiliger Vermutung besonders glaubhaft gemacht werden muß. Die außerordentlichen Kündigung hingegen kann diesem Fall nie Rechnung tragen, da es sich bei einer Kündigung, um die Aufhebung eines

Dauerschuldverhältnisses für die Zukunft handelt. Wollte man einer solchen Kündigung auch Wirkung hinsichtlich bereits erbrachter Einzellieferungen beimessen, so bedürfte es einer mit dem Wesen der Kündigung nicht vereinbarenden Analogie.

Der zweiten Meinung wäre sich folglich anzuschließen.

4. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

Damit ist bei einer pVV eines gegenseitigen Vertrages für ein Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung als „weitere Voraussetzung“ entsprechend § 326 I grundsätzlich eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erforderlich. Dem Verkäufer soll eine letzte Möglichkeit zur Vertragserfüllung gegeben und noch einmal nachdrücklich die Folgen eines weiteren vertragswidrigen Verhaltens vor Augen geführt werden. Dem Gläubiger ist es auch regelmäßig zuzumuten, den Schuldner vor den einschlägigen Folgen eines Rücktritts oder eines Schadensersatzverlangens zu warnen und ihn gleichzeitig eine angemessene Frist zur Rückkehr zu vertragsgetreuem Verhalten einzuräumen. Die Fristsetzung kommt dabei für den Schuldner eine gewisse Schutzfunktion zu, da er nicht mit einer etwaigen Rücktrittserklärung oder einem Schadensersatzverlangen des Gläubiger überrascht wird, sondern durch die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung für ihn eine klare Rechtssituation geschaffen wird und er damit die Möglichkeit hat, das Versäumte nachzuholen bzw. die künftige Vertragserfüllung zu sichern. Der Käufer muß deshalb klar zum Ausdruck bringen, daß er bei fruchtlosen Fristablauf die gesamten noch ausstehenden Raten ablehnt. Die Fristsetzung und Ablehnungsandrohung müssen in ein- und derselben Erklärung enthalten sein. Den Erfordernissen einer Ablehnungsandrohung i.S. von § 326 I 1 genügt dabei jede Erklärung, die hinreichend erkennen läßt, daß der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch für den Fall nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners definitiv aufgibt. Vorliegend hat B bei dem Telefonat mit S zum Ausdruck gebracht, daß er bei weiteren Ausbleiben der 6. Teillieferung nach dem Fristablauf von vier Tagen von dem Vertrag mit S zurücktreten und Schadensersatz verlangen werde. B forderte S zunächst auf, ihre Verpflichtungen bezüglich der 6. Teillieferung zu erfüllen, um den Fortgang seiner Arbeiten sicherzustellen. Er drohte hingegen für den Fall, daß S nach der Frist von vier Tagen immer noch nicht geliefert und damit ihre Verpflichtung bezüglich der Einzelrate erfüllt hat, die Ablehnung des gesamten Vertrages und damit aller noch ausstehender Raten an. Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung waren damit in ein- und derselben Erklärung des B enthalten. Fraglich ist, ob der Wirksamkeit der Ablehnungsandrohung entgegensteht, daß B für den Fall des Fristablaufes durch S, zur Vertragsabwicklung Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung

bezüglich des Gesamtvertrages androhte. Einziges Wirksamkeitserfordernis der Ablehnungsandrohung ist allerdings die bestimmte Erklärung des Gläubigers, er werde nach Ablauf der Nachfrist die Leistung ablehnen. Da auch im Hinblick auf das im Gesetz vorgesehene Wahlrecht, die ambivalente Erklärung, man werde vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen, vorbehaltlos erkennen läßt, daß der Gläubiger jedenfalls eine Erfüllung nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist ablehnt, entspricht sie den gesetzlichen Anforderungen für eine Ablehnungsandrohung. Da jeder der beiden angekündigten Rechte für sich gesehen ein Abgehen vom Erfüllungsanspruch impliziert („§ 326 I 2, 2. HS - der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen“), wäre es eigenartig, wenn für deren Kombination etwas anderes gelten sollte. Die Angemessenheit der Nachfrist beurteilt sich nach den jeweiligen Umständen. Keinesfalls muß die Nachfrist so lang sein, wie die ursprüngliche Frist zur Erbringung der Leistung. Vielmehr ist vorauszusetzen, daß die Leistung weitgehend fertiggestellt ist und daß der Schuldner lediglich Gelegenheit erhalten soll, seine im wesentlichen abgeschlossene Leistung vollendens zu erbringen. S war es vorliegend zweifelsohne zuzumuten, innerhalb von vier Tagen den ohnehin schon vorrätigen Zement dem B anzuliefern.

Somit liegt eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung des B gegenüber S vor.

5. Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung

Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung des B bezüglich des Gesamtvertrages wäre, daß infolge der Pflichtverletzung, die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar geworden sein muß. Der Vertragszweck muß hierbei derart gefährdet sein, daß dem vertragstreuen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach Treu und Glauben, die Fortsetzung des Vertrages und damit auch die Bewirkung der ihm nach dem Verträge an sich obliegende Leistung nicht mehr zugemutet werden kann. Fraglich ist allerdings, ob der Verzug mit nur einer Rate die Auflösung des gesamten Ratenlieferungsvertrag zu rechtfertigen vermag. Die dem Ratenlieferungsvertrag immanente zeitliche Dimension bringt es mit sich, daß sich jeder Vertragspartner auf die pünktliche Lieferung der Raten verlassen können muß, weil er sie seinerseits für den Fortgang seiner Geschäfte benötigt, regelmäßig schon verplant hat und in Schwierigkeiten käme, wenn sie nicht erbracht werden würden. Die langfristige Bindung und Beschränkung der Dispositionsfreiheit der Parteien bringt eine höhere Sensibilität der Vertragsbeziehung mit sich, als dies bei kurzfristigen Austauschgeschäften der Fall ist. Ein Ratenlieferungsvertrag erfordert folglich ein vertrauensvolles Einvernehmen und führt durch die gegenseitige Abhängigkeit der Parteien zu

einer persönlichen Zusammenarbeit. Vorliegend ist bei einem Ratenlieferungsvertrag über 20.000 Sack Zement (1000 t Zement!) von einem immensen Bauvorhaben des B auszugehen. Es ist in lebensnaher Auslegung des Sachverhalts davon auszugehen, daß B als Bauherr eines solchen Bauprojekts dieses nicht für den privaten Eigengebrauch errichtet und damit die Einhaltung von Fertigstellungsterminen z.B. für etwaige Mieter oder potentielle Wohnungseigentümer oder auch Gewerbeleistende etc. präzise beachten muß. Selbst wenn eine etwaige Konventionalstrafe nicht vereinbart ist, würde es zumindest seinem Ruf in den entsprechenden Kundenkreisen schädigen, wenn man sich auf seine Terminangaben nicht verlassen könnte. Weiterhin ist der große logistische Aufwand eines solchen Bauvorhabens zu beachten, der schon durch den Verzug mit nur einer Teillieferung Zement ad absurdum geführt werden könnte. Auch wenn B sich, hypothetisch betrachtet, ein Anwesen für seinen alleinigen Gebrauch schaffen würde, wäre er hierbei aufgrund notwendiger logistischer Vorplanung auf die fristgerechte Lieferung des Zements vor allem in Hinblick auf andere handwerkliche Bereiche, wie z.B. Fliesenleger, Elektriker, Heizungsbauer etc., angewiesen. Kommt es zu einer verspäteten bzw. zu gar keiner Lieferung einer Zementrate und verzögert sich damit eventuell die Fertigstellung bzw. ist eine logistische Planung des Bauprojekts nicht mehr möglich, so wird das Vertrauen des B, in eine dem Vertragszweck gewährleistende Zusammenarbeit mit S, folglich bereits erschüttert sein. Vorliegend bestanden für B auch berechtigte Gründe für die Annahme einer negativen Prognose hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung, daß auch die späteren Raten nicht vertragsgemäß geliefert werden, da schon Mahnung und Fristsetzung die S nicht zur Leistung der fälligen Rate veranlaßt haben. Nach allem wäre es für B nicht zumutbar, an dem Ratenlieferungsvertrag mit S festzuhalten und damit derartige Entwicklungen und die sich daraus ergebenden Schäden abzuwarten.

6. Eigene Vertragstreue

Ebenso wie im Fall des § 326 steht das Rücktrittsrecht bzw. der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auch bei der pVV grundsätzlich nur dem vertragstreuen Gläubiger zu. Wer selbst nicht vertragstreu ist, kann, solange dieser Zustand andauert, aus der Vertragsverletzung des Gegners keine Rechte aus § 326 herleiten („Tu-quoque-Grundsatz“- „clean hands“ Argument). Fraglich ist hierbei, ob B dadurch, daß er einen Deckungskauf noch vor Ablauf der von ihm gesetzten Nachfrist tätigte, sich gegenüber S vertragsuntreu verhalten hat. B könnte dadurch den Vertragszweck gleichsam gefährdet haben. Hierzu ist jedoch anzumerken, daß nach dem Grundsatz der

Privatautonomie jeder grundsätzlich frei darüber entscheiden kann, ob und mit wem er einen Vertrag abschließen will. Der Gläubiger setzt sich bei einem weiteren Vertragsschluß, bevor die primäre Leistungspflicht infolge einer Nachfristsetzung nach § 326 I 1 mit Ablauf der Nachfrist erloschen ist, lediglich der Gefahr aus, daß er die Leistung -als Käufer- doppelt erhält oder sie -als Verkäufer- ein zweites Mal erbringen muß, falls der Schuldner bis zum Fristablauf seiner Leistungspflicht doch noch nachkommt. Würde der Schuldner am fälligen Leistungstermin liefern und damit selbst vertragstreu sein, müßte außerdem der Gläubiger überhaupt kein Deckungskauf vornehmen. Vorliegend hat der Deckungskauf des B auch nicht dazu geführt, daß er zur Annahme der von S geschuldeten Leistung nicht mehr bereit oder in der Lage gewesen wäre. B hat in seinem Telefonat mit S schlüssig seine Erfüllungsbereitschaft bis zum Ablauf der für die Zementlieferung gesetzte Nachfrist zum Ausdruck gebracht. Der Schadensersatzanspruch des B ist daher nicht wegen eigener Vertragsuntreue ausgeschlossen.

7. Schadensersatzanspruch

Da zugunsten des B die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, könnte B wegen positiver Vertragsverletzung der S einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen. Mit Ablauf der Nachfrist ist der Erfüllungsanspruch des B hinsichtlich aller von der S nicht erbrachten Teillieferungen erloschen und ein Anspruch aus pVV auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle derselben getreten (§ 326 I 2 – analog). Kraft synallagmatischer Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung erlischt nach Fristablauf auch der Gegenleistungsanspruch des Schuldners.

a) Wahlrecht des Gläubigers

Der Gläubiger hat nunmehr das Wahlrecht zwischen dem Rücktritt und der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Nach § 326 I 2 ist der Gläubiger nach Ablauf der Frist nur berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten; die Rechte des Gläubigers stehen damit in elektiver Konkurrenz. Eine Kombination beider Rechtsbehelfe läßt der Wortlaut des § 326 damit nicht zu; der Gläubiger muß sich entweder für Schadensersatz oder für Rücktritt entscheiden.

Da die Einzellieferungen rechtlich selbständig sind, werden die bereits ordnungsgemäß erfüllten Lieferungen dabei weder in das Rückgewährschuldverhältnis einbezogen noch beim Schadensersatzanspruch berücksichtigt. Fraglich ist, ob B dadurch, daß er bereits in der Ablehnungsandrohung deutlich gemacht hat, er werde bei „fruchtlosem“ Fristablauf vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen, bereits

bindend sein Wahlrecht gemäß § 326 I ausgeübt hat und damit dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung als „Hindernis“ der Rücktritt vom Vertrag entgegensteht. Nach der Rechtsprechung kann nämlich schon in der Ablehnungsandrohung der Rücktritt vom Vertrag für den Fall des ungenutzten Ablaufs der Nachfrist zu sehen sein. Wenn schon im Androhungsschreiben wirksam der Rücktritt vom Vertrag erklärt wurde, wäre nach Fristablauf der Übergang zum Schadensersatzanspruch nicht mehr möglich. Begründet wird dies mit dem rechtsgestaltenden Charakter der Rücktrittserklärung und deren Unwiderruflichkeit, da das Schuldverhältnis durch den Rücktritt in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt worden ist. Keine Bedenken bestehen nach der Rechtsprechung i.d.R. gegen den Übergang vom Schadensersatzverlangen zum Rücktritt. Erst wenn der Gläubiger den Schadensersatzanspruch als Erfüllung angenommen hat, endet -nach der Rechtsprechung- sein *ius variandi*. Die überwiegende Meinung in der neueren Literatur tritt hingegen für ein uneingeschränktes *ius variandi* des Gläubigers bis zum Fristablauf ein. Die Bindung des Gestaltungsberechtigten an die Gestaltungserklärung sei danach kein Axiom, sondern das Ergebnis einer Interessenabwägung, die zur Widerrufbarkeit vor Ablauf der Nachfrist sowie zum Überwiegen des Gläubigerinteresses an einer elastischen Vertragsabwicklung führe, solange sich der Schuldner noch nicht durch konkrete Vertrauensinvestitionen auf den gewählten Rechtsbehelf eingestellt habe. Der Schuldner, der sich nicht darauf verlassen könne, daß es überhaupt zur angedrohten Umsteuerung des Vertrages kommt, könne auch nicht darauf vertrauen, daß es bei der vom Gläubiger avisierten Abwicklungsmodalität bleibe.

b) „Einordnung“ der Erklärung

Einer Entscheidung bezüglich der beiden Ansichten bedarf es indes nur, wenn in der Ablehnungsandrohung des B eine wirksame Rücktrittserklärung gegenüber der S zu sehen ist. B gebrauchte zwar in der Ablehnungsandrohung den Ausdruck „zurücktreten“, er kündigte jedoch gleichsam die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen an. Aufgrund des strikten Alternativverhältnisses hat die Rechtsprechung selbst dem Wortlaut nach ausdrückliche Rücktrittserklärungen daraufhin geprüft, ob wirklich der Rücktritt i.S. des § 349 gemeint ist. Der BGH stellt bei widersprüchlichen Aussagen des Gläubigers vor allem auf die im Vordergrund stehende wirtschaftliche Interessenlage ab. Vorliegend hatte B keinerlei Interesse, die bereits erhaltenen Zementsäcke an S zurück zu gewähren. Zudem ist die Erklärung laien günstig auszulegen. B wollte gegenüber S lediglich zum Ausdruck bringen, daß er auf die geschuldete Ware

keinen Wert mehr lege, da die gesetzestechnische Bedeutung des Wortes „Rücktritt“, nach allgemeiner Verkehrsauffassung, dem Laien wohl eher fremd sein dürfte. Infolgedessen ist in der Ablehnungsandrohung keine wirksame Rücktrittserklärung des B gegenüber der S zu sehen.

Auch die Erklärung des B gegenüber der S nach dem Ablauf der Nachfrist, daß er nunmehr vom Vertrag zurücktrete und Schadensersatz verlange, muß im Lichte der Ankündigung der Ablehnungsandrohung interpretiert werden. B verlangte nunmehr konkret 8.000,- DM Schadensersatz wegen Nichterfüllung und stellte damit klar seine wirtschaftliche Interessenlage, seinen Verlust in Geld auszugleichen, in den Vordergrund. S mußte sich vielmehr darüber bewußt sein, daß schon aus praktischen Erwägungen B den vielleicht schon in Beton verarbeiteten Zement nicht rückgewähren wollte und konnte. Demzufolge konnte S nach der allgemeinen Verkehrsanschauung die ambivalente Erklärung des B nicht dahingehend verstehen, daß B eine Auflösung des Schuldverhältnisses herbeiführen wollte. Nach allem hat B sich nicht durch eine Rücktrittserklärung den Übergang zu einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung abgeschnitten.

8. Inhalt und Umfang des Ersatzanspruchs

Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung richtet sich auf das „positive Interesse“. Der Gläubiger kann verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Schuldner den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Zur Berechnung des Nichterfüllungsschadens bedarf es daher eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage.

a) Methode der Schadensermittlung

Aus dem Ausschluß des Erfüllungsanspruchs folgt, daß der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung grundsätzlich nicht auf Naturalherstellung im Wege der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 gerichtet sein kann, sondern der Gläubiger vielmehr gemäß §§ 251, 252 vermögensmäßig (in Geld) zu entschädigen ist. Während früher die Rechtsprechung der Ansicht war, der Gläubiger (der seinerseits noch nicht geleistet hat) könne Schadensersatz auch in der Form beanspruchen, daß er seine Leistung erbringe und Schadensersatz in voller Höhe (also etwa Gegenleistung und entgangener Gewinn) geltend mache, ist der BGH nun zu Recht der Ansicht, daß dies mit dem von § 326 I 2, 2 Hs. angeordneten Ausschluß des Erfüllungsanspruchs inkompatibel ist. Der Gläubiger kann also Schadensersatz nur in der Höhe der Differenz des Wertes der Gegenleistung und des Wertes der eigenen Leistung

nach der Differenztheorie verlangen, da sich das ursprüngliche vertragliche Austauschverhältnis in ein einseitiges Abrechnungsverhältnis verwandelt hat und damit die beidseitigen Ansprüche zu unselbständigen Rechnungsposten werden. Die dort herangezogene eingeschränkte Differenztheorie kommt demzufolge nur noch im Falle des § 325 in Betracht. Mit dem gleichen Begründungsansatz wäre auch die Austausch- oder Surrogationstheorie abzulehnen, da auch hierbei der Gläubiger Zug um Zug gegen Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht die ihm geschuldete Gegenleistung verlangen kann.

b) Berechnung des Schadens, §§ 251, 252

Grundsätzlich ist für die Schadensberechnung ein konkreter Schadensnachweis erforderlich, also die Darlegung im Einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßigem Verhalten entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich entwickelt hat. Wird ein Deckungsgeschäft vorgenommen, so besteht der Schaden des Käufers in der Differenz zwischen dem (günstigeren) Vertragspreis und dem höherem, am Markt gezahlten Einkaufspreis. Vorliegend will B gegenüber der S einen Betrag von 3.000,- DM als Mehrkosten eines Deckungskaufes für die restlichen fünf Monate geltend machen. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die 6. Teillieferung, wie schon gezeigt (D.,I.,1.,a),aa),(1)), bereits fällig war und damit nicht als Schaden bei einer pVV des Gesamtvertrages als Rechnungsposten geltend gemacht werden kann, da bezüglich der fälligen Einzelrate keine Regelungslücke vorliegt (vgl. auch F.,II.,2.). Auch der von B geltend gemachte Betrag in Höhe von 5.000,- DM, zwecks der Mietkosten für nicht genutzten Betonmischer, kann nicht in Rahmen der pVV geltend gemacht werden, da auch dieser „Schaden“ in der Zeit des Verzuges entstand und damit keine gesetzliche Regelungslücke vorliegt. Daraus ergibt sich für die konkrete Schadensberechnung ein Mehrkostenaufwand des B, infolge des Deckungskaufs für die 7. bis 10. Rate, in Höhe von 2.400,- DM (32.000 DM - 34.400 DM). Fraglich ist, ob B die Mehrkosten des Deckungskaufes auch verlangen kann, da er bereits vor Ablauf der nach § 326 I gesetzten Nachfrist eine Bestellung über 10.000 Sack Zement bei dem Lieferanten L tätigte und damit die beidseitigen Erfüllungsansprüche noch nicht erloschen waren. Anders als der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens nach § 286 I, d. h. der Schaden, der aus der bloßen Verspätung der Leistung folgt, kann der Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens nicht neben dem Erfüllungsanspruch geltend gemacht werden, da sich beide Ansprüche nach Fristablauf gegenseitig ausschließen. Die erweiterten Voraussetzungen des § 326 I 1 wären letztlich überflüssig, wenn sich die Kosten eines Deckungskaufs, der ja Nichterfüllungsschaden ist, bereits aus § 286 I ergeben würden. Die Kosten eines Deckungskaufs sind daher grundsätzlich kein gemäß § 286 I zu ersetzender

Verzugsschaden. Dies ist auch damit zu begründen, daß ansonsten der Käufer die Mehrkosten eines Deckungsgeschäfts ersetzt verlangen könnte und gleichzeitig weiterhin die Lieferung der Ware zu dem vereinbarten Preis fordern könnte. Er bekäme damit wirtschaftlich zweimal die Ware zu dem vereinbarten günstigen Preis des in Verzug befindlichen Verkäufers, was zweifelsfrei nicht sachgerecht wäre. Vorliegend hat S die gesetzte Nachfrist jedoch verstreichen lassen ohne ihrerseits die geforderte Leistung zu erbringen. B war innerhalb der gesetzten Frist auch weiterhin abnahmebereit. Indem B den Deckungskauf bereits vor Ablauf der Nachfrist tätigte, setzte nur er sich dem wirtschaftlichen Risiko aus, die Ware gegebenenfalls zweimal (von L und S) abnehmen zu müssen, falls S bis zum Fristablauf doch noch ihrer Leistungspflicht nachgekommen wäre. Die Vornahme des Deckungsgeschäfts war damit, rückblickend betrachtet, gerechtfertigt. Es gibt auch keinen Rechtssatz, daß der Gläubiger, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, zum Deckungsgeschäft erst nach Ablauf der Nachfrist schreiten dürfte. Folglich kann B den Ersatz der Mehrkosten aus dem Deckungskauf i.H.v. 2.400,- DM gegenüber der S, obwohl er diesen schon vor Ablauf der gesetzten Nachfrist tätigte, verlangen. Der Verletzungserfolg der S, war auch *conditio sine qua non* für den Mehrkostenaufwand des B, da dieser wegen des Ausbleibens der Leistung der S einen Deckungskauf bei L tätigen mußte.

IV. Ergebnis

B hat gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 2.400,- DM aus pVV i. V. m. § 326 I 2 analog.

G. Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens i.H.v. 5000,- DM gemäß § 286 I

B könnte weiterhin gegen S einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, hinsichtlich der angefallenen Mietkosten der für neun Tage ungenutzten Betonmischer, gemäß § 286 I i.H.v. 5000,- DM haben.

Wie bereits dargestellt, liegen bezüglich der Einzelrate die jeweiligen Verzugs Voraussetzungen vor (D.,I.,1.,a). Die Rechtsfolge des § 286 I richtet sich auf den Ersatz des Verspätungsschadens. Der Verzögerungsschaden umfaßt dabei alle Vermögensnachteile, die dadurch entstehen, daß der Schuldner nicht rechtzeitig, sondern verspätet erfüllt hat. Inhalt und Umfang des Anspruchs richten sich nach den §§ 249-255, wobei i.d.R. der Schaden gemäß § 251 I in Geld zu ersetzen ist. Ein Vermögensschaden liegt nach der Differenzhypothese vor, wenn der tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde. Fraglich ist demnach, wie die Vermögenslage des B gewesen wäre,

hätte die S fristgemäß die 6. Zementlieferung erbracht. Vorliegend hat sich zu diesem Zeitpunkt die Vermögenslage des B nicht geändert, da die Mietkosten i.H.v. 5000,- DM auch dann angefallen wären, wenn S ordnungsgemäß erfüllt hätte; da B die Miete gleichsam zahlen müßte, wenn die Betonmischer nicht ungenutzt geblieben wären. Zweck der Aufwendung war jedoch, den Zement der S durch die Betonmischer für das Bauvorhaben des B nutzbar zu machen. B hätte also zu einem späteren Zeitpunkt einen Vermögensschaden erlitten, wenn sich infolge der Nichtlieferung sein Bauvorhaben verlängern würde und er damit „zum Schluß“ einen Mehrkostenaufwand von 5000,- DM darlegen könnte, da alle durch den Verzug des Schuldners entstandenen Aufwendungen zu ersetzen sind. Welche konkreten Mehrkosten B durch die Behinderung tatsächlich entstanden sind, ließe sich nach der konkreten Schadensberechnung allerdings nur am Ende

der Bauzeit feststellen. Es besteht aber auch für B die Möglichkeit, potentiell anfallende Schäden, anhand einer abstrakten Schadensberechnung darzustellen. Nach wohl überwiegender Meinung kommt eine solche Schadensberechnung grundsätzlich nur bei Kaufleuten, nicht hingegen bei Privatpersonen in Betracht. Der Rechtsgrund der abstrakten Schadensberechnung ist dabei in § 252 S.2 zu sehen, da er gestattet, bei der Ermittlung des Gewinns auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzustellen. Gleichwohl vorliegend viel dafür spräche zu behaupten, daß B nach lebensnaher Auslegung des Sachverhalts als Kaufmann i.S.d. § 1 bzw. § 2 HGB anzusehen ist, wäre die herrschende Meinung ohnehin abzulehnen. Die wertungsmäßig nicht überzeugende Differenzierung zwischen Kaufleuten und Privatpersonen, findet auch im Gesetz und speziell in der Vorschrift des § 252 S. 2 keinerlei Stütze. Vorliegend spricht i.S.d. § 252 S.2 eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) dafür, daß zugunsten des B von einer Bauzeitverlängerung auszugehen wäre. Es wären keine hinreichenden Gründe erkennbar, warum B von seinem bisherigen „Bauzeitplan“ abweichen sollte. Dies wäre vor allem damit begründbar, daß für B keinerlei Veranlassung bestünde, von seiner bisherigen Logistik abzuweichen, da auch, wenn die verlorengegangene Zeit wieder aufgeholt werden würde, dies meist nur durch Einsatz zusätzlicher Arbeitskräfte und Maschinen möglich wäre. Die Schätzung des „Behinderungsschadens“ könnte sich dabei nach dem sogenannten Äquivalenzkostenverfahren richten. Ausgangspunkt des Äquivalenz-kostenverfahrens ist der vom Bauherr seiner Kalkulation zugrunde gelegte Bauablauf. Dem wird ein sogenannter störungsmodifizierter Bauablauf gegenübergestellt. Dabei wird eine Gesamtbauzeit ermittelt, zu der der Bauherr gekommen wäre, wenn er unter Fortschreitung der Behinderung und ihrer Auswirkungen „nach Vorschrift“ weiter gearbeitet hätte. Die Kosten dieser fiktiven Verlängerung -im vorliegenden Fall 9. Tage-, ergeben dann das

„Äquivalent“ für jene wirtschaftliche Nachteile, die im Ist-Bauablauf durch die verzögerte Lieferung entstanden sind. Daraus ergebe sich zu Ungunsten des B ein Schaden von 5.000,- DM. Nach Würdigung der Gesamtumstände und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Einzelfall wäre damit von einem Vermögensschaden, zugunsten des B auszugehen.

B hat folglich einen Anspruch gegen S auf Zahlung der 5.000,- DM Miete für nicht genutzte Betonmischer aus § 286 I.

H. Anspruch gemäß §§ 440 I, 326 I 2 (analog) bezüglich der 6. Teillieferung

B könnte ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung i.H.v. 600,- DM bezüglich der 6. Teillieferung aus §§ 440 I, 326 I 2 analog zustehen.

Wie bereits erörtert (D.,I.,1.), handelt es sich um eine analoge Anwendung des § 326 I, da „Leistung“ im Sinne dieser Vorschrift nur die Gesamtleistung sein kann. Da auch der Verzug der 6. Teillieferung bereits bejaht wurde, stellt sich nunmehr die Frage, ob es sich auch um einen Verzug mit einer Hauptleistungspflicht (vgl. B.,I.,2.) handelt. Dies ist unproblematisch zu bejahen, da durch die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Raten zwangsläufig folgt, daß die einander korrespondierenden Raten auch synallagmatisch verknüpft sind. Jede einzelne Teillieferung stellt im Erfüllungszeitpunkt eine in sich abgeschlossene, fällige Leistung dar, die auch gesondert von B vergütet wird. Fraglich ist dagegen, ob B der S bezüglich der 6. Rate auch eine Frist mit der Androhung gesetzt hat, daß er nach deren Ablauf die Leistung ablehne. Hierzu ist nach allgemeiner Verkehrsanschauung davon auszugehen, daß in der Fristsetzung des B gegenüber der S auch die Einzelrate mit inbegriffen war. Es wäre nämlich nicht ersichtlich, warum B die Erfüllung der 7-10 Rate nach Fristablauf verweigern sollte und weiterhin ein Interesse an der 6. Rate bestehen soll. Außerdem impliziert das Wort „Vertrag“, nach lebensnaher Auslegung, den gesamten noch nicht erfüllten Vertrag. Somit liegt eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vor. Der Inhalt und Umfang des Ersatzanspruches richtet sich nach dem unter F.,III.,8. bereits dargelegtem. Daraus ergibt sich für B als Mehrkostenaufwand des Deckungskaufs, aus der Differenz zwischen 8.000,- DM und 8.600,- DM, ein Schaden von 600,- DM bezüglich der Einzelrate.

B hat gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der 6. Rate in Höhe von 600,- DM aus §§ 440 I, 326 I 2 analog.

I. Anspruch auf Ersatz der Kosten für die ungenutzten Betonmischer gemäß § 326 I 2

B könnte indes gegen S weiterhin ein Anspruch auf Ersatz des Schadens hinsichtlich der angefallenen Mietkosten der ungenutzten Betonmischer i.H.v.

5.000,- DM, gemäß § 326 I 2 haben. Fraglich ist, ob B durch die Mietkosten einen „Nichterfüllungsschaden“ erlitten hat. B hat vorliegend, wie bereits dargelegt, jedoch keinen Vermögensschaden erlitten, da die Mietkosten der Betonmischer auch dann angefallen wären, wenn S ordnungsgemäß erfüllt hätte. Dabei ist indes nicht zu verkennen, daß die Nichtberücksichtigung der schadensrechtlichen Problematik von Aufwendungen, die im Hinblick auf einen abgeschlossenen Vertrag gemacht und durch dessen Nichterfüllung nutzlos werden, da sie auch bei vertragstreuem Verhalten des Schuldners entstanden wären, oftmals für die Interessenlage des Gläubigers zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur, berücksichtigen daher entwertete Aufwendungen als erstattungsfähigen Nichterfüllungsschaden unter der einschränkenden Voraussetzung, daß sich der Investitionsaufwand bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung amortisiert hätte, wobei die Rentabilität der Aufwendungen -widerlegbar- vermutet wird. Die Rentabilitätsvermutung läßt dem Schuldner dabei grundsätzlich den Nachweis offen, daß sich der Vertrag bei ordnungsgemäßer Durchführung für den Gläubiger als Verlustgeschäft erwiesen hätte. Im Grunde geht es jedoch um einen Ersatz des Vertrauensschadens, des negativen Interesses im Gewande des positiven Interesses, so daß man im einzelnen zwischen den Kosten des Vertragsabschlusses, der Vertragsdurchführung und der Vertragsverwertung unterscheiden muß. Bei den Kosten bezüglich des Vertragsabschlusses handelt es sich um Aufwendungen zur Erlangung der Gegenleistung. Die Rechtsprechung bezieht sie demnach folgerichtig in die auf dem Geschäftswillen der Vertragsparteien beruhenden Vermutung, im synallagmatischen Austauschverhältnis seien Leistung und Gegenleistung gleichwertig, mit ein. Der Schuldner kann daher nicht durch den Hinweis auf vermutliche Verluste des Gläubigers aus einem geplanten Folgegeschäft über den Vertragsgegenstand, die vermutete Rentabilität, widerlegen. Zu dieser Kategorie zählen außerdem Aufwendungen, die in notwendigem Zusammenhang mit dem Austausch von Leistung und Gegenleistung stehen. Anders behandelt werden hingegen Kosten, die dem Gläubiger durch die geplante, jetzt aber gescheiterte Verwertung des Vertragsobjekts entstanden sind. Auf diese Kosten erstreckt sich die Rentabilitätsvermutung nicht, so daß der Gläubiger insoweit die volle Darlegungs- und Beweislast darüber zu tragen hat, daß den Aufwendungen ein entsprechender Wert gegenübergestanden hätte. Dies wäre vor allem damit begründbar, daß diese Aufwendungen außerhalb des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung stehen. Da nur für die beiden erstgenannten Schadensposten die Rentabilitätsvermutung gilt, bedarf es einer Entscheidung. Vorliegend benötigte B die angemieteten Betonmischer zur Verwertung des angelieferten Zements. Es handelt sich folglich um Kosten des B bezüglich der

Vertragsverwertung. B kann einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung demnach nicht auf die Rentabilitätsvermutung stützen. Es ist jedoch davon auszugehen, daß den nutzlos gewordenen Aufwendungen auf die Betonmischer, wenn diese in der Zeit betrieben worden wären, ein Wert gegenübergestanden hätte. Es wäre nach allgemeiner Verkehrsanschauung höchst ungewöhnlich, daß ein Bauherr nicht darauf bedacht ist, sein Geschäft (z.B. Wohnsiedlung) am „Ende“ rentabel zu gestalten. Es wäre auch davon auszugehen, daß B in einer logistischen Vorplanung auf jeden Fall die Aufwendung für die Betonmischer so kalkuliert, daß diese sich aus dem späteren Gewinn auch wieder amortisiert hätten. B hat demzufolge gegen S auch einen Anspruch auf Zahlung der 5.000,- DM Miete für nicht genutzte Betonmischer aus § 326 I 2.

Macht der Gläubiger jedoch beide Ansprüche geltend, so darf die gleiche Schadensposition nur einmal berücksichtigt werden.

Zweite Fallfrage

A. Anspruch des B gegen S aus pVV i.V.m. § 326 I 2 analog bezüglich des Gesamtvertrages

B könnte gegen S einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich des Gesamtvertrages nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung i.V.m. § 326 I 2 analog haben.

Die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung liegen vor (vgl. F. II.). Insbesondere ist S mit der 6. Lieferung von 2.000 Sack Zement in Verzug gekommen. Da sich die Leistungsstörung hinsichtlich der 6. Rate zugleich als Verletzung der sich aus dem Ratenlieferungsvertrag ergebenden Verpflichtungen darstellt, ist wie bereits dargestellt, eine Pflichtverletzung der S gegeben. Auch die bereits dargestellten Überlegungen der Rechtsfolge unter F., III. treffen insoweit zu. Fraglich ist jedoch, ob sich in der Beurteilung der Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsdurchführung etwas ändert, da S zumindest 1.000 Sack Zement vor Ablauf der Nachfristsetzung lieferte und B den Zement auch abnahm. Die Vertragsverletzung der S müßte nämlich derart eklatant sein, daß unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des dem Ratenlieferungsvertrag zugrundeliegenden Vertragszweckes, das Ausbleiben der restlichen 1000 Sack Zement die ernstliche und begründete Besorgnis mit sich bringen würde, daß auch künftig eine vertragsgemäße Erfüllung seitens der S ausbleiben werde. S wäre vorliegend zugute zu halten, daß sie sich zugunsten des

B zumindest bemüht hat, einen Teil der Leistung innerhalb der gesetzten Frist zu erbringen. B war es damit zumindest möglich, den Fortgang der Arbeiten vorübergehend sicherzustellen. Es bestanden für B deshalb auch keine berechtigten Gründe für die Annahme einer negativen Prognose hinsichtlich der zukünftigen Vertragserfüllung seitens der S. Durch ihre Bemühungen brachte S konkludent zum Ausdruck, daß sie auch weiterhin bereit war, die Bedingungen für die Bedürfnisbefriedigung des B und damit das Vertrauen auf die weitere korrekte Vertragserfüllung aufrechtzuerhalten. Retrospektiv betrachtet wäre es folglich unverhältnismäßig, wenn B aufgrund der nicht geleisteten 1.000 Sack Zement, Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich aller noch ausstehenden Raten verlangen könnte. Die Fortsetzung des Vertrages mit S wäre dem B nach § 242 folglich auch weiterhin zuzumuten.

Ein Anspruch des B gegen S auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinsichtlich der 7. – 10. Zementlieferung aus pVV i.V.m. § 326 I 2 analog scheidet somit aus. B muß die 7. – 10. Zementlieferung der S abnehmen und jeweils 8.000,- DM auf das Konto der S überwiesen.

B. Anspruch des B gegen S gemäß §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2 analog bezüglich der 6. Teillieferung

Fraglich ist, ob B einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung i.H.v. 600,- DM bezüglich der 6. Teillieferung aus §§ 440 I, 326 I 3, 325 I 2 analog zusteht. Bezüglich der Voraussetzungen des Anspruchs aus § 326 ergibt sich keine Abweichung des unter H. bereits dargestellten, mit der Besonderheit, daß S bis zum Ablauf der Nachfrist die geschuldete Leistung teilweise bereits erfüllt hat. Nach § 326 I 3 gilt § 325 I 2 entsprechend, wenn die Leistung bis zum Ablauf der Nachfrist teilweise nicht bewirkt wird. Hat der Gläubiger während des Laufs der Nachfrist die Teilleistung als Erfüllung angenommen, so zerfällt der Vertrag in zwei selbständige Teile, so daß der Gläubiger die Rechte aus § 326 nach Ablauf der Nachfrist grundsätzlich nur hinsichtlich des noch offenen Restes ausüben vermag. Hat dagegen die Teilerfüllung für den Gläubiger kein Interesse mehr, so kann er stattdessen auch nach § 326 I 3 i.V.m. § 325 I 2 die Totalrechte hinsichtlich des ganzen Vertrages wählen. Für den Interessenwegfall ist dabei entscheidend, ob der Gläubiger nach seinen Verhältnissen bei objektiver Beurteilung kein Interesse mehr daran hat, die schon empfangene Teilleistung zu behalten, weil namentlich die Leistung unteilbar ist oder weil seine konkreten Zwecke mit ihr auch nicht partiell verwirklicht werden können. Da B noch vor Ablauf der Nachfrist, die von S gelieferten 1.000 Sack Zement annahm, zerfiel der Vertrag in zwei selbständige Teile. Fraglich ist, ob B sich auf einen Interessenfortfall i.S.d. §§ 326 I 3, 325 I 2 berufen kann und damit einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung i.H.v. 600,- DM gegenüber

der S hat. Ein Interessenwegfall des B bezüglich der bereits angenommenen 1.000 Sack Zement wäre indes abzulehnen. B kann vorliegend die bereits erbrachten 1.000 Zementsäcke ohne jeglichen Zusammenhang mit der nicht erbrachten Leistung verwerten. Ebensowenig spielt es eine Rolle, ob die noch mögliche Teilleistung -für sich betrachtet- noch einen Wert für den Gläubiger besitzt. Daraus folgt, daß selbst wenn L noch liefern würde, sich B nicht auf einen Interessenwegfall bezüglich der bereits angenommenen 1.000 Sack Zement berufen könnte.

B hat gegen S demzufolge nur einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der nichtgelieferten 1.000 Sack Zement i.H.v. 300,- DM aus § 326 I 2 analog. Die bereits angenommenen 1.000 Sack Zement muß B der S i.H.v. 4.000,- DM vergüten.

C. Weitere Ansprüche

Bezüglich der angefallenen Mietkosten der ungenutzten Betonmischer gilt das unter G.,I. bereits dargestellte. Macht B beide Ansprüche geltend, so wäre der Schaden jedoch nur einmal zu berücksichtigen. Zu beachten wäre weiterhin, daß B durch die am 8. Werktag angenommenen 1.000 Sack Zement der S, bezüglich der ungenutzten Betonmischer rechnerisch nur noch einen Anspruch auf 4444,445 DM hätte, da die Betonmischer nunmehr nur acht Tage ungenutzt blieben. Da dem Sachverhalt jedoch nicht zu entnehmen ist, ob die Betonmischer wirklich einen vollen Tag nutzbar waren, käme es im Ergebnis nach richterlicher Würdigung (287 I ZPO) zu einer Verteilung des Schadens nach Quoten.

L hat bezüglich der 10.000 Sack Zement gegen B einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises gemäß § 433 II.

Unterschrift